

Elaborados com base nos informativos divulgados pelo Supremo Tribunal Federal¹

REPERCUSSÃO GERAL

DIREITO CONSTITUCIONAL – ORDEM SOCIAL

Direito à saúde e medicamento sem registro na Anvisa – 3

1. O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais. 2. A ausência de registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial. 3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da Anvisa em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras); (ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. 4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa deverão necessariamente ser propostas em face da União.

Com base nessa orientação, o Plenário, por maioria e em conclusão de julgamento, ao apreciar o Tema 500 da repercussão geral, deu parcial provimento a recurso extraordinário em que se discutia a possibilidade de o Estado ser obrigado a fornecer medicamento não registrado na Anvisa (Informativos 839 e 841).

O Tribunal afirmou que, como regra geral, o Estado não pode ser obrigado a fornecer, por decisão judicial, medicamentos não registrados na Anvisa. O registro é meio para garantir proteção à saúde pública, atestado de eficácia, segurança e qualidade dos fármacos comercializados no País, além de assegurar o devido controle de preços.

No caso de medicamentos experimentais, sem comprovação científica de eficácia e segurança, e ainda em fase de pesquisas e testes, não há nenhuma hipótese em

1 Elaborado com base nos informativos 938 e 945 do STF

que o Poder Judiciário possa obrigar o Estado a fornecê-los. Isso não interfere com a dispensação desses fármacos no âmbito de programas de testes clínicos, acesso expandido ou de uso compassivo, sempre nos termos da regulamentação aplicável.

No caso de medicamentos com eficácia e segurança comprovadas e testes concluídos, mas ainda sem registro na Anvisa, seu fornecimento por decisão judicial assume caráter absolutamente excepcional e somente poderá ocorrer na hipótese de irrazoável mora da Anvisa em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016). Ainda nessa situação, porém, será preciso que haja prova do preenchimento cumulativo de três requisitos: i) pedido de registro do medicamento no Brasil; ii) registro do medicamento pleiteado em renomadas agências de regulação no exterior; e iii) inexistência de substituto terapêutico registrado na Anvisa. Ademais, haja vista que o pressuposto básico da obrigação estatal é a mora da agência, as ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa deverão necessariamente ser propostas em face da União.

No caso de doenças raras e ultrarraras, é possível, excepcionalmente, que o Estado forneça o medicamento independentemente do registro. Isso porque, nesses casos, muitas vezes o laboratório não tem interesse comercial em pedir o registro.

O ministro Edson Fachin reajustou o voto proferido na assentada anterior para dar parcial provimento ao recurso extraordinário.

Vencidos os ministros Marco Aurélio e Dias Toffoli (presidente) que negaram provimento ao recurso. Afirmaram que o registro do medicamento na Anvisa é condição inafastável para se concluir pela obrigação do Estado ao fornecimento.

RE 657718/MG, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Roberto Barroso, julgamento em 22.5.2019. (RE-657718)

DIREITO CONSTITUCIONAL – DIREITOS SOCIAIS

Direito à saúde: demanda judicial e responsabilidade solidária dos entes federados

Os entes da Federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde e, diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro.

Ao fixar essa tese de repercussão geral (Tema 793), o Plenário, por maioria e em conclusão de julgamento, rejeitou embargos de declaração em recurso extraordinário, opostos a decisão tomada por meio eletrônico que reafirmara juris-

prudência da Corte no sentido da responsabilidade solidária dos entes federados pela promoção dos atos necessários à concretização do direito à saúde, tais como o fornecimento de medicamentos e o custeio de tratamento médico adequado aos necessitados (Informativo 793).

Preliminarmente, o colegiado conheceu dos embargos declaratórios apresentados contra o pronunciamento no Plenário Virtual (PV).

No mérito, o Tribunal, por maioria, rejeitou os embargos ante a inexistência de defeito ou vício a justificar seu acolhimento. Em seguida, reiterou o entendimento no sentido da responsabilidade solidária das unidades federativas na matéria.

O ministro Edson Fachin ponderou ser a presente tese coerente com aquela aprovada no exame do Tema 500 da repercussão geral (RE 655.718), segundo a qual: “As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa deverão necessariamente ser propostas em face da União”. A seu ver, na enunciação do Tema 500, consta a obrigatoriedade de a União figurar no polo passivo, e não a sua exclusividade. Na tese do tema em análise, tem-se que o cumprimento será dirigido conforme a repartição de competência. Esse segmento foi extraído do Enunciado 60, aprovado na II Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça (1), cujo teor é mais elastecido. Também salientou que a orientação estabelecida para o Tema 500 estaria agasalhada na formulação da repartição de competência.

