

CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES ENTRE MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E ESTADUAL PARA A INVESTIGAÇÃO DOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E A DEFINIÇÃO DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL OU ESTADUAL PARA O AJUIZAMENTO DA RESPECTIVA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Eduardo Cambi¹

Resumo: O artigo analisa precedentes do Supremo Tribunal Federal em relação ao conflito de atribuições entre o Ministério Público Federal e Estadual para compreender a interpretação conferida ao art. 102, I, *f*, da Constituição Federal, bem como os padrões definidos pelo STF para a resolução desses conflitos. O texto também examina como se fixa a competência da Justiça Federal e Estadual para as ações de improbidade administrativa. Com base nessas premissas, procura definir critérios para a atuação do Ministério Público para aperfeiçoar a defesa do patrimônio público brasileiro.

Palavras-Chave: Improbidade administrativa. Conflito de atribuições. Ministério Público. Competência. Ação Civil Pública.

Abstract: This article analyses the Supreme Court's precedents about the conflict involving Federal and State Public Ministry to understand how interpret art. 102, I, "f", CF, and what are the standards to resolve this conflict. The article also evaluates how the Judiciary in Brazil fixes the judicial competence to process and judge cases of administrative misconduct. From these issues, it defines criteria to improve the Public Ministry work in the defense of public property.

Key-words: Administrative Misconduct. Conflict of powers. Prosecution. Competence. Civil public actions.

1 Promotor de Justiça no Estado do Paraná. Assessor da Procuradoria-Geral de Justiça do Paraná. Coordenador do Grupo de Trabalho de Combate à Corrupção, Transparência e Controle Social da Comissão de Direitos Fundamentais do Conselho Nacional do Ministério Público. Coordenador Estadual do Movimento Paraná Sem Corrupção. Coordenador Estadual da Comissão de Prevenção e Controle Social da Rede de Gestão Pública do Paraná. Pós-doutor em direito pela Università degli Studi di Pavia. Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) e da Universidade Paranaense (UNIPAR). Foi assessor de Pesquisa e Política Institucional da Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça (2012-2014).

Sumário: Introdução. **1.** Competência do Supremo Tribunal Federal para dirimir conflito de atribuições entre Ministério Público Federal e Estadual (exegese do art. 102, I, *f*, CF). **2.** Competência para processar e julgar as ações civis públicas por improbidade administrativa. **3.** Competência para as ações civis públicas que envolvam verbas federais. **4.** Atribuição para a fiscalização e competência para o julgamento de ação civil pública envolvendo recursos do FUNDEF/FUNDEB. **5.** Outros exemplos de conflitos de atribuições resolvidos pelo STF. **6.** Competência para processar e julgar ações civis públicas por atos de improbidade administrativa praticados em detrimento do patrimônio de sociedade de economia mista federal. **7.** Considerações Finais. Referências.

INTRODUÇÃO

O combate à corrupção e à improbidade administrativa é um dos temas mais importantes da atualidade. Após o período de democratização do Brasil, a Constituição Federal de 1988, o processo de aperfeiçoamento legislativo e o amadurecimento das instituições de fiscalização do patrimônio público, surgiram, por força da liberdade de imprensa e da atuação integrada do Ministério Público, com segmentos especializados da Polícia Federal e da Polícia Civil, investigações que culminaram com ajuizamento de ações civis e penais, seguidas de condenações de agentes políticos, empresários e, enfim, de integrantes da elite brasileira, que, historicamente, ficavam à margem da lei.

O Ministério Público, como legítimo defensor do patrimônio público (arts. 127, *caput*, e 129, I e III, CF), tem a responsabilidade não apenas de investigar e buscar a condenação dos atos de improbidade administrativa. Deve, ainda, contribuir para o aperfeiçoamento legislativo e judicial do combate à corrupção no Brasil, por se tratar de uma das maiores mazelas nacionais, que causa desvio de recursos públicos indispensáveis à promoção e à universalização dos direitos fundamentais sociais (art. 6º/CF).

Para fins de agilizar as investigações dos atos de improbidade administrativa e evitar que inquéritos civis fiquem paralisados, é preciso compreender melhor as atribuições do Ministério Público Federal e Estadual. Também é importante verificar a orientação dos Tribunais Superiores quanto à fixação da competência da Justiça Federal e Estadual. Tudo isso para inibir a discussão sobre conflitos de competência que estendem o curso processual, às vezes por tempo não razoável, o que acaba dificultando e enfraquecendo a devida solução do mérito das ações civis públicas por atos de improbidade administrativa.

1. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA DIRIMIR CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES ENTRE MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E ESTADUAL (EXEGESE DO ARTIGO 102, *f*, CF)

A resolução de conflito de atribuições entre o Ministério Público Federal e o Ministério Público dos Estados não está expressa na Constituição Federal. O art. 102, I, *f*, da CF afirma apenas que compete ao Supremo Tribunal Federal (STF) processar e julgar, originalmente, as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União Federal e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta.

Por não haver clareza quanto ao alcance do art. 102, I, *f*, da Constituição Federal, a jurisprudência do STF chegou a afirmar que o conflito de atribuições entre Ministérios Públicos não seria capaz de promover, potencialmente, o desequilíbrio no sistema federativo². Assim, com fundamento no art. 105, I, *d*, da Constituição Federal, que prevê que compete ao Superior Tribunal de Justiça processar e julgar, originalmente, os conflitos de jurisdição entre os juízos federal e estadual, o STF impunha interpretação extensiva a essa regra jurídica para fixar a competência do STJ para julgar os conflitos de atribuições entre unidades do Ministério Público, uma vez que eles funcionam perante tais juízos³.

Entretanto, a partir da Pet. 3.528/BA, o STF alterou sua jurisprudência para fixar a competência da Corte, e não do STJ, para julgar os conflitos de atribuições entre o Ministério Público Federal e o Estadual⁴.

Por essa nova orientação, cabe ao Superior Tribunal de Justiça julgar conflitos entre os juízos federal e estadual (art. 105, I, *d*, CF), enquanto compete ao Supremo Tribunal Federal decidir o conflito de atribuições entre o Ministério Público Federal e Estadual (art. 102, I,

² "CONFLITO NEGATIVO DE ATRIBUIÇÕES. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E ESTADUAL. DENÚNCIA. FALSIFICAÇÃO DE GUIAS DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. AUSÊNCIA DE CONFLITO FEDERATIVO. INCOMPETÊNCIA DESTA CORTE. 1. Conflito de atribuições entre o Ministério Público Federal e o Estadual. Empresa privada. Falsificação de guias de recolhimento de contribuições previdenciárias devidas à autarquia federal. Apuração do fato delituoso. Dissenso quanto ao órgão do Parquet competente para apresentar denúncia. 2. A competência originária do Supremo Tribunal Federal, a que alude a letra "f" do inciso I do artigo 102 da Constituição, restringe-se aos conflitos de atribuições entre entes federados que possam, potencialmente, comprometer a harmonia do pacto federativo. Exegese restritiva do preceito ditada pela jurisprudência da Corte. Ausência, no caso concreto, de divergência capaz de promover o desequilíbrio do sistema federal. 3. Presença de virtual conflito de jurisdição entre os juízos federal e estadual perante os quais funcionam os órgãos do Parquet em dissensão. Interpretação analógica do artigo 105, I, "d", da Carta da República, para fixar a competência do Superior Tribunal de Justiça a fim de que julgue a controvérsia. Conflito de atribuições não conhecido" (Pet 1503, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 3.10.2002, DJ 14-11-2002 PP-00014 EMENT VOL-02091-01 PP-00059).

³ STF, ACO 756, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 4.8.2005, DJ 31.3.2006 PP-00006 EMENT VOL-02227-01 PP-00001 LEXSTF v. 28, n. 328, 2006, p. 5-14 RMP n. 31, 2009, p. 179-185.

⁴ STF, Pet 3528, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 28.9.2005, DJ 3.3.2006 PP-00071 EMENT VOL-02223-01 PP-00078 LEXSTF v. 28, n. 327, 2006, p. 165-175 RT v. 95, n. 849, 2006, p. 469-474.

f, CF). Essa orientação é contraditória e colabora para a *inefetividade* do sistema processual.

Afinal, é possível que o STF decida que cabe ao Ministério Público Estadual investigar o mau uso de determinado recurso público, fazendo com que o promotor de justiça ajuíze a ação civil pública por improbidade administrativa, o que não impede que o juiz estadual remeta os autos ao juiz federal, por entender que a competência é da Justiça Federal (art. 109/CF). Este magistrado, por sua vez, pode suscitar conflito negativo de competência (arts. 115, II, CPC-73, e 66, II, CPC-2015) e os autos chegarem ao Superior Tribunal de Justiça. Com fundamento no art. 105, I, *d*, da Constituição Federal, pode o STJ, então, decidir que a ação civil pública deveria ter sido proposta no juízo federal. Assim, não faz sentido que o STF decida o conflito de atribuições entre Ministérios Públicos e o STJ o conflito entre as jurisdições estadual e federal. Seria, pois, recomendável que o mesmo Tribunal pudesse decidir, previamente, ao ajuizamento da ação, se a atribuição é do Ministério Público Federal ou Estadual, bem como, após o seu ajuizamento, se a competência é da Justiça Federal ou da Justiça Estadual.

O art.102, I, *f*, da Constituição Federal coloca o Supremo Tribunal Federal na posição de Tribunal da Federação, responsável por dirimir controvérsias cuja potencialidade ofensiva possa violar o pacto federativo.

Desse modo, é necessário distinguir um *conflito entre entes federativos* de um *conflito federativo*. O primeiro envolve o litígio entre dois ou mais membros da Federação, enquanto o segundo exige, além da lide entre entes federativos, que o conflito tenha potencial para desestabilizar o pacto federativo⁵. Consequentemente, não é qualquer conflito, administrativo ou judicial, que justifica a atuação do Supremo Tribunal Federal como Tribunal da Federação, isto é, como órgão do Poder Judiciário indispensável à manutenção do pacto federativo.

