



NOTA TÉCNICA n. 11/2020

A FISCALIZAÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO DOS RECURSOS PÚBLICOS TRANSFERIDOS PELA UNIÃO A ESTADOS E MUNICÍPIOS, PARA A PREVENÇÃO E COMBATE À COVID-19

1. Introdução

Segundo a Organização Mundial da Saúde – OMS, COVID-19 é a doença infecciosa causada pelo mais recente coronavírus descoberto, o SARS-CoV-2. Em humanos, o coronavírus, de um modo geral, causa infecções respiratórias que variam do resfriado comum até doenças mais graves como a Síndrome Respiratória do Oriente Médio (MERS) e a Síndrome Respiratória Aguda Grave (SARS).

O adoecimento produzido pelo novo coronavírus mostra-se particularmente severo em muitos casos, principalmente em pessoas acometidas por comorbidades crônicas, o que se potencializa devido à facilidade de disseminação dessa peculiar modalidade de vírus.

Diante disso, em 30 de janeiro de 2020, a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou que o surto da doença causada pelo Coronavírus (COVID-19) constitui Emergência de Saúde Pública de importância internacional (ESPII), que é caracterizada, de acordo com o Regulamento Sanitário Internacional de 2005¹ como um “evento (que) significa a manifestação de uma doença ou uma ocorrência que cria um potencial para doença”.

¹ WORLD HEALTH ASSEMBLY, 2005. Revision of the International Health Regulations, WHA 58.3 (May 23, 2005) Disponível em: <<https://www.who.int/>>. Acesso em 23 de abril de 2020.



Diante das particularidades da pandemia causada pela COVID-19, os gastos públicos exigidos envolvem setores prestacionais imediatos nas áreas de saúde, política sanitária, assistência social e inúmeras outras correlatas, mas também demandam despesas tributárias (*tax expendings*). Tais gastos em época de crise – como vem se amoldando hodiernamente –, segundo teorias econômicas que propõem medidas anticíclicas, resultam em endividamento dos Entes Públicos, baseados no princípio da equidade entre gerações².

Partindo dessa premissa, foi aprovado pelo Congresso Nacional o Decreto Legislativo nº 06/2020, que reconheceu para fins do art. 65 da Lei de Responsabilidade Fiscal, a ocorrência do estado de calamidade pública, com efeitos até 31 de dezembro de 2020. O Supremo Tribunal Federal, no bojo da ADI 6357, suspendeu trechos da Lei Responsabilidade Fiscal, com o escopo de garantir segurança jurídica aos Entes Públicos para agirem no combate à pandemia, tendo em vista a competência tripartite da manutenção do Sistema Único de Saúde (SUS).

Com a expansão dos gastos públicos, indispensável à proatividade do Ministério Público Brasileiro, pois compete ao *Parquet*, consoante o disposto nos arts. 59 e 67 da Lei de Responsabilidade Fiscal, a (I) fiscalização do cumprimento das normas da LRF e (II) o acompanhamento e a avaliação permanente da política e da operacionalidade da gestão fiscal. A atuação ministerial nessa conjuntura decorre dos valores constitucionais previstos no art. 127 da Constituição Federal, notadamente, no que tange à defesa da ordem jurídica e dos interesses coletivos, com vistas a um bom desempenho do *accountability* horizontal.

² KUTTNER, Robert; STIGLITZ, Joseph; GALBRAITH, James; BOUSHEY, Heather; BIVENS; Josh; EPSTEIN, Gerald. **How the Corona Crisis Liberated Massive Public Spending: A Prospect Roundtable**. Disponível em: <<https://prospect.org/economy/corona-crisis-liberated-massive-public-deficit-spending/>> Acesso em 23 de abril de 2020.



2. Fundamentação

2.1. Natureza dos recursos transferidos pela União aos Estados e Municípios, para prevenção e combate à COVID-19

Ab initio, no modelo federativo pátrio, a União realiza transferências financeiras aos Estados e Municípios por três vertentes³: a) transferências constitucionais (repartição de receitas, ex.: FPM e FPE); b) transferências legais (com a subdivisão de automáticas e fundo a fundo); c) transferências voluntárias (feitas, comumente, por meio de convênios).

Os recursos transferidos pela União para prevenção e combate à pandemia enquadram-se, até o presente momento, nas constitucionais e legais (fundo a fundo), que, segundo Prado, Quadros e Cavalcanti⁴ “*são aquelas nas quais os critérios que definem a origem dos recursos e os montantes a serem distribuídos para cada governo estão especificados na lei ou na Constituição*”.

2.1.1. Transferências “fundo a fundo” da União a Estados e Municípios, para combate à COVID-19

O Sistema Único de Saúde (SUS) compreende todas as ações e serviços de saúde estatais das esferas federal, estadual, municipal e distrital, bem como os serviços privados de saúde contratados ou conveniados. Com efeito, a gestão do SUS ocorre de maneira descentralizada, com competência tripartite entre os Entes

³ Senado Federal. **Manual de obtenção de recursos federais para municípios: orientações aos prefeitos**. 5. ed. Brasília: Instituto Legislativo Brasileiro, 2005. p. 11-12.

⁴ PRADO, S.; QUADROS, W.; CAVALCANTI, C. E. **Partilha de recursos na federação brasileira**. São Paulo: Fundap, 2003. p. 23.



Federativos, conforme dispõe o art. 198, I, da Constituição de 1988, posteriormente regulamentado pela Lei nº 8.080/90 e pela Lei nº 8.142/90.

No mesmo sentido, dispõe o §3º do art. 77 do ADCT, incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000:

Os recursos dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios destinados às ações e serviços públicos de saúde e os transferidos pela União para a mesma finalidade serão aplicados por meio de Fundo de Saúde que será acompanhado e fiscalizado por Conselho de Saúde, sem prejuízo do disposto no art. 74 da Constituição Federal.

Os primeiros repasses feitos pela União aos Estados e Municípios, para combate à COVID-19 – ainda no mês de abril –, conforme observado no Portal da Transparência do Governo Federal⁵, foram realizados na modalidade “fundo a fundo”, portanto, diretamente do Fundo Nacional da Saúde aos Fundos Estaduais e Municipais.

As transferências “fundo a fundo” na saúde são disciplinadas pela Lei n.º 8.142/90 e regulamentadas pelo Decreto n.º 1.232/94, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), por meio do Fundo Nacional de Saúde (FNS). Por seu turno, a Lei nº 8.080/90 disciplina, em seu art. 33, que *“os recursos financeiros do Sistema Único de Saúde (SUS) serão depositados em conta especial, em cada esfera de sua atuação, e movimentados sob fiscalização dos respectivos Conselhos de Saúde”*.