Noutro ponto, o ministro Edson Fachin observou que o texto, em sua primeira parte, reafirma a solidariedade e, ao mesmo tempo, atribui poder-dever à autoridade judicial para direcionar o cumprimento. A tese não trata da formação do polo passivo. Caso se direcione e depois se alegue que, por alguma circunstância, o atendimento da demanda da cidadania possa ter levado um ente da Federação a eventual ônus excessivo, a autoridade judicial determinará o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro.

Quanto à fixação da tese, ficou vencido o ministro Marco Aurélio, por ser contrário à sua aprovação, haja vista o pronunciamento do Tribunal pela improcedência dos embargos. Além disso, pontuou que o ministro Luiz Fux (relator), de certa forma, lançou uma tese quando da apreciação do feito no PV, que está na ementa confeccionada pelo relator.

Vencidos, no mérito, o ministro relator, que, nesta assentada, reformulou seu voto, e os ministros Alexandre de Moraes, Roberto Barroso e Dias Toffoli (presidente). Segundo eles, a demanda que veicular pedido de medicamento, material, procedimento ou tratamento, constante das políticas públicas, deve ser proposta em face da pessoa política com competência administrativa para o fornecimento,

dispensação daquele medicamento, tratamento ou material, ressalvada, em todos os casos, a responsabilidade subsidiária da União.

⁽¹⁾ Enunciado 60 da II Jornada de Direito da Saúde/CNJ: “Saúde Pública – A responsabilidade solidária dos entes da Federação não impede que o Juízo, ao deferir medida liminar ou definitiva, direcione inicialmente o seu cumprimento a um determinado ente, conforme as regras administrativas de repartição de competências, sem prejuízo do redirecionamento em caso de descumprimento.”

RE 855178 ED/SE, rel. orig. Min. Luiz Fux, red. p/ o ac. Min. Edson Fachin, julgamento em 23.05.2019. (RE-855178)

PLENÁRIO

DIREITO ADMINISTRATIVO – EMPRESA PÚBLICA E SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA

Venda de empresa estatal e autorização legislativa – 2

Em conclusão de julgamento, o Plenário, em voto médio, referendou parcialmente medida cautelar anteriormente concedida em ação direta de inconstitucionalidade, para conferir ao art. 29, *caput*, XVIII, da Lei nº 13.303/2016 (1) interpretação conforme à Constituição Federal (CF), nos seguintes termos: i) a alienação do controle acionário de empresas públicas e sociedades de economia mista exige autorização legislativa e licitação; e ii) a exigência de autorização legislativa, todavia, não se aplica à alienação do controle de suas subsidiárias e controladas. Nesse caso, a operação pode ser realizada sem a necessidade de licitação, desde que siga procedimentos que observem os princípios da administração pública inscritos no art. 37 da CF (2), respeitada, sempre, a exigência de necessária competitividade (Informativo 942). O voto médio reproduziu o entendimento majoritário extraído dos pronunciamentos dos ministros em juízo de delibação.

Na decisão submetida à confirmação do colegiado, o ministro Ricardo Lewandowski (relator) deferiu, em parte, liminar, para dar interpretação conforme à Constituição ao art. 29, *caput*, XVIII, da Lei nº 13.303/2016, no sentido de afirmar que a venda de ações de empresas públicas, sociedades de economia mista ou de suas subsidiárias ou controladas exige prévia autorização legislativa, sempre que se cuide de alienar o controle acionário. De igual modo, a dispensa de licitação só pode ser aplicada à venda de ações que não importem a perda de controle de empresas públicas, sociedades de economia mista ou de suas subsidiárias ou controladas. Na oportunidade, o relator determinou o julgamento conjunto de diversas ações diretas de inconstitucionalidade nos autos da ADI 5.624, por

encontrar-se em estágio mais avançado e possuir maior abrangência, diante da *causa petendi* aberta das ações de controle concentrado.

Os ministros Ricardo Lewandowski (relator) e Edson Fachin referendaram integralmente a cautelar, para conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 29, *caput*, XVIII, da Lei nº 13.303/2016, de modo a afirmar que a venda de ações de empresas públicas, sociedade de economia mista, ou de suas subsidiárias ou controladas exige autorização legislativa, bem como prévia licitação pública, dispensada esta quando a alienação não importar a perda de seu controle acionário.

Em seu voto, o relator, inicialmente, esclareceu não ter feito qualquer consideração, na liminar, acerca da natureza, se específica ou genérica, da lei exigida, tampouco escolhido o tipo de procedimento de licitação. Em seguida, frisou que somente estavam presentes os requisitos para o deferimento da medida no tocante a alguns pedidos.