Os conflitos entre o Ministério Público Federal e o Estadual, via de regra, não colocam em risco o pacto federativo e a própria existência do Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*, CF). O art. 102, I, *f*, da Constituição Federal exige a atuação excepcional do Supremo Tribunal Federal, que deve ser chamado apenas para resolver conflitos institucionais de relevante significação política.

5 STF, ACO 1295 AgR-segundo, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 14.10.2010, DJe-233 DIVULG 1.12.2010 PUBLIC 2.12.2010 EMENT VOL-02443-01 PP-00013 RT v. 100, n. 905, 2011, p. 173-177.

Porém, na falta de outra regra expressa na Constituição Federal⁶, tem prevalecido a orientação jurisprudencial de que cabe ao STF julgar o conflito de atribuições entre o Ministério Público Federal e o Estadual. Assim, somente uma Proposta de Emenda Constitucional poderia atribuir tal competência ao Superior Tribunal de Justiça.

Por outro lado, a resolução do conflito de atribuições entre Ministério Público Estadual e Federal não poderia deixar de ser judicializada. Isto é, tal conflito não poderia ser resolvido no âmbito administrativo, pois essa afirmação implicaria o reconhecimento de *escalonamento hierárquico* do Procurador-Geral da República sobre os Ministérios Públicos dos Estados. Como a Federação pressupõe a autonomia de seus entes, o Procurador-Geral da República, ainda que seja o Presidente do Conselho Nacional do Ministério Público (art. 130-A, I, CF), não exerce a chefia do Ministério Público nacional, mas tão somente a do Ministério Público da União.

Por isso, não se pode aplicar por analogia e extensivamente a regra contida no art. 26, VII, da Lei Complementar nº 75/1993 (“São atribuições do Procurador-Geral da República, como chefe do Ministério Público da União: (...) VII – dirimir conflitos de atribuições entre integrantes de ramos diferentes do Ministério Público da União”) para se concluir que cabe ao Procurador-Geral da República dirimir conflitos de atribuições entre o Ministério Público Federal e o Ministério Público Estadual (GARCIA, 2014, p. 312-313). É por isso que referida regra jurídica confere atribuição do Procurador-Geral da República, tão somente, para dirimir conflitos entre integrantes diferentes do Ministério Público *da União*, que compreende o Ministério Público Federal, o Ministério Público do Trabalho, o Ministério Público Militar e o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (arts. 128, I, CF, e 24 da Lei Complementar nº 75/1993).

De igual modo, o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) não tem competência para definir os conflitos de atribuições entre membros do Ministério Público Federal e Estadual⁷. O art.

6 Verifica-se, igualmente, que o art. 105, I, g, da CF também não se aplica ao conflito de atribuições entre Ministério Público Federal e Estadual, pois atribuiu ao Superior Tribunal de Justiça processar e julgar, originalmente, conflitos de atribuições entre autoridades administrativas e judiciárias da União, ou entre autoridades judiciárias de um Estado e administrativas de outro ou do Distrito Federal, ou entre as deste e da União. Percebe-se que, no art. 105, I, g, da CF, o conflito é entre um órgão administrativo e outro judicial. O STF rechaçou a aplicação desta regra constitucional, em conflito entre o Ministério Público Federal e a Polícia Federal, por considerar que o conflito se travava entre “autoridades administrativas”. Cfr. AI 234.073-AgR – 2ª T. - rel. Néri da Silveira – j. 28.3.2000 – pub. DJ 28.4.2000.

7 Cf., entre outros: CNMP, Processo nº 1.085/2011-12, Processo de Controle Administrativo, Decisão Colegiada, julgado em 13.6.2013; CNMP, Processo nº 17/2007-41, Pedidos de Providência, Decisão Colegiada, julgado em 12.7.2007.

130-A, § 2º, da Constituição Federal, ao fixar, entre as competências do CNMP, o controle da atuação administrativa e financeira e o cumprimento dos deveres funcionais de seus membros, não possibilita a fiscalização das *atividades-fim* do Ministério Público.

Assim, em 28 de abril de 2009, o CNMP editou o Enunciado nº 6, pelo qual os “*atos relativos à atividade-fim do Ministério Público são insuscetíveis de revisão ou desconstituição pelo Conselho Nacional do Ministério Público*”. A aprovação deste Enunciado está intimamente ligada à proteção do princípio da independência funcional (art. 127, §1º, da CF) e revela que o CNMP não tem competência para anular ou reformar atos, praticados pelos *órgãos*⁸ da instituição, referentes à atividade finalística do Ministério Público, sejam eles realizados no plano judicial ou extrajudicial.

Aliás, os atos praticados, tanto no inquérito policial quanto no civil (e também nos demais procedimentos preparatórios regulados na Resolução nº 23/2007 do CNMP), não se confundem com os atos administrativos inerentes à gestão administrativa e financeira do Ministério Público (exegese do art. 130-A, § 2º, CF). É por isso que o artigo 28 do Código de Processo Penal afirma que o Procurador-Geral de Justiça ou o Procurador-Geral da República jamais poderá determinar que o Promotor de Justiça ou o Procurador da República, proponente do arquivamento, inicie a ação penal, limitando-se a designar outro membro da instituição para analisar o inquérito. Este Promotor ou Procurador, por sua vez, poderá, em nome do princípio da independência funcional, oferecer a denúncia ou insistir no pedido de arquivamento (SILVA, 1994, p. 396-399). Neste último caso, o magistrado terá que remeter, novamente, os autos ao Procurador-Geral para a designação de outro Promotor de Justiça/

8 São órgãos de Administração dos Ministérios Públicos Estaduais, pelos artigos 5º e 6º da Lei Orgânica Nacional (Lei nº 8.625/1993), a Procuradoria-Geral de Justiça, o Colégio de Procuradores de Justiça, o Conselho Superior do Ministério Público, a Corregedoria-Geral do Ministério Público, mas também as Procuradorias de Justiça e as Promotorias de Justiça. Ademais, são órgãos de execução do Ministério Público (art. 7º): o Procurador-Geral de Justiça, o Conselho Superior do Ministério Público, os Procuradores de Justiça e os Promotores de Justiça. Por fim, são órgãos auxiliares do MP (art. 8º): os Centros de Apoio Operacionais, a Comissão de Concursos, o Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional, os órgãos de apoio administrativo e os estagiários. Por sua vez, o artigo 43 da Lei Complementar nº 75/1993 afirma que são órgãos do Ministério Público Federal: o Procurador-Geral da República, o Colégio de Procuradores da República, o Conselho Superior do Ministério Público Federal, as Câmaras de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, a Corregedoria do Ministério Público Federal, os Subprocuradores-Gerais da República, os Procuradores Regionais da República e os Procuradores da República. Em relação ao Ministério Público do Trabalho, o artigo 85 da Lei Complementar nº 75/1993 enuncia os seus órgãos: o Procurador-Geral do Trabalho, o Colégio de Procuradores do Trabalho, o Conselho Superior do Ministério Público do Trabalho, a Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público do Trabalho, a Corregedoria do Ministério Público do Trabalho, os Procuradores Regionais do Trabalho, os Procuradores do Trabalho e os Promotores de Justiça. Em relação ao MP Militar, o artigo 118 da mesma Lei Complementar assevera serem seus órgãos: o Procurador-Geral da Justiça Militar, o Colégio de Procuradores da Justiça Militar, o Conselho Superior do Ministério Público Militar, a Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Militar, a Corregedoria do Ministério Público Militar, os Subprocuradores-Gerais da Justiça Militar, os Procuradores da Justiça Militar e os Promotores de Justiça Militar. Quanto aos órgãos do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, o artigo 153 se refere ao Procurador-Geral de Justiça, ao Colégio de Procuradores e Promotores de Justiça, ao Conselho Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, à Corregedoria do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, às Câmaras de Coordenação e Revisão do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, aos Procuradores de Justiça, aos Promotores de Justiça e aos Promotores de Justiça Adjuntos.

Procurador da República para examinar o inquérito. De igual modo, o art. 9º da Lei nº 7.347/85 (Lei de Ação Civil Pública) assevera que o Conselho Superior do Ministério Público, caso discorde da promoção de arquivamento dos autos de inquérito civil (e também de procedimento preparatório, pelo art. 10, §4º, II, da Resolução nº 23, de 17 de setembro de 2007, do CNMP), designará outro órgão da instituição para proceder ao exame do procedimento e, se restar convencido, proceder ao ajuizamento da ação ou, em manifestação fundamentada, devolver os autos ao Conselho Superior para a designação de outro membro para apreciar o inquérito.

De qualquer modo, para atenuar a contradição imposta pela interpretação dos arts. 102, I, *f*, e 105, I, *d*, da Constituição Federal, e para evitar decisões contraditórias, quando proposta a ação civil pública por uma das unidades do Ministério Público, Federal ou Estadual, o conflito de atribuições deve acarretar a suspensão do processo judicial até a sua resolução pelo Supremo Tribunal Federal. Com isso, evita-se que a outra unidade do Ministério Público também ajuíze ação civil pública e, com isso, surja um conflito de competência entre a Justiça Federal e a Estadual. Tal hipótese de suspensão do processo, contudo, não está prevista nem no art. 265 do Código de Processo Civil de 1973 nem no art. 313 do Novo Código de Processo Civil.

Aliás, a disciplina do conflito de atribuições entre unidades do Ministério Público merece regulamentação própria e, inclusive, regra expressa que determine a suspensão do processo judicial até a definição, pelo Tribunal competente, se a investigação e/ou a ação civil pública deve ser ajuizada ou pelo Ministério Público Federal ou pelo Ministério Público Estadual.