Pode-se trazer à baila, a título de exemplo de transferência fundo a fundo pela União a Estados e Municípios, para combate à COVID-19:

O Ministério da Saúde expediu a Portaria nº 480, em 23 de março de 2020, regulamentando o recurso do Bloco de Custeio das Ações e Serviços Públicos de Saúde, a ser disponibilizado aos estados e Distrito Federal, destinados às ações de saúde para o enfrentamento do Coronavírus - COVID 19, nos seguintes termos:

⁵ Cita-se como exemplo, os recursos transferidos aos Municípios do Estado do Piauí. Disponível em: <<http://www.portaltransparencia.gov.br/despesas/pagamento/257001000012020OB807071?ordenarPor=fase&direcao=desc>> Acesso em 23 de maio de 2020.



Art. 1º Fica estabelecido recurso do Bloco de Custeio das Ações e Serviços Públicos de Saúde no montante de R\$ 600.000.000,00 (seiscentos milhões de reais), a ser disponibilizado, em parcela única, aos estados e Distrito Federal, constantes do anexo desta Portaria, destinado ao custeio das ações de saúde relacionadas ao enfrentamento da circulação do "COVID-19" no Brasil.

(...)

Art. 3º Fica determinado que o Fundo Nacional de Saúde adotará as medidas necessárias para a transferência dos montantes financeiros estabelecidos nas Deliberações das Comissões Intergestores Bipartites - CIBs a serem repassados aos Fundos Municipais e Estaduais de Saúde, em parcela única, e processo autorizativo encaminhado pela Secretaria de Atenção Especializada à Saúde.

Art. 4º Os recursos orçamentários, objeto desta Portaria, correrão por conta do orçamento do Ministério da Saúde, devendo onerar o Programa de Trabalho 10.122.5018.21C0.6500 - Enfrentamento da Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional Decorrente do Coronavírus.

A posteriori, foi publicada a Lei Complementar nº 172/2020, dispondo sobre a transposição e a transferência de saldos financeiros constantes dos Fundos de Saúde dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, provenientes de repasses federais:

Art. 1º Ficam autorizadas aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a transposição e a transferência de saldos financeiros remanescentes de exercícios anteriores, constantes de seus respectivos Fundos de Saúde, provenientes de repasses do Ministério da Saúde.

Os recursos repassados fundo a fundo não se incorporam como patrimônio dos Estados e Municípios, tendo em vista sua característica peculiar de integrar fundo à parte da conta da edilidade. Esse entendimento é corroborado pelos precedentes do Superior Tribunal de Justiça (AgRg no CC 129.386/RJ) e do Supremo Tribunal Federal (RE 196982).

Ab initio, é importante salientar que o Sistema Único de Saúde pátrio é baseado no sistema de competência tripartite. A Lei Complementar nº 141/2012, ao dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde,



estabelece os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde **nas 03 (três) esferas de governo, fixou as ações e serviços de saúde que, de forma tripartite, serão financiadas pelas três esferas da Federação, *verbatim*:**

Art. 3º Observadas as disposições do art. 200 da Constituição Federal, do art. 6º da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, e do art. 2º desta Lei Complementar, para efeito da apuração da aplicação dos recursos mínimos aqui estabelecidos, serão consideradas despesas com ações e serviços públicos de saúde as referentes a:

- I - vigilância em saúde, incluindo a epidemiológica e a sanitária;
- II - atenção integral e universal à saúde em todos os níveis de complexidade, incluindo assistência terapêutica e recuperação de deficiências nutricionais;
- III - capacitação do pessoal de saúde do Sistema Único de Saúde (SUS);
- IV - desenvolvimento científico e tecnológico e controle de qualidade promovidos por instituições do SUS;
- V - produção, aquisição e distribuição de insumos específicos dos serviços de saúde do SUS, tais como: imunobiológicos, sangue e hemoderivados, medicamentos e equipamentos médico-odontológicos;
- VI - saneamento básico de domicílios ou de pequenas comunidades, desde que seja aprovado pelo Conselho de Saúde do ente da Federação financiador da ação e esteja de acordo com as diretrizes das demais determinações previstas nesta Lei Complementar;
- VII - saneamento básico dos distritos sanitários especiais indígenas e de comunidades remanescentes de quilombos;
- VIII - manejo ambiental vinculado diretamente ao controle de vetores de doenças;
- IX - investimento na rede física do SUS, incluindo a execução de obras de recuperação, reforma, ampliação e construção de estabelecimentos públicos de saúde;
- X - remuneração do pessoal ativo da área de saúde em atividade nas ações de que trata este artigo, incluindo os encargos sociais;
- XI - ações de apoio administrativo realizadas pelas instituições públicas do SUS e imprescindíveis à execução das ações e serviços públicos de saúde; e
- XII - gestão do sistema público de saúde e operação de unidades prestadoras de serviços públicos de saúde.



Na crise decorrente da pandemia do novo coronavírus, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu como parâmetro, em ocasião do julgamento da ADI nº 6.341, a **competência comum** administrativa entre a União, os Estados e os Municípios para a tomada de medidas normativas e administrativas acerca de “*questões envolvendo saúde*”. Isso posto, faz-se necessária uma atuação conjunta dos Entes Federativos, de modo que a fiscalização dos recursos aplicados pode ser feita de forma conjunta entre o *Parquet* estadual e federal. A esse respeito, traz-se à colação julgado sobre o tema de relatoria do Ministro Luiz Fux, na RCL nº 39.790, *in verbis*:

Como é sabido, o Brasil e o Mundo enfrentam hoje grave crise, decorrente da pandemia da Covid-19, cujos efeitos, por óbvio, extrapolam as fronteiras dos continentes e países.

Numa tal situação, faz-se necessária, mais que nunca, a existência de harmonia e de coordenação entre as ações públicas dos diversos entes federativos, de sorte que as medidas governamentais adotadas para o enfrentamento da aludida pandemia extrapolam em muito o mero interesse local, referido no inciso I do art. 30 da Constituição Federal. (grifos nossos).

Diante dessa atuação conjunta dos Entes Federativos, a União vem repassando recursos financeiros, a título de transferências constitucionais e “fundo a fundo” para Estados e Municípios aplicarem no combate à pandemia. Quanto a esta última, apesar da maioria da doutrina⁶ ser no sentido de que por estar sujeita à fiscalização de órgão federal, a aplicação correta dos recursos é do interesse da União, convém ressaltar que outros autores⁷ aduzem que a relativa autonomia na aplicação dos recursos por parte do gestor público atesta que as verbas foram incorporadas ao patrimônio do Ente.

Não se pode desconsiderar, entretanto, a existência de um interesse concorrente do ente federativo ao qual está vinculado o Fundo de Saúde eventualmente lesado, em obter o ressarcimento dos valores que foram desviados ou indevidamente aplicados, mesmo que os recursos provenham de outro ente federativo.

⁶ Nesse sentido: GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 964.