Noutro passo, o ministro Ricardo Lewandowski assinalou a excepcionalidade do ingresso do Estado na atividade econômica, que deve atender aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo (CF, art. 173). Nos termos do art. 37, XIX, da CF, somente por lei específica poderá ser autorizada a instituição de empresa pública e de sociedade de economia mista. O texto constitucional ainda prevê que a criação das respectivas subsidiárias, assim como a participação de qualquer delas em empresa privada, depende de autorização legislativa (CF, art. 37, XX). Logo, a CF exige sempre a aquiescência do Poder Legislativo a esses processos de criação. No entanto, a autorização concedida pelo Legislativo não vincula o Poder Executivo.

O relator ponderou que a prerrogativa do controle legislativo decorre da relevância atribuída pela Constituição aos preceitos que regem a atuação do Poder Público. Por força do princípio do paralelismo das formas, aplica-se a dicção também à alienação do controle acionário. Compreendeu que o Estado não poderia abrir mão da exploração de determinada atividade econômica, expressamente autorizada por lei, sem a necessária participação do Parlamento, porque a decisão não compete apenas ao chefe do Poder Executivo. Ademais, explicitou que a imprescindibilidade da autorização do Legislativo para a transferência de poder de controle de sociedades de economia mista tem arrimo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) (ADI 1.703, ADI 1.348, ADI 234 QO). Apresentou, como reforço argumentativo, que o teor do parágrafo 1º do art. 173 da CF (3) indica que nem mesmo as subsidiárias das estatais estão imunes ao regramento legal.

Aduziu que a ausência de menção, pela Lei nº 13.303/2016 (Lei das Estatais), à indispensabilidade da autorização legislativa pode gerar expectativas ilegítimas e, conseqüentemente, insegurança jurídica, sobretudo no contexto da flexibilização da alienação de ações de que trata.

O ministro Ricardo Lewandowski assentou que a alienação de controle acionário é forma clássica de privatização. Sopesou ser possível a venda de parte das ações na Bolsa de Valores. Contudo, observou que a alienação do controle acionário precisa de lei autorizativa e de algum processo licitatório. Acrescentou que o *caput* do art. 37 da CF dispõe que toda a administração pública obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade. Além disso, seu inciso XXI consigna que as alienações serão realizadas “mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes”.

O relator ressaltou o posicionamento segundo o qual a Constituição não autorizaria a alienação direta de controle acionário de empresas estatais. Concluiu que permitir a aludida venda direta, de maneira a impossibilitar a competição pública, poderia atentar contra o texto constitucional. Por fim, sublinhou que o Decreto nº 9.188/2017, alegadamente fundado na Lei nº 13.303/2016, dela desbordou ao criar procedimento de licitação não previsto na legislação, derogando, ou pretendendo derogar implicitamente, a Lei nº 9.491/1997.

O ministro Edson Fachin acompanhou o relator. Declarou voto fundado na segurança da jurídica, em seus pilares da coerência, consistência e equidade argumentativa.

Ressaltou que a alienação de ações de sociedade de economia mista e das empresas públicas que implique a transferência, pelo Estado, de direitos que lhe assegurem preponderância nas deliberações sociais está sujeita à autorização legislativa. A CF demanda lei porque as empresas estatais são instrumentos de política pública do Estado. Não se trata de intervenção do Estado na economia, e sim intervenção do Estado para realizar determinados fins, nomeadamente segurança nacional ou interesse coletivo.

Sinalizou que a Lei nº 9.491/1997, disciplinadora do programa de desestatização dos ativos da União, incide na matéria. Essa legislação não foi revogada pelo art. 29, XVIII, da Lei nº 13.303/2016, nem foi afastada pela Lei das Estatais. A Lei nº 9.491/1997 indica faculdade atinente à licitação na modalidade leilão. Logo, a faculdade prevista na norma diz respeito às modalidades licitatórias pelas quais o gestor poderá optar. Seja como for, à minguia de especificação legal, é dever da administração pública direta ou indireta licitar. Também alertou que o Decreto nº 9.188/2017 extrapolou os limites da Lei nº 9.491/1997. Numa primeira visão, o decreto afronta a lei e a CF, porquanto teria dispensado, sem lei específica, a transferência de ativos para terceiros sem o necessário procedimento de licitação.

Os ministros Cármen Lúcia, Rosa Weber, Gilmar Mendes, Marco Aurélio e Dias Toffoli (Presidente) referendaram a medida com alicerce em parte do fundamento da cautelar.