No atual sistema processual, para evitar discussões judiciais com resolução em prazo indeterminado sobre qual das unidades do Ministério Público deve atuar e, sobretudo, para melhor defender o patrimônio público, quando há dúvida quanto à fiscalização por órgão da União da verba pública federal ou de sua incorporação ao patrimônio municipal/estadual, o Ministério Público da União e do Estado podem agir em litisconsórcio e ajuizar uma única ação civil pública por improbidade administrativa. O litisconsórcio entre Ministérios Públicos é um corolário dos princípios constitucionais da unidade e da indivisibilidade, além de estar regulamentado no art. 5º, §5º, da Lei nº 7.347/85 e poder ser extraído do próprio Código de Processo Civil (arts. 46/CPC-73 e 113/CPC-2015)⁹.

⁹ STJ, REsp 1444484/RN, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18.9.2014, DJe 29.9.2014; REsp 382.659/RS, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, PRIMEIRA TURMA, julgado em 2.12.2003, DJ 19.12.2003, p. 322.

2. COMPETÊNCIA PARA PROCESSAR E JULGAR AS AÇÕES CIVIS PÚBLICAS POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A solução do litisconsórcio entre Ministério Público Federal e Estadual pode eliminar o conflito de atribuições, mas não servirá para suprimir o conflito de competência. Caso a ação civil pública de improbidade administrativa seja ajuizada perante a Justiça Federal, poderá o magistrado declarar-se incompetente e remeter os autos à Justiça Estadual, que pode suscitar o conflito de competência, e vice-versa.

Por isso, é importante fazer um paralelo entre as atribuições do Ministério Público e os critérios de fixação de competência, bem como buscar compreender os padrões para definir o foro para processar e julgar as ações civis públicas por improbidade administrativa.

Como regra, as atribuições do Ministério Público são fixadas pelos mesmos critérios da fixação da competência do órgão jurisdicional (GARCIA; ALVES, 2014, p. 978-979). Assim, se o ato de improbidade administrativa atingiu o patrimônio da União, caberá ao Ministério Público Federal a atribuição de instauração de inquérito civil e, se for o caso, de ajuizar ação civil pública perante a Justiça Federal.

Por outro lado, se o ato de improbidade administrativa afetar o patrimônio dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios, a atribuição para instaurar inquérito civil é do Ministério Público Estadual ou do Distrito Federal, e eventual ação civil pública, será ajuizada perante a Justiça Estadual ou Distrital.

Porém, nem sempre a atribuição do Ministério Público para investigar atos de improbidade administrativa se confunde com os critérios de fixação da competência do órgão jurisdicional. Por exemplo, o art. 29, VIII, da Lei nº 8.625/93 afirma ser atribuição do Procurador-Geral de Justiça promover inquérito civil e ajuizar ação civil pública em relação a atos de improbidade administrativa cometidos pelo Governador do Estado, o Presidente da Assembleia Legislativa ou os Presidentes dos Tribunais. Como a Constituição Federal não prevê foro por prerrogativa de função para as ações de improbidade administrativa para essas autoridades, os inquéritos civis serão instaurados e processados pelo Procurador-Geral de

Justiça, embora as ações civis públicas deles decorrentes devam ser ajuizadas perante o juízo de primeiro grau¹⁰.

A Lei nº 8.429/92 não prevê regra específica sobre a competência territorial. Como a improbidade administrativa possui natureza não penal (exegese do art. 37, §4º, da Constituição Federal), sujeita-se às regras processuais gerais da Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85). Em outras palavras, o art. 17 da Lei nº 8.429/1992 – apesar de prever regras especiais, notadamente quanto à fase inicial do processo judicial de apuração da prática de ato de improbidade administrativa (art. 17, §7º) – não é incompatível com as regras procedimentais previstas na Lei nº 7.347/1985, tampouco, regulamentou inteiramente o procedimento aplicável aos atos de improbidade administrativa.

Com efeito, mesmo a Lei nº 8.429/1992 sendo posterior à Lei nº 7.347/1985, e ainda que aquela lei não tenha uma regra explícita dizendo que esta legislação se aplica subsidiariamente, outra conclusão não é possível senão a que privilegia a interpretação que maior efetividade dê à Constituição. Assim, se o art. 129, III, da CF afirma que cabe ao Ministério Público promover a ação civil pública para a proteção do patrimônio público, estranho seria concluir que tal ação, regulamentada na Lei nº 7.347/1985, não é a mesma que deve ser ajuizada para a responsabilização judicial pela prática de atos de improbidade administrativa, justamente quando o escopo da Lei nº 8.429/1992 é a proteção do patrimônio público¹¹.

Consequentemente, o ajuizamento de ações civis públicas de improbidade administrativa deve observar o art. 2º da Lei nº 7.347/85, pelo qual as ações devem ser propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá *competência funcional* para processar e julgar a causa. Trata-se de regra de competência territorial *absoluta* (isto é, não se prorroga, não depende de exceção

10 Cf. CAMBI, 2014, p. 215 e seg. Na jurisprudência dos Tribunais Superiores, verificar, entre outros/: STF, RE 540.712 AgR-AgR/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 13.12.2012; AI 556.727 AgR/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 26.4.2012; AI 678.927 AgR/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 1º.2.2011; AI 506.323 AgR/PR, 2ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 1º.7.2009STJ, REsp 1407862/RO, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 9.12.2014, DJe 19.12.2014; AgRg no AREsp 553.972/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 16.12.2014, DJe 3.2.2015.

11 Em sentido contrário, Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes argumentam que a Lei nº 7.347/1985 não trata especificamente de improbidade administrativa e que, por força da regra da especialidade, tal lei não se aplica aos casos contidos na Lei nº 8.429/1992. Alegam, ainda, que esta lei regulou inteiramente a matéria, afastando, por força do art. 2º, §1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, a aplicação da Lei nº 7.347/1985. Ademais, a Lei de Improbidade Administrativa traz regras tanto de direito material quanto de direito processual, não fazendo remissão à Lei da Ação Civil Pública. Além disso, a ação civil pública se restringe às condenações em dinheiro ou às obrigações de fazer ou não fazer (art. 3º da Lei nº 7.347/1985), enquanto que as sanções da improbidade administrativa são diversas (como a perda de cargos públicos e/ou de direitos políticos e as restrições a contratações futuras com o Poder Público; art. 12 da Lei nº 8.429/1992). Ainda, as condenações da Lei de Improbidade Administrativa reverterem em benefício da própria pessoa jurídica prejudicada pelo ilícito (art. 18 da Lei nº 8.429/1992), enquanto que, na ação civil pública, a indenização deve ser revertida a um Fundo gerido por um Conselho federal ou por Conselhos estaduais (art. 13 da Lei nº 7.347/1985). Cf. MEIRELLES; WALD; MENDES, 2012, p. 260-261.

para ser conhecida, além de poder ser declarada de ofício, a qualquer tempo e grau de jurisdição, inclusive em ação rescisória), voltada a facilitar o exercício da função jurisdicional, por ser mais eficaz a valoração das provas no local onde se deram os fatos¹².

O art. 2º da Lei nº 7.347/85 se aplica tanto às ações civis públicas por improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito (art. 9º da Lei nº 8.429/92) e que causam prejuízo ao erário (art. 10º da Lei nº 8.429/92) quanto para as que atentam contra os princípios da administração pública (art. 11 da Lei nº 8.429/92). Assim, a regra contida no art. 2º da Lei nº 7.347/85 incide ainda que as ações civis públicas por improbidade administrativa não discutam, efetivamente, danos ao patrimônio público. Qualquer ato de improbidade administrativa deve se sujeitar a ação civil pública a ser ajuizada no foro do local do ato contrário ao direito, ainda que dele não tenham resultado prejuízos ao erário. Tal conclusão pode ser obtida mediante o postulado da proporcionalidade, que resulta da estrutura lógico-normativa do ordenamento jurídico, e que proíbe a ação insuficiente dos poderes estatais (CAMBI, 2011, p. 465).

Ademais, se a tutela jurisdicional deve ser prestada no foro que melhores condições tenham de produzir e de valorar a prova, acaso os prejuízos aconteçam em diversas localidades ou mesmo na hipótese de caracterização da abrangência nacional dos danos, a ação civil pública por improbidade administrativa, por força do art. 2º da Lei nº 7.347/85, deve ser ajuizada onde se localizam a maior parte dos elementos probatórios¹³.

Caso no local do dano, ou melhor, o lugar onde se verificar a ação ou a omissão ilícita ou contrária aos demais princípios do art. 11 da Lei nº 8.429/92, não seja sede de vara do juízo federal, a ação civil pública, por improbidade administrativa, deve ser ajuizada na seção judiciária onde o causador do dano/ilícito/violação de outros princípios tiver domicílio (exegese do art. 109, §1º, da CF). A ação deve ser ajuizada na Justiça Federal, ainda que o local do dano não seja sede de vara do juízo federal, pois as hipóteses em que a Constituição Federal (art. 109, §3º) admite que uma ação seja, nessa situação, processada e julgada na Justiça Estadual são apenas as que versam sobre natureza previdenciária ou que a lei assim dispuser de forma expressa. Logo, nesses casos, a atribuição para investigar os atos de improbidade administrativa continua a ser do Ministério

12 Cf. MOREIRA, 2005. p. 247-255; STJ, REsp 1068539/BA, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 3.9.2013, DJe 3.10.2013.

13 STJ, CC 97.351/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27.5.2009, DJe 10.6.2009.

Público Federal, apesar de não existir sede da vara do juízo federal no local onde tiver ocorrido o ato lesivo ou contrário ao direito.

Isso porque prevaleceu a regra de competência territorial *absoluta* do art. 2º da Lei nº 7.347/85 sobre o entendimento da Súmula 183 do STJ, que afirmava que competia à Justiça Estadual, nas comarcas que não fossem sede de vara da Justiça Federal, processar e julgar ação civil pública, ainda que a União figurasse no processo. Tal Súmula foi cancelada quando do julgamento dos Embargos de Declaração no Conflito de Competência nº 27.676-BA, pela Primeira Seção, do STJ, em 8 de novembro de 2000¹⁴. O artigo 109, §3º, da Constituição Federal autoriza, pois, apenas o ajuizamento de causas de natureza previdenciárias na Justiça Estadual, quando a comarca não for sede de vara do juízo federal¹⁵.

