

CONSULTA Nº 39/2019

PROCEDIMENTO IDEA Nº 003.9.75841/2019

SUMÁRIO

1. Do objeto da consulta	01
2. Da competência constitucional para o financiamento e para a execução das ações e serviços de saúde	02
3. Dos critérios definidores da competência criminal nos casos envolvendo irregularidade na aplicação de verbas	04
3.1. Do critério constitucional: lesão a bens, serviços e interesses da União	04
3.2. Do critério jurisprudencial: prestação de contas a órgão federal	05
4. Dos critérios definidores da competência cível nos casos envolvendo irregularidade na aplicação de verbas	10
4.1. Do critério constitucional: presença de ente federal como autor, réu, assistente ou oponente	10
4.2. Do critério jurisprudencial: presença de ente federal como autor, réu, assistente ou oponente	11
5. Da atribuição cível e criminal relativa aos casos que não envolvem aplicação irregular de verbas da saúde	30
6. Conclusão	32

1 – Do objeto da consulta

Trata-se de consulta efetuada pelo Promotor de Justiça Patrick Pires da Costa, titular da 10ª Promotoria de Justiça de Itabuna.

O órgão de execução formulou questionamento ao CAOPAM, objetivando angariar subsídios acerca dos critérios delineadores da atribuição e da competência para apurar malversação de verbas públicas destinadas ao custeio de ações e serviços de saúde. A consulta foi estruturada da seguinte forma:

Por tal razão, visando a obtenção de maior clareza sobre o tema, a servir de norte não apenas para este caso como para eventuais situações futuras, solicito desse centro apoio técnico-jurídico no sentido de esclarecer, à luz do nosso ordenamento jurídico, a atribuição/competência para o acompanhamento de expedientes onde haja o comprometimento de verbas públicas do SUS destinadas a equipamentos de saúde municipais ou contratualizados pelo ente municipal, especificando o entendimento aplicável à hipótese ora citada e também a outras situações diversas, indicando os critérios de destinação.

Com o propósito de fornecer os subsídios solicitados e respeitada a independência funcional do órgão de execução, o **CENTRO DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DE PROTEÇÃO À MORALIDADE ADMINISTRATIVA – CAOPAM**, com amparo no art. 17, da Resolução nº 006/2009, do Colégio de Procuradores de Justiça, bem como no art. 3º, V, IX, XIII do Ato Normativo nº 027/2014, da Procuradoria-Geral de Justiça, apresenta a seguinte análise técnico-jurídica.

2 – Da competência constitucional para o financiamento e para a execução das ações e serviços de saúde

A Constituição Federal consagrou opção pela *natureza pública* dos serviços de saúde, nos moldes dos arts. 196 e 197, conforme segue:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Com isso, sem embargo de franquear à iniciativa privada a atuação nesse campo, o texto constitucional estabeleceu que é *dever* do Estado desenvolver ações e serviços de saúde à população. Essa tarefa deve ser cumprida por meio do *sistema único de saúde* (SUS), estruturado a partir da *obrigação de financiamento pelas três esferas federativas* e calcado na diretriz da *descentralização da execução*. Nesse sentido, dispõe o art. 198, I, da Constituição Federal:

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

(...)

§ 1º O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

O comando constitucional é replicado pela Lei Federal nº 8.080/90, segundo a qual a descentralização se perfectibiliza por meio da tendencial atribuição aos *entes municipais* para a *execução* dos serviços de saúde. É o que se extrai do art. 7º, IX, “a”, da mencionada lei:

Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:

(...)

IX - descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo:

a) ênfase na descentralização dos serviços para os municípios;

Portanto, o ordenamento jurídico vigente carrega aos entes municipais imensa responsabilidade na execução das ações e serviços de saúde, tarefas essas que serão custeadas não apenas com recursos locais, mas também estaduais e federais.

Assim, mesmo em se tratando de ação ou serviço de saúde executado pelo município, a fonte de custeio dependerá da regulamentação da política pública correspondente: em alguns casos o valor será integralmente oriundo da esfera federal, em outros será misto (bipartite ou tripartite) e, em outros ainda, será apenas do ente local.

Esse panorama guarda relevância para a definição da competência judicial (e da consequente atribuição ministerial) no que concerne à apuração e ao julgamento de ilícitos contra a Administração Pública praticados no âmbito do *sistema único de saúde*, tanto na esfera cível, quanto criminal. Sobre isso serão dedicados os próximos tópicos.

3 – Dos critérios definidores da competência criminal nos casos envolvendo irregularidade na aplicação de verbas

3.1 – Do critério constitucional: lesão a bens, serviços e interesses da União

A Constituição Federal instituiu, como critério definidor da competência criminal da Justiça Federal, a existência de *interesse da União*. Por sua vez, esse interesse se caracteriza sempre que se trate de ilícito praticado contra seus bens, serviços ou interesses, nos moldes do art. 109, IV, da Carta Federal:

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

(...)

IV - os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral;

3.2 – Do critério jurisprudencial: prestação de contas a órgão federal

No que toca especificamente aos crimes que dizem respeito ao *desvio de verbas da União*, o abstrato critério constitucional ganhou contornos mais concretos por meio das Súmulas nº 208 e 209 do Superior Tribunal de Justiça, que dispõem o seguinte:

Súmula nº 208: Compete à Justiça Federal processar e julgar Prefeito Municipal por desvio de verba sujeita a prestação de contas perante órgão federal.

Súmula nº 209: Compete à Justiça Estadual processar e julgar Prefeito por desvio de verba transferida e incorporada ao patrimônio municipal.

É certo que os enunciados sumulares não são harmônicos entre si. Com isso, surgem situações de comum ocorrência prática, nas quais as duas hipóteses estão a um só tempo presentes (ou seja, os recursos, embora incorporados ao patrimônio municipal, estão sujeitos a fiscalização por entidade federal), sendo necessário determinar qual será o preceito sumular que prevalecerá.

Confrontada com a questão, a jurisprudência pátria, a começar pelo Superior Tribunal de Justiça, *tem seguidamente decidido que o critério prevalecente é o da prestação de contas perante órgão federal*. Nessa conformidade, à luz do entendimento jurisprudencial contemporâneo, uma vez identificado que os recursos

repassados ao município estão sujeitos à atividade fiscalizatória de ente federal, caracterizado está o interesse da União e, portanto, a competência da Justiça Federal para apurar os crimes correspondentes ao desvio de verbas. Veja-se, exemplificativamente, os seguintes julgados:

HABEAS CORPUS. MALVERSAÇÃO DE VERBA PÚBLICA FEDERAL. CONVÊNIO FIRMADO COM O MINISTÉRIO DA SAÚDE. CONSTRUÇÃO DE DOIS POSTOS DE SAÚDE. DENÚNCIA POR CRIME TIPIFICADO NO ART. 92 DA LEI N. 8666/93 E NO ART. 299 DO CP. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. EXCEPCIONALIDADE. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. NÃO OCORRÊNCIA. DOLO ESPECÍFICO DE LESÃO AO ERÁRIO E PREJUÍZO MINIMAMENTE DEMONSTRADOS. NECESSIDADE DE EXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. VERBAS ORIUNDAS DA UNIÃO E SUJEITAS À FISCALIZAÇÃO FEDERAL. SÚMULA 208/STJ. ALEGAÇÕES DE NULIDADES AFASTADAS. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

(...)

4. A acurada leitura do Convênio n. 2200/2002 revela que o mesmo foi celebrado entre o Ministério da Saúde e o Município de São Desidério/BA, representado pelo paciente, visando fortalecer o Sistema Único de Saúde - SUS, cabendo à União, o controle e fiscalização do objeto do contrato. Nesse ponto, a Terceira Seção desta Corte Superior já afirmou que, em se tratando do verbas oriundas da União e destinadas ao Sistema Único da Saúde, tais recursos ficam sujeitos à fiscalização federal, fixando, assim, a competência da Justiça Federal, nos termos da Súmula 208 do Superior Tribunal de Justiça - STJ. Precedentes.