A ministra Cármen Lúcia referendou a liminar para ratificar a necessidade de lei prévia a autorizar a criação e alienação de empresas públicas e sociedades de economia mista. É preciso autorização legislativa específica e prévia para a instituição da empresa-matriz. A autorização legislativa é imprescindível, de igual modo, para sua alienação, pois deixa de ser estatal e muda sua natureza. Entretanto, dissentiu do relator quanto às subsidiárias, coligadas ou controladas. Em juízo acautelatório, aplicou a orientação firmada na ADI 1.649. Avaliou ser desnecessária a autorização legislativa expressa para a criação de subsidiárias quando houver autorização legislativa da criação de empresa pública ou sociedade de economia mista e nesta constar permissão genérica da possibilidade de criação de subsidiárias. Não se exige lei específica a autorizar a criação de subsidiária e, pelo princípio do paralelismo das formas, tampouco para sua alienação. Segundo a ministra, o Estado não está obrigado a valer-se da autorização para a criação de estatais, porque não está a ela vinculado. Por conseguinte, o Poder Público pode posteriormente deixar de dar efetividade à autorização concedida e, assim, afastar-se e desinvestir em certa área.

A ministra Cármen Lúcia também referendou a liminar quanto à necessidade de licitação. Reconheceu que, apenas em alguns casos, a licitação é dispensada, inexigível ou dispensável, como na hipótese do art. 29 da Lei nº 13.303/2016. A Constituição determina o atendimento do processo licitatório. Isso não significa que haverá de ser o mesmo procedimento licitatório.

Por seu turno, a ministra Rosa Weber confirmou a cautelar no ponto em que condicionou à prévia autorização legislativa, sempre que se cuide de alienar o controle acionário, a venda de ações de empresas públicas, sociedades de economia mista ou de suas subsidiárias ou controladas.

A ministra afirmou que o Tribunal estabeleceu a exigência de autorização, ainda que genérica, mediante lei em sentido formal, para a criação de subsidiárias de empresas estatais. De maneira correlata, pelo paralelismo ou simetria das formas, a extinção de subsidiária demanda autorização por lei. Deste modo, a alienação do controle acionário de subsidiárias ou controladas depende de prévia autorização, que pode ser genérica, veiculada em lei em sentido formal. Acrescentou que a criação de subsidiárias importa, em última análise, em exploração direta da atividade econômica pelo Estado.

Quanto à necessidade de licitação na venda de controle acionário, confirmou a liminar relativa às empresas-matriz. Em juízo de delibação, compreendeu que o inciso XVIII do art. 29 da Lei das Estatais se circunscreve às hipóteses de venda de controle societário fora do contexto do Programa Nacional de Desestatização. Na sequência, afirmou inexistir ressalva, na Lei nº 9.491/1997, apta a dispensar procedimento licitatório na alienação de controle acionário implementada no âm-

bito do Programa. Assim, no que toca às subsidiárias ou controladas, a dispensabilidade da licitação deve observar, no mínimo, procedimento competitivo que resguarde os princípios da administração pública e da razoabilidade. Entretanto, se a venda do controle acionário das controladas ou subsidiárias estiver inserida num plano de desestatização, é obrigatória a licitação pública.

O ministro Gilmar Mendes referendou parcialmente a medida, com vistas a confirmar que a venda de ações de empresas públicas e de sociedades de economia matrizes exige prévia autorização legislativa, sempre que se cuidar de alienação do controle acionário. Contudo, por paralelismo, declarou ser dispensável a autorização legislativa específica para a alienação do controle acionário de subsidiárias de empresas estatais quando a respectiva lei autorizadora da instituição da empresa estatal já permitir a criação de suas subsidiárias.

No que tange à licitação, conferiu interpretação conforme à CF ao art. 29, XVIII, da Lei nº 13.303/2016, afirmando-se que a dispensa de licitação para a alienação de ações de empresas públicas e sociedades de economia mista, quando envolver a perda do controle acionário do Estado, deve observar procedimento que espelhe os princípios constitucionais e legais licitatórios, não sendo admitida a contratação direta. Observou que a Lei nº 13.303/2016 foi regulamentada pelo Decreto nº 9.188/2017, editado com base em recomendação do TCU. Entretanto, o art. 29, XVIII, da Lei das Estatais não contém menção expressa à necessidade de observância de procedimento competitivo a ser previsto em regulamento. Com o intuito de afastar qualquer insegurança jurídica sobre o tema, considerou necessário dar a interpretação conforme. Salientou que o afastamento do processo licitatório contido na Lei das Estatais impõe motivação administrativa, ainda que em face da dispensa do art. 29, XVIII. Em juízo de cognição sumária, compreendeu que, no caso da alienação de ativos das sociedades de economia mista, o regime especial de desinvestimento do Decreto nº 9.188/2017 mostra-se apto a concretizar os princípios constitucionais, motivo pelo qual não merece subsistir a medida cautelar no ponto.