Por outro lado, quando a ação civil pública for ajuizada em face da União, a exegese sistemática do art. 2º da Lei nº 8.429/92 e do art.109, §2º, da Constituição Federal determina que o ato de improbidade administrativa seja judicializado no local onde estiver ocorrido o dano ou o ato contrário ao direito¹⁶. Nesse caso, tratando-se de desvio de verbas federais, caberá ao Ministério Público Federal ajuizar a ação civil pública por improbidade administrativa na Vara Federal que abrange o município onde ocorreu o dano.

Entretanto, o Novo Código de Processo Civil, ao tratar da produção antecipada da prova, prevê uma regra inovadora, no art. 381, § 4º, ao afirmar que o juízo estadual tem competência para a produção antecipada de prova requerida, em face da União, de

14 "PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LOCAL DO DANO. JUÍZO FEDERAL. ART. 109, I, E §3º, DA CF/88. ART. 2º, DA LEI 7.347/85. 1 - O tema em debate, por ser de natureza estritamente constitucional, deve ter a sua interpretação rendida ao posicionamento do Colendo Supremo Tribunal Federal, que entendeu que o dispositivo contido na parte final do art. 3º, do art. 109, da CF/88, é dirigido ao legislador ordinário, autorizando-o a atribuir competência ao Juízo Estadual do foro do domicílio da outra parte ou do lugar do ato ou do fato que deu origem à demanda, desde que não seja sede de Vara da Justiça Federal, para causas específicas dentre as previstas no inciso I, do referido art. 109. No caso dos autos, o Município onde ocorreu o dano não integra apenas o foro estadual da comarca local, mas também o das Varas Federais. 2 - Cancelamento da Súmula nº 183, deste Superior Tribunal de Justiça, que se declara. 3 - Embargos de declaração acolhidos, com efeitos modificativos, para o fim de reconhecer o Juízo Federal da 16ª Vara da Seção Judiciária do Estado da Bahia" (STJ, EDcl no CC 27.676/BA, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 8.11.2000, DJ 5.3.2001, p. 118).

15 "O dispositivo contido na parte final do §3º do art. 109 da Constituição é dirigido ao legislador ordinário, autorizando-o a atribuir competência (rectius jurisdição) ao juízo estadual do foro do domicílio da outra parte ou do lugar do ato ou fato que deu origem à demanda, desde que não seja sede de Varas da Justiça Federal, para causas específicas dentre as previstas no inciso I do referido art. 109. (...) Considerando que o juiz federal também tem competência territorial e funcional sobre o local de qualquer dano, impõe-se a conclusão de que o afastamento da jurisdição federal, no caso, somente poderia dar-se por meio de referência expressa à Justiça estadual, como a que fez o constituinte na primeira parte do mencionado §3º em relação às causas de natureza previdenciária, o que no caso não ocorreu." (STF, RE 228.955, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgamento em 10.2.2000, Plenário, DJ de 24.3.2000).

16 "PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. COMPETÊNCIA DO LOCAL DO DANO. 1. A jurisprudência do STJ é firme no sentido de que o foro do local do dano é competente para processar e julgar Ação Civil Pública, mesmo nos casos de improbidade administrativa. 2. À luz do art. 109, §2º, da Constituição Federal, a União pode ser processada no foro do local do dano, o que, na hipótese de Ação Civil Pública, convola em obrigatoriedade, conforme estatuído no art. 2º da Lei 7.347/1985. 3. Agravo Regimental não provido" (AgRg no REsp 1043307/RN, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 24.3.2009, DJe 20.4.2009).

entidade autárquica ou de empresa pública federal se, na localidade, não houver vara federal.

Com isso, é possível admitir que, tratando-se de investigação sobre ato de improbidade administrativa que dependa da produção antecipada de provas, poderá o Ministério Público Federal ajuizar ação cautelar de produção antecipada de provas perante o juízo estadual.

Aliás, não há regra que vede o Ministério Público Federal ser autor de uma demanda perante a Justiça Estadual (DIDIER Jr.; GODINHO, 2014, p. 79). O art. 37, II, da Lei Complementar nº 75/1993 preceitua que o Ministério Público Federal exercerá suas funções “nas causas de competência de quaisquer juízes e tribunais”. Para corroborar tal entendimento, o art. 5º, §5º, da Lei nº 7.347/1985 autoriza o litisconsórcio ativo entre Ministérios Públicos para a propositura de ação civil pública. Trata-se de hipótese de litisconsórcio *facultativo*. Isso significa que cada unidade do Ministério Público pode, sozinha ou sem a anuência da outra, ajuizar a ação civil pública (NERY Jr.; NERY, 2013, p. 1.664-1.665). Logo, tanto o Ministério Público da União pode demandar perante a Justiça Estadual quanto o Ministério Público Estadual pode ajuizar ação civil pública na Justiça Federal, sem ser necessário o litisconsórcio. Afinal, o titular do direito de ação é o Ministério Público (art. 129, III, CF), não suas unidades de forma fragmentada.

Não cabe ao juiz de primeiro grau ou ao relator nos Tribunais, com exceção do Supremo Tribunal Federal (por força da exegese do art. 102, I, *f*, CF), decidir se a atribuição é do Ministério Público Federal ou do Estadual. Tal questão é *interna corporis* e inerente à unidade e à indivisibilidade do Ministério Público (arts. 127, §1º, e 128/CF) (NERY Jr.; NERY, 2013, p. 1.664-1.665).

Assim, o Judiciário não pode resolver o processo sem julgamento de mérito sob o fundamento de carência de ação por falta de legitimidade ativa *ad causam*. Repita-se: tanto é legítimo o Ministério Público Federal ajuizar ação civil pública na Justiça Estadual quanto o Ministério Público Estadual demandar perante a Justiça Federal. O titular da ação é sempre o Ministério Público, instituição uma e indivisível, sendo a atribuição de suas unidades (Ministério Público Federal ou Estadual) uma questão interna que não retira a legitimidade ativa de um ou de outro para ajuizar ação civil pública.

O que o Judiciário pode e deve analisar, inclusive de ofício, por ser matéria de ordem pública, é a competência jurisdicional.

Constada a incompetência absoluta da Justiça Estadual ou Federal, os autos devem ser remetidos ao juízo competente que pode ratificar ou não os atos praticados. Os atos não decisórios podem ser ratificados (arts. 113, §2º, CPC-73, 64, §2º, CPC-2015 e 567/CPP), posteriormente, pelo juízo competente. Para a ratificação desses atos, cabe ao juiz competente verificar se os atos alcançaram, apesar de outro modo, a sua finalidade (arts. 244/CPC-1973 e 275/CPC-2015) ou não tenham causado prejuízo às partes (art. 249/CPC-73 e 280/CPC-2015).

No entanto, a fixação da competência da Justiça Federal ou Estadual, pelos critérios do art. 109 da Constituição Federal, nenhuma relação tem com as atribuições do Ministério Público Federal ou Estadual. Não se define a competência porque o Ministério Público Federal ou Estadual é o autor da ação civil pública, mas em razão de outros padrões constantes na Constituição Federal, como a circunstância da União ser parte no processo ou terceiro interveniente (art. 109, I) ou do ato questionado emanar de autoridade federal (art. 109, VIII, CF).

De qualquer modo, resolvido pelo Supremo Tribunal Federal o conflito de atribuições, declarada a atribuição do Ministério Público Federal para atuar em inquérito civil que tramitava perante o Ministério Público Estadual, ou vice-versa, o promotor natural poderá ratificar os atos praticados pelo outro agente ministerial e prosseguir nas investigações. Caso a ação civil pública por improbidade administrativa já tenha sido ajuizada, poderá pedir a convalidação judicial dos atos processuais praticados ou, se necessário, a complementação ou a repetição de indispensáveis à discussão do mérito da causa.

3. COMPETÊNCIA PARA AS AÇÕES CIVIS PÚBLICAS QUE ENVOLVAM VERBAS FEDERAIS

Para evitar conflito de competência entre a Justiça Federal e a Justiça Estadual, em ações que questionam o desvio de recursos públicos federais, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 208, com o seguinte teor: “Compete à Justiça Federal processar e julgar prefeito municipal por desvio de verba sujeita à prestação de contas perante órgão federal”.

O enunciado contido na Súmula 208/STJ deve ser compreendido como regra, mesmo porque, pelo art. 71, VI, da Constituição Federal cabe ao Tribunal de Contas da União fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante

convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, Distrito Federal ou a municípios, com a possibilidade de o TCU, inclusive, aplicar as sanções aos responsáveis pelo dano ao erário (art. 71, VIII, CF).

Por sua vez, é atribuição da Controladoria-Geral da União (CGU) assistir, direta e indiretamente, o Presidente da República, no desempenho de suas atribuições quanto aos assuntos e providências que, no âmbito do Poder Executivo, sejam atinentes à defesa do patrimônio público, ao controle interno, à auditoria pública, à correição, à prevenção e ao combate à corrupção, às atividades de ouvidoria e ao incremento da transparência da gestão no âmbito da administração pública federal (art. 17 da Lei nº 10.683/2003). Além de poder instaurar procedimentos e processos administrativos ou requisitar a instauração daqueles que venham sendo injustificadamente retardados pela autoridade responsável (art. 18, §5º, II, Lei nº 10.683/2003), a CGU tem o dever de encaminhar à Advocacia-Geral da União os casos que configurem improbidade administrativa e todos quantos recomendem a indisponibilidade de bens ao erário e outras providências a cargo daquele órgão, bem como provocar a atuação do Tribunal de Contas da União, da Secretaria da Receita Federal, dos órgãos do Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal e, quando houver responsabilidade penal, do Departamento de Polícia Federal e do Ministério Público, inclusive quanto a representações ou denúncias que se afigurem manifestamente caluniosas (art. 18, §3º, da Lei nº 10.683/2003).