⁷ PARREIRA COSTA, Rafael Paula. **Desvios de verbas do SUS – Parâmetros para uma necessária e urgente definição da competência**. Disponível em: <http://www.mp.go.gov.br/revista/pdfs_3/14-Artigo13_Revista24OKeletronica_Layout%201.pdf> Acesso em 09 de junho de 2020.



Isso porque, como já visto, os recursos oriundos dos entes federados para o financiamento do SUS, embora não se incorporem ao patrimônio do ente beneficiado, também se apartam do patrimônio do ente financiador e passam a integrar o patrimônio do SUS, afetado, de forma definitiva, a finalidades específicas, quais sejam, as ações e serviços vinculados ao fundo de saúde lesado.

No que tange à competência do órgão jurisdicional, de acordo com o art. 109, I e IV da Lei Maior da República, sempre que a União tiver interesse no feito como parte ou terceiro interveniente, ou o crime for praticado contra seus bens, serviços ou interesses, compete à Justiça Federal julgar o feito. O primeiro caso trata da competência cível (*ratione personae*) e o segundo, da penal (*ratione materiae*).

No âmbito cível, como bem apontam as mais recentes decisões⁸ do Superior Tribunal de Justiça, há de se fazer um *distinguishing*⁹ entre as searas cível e criminal, tendo em vista a aplicação de forma demasiada, em casos de improbidade administrativa, das Súmulas 208 e 209 da Corte Especial, pois esses enunciados foram editados pela 3ª Seção do sodalício, que julga processos e recursos criminais.

Dessa forma, há parcela da jurisprudência que entende que somente o ingresso da União (ou do Ministério Público Federal), de suas entidades autárquicas ou empresas públicas federais na lide, na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes que determinará o deslocamento da competência para a Justiça Federal para o julgamento da causa.

Como assentado pelo Ministro Francisco Falcão, no AgInt do CC 157073, *“somente será possível se firmar uma conclusão pela competência da Justiça Federal na hipótese em que haja, efetivamente, a participação da União, de autarquia, de empresa pública e sociedade de economia mista federais, na condição de autores, rés, assistentes ou oponentes”*.

Sobre o tema, colaciona-se aresto do Superior Tribunal de Justiça mitigando a aplicação das súmulas 208 e 209 do sodalício no âmbito da Improbidade Administrativa, *in verbis*:

⁸ AgInt no CC 157365/PI de 12/02/2020 e AgInt no CC 167313/SE de 11/03/2020.

⁹ Instrumento previsto no art. 489, §1º, VI do Código de Processo Civil.



PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA ENTRE JUÍZO ESTADUAL E JUÍZO FEDERAL. VERBA FEDERAL NÃO INCORPORADA AO PATRIMÔNIO DO MUNICÍPIO. MANIFESTAÇÃO DE DESINTERESSE DA UNIÃO. RETIRADA DA RELAÇÃO PROCESSUAL. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DO ESTADO. COMPETÊNCIA EM RAZÃO DA PESSOA. NÃO APLICAÇÃO DA SÚMULA 208 - STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Ainda que se trate de verba federal repassada ao município, que não se incorpore ao patrimônio municipal, não se firma a competência da Justiça Federal, na ação de improbidade (por falta de prestação de contas), quando a União manifesta falta de interesse da demanda, com a sua retirada da relação processual. **A competência federal pressupõe a presença, na relação processual, de um dos entes arrolados no art. 109, I, da Constituição (ratione personae).** 2. **Nas ações de ressarcimento ao erário e de improbidade administrativa ajuizadas em face de eventuais irregularidades praticadas na utilização ou prestação de contas de valores decorrentes de convênio federal, o simples fato das verbas estarem sujeitas à prestação de contas perante o Tribunal de Contas da União, por si só, não justifica a competência da Justiça Federal.** 3. O STF já afirmou que o fato de os valores envolvidos transferidos pela União para os demais entes federativos estarem eventualmente sujeitos à fiscalização do Tribunal de Contas da União não é suficiente para alterar a competência, pois a competência cível da Justiça Federal exige o efetivo cumprimento da regra prevista no art. 109, I, da Constituição Federal: (RE 589.840 AgR, Relatora Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, DJe, 26/05/2011). 4. A mera transferência e incorporação ao patrimônio municipal de verba desviada, no âmbito civil, não pode impor de maneira absoluta a competência da Justiça Estadual. Se houver manifestação de interesse jurídico por ente federal que justifique a presença no processo (v.g. União ou Ministério Público Federal), regularmente reconhecido pelo Juízo Federal nos termos da Súmula 150/STJ, a competência para processar e julgar a ação civil de improbidade administrativa será da Justiça Federal. 5. **É possível afirmar que a competência cível da Justiça Federal é definida em razão da presença de uma (pelo menos) das pessoas jurídicas de direito público previstas no art. 109, I, da CF na relação processual, seja como autora, ré, assistente ou oponente, e não em razão da natureza da verba federal sujeita à fiscalização da Corte de Contas da União.** (Cf. AgRg no CC 109.103/CE, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe, 13/10/2011; CC 109.594/AM, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe, 22/09/2010; CC 64.869/AL, Rel. Min. ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, DJ, 12.2.2007; CC 48.336/SP, Rel. Min. CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, DJ de 13.3.2006; AgRg no CC 41.308/SP, Rel. Min. DENISE ARRUDA, PRIMEIRA SEÇÃO, DJ, 30.5.2005); e CC 142.354/BA, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/09/2015, DJe, 30/09/2015.). 6. Agravo regimental desprovido. (AgRg no CC 139.562/SP, Rel. Min. OLINDO MENEZES – Convocado, Primeira Seção, DJe 1º/12/2015). (*grifos nossos*).



Outrossim, os Ministros do Superior Tribunal de Justiça, com base no art. 34, XXII do Regimento Interno daquela Corte Especial – que permite decisão monocrática em conflito de competência quando exista tese fixada em julgamento de recurso repetitivo ou de repercussão geral, **a entendimento firmado em incidente de assunção de competência** –, vem decidindo, em matérias que envolvem a malversação de recursos do SUS por parte de Estados e Municípios, que compete à Justiça Estadual o processo e julgamento do feito, com base no aresto acima colacionado. Nesse sentido veja-se: CC 167204 Rel. Min. Gurgel de Faria, CC 168418 Rel. Min. Sérgio Kukina, CC 152715 Rel. Min. Benedito Gonçalves.

Infere-se, portanto, ainda que os fatos envolvam o desvio de recursos federais, ser possível e necessária a atuação do Ministério Público Estadual (atribuição concorrente), com o objetivo de apurar os fatos, exercitar a ação para recompor o fundo lesado e responsabilizar os agentes públicos e particulares envolvidos, no campo da probidade administrativa, em razão do evidente interesse do Estado ou do Município de recompor o fundo a ele vinculado, afetando a realização de ações e serviços de saúde a seu cargo, o que encontra respaldo no princípio da predominância do interesse que se encontra na base do SUS.