Por sua vez, o ministro Marco Aurélio referendou a medida formalizada, apenas para dar interpretação conforme, jungindo a alienação que implique a transferência do controle acionário de subsidiária à feitura, em si, da licitação. Para tanto, ponderou que o inciso XVIII do art. 29 da Lei nº 13.303/2016 versa a alienação de ações de subsidiária, e não de ações de sociedade de economia mista.

Interpretou os incisos XIX e XX do art. 37 da CF à luz do disposto no seu art. 173. Consignou ser objetivo do constituinte a iniciativa do Executivo e o crivo do legislador para a criação das entidades mencionadas nos dois incisos, ou seja, para atuar na atividade econômica, que encerra exceção. É preciso lei específica para chegar-se à criação de subsidiária. No entanto, a Constituição não exige lei para sua extinção ou alienação. Assim, é dispensável a autorização normativa para

o desfazimento de subsidiária. Não emitiu entendimento quanto à transferência do controle acionário de empresa-matriz, por compreender que não está em jogo.

O ministro Dias Toffoli (presidente) referendou em parte a liminar. Assinalou ser necessária lei para autorizar a criação e alienação do controle acionário de empresa-matriz. Já a empresa subsidiária prescinde de lei se houver a autorização para criá-la. Quanto ao aspecto licitatório, alinhou-se ao voto enunciado pelo ministro Celso de Mello.

Os ministros Alexandre de Moraes, Roberto Barroso, Luiz Fux e Celso de Mello negaram referendo à cautelar.

O ministro Alexandre de Moraes partiu da premissa de que a Lei nº 13.303/2016 não trata de privatização, estabelece o estatuto jurídico das empresas públicas com base no art. 173, § 1º, da CF. Ademais, no art. 29, XVIII, o diploma legal traz hipótese de dispensa licitatória.

Discorreu sobre a evolução do afastamento do Estado do domínio econômico. Acentuou que a análise da presença dos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo depende da vontade dos Poderes Legislativo e Executivo. Com a Emenda Constitucional (EC) 19/1998, lei complementar fixa a área de atuação, lei específica autoriza a criação de empresa pública ou sociedade de economia mista e, se quiser, o Congresso Nacional pode autorizar a empresa-mãe a criar subsidiárias. A previsão do inciso XX do art. 37 permite a criação de subsidiárias pela empresa-mãe por autorização legislativa genérica. A expressão “em cada caso”, nele contida, não é sinônimo de lei específica, refere-se às áreas de intervenção econômica. Significa que deve ser para cada caso em que a lei complementar estabeleceu ser possível a intervenção, por exemplo, gás canalizado, telecomunicações.

O ministro afirmou que, em relação às subsidiárias, exige-se autorização genérica para sua criação. Daí o Estado, como empresário, poderá criar, fundir, investir, vender todas as ações de uma determinada subsidiária, tornar sua participação majoritária ou minoritária. Ele deterá o comando e estará submetido às regras de mercado do direito privado. Deve-se possibilitar a agilidade empresarial. O que não pode é vender o controle acionário da empresa-mãe, pois configuraria privatização. Aduziu que, em nenhum momento, a Lei nº 13.303/2016 permitiu privatização, para a qual inclusive há lei específica. Dessa maneira, a cessão ou alienação do controle acionário da empresa-mãe reclama lei formal específica.

Sublinhou que, após a EC 19/1998, a CF direcionou a estatuto jurídico a regulamentação da licitação e contratos de empresa pública, sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica [CF, arts 37, *caput* e inciso XXI; e 173, § 1º, III (3)]. Adveio, então, a Lei das Estatais, norma especial na matéria, que observa os princípios licitatórios e a competitividade. Assim como

a Lei nº 8.666/1993, a Lei nº 10.303/2016 previu, como regra, a licitação e estabeleceu excepcionalidades: a dispensa, no art. 29 e a inexigibilidade, no art. 30. No inciso XVIII do art. 29, o legislador admitiu dispensa licitatória na compra e venda de ações, de títulos de crédito e de dívida e de bens que produzam e comercializem. Apesar da dispensa licitatória na Lei das Estatais, o Poder Executivo regulamentou, no Decreto nº 9.188/2017, o inciso XVIII do art. 29 relativamente a sociedades de economia mista. Ao reproduzir conclusões do Tribunal de Contas da União (TCU), o ato regulamentar exigiu procedimento composto de várias fases para as operações constantes do inciso XVIII, denominadas de desinvestimento. O decreto visou evitar direcionamentos, favorecimentos e prejuízos ao Poder Público.