Logo, o que importa não é se o recurso público é incorporado ao patrimônio do Estado ou do município, mas se cabe ao TCU, à CGU ou a outro órgão federal fiscalizar a aplicação dos recursos repassados pela União aos demais entes federativos (GARCIA; ALVES, 2014, p. 963-966).

Como o artigo 71, VI, da Constituição Federal afirma que *quaisquer recursos repassados pela União* deverão ser fiscalizados pelo TCU, somente quando a causa não envolver recursos da União é que a competência é da Justiça Estadual. Com efeito, a Súmula nº 9/STJ (“Compete à Justiça Estadual processar e julgar prefeito por desvio de verba transferida e incorporada ao patrimônio municipal”) deve ter aplicação restritiva para ser aplicada não aos recursos federais, mas apenas para explicitar que, quando houver a transferência de recursos estaduais para o município, é que a competência é da Justiça Comum Estadual. No limite, a Súmula nº 9/STJ deveria ser cancelada, porque pode confundir e até ofuscar

a compreensão do entendimento contido na Súmula nº 8/STJ e presente na orientação jurisprudencial do STF, isto é, sempre que a verba federal for fiscalizada por órgão público federal caberá o Ministério Público Federal atuar, ainda que tenha que processar a autoridade municipal ou estadual perante a Justiça Estadual.

Tal conclusão, de que toda verba federal suscetível de fiscalização por órgão federal enseja a atuação do Ministério Público Federal e o ajuizamento da ação civil pública, como regra, perante a Justiça Federal, por envolver hipótese que recai sobre o art. 109 da Constituição Federal, pode ser extraída dos julgados que serviram para a edição da Súmula nº 8/STJ.

Nesse sentido, vale destacar quatro Conflitos de Competência (CC), que deram origem à Súmula nº 8/STJ, os quais, não obstante tenham sido gerados em processos criminais, apontam para a competência da Justiça Federal toda vez que a prestação de contas da verba pública tenha que ocorrer perante órgão federal.

O CC nº 18.517/SP¹⁷ tratou de ação penal ajuizada contra ex-prefeito de cidade do interior de São Paulo, denunciado pela prática do crime do art. 312/CP, que teria se apropriado de verba, oriunda de Lei Orçamentária, com dotação nominalmente identificada do Ministério da Agricultura e da Reforma Agrária, destinada ao financiamento de programa de eletrificação rural do assentamento Itá. O STJ considerou que a regra é que a Justiça Comum Estadual processe e julgue ação penal, em que se discute desvio de verbas federais destinada ao município, mediante convênio, por integrar o patrimônio da municipalidade. Porém, como o ex-prefeito estava obrigado a prestar contas perante o Ministério da Agricultura e da Reforma Agrária, o STJ remeteu os autos à Justiça Federal.

No CC nº 14.358/RS¹⁸, a causa versava sobre convênio celebrado entre o Município de Serafina Corrêa-RS e o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE), em que o ex-prefeito tinha que prestar contas à Delegacia do Ministério da Educação do Rio Grande do Sul, razão pela qual fixou-se a competência da Justiça Federal.

No CC nº 15.426/RS¹⁹, o ex-prefeito de Serafina Correia-RS foi indiciado em inquérito policial sob a acusação de haver se apropriado de verbas oriundas da União, decorrente de convênio, para a construção de um alojamento de dois pavimentos para estudantes

17 Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 23.4.1997, DJ 26.5.1997, p. 22471.

18 Rel. Ministro FELIX FISCHER, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 9.4.1997, DJ 19.5.1997, p. 20551.

19 Rel. Ministro ANSELMO SANTIAGO, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 27.3.1996, DJ 27.5.1996, p. 17806.

da Escola Agrícola Municipal. O Convênio havia sido celebrado entre o município e do Fundo de Desenvolvimento da Educação (FNDE). O STJ decidiu que havia interesse federal na realização do objeto do convênio e, portanto, a competência deveria ser da Justiça Federal.

Por último, o CC nº 15.703/RO²⁰ dizia respeito à instauração de inquérito policial em desfavor de ex-secretário Estadual de Cultura, Esporte e Turismo de Rondônia, que teria sido indiciado pelo desvio de verbas federais, provenientes de convênio estabelecido com o Ministério da Cultura, para a execução do projeto “Centenário da Abolição da Escravatura”. A referida Secretaria descumpriu a cláusula que a obrigava a prestar contas ao órgão federal, no prazo de 60 dias após a utilização dos recursos recebidos, e a restituir aos cofres da União os valores não utilizados no projeto. Tal conduta determinou a realização de Tomada de Conta Especial pelo Tribunal de Contas da União. Por considerar que as verbas estavam sujeitas ao controle do TCU, o STJ concluiu que havia interesse da União Federal e firmou a competência da Justiça Federal para processar e julgar a causa.

Julgados mais recentes do Superior Tribunal de Justiça confirmam a conclusão de que a regra, quanto à fixação da competência para o ajuizamento de ações civis públicas por improbidade administrativa, deve ser a presença de verba federal suscetível de fiscalização por órgão da União, e não a incorporação de tal recurso nos cofres públicos dos Estados, Distrito Federal ou municípios. Nesse sentido, vale destacar quatro outros precedentes do STJ.

No RHC nº 42.582/PR²¹, discutiu-se a competência para processar e julgar ação penal pelos crimes de peculato, corrupção, fraude em licitações, falsidade ideológica e formação de quadrilha, pelo suposto envolvimento dos acusados no desvio de verbas federais, por Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) – denominada de Agência de Desenvolvimento Educacional e Social Brasileira (ADESOBRAS), provenientes do Sistema Único de Saúde, para a execução de parceria realizada entre a ADESOBRAS e o município de Itaipulândia/PR. O STJ, após considerar que os recursos estavam sujeitos à fiscalização da Controladoria-Geral da União, ainda que a transferência das verbas tivesse ocorrido na modalidade “fundo a fundo”, por continuarem sujeitas ao controle e à fiscalização de órgãos federais, fixou a competência da Justiça Federal para processar e julgar a ação penal. Aliás, essa também

20 Rel. Ministro ADHEMAR MACIEL, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13.3.1996, DJ 22.4.1996, p. 12524.

21 Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 2.12.2014, DJe 11.12.2014.

foi a orientação do Supremo Tribunal Federal no RHC nº 98564²², que se referia a verbas repassadas ao Estado do Piauí, oriundas do Sistema Único de Saúde, sendo afetas, portanto, à fiscalização do Tribunal de Contas da União. Logo, a competência para o processo e o julgamento de crime resultante de desvio, em repartição estadual, de recursos oriundos do SUS, é da Justiça Federal, com fundamento no art. 109, I, da Constituição Federal.

No AgRg no AREsp nº 30.160/RS²³, o STJ afirmou que verbas oriundas do Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE) devem ser fiscalizadas pelo Ministério Público Federal e as ações judiciais são da competência da Justiça Federal. Cuidava-se da malversação de verbas federais, repassadas pela União ao município de Canoas/RS, para aporte financeiro no Programa Nacional de Alimentação Escolar PNAE/FNDE, cujo objetivo é atender as necessidades nutricionais de alunos matriculados em escolas públicas. O PNAE é uma política pública concebida e titularizada pela União, financiada com recursos federais repassados aos Estados, ao Distrito Federal e aos municípios. Tem execução descentralizada, mediante depósito em conta-corrente de recursos federais, montante a ser incluído nos orçamentos dos entes federativos beneficiados. O beneficiário deve prestar contas dos recursos, inclusive perante o Tribunal de Contas da União e o Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal. A vinculação e os deveres do ente beneficiário, perante a União, não se resumem à habilitação para o recebimento de verbas federais, que reforçarão os orçamentos estaduais, distrital e municipais. O vínculo e os deveres permanecem mesmo após o depósito em conta-corrente. Como o PNAE é um programa de execução descentralizada, os recursos federais não integram exclusivamente o patrimônio municipal, distrital ou estadual, o que afasta a incidência da Súmula 209 do STJ. Com efeito, a correta aplicação das verbas federais do PNAE envolve interesse federal, em razão da natureza dos bens e dos valores jurídicos tutelados. Ademais, a desnecessidade de convênio, ajuste ou contrato, por serem os recursos federais diretamente depositados em conta-corrente específica, não gera a incorporação automática do recurso aos cofres do ente federativo beneficiado. Este continua a ter o dever de prestar contas à União. Afinal, a verba orçamentária federal não é concedida a fundo perdido, mas repassada para aplicação específica como execução descentralizada do PNAE. Assim, em caso de não utilização, deve ser devolvida à origem com juros e

22 Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 15.9.2009, DJe-208 DIVULG 5.11.2009 PUBLIC 6.11.2009 EMENT VOL-02381-04 PP-00976.

23 Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 12.11.2013, DJe 20.11.2013.

correção monetária. Por fim, o PNAE é normatizado, coordenado e fiscalizado por órgão público federal, o FNDE, o que torna legítimo o interesse da União em intervir nos processos judiciais, na condição de litisconsorte processual do Ministério Público, em ação de improbidade administrativa. Além disso, concluiu-se que o fato de outros órgãos de fiscalização terem descoberto possível prática ilícita ocorrida na municipalidade, quanto à utilização de verbas oriundas do FNDE, não é suficiente para afastar a competência da Justiça Federal²⁴.

