

CONSULTA Nº 42/2019

PROCEDIMENTO IDEA Nº 003.9.169709/2018

SUMÁRIO

1. Do objeto da consulta	01
2. Do processo de credenciamento nº 010/2012	03
3. Das não conformidades apontadas no relatório de auditoria nº 3596	05
4. Do possível interesse da União	06
5. Dos critérios definidores da competência cível nos casos envolvendo irregularidade na aplicação de verbas	10
5.1. Do critério constitucional: presença de ente federal como autor, réu, assistente ou oponente	10
5.2. Do critério jurisprudencial: presença de ente federal como autor, réu, assistente ou oponente	11
6. Conclusão	30

1 – Do objeto da consulta

Trata-se de consulta formulada pela Promotora de Justiça Mônica Barroso Costa, lotada no GEPAM.

O órgão de execução formulou consulta ao CAOPAM visando obter manifestação técnica acerca de supostas irregularidades na celebração e na execução de contratos firmados pelo Estado da Bahia com entidades privadas, tendo por objetivo o fornecimento de leitos de UTI no âmbito da rede estadual de saúde. O questionamento ministerial foi elaborado nos seguintes termos, os quais cingem a resposta a ser elaborada pelo CAOPAM:

Necessário análise detalhada das questões técnicas levantadas pela Auditoria do SUS/BA, razão porque solicito o abalizado apoio técnico à Coordenação do CAOPAM para, em análise do objeto investigado neste Procedimento Preparatório, opinar quanto às possíveis providências a serem adotadas visando, em especial, os seguintes itens, sem prejuízo de outros que entender cabíveis:

- a) Identificar os possíveis atos de improbidade e/ou dano ao erário, especialmente quanto à identificação dos autores de tais condutas;**
- b) Verificar o dano ao erário, caso exista, e como viabilizar seu ressarcimento;**
- c) Se há indícios de irregularidades no Processo de Credenciamento nº 010/2012;**
- d) Se houve regular contratação e pagamento das empresas que prestaram o serviço objeto do Credenciamento nº 010/2012.**

Tramita nesta 1ª Promotoria de Justiça o Procedimento Preparatório acima identificado, cujo objeto de apuração é suposta acumulação indevida de cargos, imputada a Sra. Larissa dos Reis Oliveira, atual Secretária de Saúde do Município de Jaguaripe, que também compõe o quadro de colaboradores da Fundação José Silveira, no setor de planejamento e/ou acompanhamento das ações junto a comunidades assistidas.

Muito embora não se trate de acumulação indevida de cargos públicos, a investigação, até a presente data, buscou esclarecer se o cargo de Secretário de Saúde possui caráter de dedicação exclusiva, o que impediria o seu titular de exercer outras atividades laborais.

Desta forma, buscando melhor subsidiar as providências a serem adotadas, consulto os valiosos préstimos deste Centro de Apoio Operacional, no sentido de que informe o seu posicionamento acerca da previsão legal de dedicação exclusiva do cargo de secretários municipais, especialmente em relação às secretarias de saúde.

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 – Do processo de credenciamento nº 010/2012

O Estado da Bahia deflagrou, no ano de 2012, procedimento de contratação tendo o seguinte objeto (fl. 46):

V. Finalidade da licitação/objeto:

CONTRATAÇÃO DE EMPRESA DE SERVIÇOS DE SAÚDE QUE DISPUNHAM DE LEITOS DE UNIDADE DE TERAPIA INTENSIVA (UTI)

Optou-se por selecionar os prestadores por meio de *procedimento de credenciamento*, o qual se encontra previsto na Lei Estadual nº 9.433/05 da seguinte maneira:

Art. 61. É inexigível a licitação, por inviabilidade de competição, quando, em razão da natureza do serviço a ser prestado e da impossibilidade prática de se estabelecer o confronto entre os interessados, no mesmo nível de igualdade, certas necessidades da Administração possam ser melhor atendidas mediante a contratação do maior número possível de prestadores de serviço, hipótese em que a Administração procederá ao credenciamento de todos os interessados que atendam às condições estabelecidas em regulamento.