O ministro Roberto Barroso registrou que a CF não exige autorização legislativa para a venda de ações, mesmo que corresponda ao controle acionário. A submissão das estatais e de suas subsidiárias ao regime jurídico próprio das empresas privadas não admite a aceção de que é necessária a edição de lei para vender ações, uma vez que essa exigência não se aplica à iniciativa privada.

Em sua visão, o argumento do paralelismo das formas não possui lastro jurídico, até porque criar é diferente de vender ações. O texto constitucional determina que haja lei para a criação de empresa estatal e subsidiária, porque a intervenção do Estado no domínio econômico é exceção. Por ser exceção, é preciso ter a participação do Congresso Nacional. Entretanto, o cumprimento da regra constitucional de não intervir na ordem econômica ou desinvestir, quando agir intervindo, prescinde de lei. Na espécie, volta-se à regra constitucional. Deste modo, a alienação do controle acionário de empresas subsidiárias por empresas públicas e sociedades de economia mista não exige autorização legislativa, menos ainda lei específica.

Além disso, o ministro anotou que o art. 29 da Lei nº 13.303/2016 explicita ser dispensável a realização de licitação e, sem dúvida, poderia assim dispor, pois a própria CF ressalva os casos especificados na legislação (art. 37, XXI). Para ele, no fundo, não se trata de dispensa de licitação, e sim de dispensa do procedimento da Lei nº 8.666/1993. Concluiu que as operações de alienação podem ser realizadas com dispensa de licitação, desde que sigam procedimento que propicie a escolha da proposta mais vantajosa para a administração pública e assegure a competitividade entre potenciais interessados. No particular, observou existir procedimento competitivo definido no Decreto nº 9.188/2017, com diversas etapas. Este decreto, que regulamenta processo competitivo de venda de ações, satisfaz o mandamento constitucional.

O ministro Luiz Fux destacou a importância do princípio da eficiência. Fri-sou que a extinção e a alienação do controle acionário de empresa pública e sociedade de economia mista exige autorização legislativa.

Ao tratar da controvérsia sobre a licitação, disse que a Lei nº 13.303/2017 versa a licitação atinente às estatais atuantes na atividade econômica. Complementa o

complexo normativo da CF o Decreto nº 9.188/2017. Ele estabelece, com base na dispensa de licitação prevista no art. 29, XVIII, da Lei das Estatais, regime especial de desinvestimento de ativos de sociedades de economia mista federais e visa disciplinar a alienação de seus ativos. Desinvestimento não é desestatização e com ela não se confunde. Demais disso, enfatizou que, na circunstância de existir sigilo, este não será oponível à fiscalização realizada pelo TCU, de acordo com o decreto. Ponderou não ser oportuno invocar decisões judiciais de outrora, porquanto houve mudança completa de paradigma no Direito Administrativo e o advento de lei de licitações voltada à nova realidade econômico financeira do Brasil.

O ministro Celso de Mello acompanhou o voto do ministro Alexandre de Moraes. Ressaltou que a autorização para a criação de empresa pública e sociedade de economia mista demanda lei formal específica, bem assim para permitir a cessão e a alienação do seu controle acionário. Para a criação de subsidiária, exige-se autorização legislativa genérica, que pode ser concedida na lei específica que autorizou a criação da empresa-matriz. No entanto, não há necessidade de qualquer autorização legislativa para a cessão ou alienação de suas ações, inclusive no tocante ao controle acionário.

No que se refere à exigência de licitação, apontou que a Lei nº 13.303/2016 observa de modo integral a regra constitucional inscrita no inciso XXI do art. 37 da CF. Cuida-se de programa de desinvestimento. Sopesou ser preciso interpretar a Lei nº 13.303/2016 (art. 29, XVIII) em conjunto com o Decreto nº 9.188/2017. As operações de alienação de controle acionário podem ser realizadas com dispensa de licitação, caso respeitem os procedimentos competitivos viabilizados pelo próprio decreto que a regulamentou. Por fim, vislumbrou existir, no Decreto, publicidade entre os concorrentes, porquanto é divulgada a proposta apresentada para que, eventualmente, possa vir a ser superada.