Além disso, no RHC nº 40.611/SP²⁵, o STJ manteve tal entendimento, em ação penal por fraude à licitação, falsidade ideológica e quadrilha, relacionados a desvios de recursos públicos pela prefeitura de Auriflamma/SP. O município havia recebido recursos para a realização de recapeamento asfáltico, mediante convênio com o Ministério do Turismo, representado pela Caixa Econômica Federal, no qual havia expressado obrigação de prestação de contas perante a União. A circunstância de a prefeitura ter prestado contas perante o Tribunal de Contas de São Paulo não retirou a necessidade de explicitar as despesas perante o Ministério do Turismo ou outros órgãos de controle da União, nos termos das cláusulas pactuadas, o que determinou a competência da Justiça Federal para processar e julgar a ação penal.

Por último, no CC nº 127.429/RN²⁶, em inquérito policial para apurar o crime do art. 92 da Lei nº 8.666/93, o STJ definiu que as irregularidades verificadas nas obras de construção do sistema de esgotamento sanitário do município de Parnamirim/RN, realizadas por meio do repasse de verbas federais, por um contrato de financiamento junto à Caixa Econômica Federal (CEF), com recursos do FGTS, estão sujeitos à fiscalização tanto da CEF quanto do Tribunal de Contas da União. Portanto, isso torna competente a Justiça Federal, com fundamento no art. 109, IV, da Constituição Federal, para processar e julgar o delito de desvio de verba cuja prestação se faz perante órgão federal.

É importante destacar, todavia, que a fixação da competência em matéria cível pode ser diferente da penal. Isso ficará mais claro no próximo tópico. De qualquer modo, tal diferença, que resulta da interpretação de diferentes incisos do art. 109 da CF, não enfraquece a tese de que, havendo repasse de verbas federais sujeitas

24 Nesse sentido, cf. STJ, AgRg no CC 113.209/BA, Rel. Ministro JORGE MUSSI, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 27.6.2012, DJe 1.8.2012.

25 Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 8.10.2013, DJe 29.10.2013.

26 Rel. Ministra ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE), TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 14.8.2013, DJe 23.8.2013.

a fiscalização de órgãos da União, a atribuição para investigar atos de improbidade administrativa é do Ministério Público Federal e, como regra, haverá interesse processual da União, a ensejar o processamento de ação civil pública perante a Justiça Federal.

4. ATRIBUIÇÃO PARA A FISCALIZAÇÃO E COMPETÊNCIA PARA O JULGAMENTO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA ENVOLVENDO RECURSOS DO FUNDEF/FUNDEB

Tema que ensejou longo debate no Supremo Tribunal Federal²⁷ foi o relativo à competência para julgar as ações civis e penais referentes ao Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e Valorização do Magistério (FUNDEF), depois transformado em Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização da Educação (FUNDEB).

Vale explicar que o FUNDEF foi criado pela Emenda Constitucional n° 14, de 12.9.1996, e instituído, inicialmente, pela Lei n° 9.424, de 24.12.1996. Tal lei foi alterada pela Lei n° 11.494, de 20.6.2007, que passou a denominar o FUNDEF de FUNDEB.

O FUNDEB é de natureza contábil e constituído, originariamente, por recursos financeiros dos Estados, Distrito Federal e municípios, provenientes de diversas fontes e vinculados constitucionalmente ao custeio da educação. No exercício de sua função redistributiva, supletiva e de assistência financeira, a União participa do FUNDEB, complementando-o sempre que, no âmbito de cada Estado e no Distrito Federal, o valor médio ponderado por aluno não alcançar o mínimo definido nacionalmente (art. 4° da Lei n° 11.494/2007). O valor mínimo por aluno é definido por Decreto do Presidente da República (art. 60, V a VII, do ADCT, com a redação dada pela Emenda Constitucional n° 53, de 19.12.2006). A atuação da União é *suplementar*, pois ocorre apenas para acrescentar às verbas pertencentes aos Estados e ao Distrito Federal, vinculadas ao fundo, quando forem insuficientes para alcançar o valor mínimo por aluno definido nacionalmente (art. 60, II, ADCT).

Esses recursos, condicionados a posterior prestação de contas e controle do Tribunal de Contas da União, garantem a equalização de oportunidades educacionais e a manutenção de um *padrão mínimo* de ensino aos Estados ou municípios menos aquinhoados. Na hipótese de Estados e municípios apresentarem suficiência financeira para atingir o valor mínimo por aluno definido nacionalmente, o

²⁷ ACO 1109, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. LUIZ FUX (art. 38, IV, b, do RISTF), Tribunal Pleno, julgado em 5.10.2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-047 DIVULG 6.3.2012 PUBLIC 7.3.2012.

FUNDEB é composto exclusivamente por recursos oriundos da repartição de suas receitas tributárias e, por essa razão, passam a integrar os próprios orçamentos dos Estados e municípios, nos termos dos arts. 157, 158, 159 e 212, §1º, da Constituição Federal. Logo, os Estados e os municípios, quando não recebem repasses da União, sujeitam-se ao controle e prestam contas apenas ao Tribunal de Contas estadual e/ou municipal.

A necessidade ou não de complementação do FUNDEB com recursos federais influi na definição de atribuições do Ministério Público Federal ou do Ministério Público Estadual, bem como na adequada delimitação da natureza cível ou criminal da matéria envolvida, para fins de fixação da competência da Justiça Federal ou Estadual.

A competência da Justiça Federal, em matéria cível, tem como regra o art. 109, I, da Constituição Federal, enquanto que a seara criminal, o 109, IV, da Constituição Federal.

A definição da atribuição do Ministério Público Federal ou Estadual para investigar possíveis desvios de verbas do FUNDEB em matéria civil, que inclui a improbidade administrativa, está baseada no critério do interesse processual. Assim, toda vez que a União aporte de forma suplementar recursos para o Estado ou o Município, em razão de tal recurso se sujeitar ao controle do TCU, bem como quando entidade autárquica ou empresa pública federal figurarem em um dos polos da relação processual na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, a atribuição para investigar e, eventualmente, ajuizar ação civil pública é do Ministério Público Federal e a competência para processá-la e julgá-la é da Justiça Federal.

Em contrapartida, quanto ao aspecto criminal, por força da interpretação do art. 109, V, da Constituição Federal não basta a presença de um daqueles entes da União no processo. É imprescindível verificar a *natureza da lesão* a bens, interesses ou serviços. O art. 109, V, da CF preceitua que será competente a Justiça Federal quando as infrações penais forem praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesses da União. Toda conduta delituosa que implique lesão ao interesse da União atrai a competência para o processo e o julgamento da ação penal à Justiça Federal, ainda que, de forma concorrente, tenham sido violados interesses Estaduais e municipais.

Portanto, as ações e os procedimentos afetos ao FUNDEB, no âmbito criminal, são de atribuição do Ministério Público Federal,

independentemente de complementação, ou não, com recursos federais²⁸.

Em contrapartida, em matéria cível, a atribuição do Ministério Público Federal ou Estadual depende da presença, ou não, de algum ente federal, pois, nesse caso, a competência é *ratione personae* (art. 109, I, CF). Isto é, se houver complementação de recursos do FUNDEB da União para o Estado, como a fiscalização deve ser do TCU, a atribuição é do Ministério Público Federal. Em sentido contrário, quando não há tal complementação, para atingir o valor médio a ser gasto por aluno, fixado nacionalmente, a atribuição é do Ministério Público Estadual para investigar a prática de ato de improbidade administrativa, uma vez que os recursos são de propriedade exclusiva dos Estados e municípios e, portanto, sujeitos à fiscalização do Tribunal de Contas Estadual e/ou municipal²⁹.

Por isso, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ação de civil originária (ACO) nº 1109, como se cogitava da possibilidade de ter havido desvio de recursos, o que configuraria delito, em tese, praticado pelo prefeito de Taciba/SP e, ao mesmo tempo, ato de improbidade administrativa, concluiu pela atribuição do Ministério Público Federal para a apuração do delito. Porém, como não havia repasse da União para a complementação do FUNDEB no Estado de São Paulo, a atribuição para investigar acerca de improbidade administrativa foi assegurada ao Ministério Público Estadual.

5. OUTROS EXEMPLOS DE CONFLITOS DE ATRIBUIÇÕES RESOLVIDOS PELO STF

Além dos padrões fixados no caso do FUNDEF/FUNDEB, o Supremo Tribunal Federal tem decidido diversos conflitos de atribuições envolvendo os Ministérios Público, Federal e Estadual. Cabe examinar alguns deles para fixar a tese de que é atribuição

28 Tal orientação tem sido seguida pelo STF (HC 100772, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 22.11.2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-025 DIVULG 3.2.2012 PUBLIC 6.2.2012) e foi acolhida pelo STJ: "A malversação de verbas decorrentes do FUNDEF, no âmbito penal, ainda que não haja complementação por parte da União, vincula a competência do Ministério Público Federal para a propositura de ação penal, atraindo, nessa hipótese, a da Justiça Federal, bem como o controle a ser exercido pelo TCU, conforme dispõe o artigo 71 da CR/88" (CC 119.305/SP, Rel. Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ), TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 8.2.2012, DJe 23.2.2012). No mesmo sentido, conferir, entre outros: STJ, HC 218.921/PI, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 25.3.2014, DJe .2.4.2014; HC 199.564/PA, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 11.3.2014, DJe 24.3.2014; AgRg no CC 125.291/RO, Rel. Ministro CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR), TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 8.5.2013, DJe 14.5.2013.

29 Pet 4885, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 11.2.2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-041 DIVULG 26.2.2014 PUBLIC 27.2.2014. Nesta hipótese analisada pelo STF, o Município de Mirandópolis/SP não recebeu recursos federais, a título de complementação, na forma do art. 6º da Lei nº 9624/96. Não havendo recursos da União, não caberia ao Tribunal de Contas da União fiscalizar nem tampouco ao Ministério Público Federal atuar ou, ainda, fixar a competência da Justiça Federal para processar e julgar eventual ação civil pública, pois a infração civil não ocorreu em detrimento de bens, serviços ou interesses da União.

do Ministério Público Federal investigar os atos de improbidade administrativa envolvendo desvios de recursos federais sujeitos ao controle de órgãos públicos da União.