Nesse sentido, ao decidir o Conflito de Atribuições CA No 336/2020 – AJCA/GABPGR (PCA No 1.00.000.008257/2020-14), entre o Ministério Público Federal e o Ministério Público do Estado de Goiás, o Procurador-Geral da República, Augusto Aras, afirmou que “*não se questiona a competência concorrente da União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações para combater pandemia da covid-19*”.

Caso haja o ingresso da União no feito, a competência para o julgamento da lide desloca-se para a Justiça Federal, com a possibilidade de litisconsórcio ativo entre o Ministério Público Estadual e o Ministério Público Federal. Ressalte-se que o Superior Tribunal de Justiça, no REsp 1.513.925/BA, estabeleceu que as demandas propostas pelo Ministério Público Federal, *per si*, atraem a competência da Justiça Federal para processo e julgamento do feito.



Caso a União não ingresse no feito, nada obsta que o fato seja conhecido e julgado pela Justiça Estadual, pois se busca a recomposição dos recursos do SUS, através do seu retorno ao Fundo de Saúde.

2.1.2. Transferências constitucionais da União a Estados e Municípios, para combate aos efeitos econômicos e sociais da COVID-19

Sob a rubrica transferências constitucionais da União, foi editada a Medida Provisória nº 938, de 02 de abril de 2020, *“que trata sobre a prestação de apoio financeiro pela União aos entes federativos que recebem recursos do Fundo de Participação dos Estados - FPE e do Fundo de Participação dos Municípios - FPM, com o objetivo de mitigar as dificuldades financeiras decorrentes do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 06/2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente da COVID-19.”*

Ademais, o Presidente da República sancionou, em 27 de maio de 2020, a Lei Complementar nº 173, estabelecendo o Programa Federativo de Enfrentamento ao Coronavírus SARS-CoV-2, instituindo “socorro emergencial” da União aos Estados e Municípios, decorrente da queda de arrecadação dos Entes causada pela pandemia. Referido diploma legal disciplina que os recursos emergenciais transferidos aos Estados e Municípios serão depositados nas contas regulares dos respectivos Fundo de Participação dos Estados e do Fundo de Participação dos Municípios (art. 5º, §6º).

Evidencia-se, assim, que os recursos emergenciais são - e serão - transferidos aos Estados e Municípios sob a égide de transferência constitucional (*ex vi* art. 159, I, “b” e “d” da Carta Magna).

Estes, por sua vez, uma vez transferidos a Estados e Municípios, são incorporados aos respectivos Entes, perdendo a natureza originária federal e, por consequência, o interesse União em sua fiscalização.



3. A atribuição do Ministério Público Brasileiro, Federal e Estadual, para fiscalização dos recursos repassados pela União a Estados e Municípios, para combate à COVID-19

A Carta Política fundamental de 1988 consagrou a defesa dos interesses individuais e transindividuais e conferiu ao Ministério Público uma nova roupagem constitucional, incumbindo-lhe *“a defesa objetiva da integridade da ordem jurídica, do Estado federal e do regime democrático, bem como a proteção dos interesses sociais e individuais indisponíveis”* como bem assenta José Adércio Leite Sampaio na obra *Comentários à Constituição do Brasil*¹⁰.

Logo, a legitimidade do *Parquet* para atuar na defesa dos direitos difusos e coletivos encontra sede na Constituição Federal de 1988, seja nos contornos institucionais traçados pelo constituinte originário que, em seu artigo 127, erigiu o Ministério Público à categoria de instituição permanente e essencial à atividade da função jurisdicional, guardião da ordem jurídica e dos direitos e interesses difusos e coletivos, seja no texto expresso do artigo 129, III da Lei Maior.

Outrossim, o art. 196 da Constituição Federal dispõe que *“a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”*. Com efeito, o direito à saúde é um interesse difuso, pois afeto a toda a coletividade e atinge número indeterminado de pessoas.

Conforme art. 129, III, da Constituição Federal, uma das funções institucionais do *Parquet* é *“promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses*

¹⁰ Comentário ao art. 127. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; Sarlet, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2018. p. 2894.



difusos e coletivos". Assim, cabe aos membros do Ministério Público, sem prejuízo da atuação judicial, a ação fiscalizatória, de forma primária, por meio dos procedimentos idôneos de sua competência.

Ademais, o Ministério Público, como instituição asseguradora do regime democrático, tem como um de seus princípios basilares a unidade, pois compõe um só corpo institucional orientado para o interesse público e bem comum, da nação *pro populo* e não do Estado *pro domo* sua.

A par da unidade do *parquet* Brasileiro, há na legislação infraconstitucional evidente divisão de múnus do Ministério Público, sobretudo entre o Federal e Estadual: enquanto o primeiro atua em demandas difusas que denotem interesse da União, o segundo age em temas de interesse público e social residuais, predominantemente estaduais e/ou municipais.

De que maneira, assim, considerando a unidade entre os Ministérios Públicos (Federal e Estadual) e as atribuições legais peculiares, seria exercida a fiscalização dos recursos transferidos pela União (“fundo a fundo” e constitucionais) a Estados e Municípios, para a prevenção e combate à pandemia?

A resposta para tão importante indagação encontramos na jurisprudência dos tribunais superiores, doutrina e na própria legislação em vigor, que tratam, predominantemente, sobre a atribuição dos Ministérios Públicos Federal e Estadual para investigação dos atos de improbidade administrativa e de crimes funcionais pela má gestão dos recursos públicos da Saúde (SUS), transferidos pela União aos Estados e Municípios a título de “fundo a fundo” e/ou constitucionais. Vejamos:



3.1. Das competências das Justiças Estadual e Federal, para processar e julgar causas que importem em malversação (desvio) de recursos públicos transferidos pela União a estados e municípios.

A atribuição do Ministério Público para investigar eventual lesão ao Patrimônio Público está, em regra, atrelada à competência do juízo que processará e julgará a causa. A Constituição Federal distribuiu a competência em todo o Poder Judiciário Federal, sendo a competência da Justiça Estadual residual. A competência da Justiça Federal é taxativamente fixada nos arts. 108 e 109 da Constituição Federal.

Na seara cível, a Justiça Federal será competente se a União possuir interesse que lhe permita atuar como parte (autora, ré, assistente ou oponente), nos termos do art. 109, I da Constituição Federal, em razão da pessoa. Já em matéria penal, o art. 109, IV, da CF estabelece critérios mais amplos na fixação da competência da Justiça Federal, notadamente no que se refere às infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas.

Com base nos critérios acima estabelecidos foram editadas as súmulas 208 e 209 do Superior Tribunal de Justiça, abaixo transcritas, que aludem expressamente à origem da verba como critério de delimitação de competência em caso de desvio de verbas gerenciadas pelos municípios:

Súmula 208: Compete à Justiça Federal processar e julgar prefeito municipal por desvio de verba sujeita a prestação de contas perante órgão federal.