Ademais a Cláusula Nona do referido Convênio evidencia a necessidade de a Municipalidade prestar contas à União. A tese de que a competência para julgar o feito seria da Justiça Estadual - sob o argumento de que as verbas já teriam sido incorporadas ao patrimônio do Município - é incompatível com a cláusula expressa existente no contrato acerca da necessidade de prestação de contas à União.

(...)

Ordem de habeas corpus denegada.

(STJ, HC 198.375/BA, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA,
julgado em 15/12/2016, DJe 10/02/2017)

(sublinhamos)

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO.

1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, buscando dar efetividade às normas previstas na Constituição Federal e na Lei 8.038/1990, passou a não mais admitir o manejo do habeas corpus originário em substituição ao recurso ordinário cabível, entendimento que deve ser adotado por este Superior Tribunal de Justiça, a fim de que seja restabelecida a organicidade da prestação jurisdicional que envolve a tutela do direito de locomoção.

2. O constrangimento apontado na inicial será analisado, a fim de que se verifique a existência de flagrante ilegalidade que justifique a atuação de ofício por este Superior Tribunal de Justiça.

CRIME DE RESPONSABILIDADE DE PREFEITO (ARTIGO 1º, INCISO I, DO DECRETO-LEI 201/1967). DESVIO DE VERBAS REPASSADAS PELO MINISTÉRIO DA SAÚDE. ALEGADA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. NUMERÁRIO QUE TERIA SE INCORPORADO AO PATRIMÔNIO MUNICIPAL. REPASSE DE VALORES SUJEITO À PRESTAÇÃO DE CONTAS À UNIÃO. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO 208 DA SÚMULA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.

1. De acordo com o enunciado 208 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça, "compete à Justiça Federal processar e julgar Prefeito Municipal por desvio de verba sujeita a prestação de contas perante órgão federal".

2. No caso dos autos, as verbas destinadas ao Município de Ubaíra/BA pela União estavam sujeitos à fiscalização do Ministério da Saúde, motivo pelo qual mostra-se corretamente fixada a competência da Justiça Federal para processar e julgar o feito.

3. Ademais, a confirmar a incompetência da Justiça Estadual para examinar a ação penal em tela, tem-se que foi instaurado perante o Tribunal de Contas da União o Processo n. 033.506/2011-6, no qual se está analisando a regularidade do cumprimento do acordo em questão, o que reforça o interesse da União no deslinde da controvérsia versada nos autos em apreço.

(...)

2. Habeas corpus não conhecido.

(STJ, HC 276.396/BA, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 20/02/2014, DJe 26/02/2014)

(sublinhamos)

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. ESTELIONATO CIRCUNSTANCIADO E CRIMES CONTRA A FÉ PÚBLICA. (1) FALSIDADE E USO DE DOCUMENTO FALSO. DELITOS PRATICADOS PELO MESMO AGENTE. INSERÇÃO NA MESMA LINHA CAUSAL DO CRIME DE ESTELIONATO. ABSORÇÃO. (2) DESVIO DE RECURSOS DO SUS. SISTEMA NACIONAL DE SANGUE, COMPONENTES E HEMODERIVADOS. VERBAS SUJEITAS A CONTROLE DA UNIÃO, POR MEIO DO MINISTÉRIO DA SAÚDE. ART. 109, IV, DA CF. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. (3) PRELIMINAR. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. REDESIGNAÇÃO DE SESSÃO DE JULGAMENTO. NOVA ASSENTADA. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO DEFENSOR. TEMAS DE FUNDO TRAZIDOS A EXAME DESTA CORTE (E EFETIVAMENTE ENFRENTADOS). CONCESSÃO DA ORDEM, COM TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL EM RELAÇÃO A DUAS IMPUTAÇÕES. APRECIÇÃO DA MATÉRIA FORMAL SUPERADA.

(...)

2. O Sistema Nacional de Sangue, Componentes e Hemoderivados envolve a distribuição de recursos do SUS para as unidades da federação.

Tais verbas, contudo, permanecem sob a fiscalização do Ministério da Saúde, a teor da Política Nacional de Sangue, tratada no Decreto 3.990/2001. Portanto, havendo, a teor do art. 109, IV, da Constituição Federal, prejuízo para interesses na União, a competência é da Justiça Federal para apreciar o delito de estelionato circunstanciado - art. 171, § 3.º, do CP.

(...)

4. Ordem concedida em menor extensão para determinar o trancamento parcial da ação penal n. 2002.61.81.001747-5, da 3.ª Criminal Federal da Seção Judiciária de São Paulo, apenas em relação aos crimes contra a fé pública.

(STJ, HC 146.521/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 15/04/2010, DJe 07/06/2010)

(sublinhamos)

HABEAS CORPUS PREVENTIVO. PREFEITO. REQUERIMENTO DE PRISÃO TEMPORÁRIA. INDEFERIMENTO PELO TRF DA 2ª REGIÃO. PERDA DO OBJETO.

(...)

INQUÉRITO POLICIAL. OPERAÇÃO TELHADO DE VIDRO. ENVOLVIMENTO DE PREFEITO MUNICIPAL E OUTROS INVESTIGADOS. DESVIO DE VERBAS REPASSADAS PELA UNIÃO AO MUNICÍPIO. SUJEIÇÃO À FISCALIZAÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. DELITOS CONEXOS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. SÚMULAS 122 E 208/STJ. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

1. Compete à Justiça Federal o processamento de investigação criminal que envolve acusação de prefeito municipal pertinente a desvio de verbas repassadas pela União, por intermédio do Ministério da Saúde, destinadas à programa saúde mantido pela municipalidade, pois seu emprego está sujeito à fiscalização pelo Tribunal de Contas da União, sendo devida a aplicação da norma contida no inciso IV do art. 109 da CF e na Súmula 208/STJ.

2. Presente a conexão, tanto probatória quanto instrumental, não se aplica a regra do art. 78, II, a, do CPP, devendo os delitos pertinentes ao Juízo Estadual, pela via atrativa, serem também apreciados pela Justiça Federal (Súmula 122/STJ).

3. Writ julgado prejudicado no tocante ao pedido de expedição de salvo-conduto em favor do paciente e denegado no restante.

(HC 102.656/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 18/12/2008, DJe 09/03/2009)

(sublinhamos)

PENAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO PENAL. IRREGULARIDADES EM CONTRATO CELEBRADO POR ÓRGÃO ESTADUAL. RECURSOS PROVENIENTES DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. TRANSFERÊNCIA AUTOMÁTICA OU "FUNDO A FUNDO".

INCORPORAÇÃO DA VERBA AO PATRIMÔNIO ESTADUAL. IRRELEVÂNCIA. REPASSE SUJEITO AO CONTROLE INTERNO DO PODER EXECUTIVO FEDERAL E DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. INTERESSE DA UNIÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.

1. Por estarem sujeitas à fiscalização dos órgãos de controle interno do Poder Executivo federal, bem como do Tribunal de Contas da União, as verbas repassadas pelo Sistema Único de Saúde - inclusive na modalidade de transferência automática ou "fundo a fundo" - ostentam interesse da União em sua aplicação e destinação.

Eventual desvio atrai a competência da Justiça Federal para conhecer da matéria, nos termos do art. 109, IV, da Constituição Federal.

2. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo Federal da 5ª Vara Criminal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, o suscitante.