Assim, a atribuição para apurar possíveis irregularidades no cadastro do programa habitacional “Minha Casa, Minha Vida” é do Ministério Público Federal, ainda que tenham como suspeitos autoridades estaduais ou municipais. O STF, ao julgar a Ação Cível Originária nº 2.166-MT, em que a execução do programa habitacional estaria sendo prejudicada por um esquema montado dentro da prefeitura, no qual um vereador e alguns servidores estariam contemplando parentes com o benefício, considerou que o “Minha Casa, Minha Vida” é um programa custeado com recursos provenientes do Orçamento Geral da União, aportados pelo Fundo de Desenvolvimento Social, regulado pela Lei Federal nº 11.977/2009 (art. 18), regulamentados pela Resolução CCFDS nº 183/2011 e Instrução Normativa nº 34/201, ainda que tal programa seja gerido pelos Ministérios das Cidades e da Fazenda, e operacionalizado pela Caixa Econômica Federal (arts. 9º e 10º da Lei Federal nº 11.977/2009). Desse modo, a atribuição para investigar possíveis ilegalidades é do Ministério Público Federal. Os Estados e os municípios, por sua vez, atuam como meros executores do programa, e eventual ação judicial deve ser proposta perante a Justiça Federal (art. 109, I, CF), em razão da existência de interesse da União em fiscalizar e manter a adequada aplicação dos recursos federais.

Também é atribuição do Ministério Público Federal investigar supostas ilegalidades na aplicação de recursos do Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar. O PRONAF é regulado pela Lei Federal nº 8.427/1992 e regulamentado pelo Decreto nº 3.999/2001, cujo art. 1º afirma que o PRONAF

tem por finalidade promover o desenvolvimento sustentável do meio rural, por intermédio de ações destinadas a implementar o aumento da capacidade produtiva, a geração de empregos e a elevação da renda, visando à melhoria da qualidade de vida e do exercício da cidadania dos agricultores familiares.

Os agricultores familiares têm direito de acessar o microcrédito rural, para financiar suas atividades produtivas, e a assistência técnica de forma gratuita e em concordância com a Política Nacional de Assistência Técnica e Extensão Rural (PNATER). Os recursos do PRONAF são alocados apenas por instituições financeiras federais (Banco do Brasil, Caixa Econômica Federal, Banco do Nordeste e Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social), que são

responsáveis pelos repasses das verbas ao público-alvo. Cuida-se de uma política subsidiada pelo orçamento da União, que arca com a diferença entre os juros cobrados aos beneficiários (entre 1% e 9%) e a taxa SELIC. O Orçamento Geral da União também prevê o pagamento aos Bancos pelo seu trabalho de intermediação. O art. 6º do Decreto nº 3.991/2001 preceitua que cabe à Secretaria da Agricultura Familiar do Ministério do Desenvolvimento Agrário planejar, coordenar e supervisionar o PRONAF em âmbito nacional. Ademais, a fiscalização da aplicação dos recursos deve ser feita pelo Tribunal de Contas da União e pela Controladoria Geral da União. Por isso, investigação e possível ajuizamento de ação civil pública por improbidade administrativa deve ser conduzida pelo Ministério Público Federal. Além disso, toda vez que a gestão, a administração ou a fiscalização de qualquer atividade ou serviço for realizada por órgão da Administração Pública Federal está caracterizado o interesse público federal. Em havendo conduta que possa implicar lesão ou ameaça de lesão a interesses da União, eventual ação deve ser processada e julgada pela Justiça Federal (art. 109, I), ainda que sejam violados interesses municipais ou estaduais. Assim, na Ação Cível Originária nº 1.281-SP, o STF, ao examinar irregularidades na execução do PRONAF pelo município de Aramina/SP, cujo agente financeiro do Banco do Brasil S/A não teria solicitado declarações de agricultores quanto à existência de dívidas em outros bancos, não teria fiscalizado as operações do PRONAF executadas e liberadas pela agência bancária nem exigido os projetos de assistência técnica, determinou que a atribuição para apurar tais fatos é do Ministério Público Federal³⁰.

Por outro lado, a investigação sobre atos ilícitos existentes em políticas de cotas de universidades estaduais e municipais, bem como o consequente ajuizamento de ação civil pública por improbidade administrativa deve ser realizado pelo Ministério Público dos Estados. Isso porque as Universidades Públicas estaduais e municipais não agem por delegação do Poder Público federal. Ao contrário, a Constituição Federal, no artigo 207, assegura o princípio da autonomia universitária e, no artigo 211, garante a autonomia dos entes federativos para organizar e gerir seus sistemas de ensino, os quais devem agir em regime de cooperação. O artigo 17, I, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei nº 9.394/96) também estabelece

30 "CONFLITO NEGATIVO DE ATRIBUIÇÕES ENTRE O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA PROCESSAR E JULGAR A AÇÃO. PRECEDENTES. CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES. APURAÇÃO DE SUPOSTAS IRREGULARIDADES NA APLICAÇÃO DOS RECURSOS ORIUNDOS DO PRONAF. INTERESSE DA UNIÃO. ART. 109, INC. I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ATRIBUIÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL" (ACO 1281, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 13.10.2010, DJe-243 DIVULG 13.12.2010 PUBLIC 14.12.2010 EMENT VOL-02450-01 PP-00001).

que os sistemas de ensino dos Estados abrangem as instituições mantidas pelo Poder Público Estadual. Logo, os atos de gestão praticados por universidades estaduais não implicam interesse direto da União (art. 109, I, CF)³¹. Assim, a apuração de eventual denúncia de irregularidade na política de reserva de vagas, como decidiu o STF na Ação Cível Originária nº 1.145-PB, em relação à Universidade Estadual da Paraíba, deve ser do Ministério Público Estadual.

6. COMPETÊNCIA PARA PROCESSAR E JULGAR AÇÕES CIVIS PÚBLICAS POR ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA PRATICADOS EM DETRIMENTO DO PATRIMÔNIO DE SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA FEDERAL

Pelo art. 109, I, da Constituição Federal, os atos de improbidade que recaiam sobre o patrimônio público da União, de suas entidades autárquicas ou de empresas públicas federais devem ser objeto de ações civis públicas a serem processadas e julgadas pela Justiça Federal.

O Novo Código de Processo Civil determina que a competência é fixada pelas normas nele estabelecidas ou em legislação especial, pelas normas de organização judiciária e, ainda, no que couber, pelas Constituições Estaduais, desde que obedecidos os limites estabelecidos pela Constituição Federal (art. 44). Ademais, o NCPC explicita que, quando os autos tramitam perante a Justiça Estadual, mas nele intervier a União, suas empresas públicas, entidades autárquicas e fundações, ou conselho de fiscalização de atividade profissional (conforme já fazia a Súmula nº 66/STJ)³², na qualidade de parte ou de terceiro interveniente, os autos serão remetidos ao juízo federal competente, exceto nas ações de recuperação judicial, falência, insolvência civil, acidente de trabalho ou sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho (art. 45).

Porém, nem o art. 109, I, da Constituição Federal nem o art. 45 do Novo Código de Processo Civil fazem expressa menção às sociedades de economia mista federal (como a Petrobrás e o Banco do Brasil). Diante dessa omissão, as ações civis públicas por atos de

31 "COMPETÊNCIA. - EM FACE DO 'CAPUT' DO ARTIGO 177 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL COMPETE AOS ESTADOS-MEMBROS E AO DISTRITO FEDERAL ORGANIZAR SEUS SISTEMAS ADMINISTRATIVOS DE ENSINO, SENDO O SISTEMA FEDERAL MERAMENTE SUPLETIVO. - ASSIM, OS DIRIGENTES DE UNIVERSIDADES QUE SEJAM AUTARQUIAS ESTADUAIS - COMO SUCEDE COM A UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO, OU DE UNIDADES QUE A INTEGREM, NÃO PRATICAM ATOS POR DELEGAÇÃO DA UNIÃO FEDERAL. - CONSEQUENTEMENTE, A COMPETÊNCIA PARA O PROCESSAMENTO E JULGAMENTO DE AÇÕES - INCLUSIVE MANDADO DE SEGURANÇA - CONTRA TAIS ATOS NÃO É DA JUSTIÇA FEDERAL, MAS, SIM, DA JUSTIÇA COMUM DO ESTADO-MEMBRO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO" (RE 95722, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 17.3.1982, DJ 5.11.1982 PP-11241 EMENT VOL-01274-02 PP-00267 RTJ VOL-00105-01 PP-00303).

32 "Compete à Justiça Federal processar e julgar execução fiscal promovida por conselho de fiscalização profissional".

improbidade administrativa praticados por tais entidades devem ser ajuizados perante a Justiça Estadual.

Nesse sentido, a Súmula nº 42 do Superior Tribunal de Justiça afirma que “compete a Justiça Comum Estadual processar e julgar as causas cíveis em que é parte sociedade de economia mista e os crimes praticados em seu detrimento”. De igual modo, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula nº 556, pela qual “É competente a Justiça Comum para julgar as causas em que é parte sociedade de economia mista”.

No entanto, quando a União manifesta interesse jurídico na causa e intervém como assistente ou oponente, as ações devem ser deslocadas para a Justiça Federal (Súmula nº 517/STF). Para tanto, a União deve ser intimada para que, expressamente, manifeste se tem ou não interesse no feito.

De qualquer forma, a fixação da atribuição do Ministério Público na defesa do patrimônio público, em casos de improbidade administrativa, por desvios de verbas federais, não pode ficar condicionada à decisão da União em ingressar no processo como assistente ou oponente (art. 109, I, CF). A existência de indícios de irregularidades na aplicação das verbas públicas federais, sujeitas à prestação de contas a órgãos da União, justifica, por si só, tanto a atuação do Ministério Público Federal quanto o processamento e o julgamento da ação civil pública por improbidade administrativa pela Justiça Federal.