Súmula 209: Compete à Justiça Estadual processar e julgar prefeito por desvio de verba transferida e incorporada ao patrimônio municipal.

Disto, se recursos transferidos pela União ao município ou estado se incorporarem ao patrimônio destes, não mais poderá ser considerada como bem da União, de modo a atrair a competência da Justiça Estadual, nos termos da súmula 209. Se, no entanto, a despeito dos recursos terem sido incorporados ao Patrimônio



Municipal, continuar presente sua sujeição a prestação de contas perante órgão federal, aplica-se a súmula 208 que define o caso da competência da justiça federal.

Ultimamente, o traço diferencial da jurisprudência tem sido a definição de qual o órgão de controle interno ou externo que realiza a fiscalização das verbas. Caso exista, em algum diploma normativo, preceito que preveja que a fiscalização da aplicação dos recursos ficará a cargo de órgão ou pessoa jurídica da administração pública federal ou do Tribunal de Contas da União, haverá interesse federal na investigação e, conseqüentemente, a competência será da Justiça Federal.

Essencial, portanto, a identificação dos diversos tipos de transferências realizadas pela União Federal para os municípios e estados. Para combate à COVID-19, como posto acima, são dois os tipos de transferências: “fundo a fundo” e constitucionais.

3.2. Atribuição dos Ministérios Públicos (Federal e Estadual) para fiscalizar e investigar a aplicação dos recursos públicos transferidos pela União a estados e municípios, sob o título “transferência constitucional” e “fundo a fundo”, para combate à COVID-19.

As **transferências constitucionais** de recursos públicos pela União (ex, Fundo de Participação Estadual e Municipal), sejam elas em virtude (ou não) da pandemia, são incorporadas ao patrimônio dos entes municipais e estaduais, e sua fiscalização, portanto, ficam exclusivamente a cargo dos órgãos de controle (externo e interno) estaduais.

A competência para processar e julgar os respectivos feitos, disto, de acordo com a Súmula 209, do STJ, é da Justiça Estadual.

É dizer, por isso, que é de atribuição exclusiva do Ministério Público Estadual fiscalizar a aplicação dos referidos recursos, como assim investigar a prática



de crime e/ou de improbidade administrativa eventualmente praticados pelo gestor no manejo desses bens públicos, pois de interesse estritamente municipal ou estadual.

Ademais, este também é o entendimento da 5ª Câmara de Coordenação de Revisão do Ministério Público Federal, que aprovou o enunciado n.º 18, com a seguinte redação:

DECLÍNIO DE ATRIBUIÇÕES

Tratando-se de questão relacionada a interesse estritamente municipal ou estadual, não compete ao Ministério Público Federal adotar providências.” (grifo nosso)

O E. Superior Tribunal de Justiça assim se posicionou em conflito de competência, corroborando que os recursos repassados pela União a Fundo de Participação Municipal (transferências constitucionais, portanto) são incorporados ao patrimônio do município, atraindo a competência da Justiça estadual, *in verbis*:

PENAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. CRIME DO INCISO I DO ART. 1º DO DECRETO- LEI N. 201/1967. DESVIO DE VERBAS. RECURSOS PROVENIENTES DO FUNDO DE APOIO AOS MUNICÍPIOS. VERBA INCORPORADA AO PATRIMÔNIO MUNICIPAL. SÚMULA 209/STJ. INCIDÊNCIA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL

1. Nos termos da Súmula 209 / STJ, compete à Justiça estadual processar e julgar prefeito acusado de desvio de verba transferida pela União, se incorporada ao patrimônio do Município. Ocorre a hipótese em relação às verbas transferidas por conta do Fundo de Apoio aos Municípios (v.g. Lei n.12.058/2009).

2. Conflito conhecido para declarar a competência do Tribunal de Justiça do Estado de Roraima, ora suscitado.

(STJ - CC: 123334 RR 2012/0133978-3, Relator: Ministro NEWTON TRISOTO – Data de julgamento: 27/05/2015, S3- TERCEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 03/06/2015)

Quanto às **transferências “fundo a fundo”**, via Sistema Único de Saúde (SUS), pela União, a estados e municípios, para combate à pandemia, vejamos:



Os julgados recentes sobre a matéria têm revelado que a existência de repasses de verbas federais – sejam elas fundo a fundo, sejam por convênio –, pelo SUS, revela interesse da União na sua fiscalização.

Nesse sentido decidiu o Supremo Tribunal Federal:

HABEAS CORPUS. DESVIO DE VERBAS DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE --- SUS. INTERESSE DA UNIÃO. ART. 109, IV DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. SECRETÁRIO DE ESTADO. PRERROGATIVA DE FORO. ATRIBUIÇÃO DA PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA. **Procedimentos administrativos criminais --- PACs --- instaurados para apurar supostos desvios de verbas do Sistema Único de Saúde --- SUS. Verbas federais sujeitas à fiscalização do Tribunal de Contas da União. Nítido interesse da União, a teor do art. 109, IV da Constituição do Brasil. Envolvimento do Secretário de Saúde do Estado do Piauí, a atrair a competência do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, bem assim a atribuição da Procuradoria Regional da República.** Ordem denegada. (RHC n. 98.564/DF, Ministro Eros Grau, Segunda Turma, DJe 6/11/2009). (*grifo nosso*)

Isso se dá principalmente em razão de interpretação estrita do art. 33, §4º, da Lei nº 8.080/90 – que disciplina o Sistema Único de Saúde:

CAPÍTULO II

Da Gestão Financeira

Art. 33. Os recursos financeiros do Sistema Único de Saúde (SUS) serão depositados em conta especial, em cada esfera de sua atuação, e movimentados sob fiscalização dos respectivos Conselhos de Saúde.

§ 1º Na esfera federal, os recursos financeiros, originários do Orçamento da Seguridade Social, de outros Orçamentos da União, além de outras fontes, serão administrados pelo Ministério da Saúde, através do Fundo Nacional de Saúde.

§ 2º (Vetado).

§ 3º (Vetado).

§ 4º O Ministério da Saúde acompanhará, através de seu sistema de auditoria, a conformidade à programação aprovada da aplicação dos recursos repassados a Estados e Municípios. **Constata a malversação, desvio ou não aplicação dos recursos, caberá ao Ministério da Saúde aplicar as medidas previstas em lei.**



O dispositivo transcrito revela que quaisquer recursos repassados – não importando a que título – estarão sob o crivo da fiscalização do Ministério da Saúde e, conseqüentemente, da União.