⁽¹⁾ Lei nº 13.303/2016: “Art. 29. É dispensável a realização de licitação por empresas públicas e sociedades de economia mista: (...) XVIII - na compra e venda de ações, de títulos de crédito e de dívida e de bens que produzam ou comercializem.”

⁽²⁾ CF/1988: “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)”

⁽³⁾ CF/1988: “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. § 1º - A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (...) III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública,”

ADI 5624 MC-Ref/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 5 e 6.06.2019. (ADI-5624)

DIREITO TRIBUTÁRIO – IMPOSTOS

ICMS e aplicação da lei no tempo

A Primeira Turma iniciou julgamento de agravo regimental em recurso extraordinário em que se discute a incidência de ICMS sobre a importação de carro por pessoa física, após a Emenda Constitucional (EC) 33/2001, com base em legislação estadual editada antes da Lei Complementar (LC) 114/2002.

O ministro Luiz Fux (relator) negou provimento ao agravo. Afirmou que o Supremo Tribunal Federal (STF) fixou entendimento no sentido de que a incidência de ICMS sobre operação de importação por não contribuinte é constitucional se ocorrer após a EC 33/2001 e também estiver fundada em legislação local que tenha adotado adequadamente essa alteração da regra-matriz em data posterior à LC 114/2002 (RE 439.796 e RE 474.267).

Sublinhou que, embora o fato gerador tenha ocorrido sob a égide da EC 33/2001, a norma estadual então vigente não pode servir de fundamento legal para a tributação das operações de importação sob exame. A Lei Estadual nº 11.001 de São Paulo, que prevê a incidência do imposto na hipótese dos autos, é de 21 de dezembro de 2001 e, portanto, anterior à LC 114, de 16 de dezembro de 2002.

Em divergência, o ministro Alexandre de Moraes acolheu o agravo para dar provimento ao recurso extraordinário. Concluiu que, no período entre a emenda constitucional e a lei complementar, a eficácia das leis estaduais estaria suspensa, mas, a partir da edição da lei complementar, não haveria necessidade de nova lei estadual. Assim, a cobrança do ICMS ficaria bloqueada até a edição da LC 114/2002. No entanto, desde que a lei estadual tivesse sido editada após a emenda constitucional, a sua vigência permaneceria válida e a sua eficácia, ou seja, a sua produção de efeitos, se iniciaria logo após a LC 114/2002.

Em seguida, o julgamento foi suspenso em virtude do pedido de vista do ministro Roberto Barroso.

RE 1194646 AgR/SP, rel. Min. Luiz Fux, julgamento em 04.06.2019. (RE-1194646)

DIREITO CONSTITUCIONAL – CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

MS: CNJ e cálculo de precatórios

A Primeira Turma iniciou a apreciação de mandado de segurança, com pedido de medida liminar, impetrado em face de ato do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que suspendeu o pagamento de precatórios e determinou a realização de

auditoria técnica e a revisão nos cálculos dos precatórios, com abatimento dos valores pagos por determinado município.

Na situação em apreço, o Município firmou contrato de abertura de crédito, por antecipação de receita orçamentária, com instituição bancária. Aproximadamente um ano após, celebrou acordo judicial com o banco para solver a dívida. Tempo depois, a municipalidade opôs embargos à execução. Além disso, foram manejadas diversas ações cuja causa de pedir era a abusividade das cláusulas contratuais. A maioria dos feitos transitou em julgado.

O impetrante sustenta que o ato impugnado excedeu a competência administrativa do CNJ. Aponta a violação ao art. 1º-E da Lei nº 9.494/1997 (1), pois o CNJ teria invadido a competência do presidente do Tribunal de Justiça ao ordenar a revisão de cálculo dos precatórios. De igual modo, defende haver afronta à coisa julgada, em virtude de processos decididos de maneira favorável ao impetrante.

O ministro Luiz Fux (relator) denegou a ordem. Sublinhou que os critérios para cálculos de precatórios têm natureza intrinsecamente administrativa, de acordo com decisões desta Corte. Logo, o CNJ ostenta competência constitucional para determinar auditoria técnica e revisão nos cálculos dos precatórios, bem como a suspensão de seu pagamento.

Registrou que, na espécie, o CNJ constatou diversas irregularidades nos cálculos dos precatórios, ao realizar a correição. Ademais, no procedimento de revisão dos valores, foram identificados erros grosseiros. Deste modo, a hipótese enquadrar-se-ia na previsão normativa do art. 35 da Resolução nº 115/2010 do CNJ (2).