Os desvios de recursos pertencentes a sociedades de economia mista federal estão sujeitos ao controle do Tribunal de Contas da União, que, pelos arts. 71, II, da Constituição Federal e 1º, I, da Lei nº 8.443/1992, tem competência para julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídos os das fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público Federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário³³. Com efeito, estando os recursos da sociedade de economia mista federal sujeitos ao controle do Tribunal de Contas da União, a atribuição para investigar eventual prática de ato de improbidade administrativa é do Ministério Público Federal, ainda que a ação civil pública tenha que ser ajuizada perante a Justiça Estadual.

33 STF, MS 25092, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 10.11.2005, DJ 17.3.2006 PP-00006 EMENT VOL-02225-03 PP-00407; MS 25181, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 10.11.2005, DJ 16.6.2006 PP-00006 EMENT VOL-02237-01 PP-00131.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Compete ao Supremo Tribunal Federal julgar conflito de atribuições entre o Ministério Público Federal e Estadual. Não obstante o conflito de atribuições entre unidades diferentes do Ministério Público brasileiro não ser capaz de promover, potencialmente, o desequilíbrio no sistema federativo, como poderia se depreender da interpretação do art. 102, I, *f*, da CF, eventual atribuição de competência ao Superior Tribunal de Justiça para julgar tais conflitos dependeria – o que, aliás, seria recomendável e coerente com a função harmonizadora do STJ – da edição de Emenda Constitucional. Tal solução poderia contribuir para a *efetividade* do sistema processual, uma vez que o STJ já possui a competência para processar e julgar os conflitos de competência entre a Justiça Federal e Estadual (art. 105, I, *d*, CF).

A atribuição para investigar supostos atos ilegais envolvendo verbas públicas federais, sujeitas a órgãos de controle da União, é do Ministério Público Federal, ainda que a ação civil pública tenha que ser ajuizada perante a Justiça Estadual. Não há nenhuma regra na Constituição Federal que afirme que o Ministério Público Federal atue somente na Justiça Federal ou que Ministério Público Estadual deva agir, tão somente, na Justiça Estadual.

O Ministério Público brasileiro é uma instituição indivisível (art. 127, §1º, CF), integrada pelo Ministério Público da União e dos Estados (art. 128/CF). Não há diferença *ontológica* entre as unidades do Ministério Público brasileiro, cuja função institucional comum é a defesa do patrimônio público (art. 129, I, CF).

Tampouco é correto afirmar que o Ministério Público Federal somente pode atuar na Justiça Federal em razão de ser uma unidade do Ministério Público da União (art. 128, I, *a*, CF). Embora o MPF seja uma instituição que funcione em todos os Estados da Federação e no Distrito Federal, o art. 129, IX, da Constituição Federal veda, expressamente, ao Ministério Público a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas. Não poderia ser diferente, pois, do contrário, o Ministério Público Federal não poderia ajuizar ações em face da União, tampouco o Ministério Público dos Estados, em face dos Estados-Membros.

A mera presença do Ministério Público Federal como parte (*v.g.*, autora de uma ação civil pública) não é suficiente para que se fixe a competência da Justiça Federal para processar e julgar a

demanda (DIDIER Jr.; GODINHO, 2014, p. 76-80). Isso porque o art. 109, I, da Constituição Federal atribui competência aos juizes federais para processarem e julgarem as causas “em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes³⁴, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho”.

Ajuizada a ação civil pública pelo Ministério Público Federal, na hipótese de a União não estar no polo passivo da relação processual, é necessário a sua intimação ou da entidade autárquica federal para que se manifestem sobre o interesse em intervir no processo. Caso entendam que não é caso de intervenção processual, os autos devem ser remetidos à Justiça Estadual (exegese do art. 109, I, CF e Súmula nº 224/STJ³⁵).

Tal entendimento foi incorporado ao art. 45, §3º, do Novo Código de Processo Civil, que prevê que o “juízo federal restituirá os autos ao juízo estadual sem suscitar conflito se o ente federal cuja presença ensejou a remessa for excluído do processo”.

Além disso, quando a Constituição Federal fixou a competência da Justiça Federal, em razão da presença de um órgão federal (art. 109, VIII, CF), fez referência apenas ao mandado de segurança ou ao *habeas data* impetrado contra ato de autoridade federal, não mencionando a ação civil pública ajuizada por ente federal.

De qualquer modo, o processo que tiver sido originado pela ação civil pública por improbidade administrativa ajuizada pelo Ministério Público Federal e/ou pelo Ministério Público Estadual não deve ser resolvido sem julgamento de mérito, por falta de legitimidade ativa. Se o conflito de competência for instaurado após o ajuizamento de uma ação civil pública, o processo deve ficar suspenso à espera da definição judicial quanto ao processamento da demanda pela Justiça Federal ou pela Justiça Estadual (DIDIER Jr.; GODINHO, 2014, p. 81). Tal definição, contudo, cabe exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal, não podendo o juiz de primeiro grau ou mesmo os demais Tribunais decidir se a atribuição para investigar atos de improbidade administrativa ou para ajuizar eventual ação civil pública é do Ministério Público Federal ou Estadual. Aliás, é necessária a regulamentação, no plano legal, dos conflitos de

34 “A posição na relação jurídica processual, de modo a justificar a atração da causa para a Justiça Federal, pode dar-se em quatro hipóteses. Como autora, quando ingressa com uma ação de qualquer natureza contra alguém. Como ré, quando responde a qualquer tipo de ação judicial. Como assistente, atuando na qualidade de terceiro, quando tiver interesse jurídico em que a sentença seja favorável a uma das partes litigantes. Como oponente, quando pretender, no todo ou em parte, a coisa ou o direito disputado em juízo” (FREITAS, 2014, p. 1.461).

35 “Excluído do feito o ente federal, cuja presença levara o Juízo Estadual a declinar da competência, deve o Juiz Federal restituir os autos e não suscitar conflito”.

atribuição entre unidades do Ministério Público, inclusive para prever a suspensão da ação civil pública (nem o art. 265 do CPC-73 nem o art. 313 do NCPC preveem tal hipótese), enquanto o STF decide quem pode investigar e demandar judicialmente.

Quando o Ministério Público não for autor da ação civil pública, mas agir apenas como fiscal da lei, a dúvida quanto saber qual unidade do Ministério Público (Federal ou Estadual) possui atribuição para agir não deve determinar a suspensão do processo, porque isso resultaria em injustificável prejuízo para as partes e comprometeria a garantia constitucional da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, CF) (DIDIER Jr.; GODINHO, 2014, p. 81). Nessa hipótese, ou se admite que ambas as unidades do Ministério Público emitam parecer nos autos ou que se prorrogue a atribuição do Ministério Público que já está atuando nos autos, até a definição do conflito de atribuições em processo próprio. Caso o órgão do Ministério Público se recuse a participar do processo, não há nulidade processual, desde que se assegure a prévia intimação dos atos necessários, com o prosseguimento do processo sem a intervenção ministerial, conforme disposição expressa no art. 180, §1º, do NCPC³⁶.

Além disso, a Súmula nº 209/STJ, ao firmar que compete à Justiça Estadual processar e julgar prefeito por desvio de verba transferida e incorporada ao patrimônio municipal, deve ser cancelada, pois mais confunde do que esclarece. Tal entendimento exige do Judiciário uma análise das cláusulas dos convênios e da natureza das verbas³⁷. Porém, ainda que um recurso seja incorporado ao patrimônio do município (v.g., na construção de uma obra pública) e mesmo que o convênio seja omissivo quanto à prestação de contas, se há verbas federais, caberá a fiscalização do Tribunal de Contas da União e, por consequência, a atuação do Ministério Público Federal.

Não poderá o convênio ou qualquer outro ato comercial entre as partes se sobrepôr ao art. 70, VI, da Constituição Federal, que afirma que *quaisquer recursos* repassados pela União devem ser fiscalizados pelo TCU (incorporado no art. 1º, XIX, do Regimento Interno do TCU e explicitado no art. 1º, I, da Lei Federal nº 8.443/92).

36 “Findo o prazo para a manifestação sem o oferecimento do parecer, o juiz requisitará os autos e dará prosseguimento ao processo”.

37 STJ, REsp 1391212/PE, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 2.9.2014, DJe 9.9.2014.

O cancelamento da Súmula nº 209/STJ inibiria a existência de conflitos de atribuições entre o Ministério Público Federal e Estadual, descongestionaria o Supremo Tribunal Federal e agilizaria as investigações de atos de improbidade administrativa, com mais rápida e eficiente responsabilização dos agentes ímprobos.

REFERÊNCIAS

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. 2.ed. São Paulo: RT, 2011.

_____; BATISTA, Morena Gabriela C. S. P.. Foro por prerrogativa de função nas ações civis públicas por improbidade administrativa. *Revista de processo*, v.233, julho/2014.

DIDIER Jr., Fredie; GODINHO, Robson Renault. Questões atuais sobre as posições do Ministério Público no processo civil. *Revista de processo*, v. 237, nov./2014.

FREITAS, Vladmir Passos de. *Comentários à Constituição do Brasil*. Coord. J. J. Gomes Canotilho *et al.* São Paulo: Saraiva, 2014.

GARCIA, Emerson. *Ministério Público. Organização, atribuições e regime jurídico*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 34.ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Expressão “competência funcional” no art. 2º da Lei de Ação Civil Pública. In: *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. Coord. Édís Milaré. São Paulo: RT, 2005.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 13.ed. São Paulo: RT, 2013.

SILVA, Cláudio Barros. A designação prevista no artigo 28 do Código de Processo Penal, em face ao Princípio Constitucional da Independência Funcional. In: *X Congresso Nacional do Ministério Público. O Ministério Público: corrupção, criminalidade e violência*. Belém: CEJUP, 1994.