(CC 122.376/RJ, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 08/08/2012, DJe 22/08/2012)

(sublinhamos)

4 – Dos critérios definidores da competência cível nos casos envolvendo irregularidade na aplicação de verbas

4.1 – Do critério constitucional: presença de ente federal como autor, réu, assistente ou oponente

De pronto, no que toca ao critério constitucionalmente estabelecido, é certo que a fixação da competência no campo *cível* não se dá em razão do *interesse da União*, mas da eventual presença de entidade federal como autora, ré, assistente ou oponente. Nesse sentido, dispõe a Constituição Federal:

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;

Observe-se que as Súmulas nº 208 e 209 foram editadas com o propósito de

sedimentar o entendimento do Superior Tribunal de Justiça relativamente à competência *criminal*. Em que pese isso, como será visto no tópico seguinte, a jurisprudência tem-nas utilizado, por vezes, como parâmetros definidores também da competência cível. Ainda assim, o entendimento dos tribunais não se afasta do comando do art. 109, I, da Constituição Federal, referindo sempre a necessidade da presença de órgão federal num dos polos da demanda.

4.2 – Do critério jurisprudencial: presença de ente federal como autor, réu, assistente ou opoente

Na esfera cível, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça atém-se ao critério definido pela Constituição Federal, no sentido de apenas considerar a competência da Justiça Federal caso a União manifeste seu interesse no feito. Em não se configurando esse cenário, a competência é da Justiça Estadual, *ainda que se trata de desvio de verbas federais*. Nesse sentido, os julgados abaixo:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA LASTREADA EM SUPOSTA OMISSÃO DE EX-PREFEITO DO MUNICÍPIO DE PALESTINA DO PARÁ/PA EM PRESTAR CONTAS DE VERBAS ORIUNDAS DE CONVÊNIO COM O MINISTÉRIO DA SAÚDE, DESTINADAS À AQUISIÇÃO DE UNIDADE MÓVEL DE SAÚDE. MANIFESTAÇÃO EXPRESSA DA UNIÃO DE QUE NÃO INTERVIRÁ NO PROCESSO. PARECER DO MPF PELA COMPETÊNCIA DO JUÍZO FEDERAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. AGRAVO REGIMENTAL DO MPF DESPROVIDO.

1. Cuidam os autos de Ação de Improbidade Administrativa ajuizada pelo MUNICÍPIO DE PALESTINA DO PARÁ/PA contra ex-Prefeito Municipal, ao argumento de que consubstanciaria ato de improbidade administrativa, por ofensa a princípios administrativos (art. 11 da Lei 8.429/92), a ausência de prestação de contas de recursos recebidos em razão de Convênio firmado pela Municipalidade com o Ministério da Saúde.

2. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, caracteriza-se o interesse da União quando a verba objeto do litígio é oriunda do Erário Federal e sujeita à prestação de contas e fiscalização por órgão federal, nos termos da Súmula 208/STJ.

3. Deve-se, no entanto, observar uma distinção na aplicação das Súmulas 208 e 209 do STJ, no âmbito cível, visto que tais enunciados provêm da 3a. Seção desta Corte Superior e versam hipóteses de fixação da competência em matéria penal, em que basta o interesse da União ou de suas autarquias para deslocar a competência para a Justiça Federal, nos termos do inciso IV do art. 109 da CF.

4. O art. 109 da CF/88 elenca a competência da Justiça Federal em um rol taxativo que, em seu inciso I, menciona as causas a serem julgadas pelo juízo federal em razão da pessoa, competindo a este último decidir sobre a existência (ou não) de interesse jurídico que justifique, no processo, a presença da União, suas autarquias ou empresas públicas, conforme dispõe a Súmula 150/STJ.

5. Assim, a despeito da Súmula 208 do STJ, a competência absoluta enunciada no art. 109, I, da CF faz alusão, de forma clara e objetiva, às partes envolvidas no processo, tornando despicienda, dessa maneira, a análise da matéria discutida em juízo.

6. In casu, há nos autos expressa manifestação da UNIÃO de que não intervirá no processo (fls. 36), razão pela qual não se justifica a pronúncia de competência federal para a hipótese.

7. Parecer do MPF pela competência do Juízo Federal. Agravo Regimental do MPF desprovido, mantendo-se o decisum monocrático que conheceu do Conflito e declarou competente o Juízo de São João do Araguaia/PA, o Suscitante.

(STJ, AgRg no CC 133.522/PA, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/09/2016, DJe 21/09/2016)

(sublinhamos)

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CPC/1973. APLICABILIDADE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA COM RESSARCIMENTO AO ERÁRIO PROMOVIDA PELO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. LITISPENDÊNCIA COM

AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE PROPOSTA PELO MPF. TRÍPLICE IDENTIDADE. AFASTADA. ACÓRDÃO QUE DECIDIU COM BASE EM FATOS E PROVAS. REVISÃO. SÚMULA 7/STJ. DESLOCAMENTO DA COMPETÊNCIA PARA A JUSTIÇA FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DAS PESSOAS ELENCADAS NO ART. 109, I, DA CF. DESPICIENDA A ANÁLISE DA MATÉRIA DISCUTIDA NA LIDE. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADO. INEXISTÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICO-JURÍDICA ENTRE O ACÓRDÃO RECORRIDO E OS ACÓRDÃOS PARADIGMAS.

1. Discute-se sobre a ocorrência de litispendência entre esta Ação Civil Pública proposta pelo Estado do Rio de Janeiro na Justiça Estadual e Ação Civil Pública de autoria do Ministério Público Federal proposta na Justiça Federal, bem como sobre a incompetência da Justiça Estadual para julgar ação em que haja o envolvimento de repasse de verbas de natureza federal (FNS).

(...)

5. A competência da Justiça Federal, em matéria cível, é aquela prevista no art. 109, I, da Constituição Federal, que tem por base critério objetivo, sendo fixada tão só em razão dos figurantes da relação processual, prescindindo da análise da matéria discutida na lide. Em caso idêntico, entendeu-se que "A ação de improbidade fundada em uso irregular de recursos advindos de convênio celebrado pelo Estado com o Ministério da Saúde (FNS) com dano ao erário não autoriza por si só o deslocamento do feito para a Justiça Federal." (REsp. 1.325.491/BA, Rel. Min. Og Fernandes, DJe 25/6/2014). No mesmo sentido: AgRg no CC 109.103/CE, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Seção, DJe 13/10/2011 e do STF: RE 589.840, Rel. Min. Carmen Lúcia, Primeira Turma, DJe 26-05-2011). Ademais, no caso, na ACP em trâmite na Justiça Federal, proposta pelo MPF (processo n. 0019547-71.2011.4.02.5101) a União manifestou expressamente não ter interesse no feito; dessa forma, tem-se que também nesta ação, ausente interesse de um dos entes referidos no inciso I do art. 109 da CF, o que evidencia que as verbas incorporaram-se ao patrimônio do Município, não havendo razão para o deslocamento da competência para a Justiça Federal.

6. Não comprovada a divergência jurisprudencial, resta, igualmente, obstado o conhecimento do recurso especial com base na alínea "c" do dispositivo constitucional. No caso, os precedentes trazidos à colação, ou versam sobre

hipóteses de fixação da competência da Justiça Federal em matéria penal, em que basta o interesse do ente lesado para deslocar a competência para a Justiça Federal, nos termos do inciso IV do art. 109, da CF, ou sobre hipótese de litispendência entre ação coletiva e ação civil pública, afastando-se absolutamente do caso dos autos.

7. Agravo regimental não provido.

(STJ, AgRg no AREsp 664.901/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/08/2016, DJe 31/08/2016)

(sublinhamos)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE IMPROBIDADE. IRREGULARIDADES NA PRESTAÇÃO DE CONTAS. APLICAÇÃO DE VERBAS DA FUNDAÇÃO NACIONAL DE SAÚDE-FUNASA. ATÉ ENTÃO, HÁ A AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO EXPRESSA DA UNIÃO QUANTO AO INTERESSE EM INTEGRAR À LIDE. SÚMULA 150/STJ. ART. 109, I DA CF/88. RATIONAE PERSONAE. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.

1. Hipótese em que, malgrado se refira à ACP por ausência de prestação de contas a órgão do Governo Federal, tendo em vista recursos por ele providos através de Convênio, houve a incorporação da verba no patrimônio do Município, o que, em tese, implica em conflito entre as Súmulas 208 e 209/STJ.