O relator adotou postura de deferência, que é recomendável, com os órgãos autônomos especializados, notadamente aqueles aos quais outorgado assento constitucional de competência técnica para determinadas matérias. Portanto, a decisão do CNJ não deve ser objeto de revisão, mormente por não ter caráter manifestamente ilegal, abusivo ou teratológico.

Por fim, observou que o impetrante não logrou mostrar, por meio de prova inequívoca, a violação ao direito líquido e certo, uma vez que os documentos constantes dos autos não demonstram, de plano, ilegalidade ou abuso de poder praticado pela autoridade impetrada.

Em seguida, o julgamento foi suspenso com o pedido de vista do ministro Alexandre de Moraes.

(1) Lei nº 9.494/1997: “Art. 1º-E. São passíveis de revisão, pelo Presidente do Tribunal, de ofício ou a requerimento das partes, as contas elaboradas para aferir o valor dos precatórios antes de seu pagamento ao credor.”

⁽²⁾ Resolução nº 115/2010 do CNJ: “Art. 35. O pedido de revisão dos cálculos, em fase de precatório, previsto no art. 1º-E da Lei nº 9.494/97, apenas poderá ser acolhido desde que: I – o requerente aponte e especifique claramente quais são as incorreções existentes nos cálculos, discriminando o montante que seria correto, pois do contrário a incorreção torna-se abstrata; II – o defeito nos cálculos esteja ligado à incorreção material ou à utilização de critério em desconformidade com a lei ou com o título executivo judicial; III – o critério legal aplicável ao débito não tenha sido objeto de debate nem na fase de conhecimento, nem na fase de execução.”

MS 34057/DF, rel. Min. Luiz Fux, julgamento em 11.06.2019. (MS-34057)

DIREITO CONSTITUCIONAL – PODER JUDICIÁRIO

Execução individual: mandado de segurança coletivo e servidor não filiado a sindicato – 2

A Primeira Turma, em conclusão de julgamento e por maioria, deu provimento a agravo interno para declarar a incompetência do Supremo Tribunal Federal (STF) e determinar a devolução dos autos ao tribunal de origem (Informativo 936).

Na espécie, iniciada liquidação coletiva requerida por sindicato, o tribunal de justiça *a quo* determinou que a execução se limitasse aos servidores filiados até a data da impetração do *writ*. A recorrente alegava ser parte legítima para propor a ação de execução individual do título coletivo, independentemente de comprovação da sua filiação ou autorização expressa para ser representada no processo de conhecimento, haja vista que a decisão exequenda não limitou o direito apenas àqueles servidores.

Em razão de o provimento jurisdicional beneficiar alguns servidores do tribunal local que são parentes de desembargadores, os autos foram encaminhados ao STF com base no art. 102, I, **n**, da Constituição Federal (CF), que prevê a competência originária do STF para ações em que mais da metade dos membros do tribunal de origem esteja impedida.

Na decisão ora agravada, o relator extinguiu, por ilegitimidade ativa, a execução individual da sentença concessiva do referido mandado de segurança.

A Turma afirmou que o STF não é competente para julgar originariamente o feito, pois não há impedimento dos desembargadores que não mantêm relação de parentesco com o servidor que figura especificamente no processo de execução individual [Código de Processo Civil (CPC), art. 144, IV] (1).

Além disso, para os fins do art. 102, I, **n**, da CF, o impedimento deve ser afirmado nos autos do processo cujo deslocamento se pretende, o que não ocorreu no caso.

Ademais, o tribunal de origem não se declarou incompetente para julgar o mérito do mandado de segurança coletivo, de modo que não há, em princípio, óbice para apreciar as execuções individuais, as quais devem estrita observância à coisa julgada formada no processo de conhecimento. Eventual alteração na composição do tribunal, que tivesse acarretado o impedimento de mais da metade de seus membros, deveria ter sido demonstrada no caso concreto, não sendo suficiente a manifestação em outra execução individual.

Vencido o ministro Alexandre de Moraes (relator), que negou provimento ao agravo. Considerou que, embora se possa admitir que a recorrente seja também titular do interesse individual homogêneo objeto do processo coletivo, os efeitos da sentença nele proferida não a alcançam, justamente por não ser filiada ao sindicato autor no momento da impetração do mandado de segurança.

⁽¹⁾ CPC: “Art. 144. Há impedimento do juiz, sendo-lhe vedado exercer suas funções no processo: (...) IV – quando for parte no processo ele próprio, seu cônjuge ou companheiro, ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive;”

AO 2380 AgR/SE, rel. Min. Alexandre de Moraes, red. p/ o ac. Min. Roberto Barroso, julgamento em 25.06.2019. (MS-2380)