Além disso, a Lei nº 8.080/1990 previu, em seu inciso XIX do art. 16, e no § 4º do art. 33, a criação de um Sistema Nacional de Auditoria – SNA – do SUS, efetivada no art. 6º da Lei nº 8.689/1993¹³ e regulamentada no Decreto nº 1.651/1995, mantido pela União, com a participação de Estados, Distrito Federal e Municípios:

Art. 16. A direção nacional do Sistema Único da Saúde (SUS) compete:

(...)

XIX - estabelecer o Sistema Nacional de Auditoria e coordenar a avaliação técnica e financeira do SUS em todo o Território Nacional em cooperação técnica com os Estados, Municípios e Distrito Federal. (Vide Decreto nº 1.651, de 1995).

Na mesma esteira segue o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, especialmente a partir de sua Terceira Seção – órgão ao qual cabe processar e julgar os feitos relativos à matéria penal em geral:

PENAL. AGRAVOS REGIMENTAIS EM CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO PENAL. CRIME DE LAVAGEM E OCULTAÇÃO DE BENS E VALORES. CONTRATO FIRMADO ENTRE PESSOA JURÍDICA E ÓRGÃO ESTADUAL. RECURSOS, EM PARTE, PROVENIENTES DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS). INCORPORAÇÃO DA VERBA AO PATRIMÔNIO ESTADUAL. IRRELEVÂNCIA. REPASSE SUJEITO AO CONTROLE INTERNO DO PODER EXECUTIVO FEDERAL E DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. INTERESSE DA UNIÃO. PRECEDENTES DA TERCEIRA SEÇÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.

1. Por estarem sujeitas à fiscalização dos órgãos de controle interno do Poder Executivo federal, bem como do Tribunal de Contas da União, as verbas repassadas pelo Sistema Único de Saúde - inclusive na modalidade de transferência "fundo a fundo" - ostentam interesse da União em sua aplicação e destinação. Eventual desvio atrai a competência da Justiça Federal para conhecer da matéria, nos termos do art. 109, IV, da Constituição Federal.

2. Agravos regimentais improvidos. (AgRg no CC 129.386/RJ, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 11/12/2013, DJe 19/12/2013)



AGRAVO REGIMENTAL NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA. PROCESSO PENAL. CRIMES DE QUADRILHA, FALSIDADE IDEOLÓGICA, PECULATO E CORRUPÇÃO PASSIVA. DESVIO DE VERBAS PROVENIENTES DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE – SUS. CONTROLE DO PODER EXECUTIVO FEDERAL E DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. SÚMULA 208/STJ.

1. Segundo o posicionamento do Supremo Tribunal Federal e desta Corte de Justiça, compete à Justiça Federal processar e julgar as causas relativas ao desvio de verbas do Sistema Único de Saúde - SUS, independentemente de se tratar de repasse fundo a fundo ou de convênio, visto que tais recursos estão sujeitos à fiscalização federal, atraindo a incidência do disposto no art. 109, IV, da Carta Magna, e na Súmula 208 do STJ.

2. O fato de os Estados e Municípios terem autonomia para gerenciar a verba financeira destinada ao SUS não elide a necessidade de prestação de contas perante o Tribunal de Contas da União, nem exclui o interesse da União na regularidade do repasse e da correta aplicação desses recursos.

3. Portanto, a competência da Justiça Federal se mostra cristalina em virtude da existência de bem da União, representada pelas verbas do SUS, bem como da sua condição de entidade fiscalizadora das verbas federais repassadas ao Município.

4. Não trazendo o agravante tese jurídica capaz de modificar o posicionamento anteriormente firmado, é de se manter a decisão agravada na íntegra, por seus próprios fundamentos 5. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no CC 122.555/RJ, Rel. Ministro OG FERNANDES, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 14/08/2013, DJe 20/08/2013)

PENAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO PENAL. IRREGULARIDADES EM CONTRATO CELEBRADO POR ÓRGÃO ESTADUAL. RECURSOS PROVENIENTES DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. TRANSFERÊNCIA AUTOMÁTICA OU "FUNDO A FUNDO". INCORPORAÇÃO DA VERBA AO PATRIMÔNIO ESTADUAL. IRRELEVÂNCIA. REPASSE SUJEITO AO CONTROLE INTERNO DO PODER EXECUTIVO FEDERAL E DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. INTERESSE DA UNIÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.

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



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

2. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo Federal da 5ª Vara Criminal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, o suscitante. (CC 122.376/RJ, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 08/08/2012, DJe 22/08/2012).

O Tribunal de Contas da União tem precedentes afirmando ser sua a atribuição para fiscalizar recursos transferidos fundo a fundo, o que revela nítido interesse da União:

Número Interno do Documento: AC-0622-08/14-P Colegiado: Plenário

Relator: RAIMUNDO CARREIRO Processo: 017.012/2010-4

Sumário: AUDITORIA. MUNICÍPIO DE BOA VISTA/RR. FISCALIZAÇÃO DE ORIENTAÇÃO CENTRALIZADA-FOC. AVALIAÇÃO DA APLICAÇÃO DOS RECURSOS DO SUS TRANSFERIDOS NA MODALIDADE FUNDO A FUNDO. DETERMINAÇÕES. MONITORAMENTO. DESCUMPRIMENTO DAS DETERMINAÇÕES DESTE TRIBUNAL. AUDIÊNCIAS. RAZÕES DE JUSTIFICATIVA PARCIALMENTE ACATADAS. APLICAÇÃO DE MULTA. REITERAÇÃO DE DETERMINAÇÃO. PEDIDO DE REEXAME. CONHECIMENTO. PROVIMENTO. CIÊNCIA ÀS PARTES.

Número Interno do Documento: DC-0506-31/97-P Colegiado: Plenário

Relator: Iram Saraiva Processo: 022.427/1992-9 Número do acórdão: 506

Ano do acórdão: 1997 Data dou: 28/08/1997

Representação da Assembléia Legislativa de Santa Catarina, para apurar desvios de recursos federais destinados ao Setor de Saúde do Estado. Diligência "in loco" na Secretaria de Estado de Saúde/SC. Irregularidades constatadas. Proposta inicial de arquivamento do processo e de conhecimento ao Presidente da Assembléia Legislativa e ao Tribunal de Contas do Estado. Estudo para definir a competência do TCU para fiscalizar a aplicação de recursos orçamentários do então INAMPS repassados a Estados, Distrito Federal e Municípios para financiamento das atividades hospitalares e ambulatoriais vinculadas ao Sistema Único de Saúde - SUS, com audiência do MP/TCU.

[...]

Decisão:

O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE:

1 - firmar entendimento sobre a matéria em questão, no sentido de que os recursos repassados pelo Sistema Único de Saúde – SUS, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, constituem recursos federais e que,



dessa forma, estão sujeitos à fiscalização desta Corte as ações e os serviços de saúde pagos à conta desses recursos, quer sejam os mesmos transferidos pela União mediante convênio, quer sejam repassados com base em outro instrumento ou ato legal; [...]