2. Nos termos da jurisprudência desta Casa, caracteriza-se o interesse da União quando a verba objeto do litígio é oriunda do Erário Federal e sujeita à prestação de contas e fiscalização por órgão federal, nos termos da Súmula 208/STJ.

3. Deve-se, no entanto, observar uma distinção na aplicação das Súmulas 208 e 209 do STJ, no âmbito cível, visto que tais enunciados provêm da Terceira Seção deste Superior Tribunal, e versam hipóteses de fixação da competência em matéria penal, em que basta o interesse da União ou de suas autarquias para deslocar a competência para a Justiça Federal, nos termos do inciso IV do art. 109 da CF.

4. O art. 109 da CF/88 elenca a competência da Justiça Federal em um rol taxativo que, em seu inciso I, menciona as causas a serem julgadas pelo juízo federal em razão da pessoa, competindo a este último decidir sobre a

existência (ou não) de interesse jurídico que justifique, no processo, a presença da União, suas autarquias ou empresas públicas, conforme dispõe a Súmula 150 do STJ.

5. Hipótese em que não há nos autos manifestação de interesse na causa de qualquer um desses entes elencados no dispositivo constitucional.

6. Assim, a despeito da Súmula 208 do STJ, a competência absoluta enunciada no art. 109, I, da CF faz alusão, de forma clara e objetiva, às partes envolvidas no processo, tornando despicienda, dessa maneira, a análise da matéria discutida em juízo.

7. Conflito conhecido para declarar competente o JUÍZO DE DIREITO DA 1a. VARA CÍVEL DA COMARCA DE COLINAS DO TOCANTINS.

(STJ, CC 131.323/TO, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/03/2015, DJe 06/04/2015)

(sublinhamos)

Posto isso, o fator decisivo consiste na expressa manifestação de interesse (ou falta dele) por parte da União e sua conseqüente integração num dos polos da demanda.

Ademais, o entendimento pretoriano conclui que não basta que a ação civil por ato de improbidade administrativa tenha sido ajuizada pelo Ministério Público Federal. Note-se que, embora se trate de instituição de âmbito federal, entende o Superior Tribunal de Justiça que o ajuizamento da ação judicial pelo “Parquet” federal institui, no máximo, a competência *provisória* da Justiça Federal, cuja fixação definitiva dependerá da deliberação do Juízo Federal que, sem embargo disso, poderá entender que não está presente causa justificadora de sua competência e, à vista disso, deslocar o feito para a Justiça Estadual. É o que se extrai da seguinte decisão:

PROCESSUAL CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PETIÇÃO INICIAL. RECEBIMENTO. PRESENÇA DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL NO POLO ATIVO DA AÇÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL RECONHECIDA. PRESENÇA DE INDÍCIOS DE COMETIMENTO DE ATO ÍMPROBO. IN DUBIO PRO SOCIETATE. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA

7/STJ. RECURSO ESPECIAL. ALÍNEA "C". NÃO DEMONSTRAÇÃO DA DIVERGÊNCIA. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO.

(...)

COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL 4. A Primeira Seção estabeleceu que "o mero ajuizamento da ação pelo Ministério Público Federal, por entender estar configurado ato de improbidade administrativa, fixa a competência na Justiça Federal (AgRg no AgRg no CC 104.375/SP, Rel.

Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, DJe 04/09/2009)". Nesse sentido: AgRg no CC 122.629/ES, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, DJe 2.12.2013, CC 40.534/RJ, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU de 17.5.04, AgRg no CC 107.638/SP, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, DJe 20.4.2012 e REsp 1.249.118/ES, Rel.

Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 28.11.2014.

5. E o Supremo Tribunal Federal, em decisão recente, firmou entendimento no mesmo sentido. A propósito: RE 822.816, AgR, Relator Ministro Teori Zavascki, Segunda Turma, DJe 15/6/2016. Destaca-se ainda o precedente do Plenário: RE 228.955, Relator Ministro Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, DJ 24/3/2001.

6. Evidente que caberá ao Juízo deliberar, em cada caso, sobre a existência de interesse que justifique a competência específica da Justiça Federal.

(...)

10. Recurso Especial não provido.

(STJ, REsp 1645638/CE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/05/2017, DJe 12/05/2017)

(sublinhamos)

Reitera-se, portanto, a jurisprudência segundo ao qual *cabe ao próprio ente federal decidir sobre a eventual presença de interesse da União*. Sobre o tema, é relevante, ainda, referir os seguintes julgados do Supremo Tribunal Federal:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PREFEITO. REPASSE DE VERBA SUJEITA A PRESTAÇÃO DE CONTAS EM ÓRGÃO FEDERAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL PARA DETERMINAR O INTERESSE DA UNIÃO: PRECEDENTES. AGRAVO

REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

(STJ, RE 767501 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 03/02/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-030 DIVULG 12-02-2015 PUBLIC 13-02-2015)

(sublinhamos)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA FEDERAL. INTERESSE JURÍDICO. UNIÃO. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA FEDERAL. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. HIPÓTESE. DESVIO DE VERBAS. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE SUS. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO, COM APLICAÇÃO DE MULTA. I - Foi afastada do cenário jurídico norma que pretendia equiparar a ação por improbidade administrativa, de natureza civil, à ação penal, estendendo a esses casos o foro por prerrogativa de função. II - A Justiça Federal é competente para processar e julgar as causas em que há interesse jurídico da União (art. 109, I, da CF). III - A Justiça Federal é competente para processar e julgar as ações de improbidade administrativa que possuam o objetivo de recompor o patrimônio federal lesado mediante desvio de verbas do Sistema Único de Saúde SUS. IV - Agravo regimental a que se nega provimento, com aplicação de multa (art. 1.021, § 4º, do CPC). (ARE 1015386 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 21/09/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-206 DIVULG 27-09-2018 PUBLIC 28-09-2018)

(sublinhamos)

É certo que a linha jurisprudencial acima referida trata da fixação da competência judicial, sendo necessário transpô-la para o tema relativo à fixação da *atribuição investigatória* do Ministério Público. De fato: embora a presença de órgão federal como autor, réu, assistente ou oponente seja bastante clara no que toca ao que se passa no âmbito judicial, não é imediatamente aplicável na esfera investigatória, na qual não existem as figuras de autor, réu, assistente ou oponente. Sem embargo disso, a razão orientadora é a mesma.

Nesse passo, percebe-se que o norte deve ser dado pelo já referido critério

de que é o órgão federal que detém a competência para deliberar sobre seu interesse (e, via de consequência, sobre sua atribuição/competência). Essa lógica é extensível à fixação de atribuições entre o Ministério Público Federal e Ministério Público Estadual, notadamente em situação que envolve desvio de verbas federais.

Em outras palavras, para a delimitação da atribuição, há que se atender ao que ocorre como regra, e não como exceção. Nessa linha, em se tratando de desvio de verbas federais, sujeitas a prestação de contas perante órgão federal, é razoável presumir a existência de interesse da União. Esse interesse pode vir a não se confirmar em concreto, mas essa deliberação compete ao próprio órgão federal.

Essa linha de entendimento se reforça ao considerarmos que, na atuação criminal referente à situação ora tratada, está presente o *interesse da União* sempre que os recursos desviados de programas de saúde sejam federais, à luz do que dispõem o art. 109, IV, da Constituição Federal, bem como a jurisprudência referida. Assim, se, em se tratando de malversação de verbas federais, os desdobramentos criminais ocorrerão, necessariamente, na esfera judiciária federal, é mais lógico, embora não seja imprescindível, que os desdobramentos cíveis também lá ocorram.

Nessa linha, a prudência na atuação recomenda que, em se identificando a presença de verbas federais, seja o procedimento investigatório declinado ao Ministério Público Federal, a quem caberá deliberar sobre a presença de interesse que justifique a sua presença para eventual apuração de ato de improbidade administrativa.