Parágrafo único. A Administração elaborará regulamento específico para cada credenciamento, o qual obedecerá, rigorosamente, aos princípios

constitucionais da isonomia, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da economicidade e aos princípios do procedimento licitatório.

Posto isso, o credenciamento não constitui *modalidade procedimental específica*, mas subespécie da *inexigibilidade de licitação*, caracterizada pela circunstância de que, em determinados segmentos, a demanda estatal pelos serviços é superior à oferta pela iniciativa privada. Como existem menos prestadores no mercado do que a necessidade pública a ser suprida, a competição é inviável, pois, em tese, existe campo para a contratação de todos os interessados. Esse cenário é frequente na esfera de alguns serviços de saúde, ensejando a contratação mediante inexigibilidade de licitação.

Em que pese a possibilidade abstrata da utilização desse modelo de escolha dos parceiros contratuais, é necessário que se façam presentes todos os requisitos legalmente previstos, tais como a justificativa para a contratação, a correta formação do preço contratual, a demonstração concreta da inviabilidade de competição, dentre outros. Ademais das questões atinentes ao momento da seleção do parceiro contratual, também estão sujeitos ao escrutínio dos órgãos de controle os aspectos relacionados com a execução do ajuste, tanto sob o viés quantitativo, quanto qualitativo, bem como com o cabimento de eventuais prorrogações contratuais.

3 – Das não conformidades apontadas no relatório de auditoria nº 3596

O componente estadual do sistema nacional de auditoria do SUS avaliou o processo de credenciamento nº 010/2012. No exame realizado, a equipe de auditoria diagnosticou diversas não conformidades atinentes tanto à fase de

credenciamento, quanto à de execução contratual. Essas impropriedades encontram-se sintetizadas da seguinte forma na conclusão do relatório (fl. 20):

VI - CONCLUSÃO

A administração pública deve obedecer aos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Deve-se garantir a observância destes e ainda aos princípios da isonomia, igualdade e o da vinculação ao instrumento convocatório e julgamento objetivo, previstos expressamente na Lei n. 9.433/05. Os procedimentos de auditoria aplicados permitiram constatar que a formalização e execução do Credenciamento nº. 010/2012 e respectivos Termos de Adesão não observaram exigências prescritas no edital de credenciamento. Quando a Administração estabeleceu, no edital, as condições para participar da licitação e a minuta do contrato, os interessados apresentaram suas propostas com base nesses itens; sendo as propostas aceitas sem a totalidade das documentações e celebrados os Termos de Adesão, burlados foram os princípios da igualdade entre os licitantes e da vinculação ao instrumento convocatório, pois se aquele que se prendeu aos termos do edital e não apresentou proposta por considerar sua falta de habilitação e outro sem estar completamente habilitado participa e realiza ajuste mesmo desabilitado, ficou prejudicado a livre competição, e ao ser criado regras não previstas no Edital infringido foi o princípio que garante aos interessados a certeza do que exigirá a Administração Pública. Desta forma, fica passível de nulidade os ajustes realizados e sendo necessário novo Credenciamento. Ademais, verificou-se que o acompanhamento e a fiscalização do contrato, não ocorreram de forma eficiente e eficaz, sendo os mesmos instrumentos imprescindíveis ao gestor na defesa do interesse público, tanto para assegurar que a execução do contrato ocorra com qualidade e em respeito à legislação vigente, quanto para garantir a correta aplicação de recurso. Sendo caracterizado o descumprimento de cláusulas contratuais, no que se refere à avaliação no acompanhamento dos Termos de Adesão vinculados ao Credenciamento 10/2012, considerando que as atividades de fiscalização não estão sendo completamente executadas, resta claro a fragilidade do controle da efetiva realização dos serviços contratados, inclusive para efeito de correto desembolso financeiro e aplicação de

penalidades.