É imperioso registrar, porém, que existem decisões monocráticas de Ministros do STF e do STJ que perfilham entendimento contrário, isto é, o de que o interesse da União não estaria comprovado pela mera fiscalização do TCU e do Ministério da Saúde, devendo ser cabalmente comprovado:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 131.067 - MA (2013/0369538-4)
RELATOR: MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES Data da Publicação 07/02/2014

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA INSTAURADO ENTRE JUÍZOS FEDERAL E ESTADUAL. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA AJUIZADA PELO MUNICÍPIO CONTRA EX-PREFEITO. SUPOSTAS IRREGULARIDADES NA UTILIZAÇÃO DE VERBAS FEDERAIS JÁ INCORPORADAS À MUNICIPALIDADE. SÚMULA 209/STJ. PRECEDENTES DO STJ. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 126.896 - PA (2013/0048222-1)
RELATOR: MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES, Data da Publicação 07/02/2014

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA INSTAURADO ENTRE JUÍZOS FEDERAL E ESTADUAL. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA AJUIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL EM FACE DE MUNICÍPIO E OUTROS. SUPOSTAS IRREGULARIDADES NA UTILIZAÇÃO DE VERBAS FEDERAIS JÁ INCORPORADAS À MUNICIPALIDADE. SÚMULA 209/STJ. PRECEDENTES DO STJ. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. [...]
No âmbito cível, a razão de agir estaria no interesse em recuperar os recursos públicos indevidamente desviados e a punir o agente público pelo ato de improbidade a que deu causa. Dessa forma, a União, neste caso, a princípio, não teria legítimo interesse em agir e, portanto, não figuraria como autora, ré, assistente ou oponente, pois, como antes visto, além de não lhe pertencerem os recursos, tampouco eventual irregularidade é imputável a agente público federal. Nesse sentido, *mutatis mutandis*, decidiu esta Corte, no julgamento da ACO nº 1.156/SP, de relatoria do Ministro Cezar Peluso, em acórdão assim ementado: “Conflito negativo de atribuições. Ação civil de reparação de dano ao erário. Improbidade administrativa. Desvio de recursos do FUNDEF. Inexistência de complementação de verbas federais e de interesse da União. Feito da atribuição do Ministério Público estadual. Conflito conhecido e acolhido,



para esse fim. É atribuição do Ministério Público estadual atuar em ação de reparação de dano ao erário, por improbidade administrativa concernente a desvio de recursos do FUNDEF, quando não tenha havido complementação de verbas federais” (DJe de 12/3/10). Por fim, a título de registro, conforme bem asseverou a Procuradoria-Geral da República, “nao se mostra afastada a possibilidade da ocorrência de problemas ligados à gestão municipal dos serviços, os quais seriam causadores da falta ou atraso dos pagamentos a serem efetuados à noticiante. Nesse contexto, a atribuição para a apuração de eventual ato de improbidade administrativa é do Ministerio Publico estadual” (fl. 5). **Com essas considerações, conheço do presente conflito para determinar a atribuição do Ministério Público do Estado de São Paulo, para onde deverão ser remetidos os presentes autos.** Publique-se. Brasília, 18 de junho de 2012. Ministro Dias Toffoli Relator Documento assinado digitalmente (ACO 1788, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, julgado em 18/06/2012, publicado em DJe-121 DIVULG 20/06/2012 PUBLIC 21/06/2012).

Pelo exposto, majoritariamente, entende-se que ditos recursos (transferência “fundo a fundo”, do SUS) não perdem sua natureza federal quando repassados a estados e municípios, de forma que, por isso, não são incorporados ao patrimônio público estaduais e municipais.

Aplica-se aqui a Súmula 208, do E. STJ, já que a fiscalização continua sendo papel de órgãos de controle federais, como exposto acima.

Tal assertiva, a um primeiro momento, imporia exclusiva atribuição do Ministério Público Federal para fiscalizar e investigar feitos referentes a transferências realizadas “fundo a fundo”, sem qualquer atribuição do Ministério Público Estadual. Contudo, não é bem isso ocorre:

Ao Ministério Público Federal, segundo jurisprudência majoritária, como visto acima, lhe foi conferido fiscalizar e investigar recursos transferidos “fundo a fundo” **somente quando** recaiam sobre estes INDÍCIOS DE DESVIO (MALVERSAÇÃO) DOS RECURSOS.

É dizer: somente os crimes funcionais (em especial os de corrupção) e os atos de improbidade administrativa que importem em desvio dos recursos – ou seja, aqueles postos nos artigos 9º (enriquecimento ilícito) e 10 (lesão ao erário), da Lei

8.429/92 – praticados sobre os bens transferidos “fundo a fundo”, é que representaria interesse concreto da União, e por isso fundamentaria a atribuição do Ministério Público Federal. Assim é o entendimento do E. STJ, *in verbis*:

PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. DECISÃO DECLINATÓRIA DE COMPETÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MALVERSAÇÃO DE RECURSOS FEDERAIS REPASSADOS A ENTES MUNICIPAIS. INTERESSE DO ENTE FEDERAL. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL NO POLO ATIVO DA DEMANDA. LEGITIMIDADE ATIVA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.

(...) 5. Via de regra, o simples fato de a ação ter sido ajuizada pelo Ministério Público Federal implica, por si só, a competência da Justiça Federal, por aplicação do art. 109, I, da Constituição, já que o MPF é parte da União. Contudo, a questão de uma ação ter sido ajuizada pelo MPF não garante que ela terá sentença de mérito na Justiça Federal, pois é possível que se conclua pela ilegitimidade ativa do Parquet Federal, diante de eventual falta de atribuição para atuar no feito. 6. **Haverá a atribuição do Ministério Público Federal, em síntese, quando existir interesse federal envolvido, considerando-se como tal um daqueles previstos pelo art. 109 da Constituição, que estabelece a competência da Justiça Federal. Assim, tendo sido fixado nas instâncias ordinárias que a origem da Ação Civil Pública é a malversação de recursos públicos repassados por ente federal, justifica-se plenamente a atribuição do Ministério Público Federal. Nesse sentido, confira-se precedente do Pleno do Supremo Tribunal Federal: ACO 1463 AgR. Relator Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 1/12/2011. Acórdão eletrônico DJe-22 Divulg. 31-01-2012 Public. 1-2-2012 RT v. 101, a 919.2011 p. 635-650.** 7. Nessa linha de entendimento, precedente desta Segunda Turma sob a relatoria da eminente Min. Eliana Calmon: "... tratando-se de malversação de verbas federais, repassadas pela União ao Município de Canoas/RS, para aporte financeiro ao Programa Nacional de Alimentação Escolar - PNAE FNDE, cujo objetivo é atender as necessidades nutricionais de alunos matriculados em escolas públicas, razão pela qual é inquestionável a competência da Justiça Federal e a legitimidade ativa do MPF". (AgRg no AREsp 30.160,RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 2011/2013). 8. Tratando-se da fiscalização de recursos que inclui aqueles provenientes da União, sujeitos à fiscalização de entes federais, indubitável a atribuição do Ministério Público Federal para atuar no feito. Consequentemente, enquadra-se o MPF na relação de agentes elencadas no art. 109, I, da Constituição, que estabelece a competência da Justiça Federal. Nesse sentido: REsp 1.513.925/BA, Segunda Turma, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJe 13/9/2017; AgRg no AREsp 30.160/RS, Segunda Turma, Rel. Ministra Eliana Calmon, DJ 20/11/2013; REsp 1.283.737/DF, Rel. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 25/3/2014. (...) (RMS 56135, Rel. Min. Herman Benjamin. Julgado em **17/09/2019**). (*grifos nossos*).