Ademais, não se olvide a existência de precedentes jurisprudenciais admitindo que o simples protagonismo pelo Ministério Público Federal já caracteriza o interesse da União. Nessa linha, o AgRg no CC 133.522/PA do Superior Tribunal de Justiça, referido anteriormente, bem como o seguinte aresto do Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEGITIMIDADE ATIVA DA UNIÃO. INTERESSE FEDERAL. APLICAÇÃO DE RECURSOS FEDERAIS REPASSADOS AO MUNICÍPIO, POR FORÇA DE CONVENIO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. É firme na jurisprudência o entendimento no sentido de que "a competência da Justiça Federal, prevista no art. 109, I, da Constituição Federal, é fixada, em regra, em razão da pessoa (competência *ratione personae*), levando-se em conta não a natureza da lide, mas, sim, a identidade das partes na relação processual" (STJ, CC 105.196/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 22/02/2010). Nessa perspectiva, existindo manifestação de interesse jurídico por ente federal (União ou Ministério Público Federal) na lide, é inafastável a competência da Justiça Federal, porque a mera transferência e incorporação ao patrimônio municipal de verba desviada, no âmbito civil, não impõe, de modo absoluto, a competência da Justiça Estadual. A verba federal repassada ao Município destinou-se à aquisição de um ônibus adaptado para a prestação de serviços na área de saúde a população que reside em localidades distantes do centro urbano. Com efeito, a União tem o dever de fiscalizar a execução do convênio federal, porque, ainda que o veículo tenha sido adquirido e incorporado ao patrimônio municipal, a irregular aplicação desses recursos (ou seja, a sua utilização para a prática de ilícito) causa prejuízo ao erário e afronta os princípios constitucionais que regem a Administração Pública (art. 37 da CRFB). (TRF4, AC 5007232-07.2012.4.04.7114, QUARTA TURMA, Relatora VIVIAN JOSETE PANTALEÃO CAMINHA, juntado aos autos em 24/05/2016)
(sublinhamos)

É certo que a adoção do critério "*ratione personae*" à luz do comando constitucional volta-se para a definição da competência judicial e aparenta conduzir a certa liberdade no direcionamento da demanda e, portanto, na fixação do foro competente. Dito de outra forma, poderia se concluir que, caso o membro do Ministério Público Estadual tenha sob sua presidência um inquérito civil objetivando apurar ato de improbidade administrativa relativo a desvio de verbas no campo da saúde envolvendo, ainda que parcialmente, a malversação de recursos federais, poderia optar em *não incluir a União* na demanda e, com isso, esquivar-se da

competência da Justiça Federal. Ou de modo aparentado, poderia conduzir a apuração até sua conclusão, ajuizar a ação de improbidade contra os eventuais responsáveis e requerer a notificação da União para manifestar eventual interesse no feito. Caso esse interesse seja confirmado, deslocar-se-ia a competência para a Justiça Federal, competindo ao Ministério Público Federal deliberar acerca do prosseguimento da demanda.

Em que pese sejam encaminhamentos em tese admissíveis, o CAOPAM não os considera os mais adequados quer sob o prisma jurídico, quer pragmático. Isso porque, conforme acima apontado, ações de improbidade administrativa envolvendo desvios na aplicação de verbas federais para o custeio de ações e serviços de saúde têm sido seguidamente ajuizadas pelo Ministério Público Federal e tramitado na Justiça Federal, sem questionamentos. Pelo contrário: a jurisprudência acima apontada revela que esse é o entendimento atual dos Tribunais Superiores. Por essa razão, ao se defrontar com caso concreto assemelhado aos outros que têm pacificamente redundado em ações de improbidade administrativa movidas pelo “Parquet” Federal, não se afigura adequado que o membro do Ministério Público Estadual tangencie esse fato, conduzindo a investigação, concluindo-a e ajuizando a ação correspondente perante a Justiça Estadual. Note-se que, se assim o fizer, poderá dar causa a revés processual, tendo em vista a provável alegação da incompetência da Justiça Estadual por parte da defesa, levando ao retardamento do curso do processo. Sob esse prisma, mais efetivo é remeter, de pronto, a apuração para o Ministério Público Federal, para que delibere sobre a presença do interesse da União (deliberação essa que, consoante parte da jurisprudência, é de cunho *provisório*, pois a União pode posteriormente vir aos autos e aduzir sua *falta de interesse*, o que supervenientemente retiraria a competência da Justiça Federal).

Tenha-se presente, nesse ponto, a existência de julgados que vão além do critério “*ratione personae*”, consagrando a definição da competência cível com base no *interesse federal* (nos moldes do art. 109, I, da Constituição Federal), ainda que sem fazer menção à necessidade de expressa presença da União como autora, ré, assistente ou oponente:

RECURSOS ESPECIAIS. LEGISLAÇÃO ESPECIAL. CRIMES DE LICITAÇÃO. FRUSTRAR OU FRAUDAR, MEDIANTE AJUSTE, COMBINAÇÃO OU QUALQUER OUTRO EXPEDIENTE, O CARÁTER COMPETITIVO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO, COM O INTUITO DE OBTER, PARA SI OU PARA OUTREM, VANTAGEM DECORRENTE DA ADJUDICAÇÃO DO OBJETO DA LICITAÇÃO. RECURSO ESPECIAL DE JOSÉ AILTON VIEIRA DOS SANTOS. A) PEDIDO DE DECLARAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. NÃO INDICAÇÃO DE DISPOSITIVO VIOLADO. SÚMULA 284/STF. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. VERIFICAÇÃO DE PROCESSOS LICITATÓRIOS CUSTEADOS COM RECURSOS PROVENIENTES DE CONVÊNIOS FIRMADOS ENTRE PREFEITURAS MUNICIPAIS DO ESTADO DE PERNAMBUCO E O MINISTÉRIO DA SAÚDE. INCIDÊNCIA DO ART. 109, IV, DA CF. B) VIOLAÇÃO DOS ARTS. 563 E 566, AMBOS DO CPP. PEDIDO DE DECRETAÇÃO DE NULIDADE PROCESSUAL. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. CONDENAÇÃO COM SUPORTE EM DIVERSOS MEIOS PROBATÓRIOS. FISCALIZAÇÃO REALIZADA PELA CGU, DEPOIMENTOS PRESTADOS PELOS RÉUS, DEMAIS PROVAS DOCUMENTAIS E LAUDO DE EXAME CONTÁBIL DA POLÍCIA FEDERAL. C) DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL E VIOLAÇÃO DO ART. 90 DA LEI N. 8.666/1993. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. ALEGAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO. DOLO ESPECÍFICO RECONHECIDO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. CRIME FORMAL, DE CONSUMAÇÃO ANTECIPADA. PREJUÍZO AO ERÁRIO, MERO EXAURIMENTO DO CRIME. JURISPRUDÊNCIA DO STJ. OUTROSSIM, INVIÁVEL A ALTERAÇÃO DO ENTENDIMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. ANÁLISE DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. PRECEDENTES. D) VIOLAÇÃO DO ART. 59 DO CP. PEDIDO DE REDUÇÃO DA PENA-BASE. VETOR JUDICIAL DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. INIDONEIDADE DA NEGATIVAÇÃO CONFERIDA. SUPORTE EM ELEMENTOS INERENTES AO TIPO PENAL VIOLADO. EXCLUSÃO NECESSÁRIA. RETORNO DOS AUTOS. E) VIOLAÇÃO DO ART. 62, I, DO CP. PEDIDO DE EXCLUSÃO DA AGRAVANTE DE QUEM PROMOVE, OU ORGANIZA A COOPERAÇÃO NO CRIME OU DIRIGE A ATIVIDADE DOS DEMAIS AGENTES. INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS QUE CONCLUÍRAM PELA LIDERANÇA DO RECORRENTE QUANTO À

ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA. REVISÃO. INVIABILIDADE. ANÁLISE DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. RECURSO ESPECIAL DE ANA LÚCIA DA SILVA. A) DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL E VIOLAÇÃO DO ART. 90 DA LEI N. 8.666/1993. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. ALEGAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO. DOLO ESPECÍFICO RECONHECIDO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. CRIME FORMAL, DE CONSUMAÇÃO ANTECIPADA. PREJUÍZO AO ERÁRIO, MERO EXAURIMENTO DO CRIME. JURISPRUDÊNCIA DO STJ. OUTROSSIM, INVIÁVEL A ALTERAÇÃO DO ENTENDIMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. ANÁLISE DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. PRECEDENTES. B) DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL E VIOLAÇÃO DO ART. 29, § 1º, C/C O 68, AMBOS DO CP. PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA RECONHECIDA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. VERIFICAÇÃO. OCORRÊNCIA. FUNDAMENTO INIDÔNEO APRESENTADO. NÃO REDUÇÃO DA PENA NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA COM SUPORTE NA ANTERIOR FIXAÇÃO DA PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. AFASTAMENTO QUE SE IMPÕE. RETORNO DOS AUTOS PARA VERIFICAÇÃO DE HIPÓTESE DE REDUÇÃO DA PENA E, NESSA EXTENSÃO, DA FRAÇÃO A SER APLICADA. RECURSO ESPECIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. A) VIOLAÇÃO DOS ARTS. 381, III, E 619, AMBOS DO CPP; E DO 288 DO CP. PEDIDO DE CONDENAÇÃO PELO CRIME DE ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA. QUESTÃO DEVIDAMENTE ANALISADA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. NÃO OCORRÊNCIA DE OMISSÃO A SER SUPRIDA POR MEIO DOS ACLARATÓRIOS. REJULGAMENTO DA CAUSA. PROVIDÊNCIA INCOMPATÍVEL COM A VIA ESTREITA DO RECURSO ESPECIAL. OUTROSSIM, INVIÁVEL A ALTERAÇÃO DO ENTENDIMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. ANÁLISE DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. PRECEDENTES. B) VIOLAÇÃO DO ART. 71 DO CP. PEDIDO DE RESTABELECIMENTO DA FRAÇÃO DE 2/3 RELATIVA À CONTINUIDADE DELITIVA. 13 REPETIÇÕES DE CONDUTA. VERIFICAÇÃO. OCORRÊNCIA. REDUÇÃO DO PATAMAR NÃO JUSTIFICADO PELA CORTE A QUO. ILEGALIDADE EVIDENCIADA. PROVIMENTO DO PEDIDO QUE SE IMPÕE. PATAMAR ESTABELECIDO NA SENTENÇA CONDENATÓRIA EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. PRECEDENTES.

1. Pedido de declaração de incompetência da Justiça Federal. O recurso especial, neste ponto, não ultrapassa as condições de admissibilidade, haja

vista a não indicação do dispositivo infraconstitucional violado, o que faz incidir na espécie o teor da Súmula 284/STF.

2. Não carece de reparos a manutenção da competência da Justiça Federal pelas instâncias ordinárias, notadamente diante da comprovação de que conforme se verifica nos apensos II, IV e XV, acostado aos presentes autos, os Processos Licitatórios n. 18/2004, 44/2005, 7/2004, 27/2005, 19/2004, 29/2004 e 30/2004, indicados na denúncia, foram custeados com recursos provenientes de convênios firmados entre prefeituras municipais do Estado de Pernambuco e o Ministério da Saúde, o que, por si só, tem o condão de atrair a incidência do art. 109, IV, da Constituição Federal.

3. Firma-se a competência da Justiça Federal na apuração do ilícito penal praticado em detrimento de verbas federais, para assegurar a sua adequada e lícita destinação. E a apuração dos atos de improbidade administrativa só se submete à Justiça Estadual para reaver as verbas destinadas ao Município e no caso de a União não ter interesse para processar e julgar os agentes públicos envolvidos. Precedentes do STF (CC n. 125.211/CE, Ministra Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora Convocada do TJ/PE), Terceira Seção, DJe 20/3/2013).

(...)

Fica determinado que retornem os autos ao Tribunal de origem para nova dosimetria da pena, levando-se em consideração as diretrizes estipuladas na presente decisão.

(STJ, REsp 1597460/PE, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 21/08/2018, DJe 03/09/2018)

(sublinhamos)

Navegando na mesma direção, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região decidiu acerca da competência para ação civil de improbidade administrativa valendo-se das súmulas editadas pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria criminal, conforme segue:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRÁTICA DE IRREGULARIDADES NA UTILIZAÇÃO DE VERBAS PÚBLICAS FEDERAIS DESTINADAS À SAÚDE POR MEIO DO CONVÊNIO DE MUNICIPALIZAÇÃO N. 489/91. MUNICÍPIO DE CIDREIRA. COMPETÊNCIA DA

JUSTIÇA FEDERAL. PRESCRIÇÃO. ALEGAÇÃO DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DO APELANTE. AFASTAMENTO. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO MUNICÍPIO. ACERVO PROBATÓRIO QUE COMPROVA A MALVERSAÇÃO DOS RECURSOS PÚBLICOS. LESÃO AO ERÁRIO. SANÇÕES. CUMULAÇÃO. POSSIBILIDADE.

1. A competência da Justiça Federal já foi firmada por esta Corte nos autos do AG nº 2001.04.01.032672-1. Ainda que assim não fosse, a Corte Superior, mais recentemente, tem firmado orientação no sentido de que nem toda transferência de verba que um ente federado faz para outro enseja o entendimento de que o dinheiro veio a incluir seu patrimônio, dependendo a questão do exame das cláusulas dos convênios e/ou da análise da natureza da verba transferida. Assim, a depender da situação fático-jurídica delineada no caso, pode-se aplicar o entendimento da Súmula n. 209 do STJ ("competete a Justiça Estadual processar e julgar prefeito por desvio de verba transferida e incorporada ao patrimônio municipal") ou aquele outro constante da Súmula n. 208 do STJ ("competete à justiça federal processar e julgar prefeito municipal por desvio de verba sujeita a prestação de contas perante órgão federal") (REsp nº 1391212/PE, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 09/09/2014). 2. No caso, tratando-se de feito que envolve verbas federais destinadas à promoção de ações comuns na área da saúde, o interesse da União não se esgota no repasse de recursos financeiros, mas se estende à fiscalização da correta aplicação das quantias repassadas. Ademais, os serviços de saúde estão submetidos à apreciação do Departamento Nacional de Auditoria do SUS, órgão que integra a estrutura do Ministério da Saúde, nos termos do Decreto n. 6.860/2009. Assim, conclui-se que os recursos oriundos do Convênio n. 489/91 não foram simplesmente incorporados ao patrimônio do Município de Cidreira, para que ele desse a destinação que bem entendesse, motivo pelo qual se aplica à hipótese a Súmula 208 do STJ, e não a de nº 209, confirmando-se a competência da Justiça Federal para conhecer e julgar a presente ação.

(...)

(TRF4, AC 5013237-19.2014.4.04.7100, TERCEIRA TURMA, Relator CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ, juntado aos autos em 19/01/2015)

(sublinhamos)

Esses julgados reforçam o posicionamento ora sustentado, no sentido de

existir um *interesse latente da União* nesses feitos, impondo a remessa da apuração ao Ministério Público Federal para que se pronuncie sobre a efetiva e real existência desse interesse. Isso porque a situação concreta pode apontar no sentido da ausência de interesse da União, por se ter incorporado a verba ao patrimônio público municipal. Trata-se da situação referida na Súmula nº 209, que trata de matéria penal, e que já foi aplicada em matéria cível pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme segue:

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PREFEITO MUNICIPAL. AUSÊNCIA DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. CONVÊNIO FIRMADO COM A FUNASA. VERBAS FEDERAIS INCORPORADAS AO PATRIMÔNIO DO MUNICÍPIO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. SÚMULA 209/STJ. PRESENÇA DO ELEMENTO SUBJETIVO. DOSIMETRIA. SANÇÃO. INSTÂNCIA ORDINÁRIA. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. RECURSO ESPECIAL. ALÍNEA “C”. NÃO DEMONSTRAÇÃO DA DIVERGÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Cuida-se, na origem, de Ação de Improbidade Administrativa proposta pelo Município de São Pedro do Piauí, ora recorrido, contra o ora recorrente, objetivando a sua condenação, pois deixou de prestar contas, quando Prefeito Municipal, do valor total de convênio firmado com a Fundação Municipal de Saúde – Funasa (Convênio nº 1446/2002), correspondente à quantia de R\$ 26.369,73 (vinte e seis mil, trezentos e sessenta e nove reais e setenta e três centavos).