As irregularidades apontadas ultrapassam a mera questão assistencial e guardam potencialmente reflexos no âmbito da defesa do patrimônio público e da moralidade administrativa, haja vista a existência de indícios, apontados no relatório de auditoria, no sentido de que foram selecionadas entidades supostamente inidôneas, com frustração ao princípio da obtenção da contratação mais vantajosa (“value for money”) insculpido no art. 3º, “caput”, da Lei Federal nº 8.666/93, bem como no art. 3º, “caput”, da Lei Estadual nº 9.433/05. Apontou o relatório, ainda, possível falha na execução contratual, tendo o Poder Público pago mais do que deveria pelas prestações efetivamente desempenhadas pelos entes credenciados, o que abre ensejo à caracterização de dano ao erário.

Ocorre que existe questão prévia que, a juízo do órgão de execução, poderá impactar no imediato prosseguimento do feito junto ao GEPAM.

4 – Do possível interesse da União

A contratação de leitos de UTI junto à iniciativa privada, que constitui objeto do processo de credenciamento nº 010/2012, decorre de política pública instituída no âmbito da União, por meio da Portaria nº 2.395/2011, do Ministério da Saúde, que estabelece:

Art. 21. As instituições hospitalares que disponibilizarem novos leitos de UTI, específicos para retaguarda às Portas de Entrada Hospitalares de Urgências, ou que qualificarem os leitos já existentes farão jus a custeio diferenciado do leito de UTI, no valor de R\$ 800,00 (oitocentos reais) por diária de leito.

Parágrafo único. A diferença entre o valor real da diária do leito de UTI e o re-passe do recurso federal por leito deverá ser custeada por Estados e Municípios, na forma pactuada na Comissão Intergestores Regional (CIR) e na Comissão Intergestores Bipartite (CIB).

(sublinhamos)

Posto isso, o marco normativo que lastreou o procedimento de seleção indica que o custeio dos serviços foi parcialmente realizado com recursos federais.

Na mesma linha, a Resolução CIB nº 326/2012, que regulamentou o tema no Estado da Bahia, faz expressa remissão à Portaria nº 2.395/2011, do Ministério da Saúde, “in verbis”:

RESOLUÇÃO CIB Nº 326/2012

Aprova, ad referendum, o valor referencial para Credenciamento de Leitos de Unidade de Terapia Intensiva – UTI para o Componente Hospitalar da Rede de Atenção às Urgências no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS) no Estado da Bahia.

O Coordenador e Coordenador Adjunto da Comissão Intergestores Bipartite da Bahia, no uso de suas atribuições e considerando:

O Art. 7º da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, que estabelece os princípios e diretrizes do SUS, de universalidade do acesso, integralidade da atenção e descentralização político-administrativa com direção única em cada esfera de governo;

O Decreto nº 7.508, de 28 de junho de 2011, que regulamenta a Lei nº 8.080, de 1990, para dispor sobre a organização do SUS, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa;

A Portaria nº 1.600/GM/MS, de 07 de julho de 2011, que altera a Política Nacional de Atenção às Urgências e institui a Rede de Atenção às Urgências no SUS, com previsão expressa acerca do Componente Hospitalar;

A Portaria nº 2.395, de 11 de outubro de 2011, que Organiza o Componente Hospitalar da Rede de Atenção às Urgências no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS);

A Portaria nº 1218, de 22 de Agosto de 2012, que cria a Comissão Permanente de Credenciamento de Serviços de Saúde no âmbito da Superintendência de Gestão dos Sistemas de Regulação da Atenção a Saúde – SUREGS;

O papel do Estado como condutor das políticas de Rede de Atenção às Urgências no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS);

A necessidade de ampliação de Leitos de Terapia Intensiva no Estado da Bahia;

A necessidade de promover a adequação de valores referentes aos procedimentos ambulatoriais e hospitalares das tabelas de referência nacional do Sistema Único de Saúde – SUS;

As análises e estudos realizados pelas áreas técnicas da Secretaria de Saúde do Estado da Bahia;

RESOLVE

Art. 1º Aprovar, ad referendum, o valor referencial diário, de R\$ 1.200,00 (mil e duzentos reais), para o Credenciamento de Leitos de Unidade de Terapia Intensiva – UTI para o Componente Hospitalar da Rede de Atenção às Urgências no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS) no Estado da Bahia.