O Supremo Tribunal Federal tem precedentes no mesmo íterim, asseverando pela competência da Justiça Federal por interesse da União, somente em caso de desvio de recursos federais, *verbatim*:

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) (*grifos nossos*).

Nas demais hipóteses, isto é, investigação de atos de improbidades administrativas praticados no manejo dos recursos federais “fundo a fundo” que não representem desvio do erário – no caso, em exclusiva ofensa aos princípios da Administração Pública (Art. 11, da LIA) -, assim como o exercício da tutela específica de obrigação de fazer e de não fazer, continuam sendo atribuições do Ministério Público Estadual, o que, por esta razão, e com fulcro na unidade ministerial, NÃO AFASTA O DEVER DE FISCALIZAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL NA APLICAÇÃO DOS RECURSOS TRANSFERIDOS “FUNDO A FUNDO”, A ESTADOS E MUNICÍPIOS, PARA COMBATE À PANDEMIA.



Ou seja, ainda que trate de manuseio de recurso federal pelo gestor, as improbidades por ofensa ao art. 11 da LIA continuam sendo da atribuição do Ministério Público Estadual, pois aqui o bem jurídico defendido é a probidade da Administração Estadual e Municipal, não atraindo interesse da União. Vejamos decisão do TRF, da 5ª Região:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AÇÃO EM QUE SE DISCUTE ILEGALIDADES/IRREGULARIDADES NO PORTAL DE TRANSPARÊNCIA DE ENTE MUNICIPAL. ILEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL.

(...)

3. **Esta Terceira Turma já se manifestou no sentido da ausência de interesse federal, nas ações em que se discute ilegalidades/irregularidades no Portal de Transparência de ente municipal, portanto não há como reconhecer a legitimidade ativa do Ministério Público Federal.**

4. **É que i) "nos moldes traçados no art. 59 da LC nº 101/2000, a fiscalização do cumprimento das normas contidas na Lei de Responsabilidade Fiscal é acometida de forma expressa ao Ministério Público e ao Tribunal de Contas do respectivo estado da federação"; e ii) o interesse restringe-se à comunidade local ou, no máximo, ao âmbito estadual.**

5. Precedente: PROCESSO: 08002470920164058504, DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA, 3ª Turma, JULGAMENTO: 28/06/2018. *(grifo nosso)*

Ademais, enfatize-se mais uma vez, a tutela específica de obrigação de fazer e de não fazer, mesmo na aplicação de recursos federais, permanece na seara das atribuições do Ministério Público Estadual, reforçando a necessidade que promova a fiscalização de tais recursos, concorrentemente ao Ministério Público Federal, a exemplo do **RE 605533, do E. Supremo Tribunal Federal.**

Além disso, em nenhum dos precedentes pesquisados – como não poderia deixar de ser – é afastada a competência da Justiça Estadual para processar e julgar ações oriundas de investigações de recursos públicos exclusivamente estaduais e/ou municipais, que não tenham sido alvo de repasse pela União, mas que são utilizados para combate à pandemia. Esses recursos, geralmente identificados sob a



fonte 100, não interessam diretamente à União e estão afastados, portanto, das regras do art. 109, incisos I e IV, da Constituição.

4. Conclusão

4.1. Os recursos transferidos pela União, a estados e municípios, para prevenção e combate à pandemia (COVID-19) enquadram-se, até o presente momento, na categoria de transferências constitucionais e legais (“fundo a fundo”);

4.2. Quanto às **transferências “fundo a fundo”** de recursos públicos pela União, a estados e municípios, em virtude da pandemia (COVID19), entende-se:

4.2.1. que ditos recursos (transferência “fundo a fundo”, do SUS) não perdem sua natureza federal quando repassados a estados e municípios. Contudo, entende-se ser possível e necessária a atuação do Ministério Público Estadual (atribuição concorrente), com o objetivo de apurar os fatos, exercitar a ação para recompor o fundo lesado e responsabilizar os agentes públicos e particulares envolvidos, na seara do combate à improbidade administrativa, em razão do evidente interesse do Estado ou do Município de recompor o fundo a ele vinculado, afetando a realização de ações e serviços de saúde a seu cargo, o que encontra respaldo no princípio da predominância do interesse que se encontra na base do SUS.

4.2.2. portanto, ao Ministério Público Federal e ao Ministério Público Estadual, concorrentemente, no âmbito do combate à improbidade administrativa, lhes foi conferido fiscalizar e investigar recursos transferidos “fundo a fundo”, a estados e municípios, somente quando recaiam sobre estes INDÍCIOS DE DESVIO (MALVERSAÇÃO) DOS RECURSOS;

4.2.3. ainda que trate de manuseio de recurso federal pelo gestor municipal ou estadual, a investigação sobre improbidades administrativas por ofensa, exclusivamente, ao art. 11 da Lei 8.429/92 (portanto, sem lesão ao erário), continuam sendo da atribuição do Ministério Público Estadual, pois aqui o bem jurídico defendido é a probidade da Administração Estadual e Municipal, não atraindo interesse da União, **reforçando a necessidade que o Ministério Público Estadual promova a fiscalização de tais recursos concorrentemente ao Ministério Público Federal;**

4.2.4. a tutela específica de obrigação de fazer e/ou de não fazer, mesmo na aplicação de recursos federais transferidos “fundo a fundo”, permanece na seara das atribuições do Ministério Público Estadual, **reforçando a necessidade que o Ministério Público Estadual promova a fiscalização de tais recursos concorrentemente ao Ministério Público Federal.**

4.3. Quanto às transferências constitucionais de recursos públicos pela União (ex, Fundo de Participação Estadual e Municipal), em virtude da pandemia (COVID-19), são incorporadas ao patrimônio dos entes municipais e estaduais, e sua fiscalização, assim como as investigações por crimes funcionais e atos de improbidade administrativa, **são exclusivas do Ministério Público Estadual.**

Brasília, 27 de maio de 2020.



Fabiano Dallazen,
Presidente do CNPG.