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que a competência para apreciar demanda referente a verbas recebidas mediante convênio entre o Município e a União, quando tais somas já foram creditadas e incorporadas à municipalidade, é da Justiça Comum Estadual, conforme se constata no enunciado sumular 209/STJ: “Compete à Justiça Estadual processar e julgar prefeito por desvio de verba transferida e incorporada ao patrimônio municipal.” **3. O Tribunal a quo foi categórico ao afirmar a existência do elemento subjetivo. Vejamos: “No presente caso, revela-se a presença do elemento subjetivo na conduta do apelante, notadamente o dolo genérico, suficiente para a caracterização da improbidade descrita no art. 11, VI, da Lei nº 8429/1992” (fl. 174, grifo**

acrescentado).

(...)

8. Agravo Regimental não provido.

**(STJ, AgRg no REsp 1458216/PI, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN,
SEGUNDA TURMA, julgado em 25/10/2016, DJe 08/11/2016)**

(sublinhamos)

Perceba-se que o julgado por último citado diz respeito a ato de improbidade administrativa decorrente da não prestação de contas relativas a convênio celebrado com órgão federal. Em se tratando de convênio, a fiscalização do emprego dos recursos é feita no âmbito federal tanto pelo órgão repassador (no caso, a FUNASA), quanto pelo Tribunal de Contas da União, o que invocaria a incidência da Súmula nº 208 (a qual, como vimos, é prevalecente em matéria criminal). Todavia, na situação ora referida, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, divergindo do entendimento majoritário, não tomou em consideração o fato de que as contas seriam prestadas a órgão federal, considerando que, mesmo assim, prevaleceria o critério da incorporação. No mesmo caminho, *em julgados mais antigos*, o Superior Tribunal de Justiça, *para fixar a competência cível*, desconsiderou eventual prestação de contas a órgão federal e definiu a competência com base no critério da *incorporação dos recursos ao erário municipal*, consolidado na Súmula nº 209. Além disso, fez menção, paralelamente, ao critério “*ratione personae*” estabelecido pela Constituição Federal:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONVÊNIO MUNICÍPIO-UNIÃO. MÁ APLICAÇÃO E/OU DESVIO DE VERBAS CONVENIADAS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. MUNICÍPIO. LEGITIMIDADE ATIVA DISJUNTIVA.

1. Os órgãos julgadores não estão obrigados a examinar todas as teses levantadas pelo jurisdicionado durante um processo judicial, bastando que as decisões proferidas estejam devida e coerentemente fundamentadas, em obediência ao que determina o art. 93, inc. IX, da Lei Maior. Isso não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.

Precedente.

2. No mais, esta Corte Superior, decidindo inúmeros conflitos de competência, entende que, uma vez incorporada a verba advinda de convênios firmados com a União ao patrimônio municipal, a competência para apreciação e julgamento do feito é da Justiça Estadual, pois a União perde interesse no controle da destinação e uso da verba pública. A este propósito, inclusive, vieram as Súmula n. 208 e 209 do Superior Tribunal de Justiça.

3. A mesma lógica pode ser aplicada à presente demanda, cuja controvérsia diz respeito à legitimidade de Município para ajuizar ação civil pública por improbidade administrativa em face de ex-Prefeito para obter o ressarcimento de valores referentes a convênio celebrado entre o Município e a União com o objetivo de estabelecer condições para erradicação do mosquito da dengue (bem como a condenação do agente político em outras sanções da Lei de Improbidade Administrativa).

4. Ora, se os valores conveniados foram efetivamente repassados, passaram a constituir receitas correntes do Município, a teor do art. 11 da Lei n. 4.320/64, razão pela qual pode vir a constituir dano ao erário municipal o gasto desvinculado dos termos do convênio.

5. Aliás, mesmo que assim não fosse, o Município tem interesse legítimo e próprio em ver cumpridos os termos do convênio por ele firmado, mesmo que a verba ainda não tivesse sido efetivamente incorporada a seu patrimônio. Sob esta perspectiva (que já foge um pouco da adotada pelas Súmulas n. 208 e 209 desta Corte Superior, mas é igualmente válida), também a União poderia ajuizar ação civil pública por improbidade administrativa, na medida em que lhe interessa saber se a parte a quem se vinculou na via do convênio adimpliu com seus requisitos (notadamente a destinação vinculada dos recursos).

6. Uma advertência: os verbetes sumulares invocados de início foram cunhados com base em demandas penais, notadamente no que tange à definição de competência para processamento de crimes contra o patrimônio, que, como se sabe, segundo a jurisprudência desta Corte Superior, requerem, sob a luz dos princípios da estrita proteção de bens jurídicos e da lesividade, prejuízo de natureza eminentemente econômica. Não é mesmo possível, pois, aqui, a incidência perfeita dessas súmulas, sem qualquer temperamento.

7. É que o interesse processual na ação civil pública por improbidade

administrativa transcende a mera aferição do patrimônio econômico. Simples a visualização desta conclusão na espécie: o combate à proliferação do mosquito da dengue insere-se no contexto de uma política pública de saúde de espectro nacional, envolvendo medidas de cooperação entre os entes federados, razão pela qual não é e sustentável alegar que a União não tem interesse jurídico - da mesma forma que o é alegar que o Município envolvido também não o tem. Trata-se de legitimidade ativa disjuntiva.

8. Sob um ou outro ângulo, tanto o Município como a União são parte legítimas para propor ação civil pública como a presente. O que é preciso guardar certa atenção, sem dúvidas, é para o fato de que, conforme se constate a presença de um, de outro ou de ambos, poderá se observar uma mudança de competência para processamento e julgamento do feito, com destaque para o que dispõe o art. 109, inc. I, da Constituição da República vigente.

9. Recurso especial parcialmente provido, determinando o retorno dos autos à origem a fim de que lá se desenvolva regularmente a ação intentada.

(STJ, REsp 1070067/RN, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/09/2010, DJe 04/10/2010)

(sublinhamos)

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA AJUIZADA POR MUNICÍPIO CONTRA EX-PREFEITO. CONVÊNIO ENTRE MUNICÍPIO E ENTE FEDERAL. UTILIZAÇÃO IRREGULAR DE RECURSOS PÚBLICOS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.

1. Trata-se de ação de improbidade administrativa proposta por Município contra ex-prefeito, por suposto desvio de verba já incorporada pela Municipalidade sujeita à prestação de contas perante órgão federal, no caso, a FUNASA (fundação pública vinculada ao Ministério da Saúde).

2. Nos termos inciso I, do art. 109, da CRFB/88, a competência cível da Justiça Federal define-se pela natureza das pessoas envolvidas no processo “rationae personae”, sendo desnecessário perquirir a natureza da causa (análise do pedido ou causa de pedir), excepcionando-se apenas as causas de falência, de acidente do trabalho e as sujeitas às Justiças Eleitoral e do Trabalho.