A presente resolução entrará em vigor na data de sua publicação.
(sublinhamos)

Denota-se, portanto, a utilização de recursos federais para a remuneração dos serviços contratados, sendo que a própria fixação do valor referencial da contratação, efetuada pela Secretaria de Saúde do Estado da Bahia, tomou como lastro o previsto na Portaria nº 2.395/2011, do Ministério da Saúde, consoante

apontado no relatório de auditoria (fl. 13):

- Para a definição do valor da Diária de UTI a ser contratada, anexou diversas notícias de cunho jornalístico obtidas na internet, sem fundamentação técnico-científica e de referência no âmbito do SUS (fls. 16 a 51). Também Anexou a Portaria GM/MS nº 2.395, de 11 de outubro de 2011, que organiza o componente hospitalar da Rede de Atenção às Urgências no âmbito do SUS, que em seu artigo 19, prevê recursos para projetos de adequação física e tecnológica de leitos UTI no valor de até R\$ 100.000,00 (cem mil reais). Registra-se, por oportuno, que o artigo Art. 21 da mencionada Portaria estabelece: ``. As instituições hospitalares que disponibilizarem novos leitos de UTI, específicos para retaguarda às Portas de Entrada Hospitalares de Urgências, ou que qualificarem os leitos já existentes farão jus a custeio diferenciado do leito de UTI, no valor de R\$ 800,00 (oitocentos reais) por diária de leito``. No entanto, o Parágrafo único assevera: ``A diferença entre o valor real da diária do leito de UTI e o repasse do recurso federal por leito deverá ser custeada por Estados e Municípios, na forma pactuada na Comissão Intergestores Regional (CIR) e na Comissão Intergestores Bipartite (CIB)``;
(sublinhamos)

Divisa-se, portanto, provável interesse na União em apurar irregularidade atinente à contratação e execução de serviços remunerados com verba federal, a tornar conveniente a remessa dos autos ao Ministério Público Federal.

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

5.1 – 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;

A partir da regra constitucional acima referida, a jurisprudência tem delineado critérios para a fixação da competência estadual ou federal no que toca às demandas envolvendo possíveis atos de improbidade administrativa. Destes, os de maior peso encontram-se enunciados nas Súmulas nº 208 e 209, do Superior Tribunal de Justiça, que estabelecem 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.

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 como parâmetros definidores também da competência *cível*, buscando conciliá-las com o comando do art. 109, I, da Constituição Federal.

5.2 – Do critério jurisprudencial: presença de ente federal como autor, réu,

assistente ou oponente

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 despcienda, 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. DESPCIENDA 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 consequente 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 Zavaski, 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 remetido 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. Por essa razão, ao se defrontar com caso concreto assemelhado aos outros que têm 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 opoente:

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 estadual. 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 local*, 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. Corroborar 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 o propósito de evitar futura alegação de falta de atribuição, é oportuno que seja o próprio órgão federal (Ministério Público Federal) a se pronunciar sobre eventual interesse (ou falta dele) por parte da União.

6 – Conclusão

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

- (a) O relatório de auditoria nº 3596 indica a ocorrência de possíveis irregularidades na celebração e execução do processo de credenciamento nº 10/2012, passíveis de apuração do Ministério Público sob o prisma da defesa do patrimônio público e da moralidade administrativa.
- (b) A contratação de entidades privadas para o fornecimento de leitos de UTI para a rede pública estadual de saúde, objeto do processo de credenciamento nº 10/2012, se deu no âmbito de programa do Ministério da Saúde que “Organiza o Componente Hospitalar da Rede de Atenção às Urgências no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS)” (Portaria nº 2.395/2011), para cujo custeio existe aporte de recursos federais.
- (c) Tendo em vista o potencial interesse da União na apuração dos fatos sob análise, é conveniente a remessa dos autos ao Ministério Público Federal, para que avalie a presença de fator que justifique o deslocamento da investigação para a esfera federal.

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

Salvador, 29 de julho de 2019.

Luciano Taques Ghignone
Promotor de Justiça
Coordenador do CAOPAM