3. Malgrado a demanda tenha como causa de pedir “a ausência de prestação

de contas (por parte do ex prefeito) de verbas recebidas em decorrência de convênio firmado com órgão federal” situação que, nos termos da Súmula 208/STJ, fixaria a competência na Justiça Federal (já que o ex gestor teria que prestar contas perante o referido órgão federal), não há, no pólo passivo da ação, quaisquer dos entes mencionados no inciso I do art. 109, da CF. Assim, não há que se falar em competência da Justiça Federal.

4. Corroborando o raciocínio, o entendimento sedimentado na Súmula 209/STJ, no sentido de fixar na Justiça Estadual a competência para o processo e julgamento das causas em que as verbas recebidas pelo Município, em decorrência de irregularidades ocorridas no Convênio firmado com a União, já tenham sido incorporadas à Municipalidade hipótese dos autos.

5. Conflito de competência conhecido para declarar competente o Juízo de Direito de Marcelândia/MT, o suscitado.

(STJ, CC 100.507/MT, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 11/03/2009, DJe 30/03/2009)

(sublinhamos)

Ainda assim, com lastro no propósito de evitar futura alegação de falta de atribuição, é oportuno que seja o próprio órgão federal (Ministério Público Federal) a se pronunciar sobre a falta de interesse da União, por conta da incorporação das verbas.

5 – Da atribuição cível e criminal relativa aos casos que não envolvem aplicação irregular de verbas da saúde

Por outro lado, deve-se ter presente que nem todos os fatos ilícitos que possam caracterizar crime ou ato de improbidade administrativa relacionados com irregularidades em ações e serviços de saúde envolvem o emprego indevido de verbas públicas.

Existem diversas irregularidades nas quais o ponto sob discussão não consiste em eventual lesão ao erário por conta de desvio de recursos públicos, mas

tocam em outros aspectos.

É o caso, por exemplo, da contratação irregular de servidores da rede pública de saúde. Caso a admissão de pessoal esteja ocorrendo deliberadamente ao arrepio da regra constitucional do concurso público (art. 37, II, da Constituição Federal), é possível a caracterização de ato de improbidade administrativa. Em situação dessa natureza, não se discute eventual desvio de verbas e a ação civil por ato de improbidade a ser porventura ajuizada terá como causa de pedir não a lesão ao erário (art. 10 da Lei Federal nº 8.429/92), mas a violação de princípios da Administração Pública (art. 11 do mesmo diploma legal). Perceba-se, ainda, que a Administração Pública com relação à qual ocorreu a violação de princípios é a local, e não a federal. Lesado foi o município, que teve seu quadro de pessoal recrutado de maneira irregular. Em vista disso, a atribuição é do Ministério Público Estadual. Nesse sentido, decidiu o Tribunal Regional Federal da 5ª Região:

APELAÇÃO. AÇÃO PARA APURAÇÃO DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. SUPOSTA ADMISSÃO IRREGULAR DE PESSOAL. ATO QUE SE INSERE NA AUTONOMIA POLÍTICO-ADMINISTRATIVA DO MUNICÍPIO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL PARA O SEU EXAME A INDICAR A ILEGITIMIDADE DO MPF. IMPROVIMENTO.

I - O Município, por injunção do art. 18 da Lei Fundamental, possui autonomia político-administrativa, na qual se insere a competência para decidir sobre a admissão de seu pessoal.

II - A celebração de convênio entre Município e a União Federal, em razão do qual esta repassa verba que possibilita aquele o pagamento de servidor (agente comunitário de saúde), não faz emergir interesse federal para o exame de ato admissão de pessoal. O interesse da União se circunscreve à aplicação das verbas repassadas no objeto conveniado, o que não pode ser diferente, pois a Constituição, no seu art. 30, VII, afirmar ser do Município a competência para prestar serviços de saúde à população, para o qual poderá contar com cooperação financeira ou técnica da União ou do Estado.

III - O questionamento da antijuridicidade da admissão de pessoal por Município, por ausência de concurso público, é matéria da alçada da Justiça Estadual, sendo, portanto, parte ilegítima o Ministério Público Federal para o

ajuizamento de ação de improbidade administrativa em casos que tais.

Interessante, no particular, a leitura do delirado pelo STF na ADI 2.794 - 8.

IV - Apelo a que se nega provimento.

(TRF5, PROCESSO: 00003402420104058501, AC - Apelação Cível - 508571, DESEMBARGADOR FEDERAL EDÍLSON NOBRE, Quarta Turma, JULGAMENTO: 01/03/2011, PUBLICAÇÃO: DJE - Data::10/03/2011 - Página::481)

(sublinhamos)

Da mesma, forma, se a irregularidade guarda repercussões criminais, sendo que o ilícito penal configurado não se refere à apropriação, desvio ou malbaratamento de recursos públicos federais, a atribuição é do “Parquet” Estadual. Valendo-nos da hipótese acima referida, os contornos fáticos da situação podem dar azo à responsabilização do Prefeito Municipal com base no tipo penal previsto no art. 1º, XIII, do Decreto-Lei nº 201/67 (nomear, admitir ou designar servidor, contra expressa disposição de lei). Também nessa hipótese, o elemento fundamentador da imputação criminal é um *vício de motivação* do ato, cuja causa subjacente é ilícita, sendo que a discussão a ser travada não diz respeito à aplicação de recursos públicos. Em outras palavras, a questão não diz respeito a um problema que impacta o *financiamento* da política pública, posto que o recurso foi efetivamente empregado numa ação ou serviço de saúde.

5 – Conclusão

Diante do exposto, em resposta à consulta efetuada, o CAOPAM manifesta o seguinte entendimento:

- (a) A identificação da competência da justiça competente e, conseqüentemente, da atribuição do Ministério Público correlato para apurar e processar desvio de verbas relativas ao financiamento de ações e serviços de saúde deve ser feita à luz da presença ou ausência de interesse da União no feito.

- (b) Fator determinante para isso é a origem dos recursos que custeiam a ação ou serviço de saúde sob análise. Por isso, se, de pronto, verificar-se que a política de saúde relativamente à qual se deu o desvio de recursos não é custeada com verbas federais, a atribuição investigatória, tanto cível quanto criminal, é do Ministério Público Estadual.
- (c) Por outro lado, na esfera criminal, o interesse da União se faz presente sempre que os recursos malversados estejam sujeitos à fiscalização de órgão federal, nos termos da Súmula nº 209 do Superior Tribunal de Justiça, o que geralmente ocorre quando a ação ou serviço de saúde é financiada com recursos total ou parcialmente federais.
- (d) Na esfera cível, o interesse da União se faz presente sempre que algum ente federal tenha interesse em figurar num dos polos da demanda, o que, da mesma forma, usualmente ocorre quando a ação ou serviço de saúde é financiada com recursos total ou parcialmente federais.
- (e) Ainda que se constate que os recursos desviados foram repassados ao ente municipal ou estadual por órgão federal, pode a União declarar falta de interesse no feito. Em que pese isso, cabe à própria União deliberar sobre a presença ou ausência de interesse.
- (f) Sendo órgão federal, o Ministério Público Federal detém atribuição para avaliar, ainda que provisoriamente, a existência de potencial interesse da União, com o propósito de definir sua atribuição para prosseguir com a apuração em caso envolvendo desvio de verbas federais.
- (g) O exame perfunctório acerca da origem das verbas cabe ao Promotor de Justiça com atribuição para a defesa do patrimônio público. Por essa razão, sugere-se que, em se defrontando com situação envolvendo possível irregularidade na aplicação de verbas destinadas ao custeio de

ações e serviços de saúde, o Promotor de Justiça de Defesa as Saúde remeta as informações pertinentes para o Promotor de Justiça de Defesa do Patrimônio Público e da Moralidade Administrativa, a quem caberá a verificação preliminar acerca da origem das verbas, com o propósito de prosseguir com a investigação ou remetê-la ao Ministério Público Federal.

Colocamo-nos à disposição para fornecer outros subsídios que se revelem necessários.

Salvador, 22 de julho de 2019.

Luciano Taques Ghignone
Promotor de Justiça
Coordenador do CAOPAM