

05/10/2011

PLENÁRIO

AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA 1.206 SÃO PAULO

RELATORA : MIN. ELLEN GRACIE

REDATOR DO: MIN. LUIZ FUX

ACÓRDÃO RISTF

AUTOR(A/S)(ES) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

REU(É)(S) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA: CONFLITO NEGATIVO DE ATRIBUIÇÕES. EMENTA: CONFLITO NEGATIVO DE ATRIBUIÇÕES. CARACTERIZAÇÃO. AUSÊNCIA DE DECISÕES DO PODER JUDICIÁRIO. COMPETÊNCIA DO STF. ART. 102, I, f, CF. FUNDEF. COMPOSIÇÃO. ATRIBUIÇÃO EM RAZÃO DA MATÉRIA. ART. 109, I E IV, CF.

1. Conflito negativo de atribuições entre órgãos de atuação do Ministério Público Federal e do Ministério Público Estadual a respeito dos fatos constantes de procedimento administrativo.

2. O art. 102, I, f, da Constituição da República recomenda que o presente conflito de atribuição entre os membros do Ministério Público Federal e do Estado de São Paulo subsuma-se à competência do Supremo Tribunal Federal .

3. A sistemática de formação do FUNDEF impõe, para a definição de atribuições entre o Ministério Público Federal e o Ministério Público Estadual, adequada delimitação da natureza cível ou criminal da matéria envolvida

4.A competência penal, uma vez presente o interesse da União, justifica a competência da Justiça Federal (art. 109, IV, CF/88) não se restringindo ao aspecto econômico, podendo justificá-la questões de ordem moral. *In casu*, assume peculiar relevância o papel da União na manutenção e na fiscalização dos recursos do FUNDEF, por isso o seu interesse moral (político-social) em assegurar sua adequada destinação, o que atrai a competência da Justiça Federal, em caráter excepcional, para julgar os crimes praticados em detrimento dessas verbas e a atribuição do Ministério Público Federal para investigar os fatos e propor eventual ação penal.

ACO 1.206 / SP

5. A competência da Justiça Federal na esfera cível somente se verifica quando a União tiver legítimo interesse para atuar como autora, ré, assistente ou oponente, conforme disposto no art. 109, inciso I, da Constituição. A princípio, a União não teria legítimo interesse processual, pois, além de não lhe pertencerem os recursos desviados (diante da ausência de repasse de recursos federais a título de complementação), tampouco o ato de improbidade seria imputável a agente público federal.

6. Conflito de atribuições conhecido, com declaração de atribuição ao órgão de atuação do Ministério Público Federal para averiguar eventual ocorrência de ilícito penal e a atribuição do Ministério Público do Estado de São Paulo para apurar hipótese de improbidade administrativa, sem prejuízo de posterior deslocamento de competência à Justiça Federal, caso haja intervenção da União ou diante do reconhecimento ulterior de lesão ao patrimônio nacional nessa última hipótese.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos este autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, **preliminarmente**, por maioria de votos, em conhecer da ação, e, no **mérito**, também por maioria de votos, em reconhecer a atribuição do Ministério Público Federal para a ação penal e a do Ministério Público estadual para a ação de responsabilidade civil.

Brasília, 5 de outubro de 2011.

LUIZ FUX – Redator para o acórdão (art. 38, IV, b, do RISTF)

Documento assinado digitalmente

04/08/2011

PLENÁRIO

AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA 1.206 SÃO PAULO

RELATORA	: MIN. ELLEN GRACIE
AUTOR(A/S)(ES)	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
REU(É)(S)	: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RELATÓRIO

A Senhora Ministra Ellen Gracie: 1. Cuida-se de conflito negativo de atribuições entre o Ministério Público Federal e o Ministério Público do Estado de São Paulo, suscitado pelo Promotor de Justiça naquele Estado (fl. 730).

2. A Procuradoria da República em São José do Rio Preto/SP, no âmbito do expediente instaurado para apurar supostas irregularidades na gestão e prestação de contas dos recursos referentes ao Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério – FUNDEF, determinou a remessa do expediente ao Ministério Público Estadual, ao entendimento de que inexistia, no caso, verbas federais repassadas pelo FUNDEF ao Município de Mirassol/SP, competindo a Justiça Estadual apreciar e julgar os fatos nele noticiados (fls. 726/727).

3. Por sua vez, o ilustre Promotor de Justiça em Mirassol/SP, manifesta-se pela proposição do presente conflito de atribuições por remanescer interesse da União em garantir a qualidade universal do ensino público fundamental, função constitucional que lhe é própria. Nesse sentido, fundamenta seu entendimento nos precedentes firmados por esta Suprema Corte nos autos da ACO 911/SP, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 14.12.2006 e PET n.º 3.528/BA, rel. Min. Marco Aurélio, DJ 28.09.2005 (fls. 731/737).

4. Remetidos os autos, a ilustre Subprocuradora-Geral da

ACO 1.206 / SP

República, Dra. Cláudia Sampaio Marques, em parecer aprovado pelo ilustre Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza, manifesta-se *“pelo conhecimento do presente conflito para que seja reconhecida a atribuição do Ministério Público Federal para atuar em matéria penal e do Ministério Público do Estado de São Paulo em matéria cível, sem prejuízo de posterior deslocamento de competência para a Justiça Federal, caso haja intervenção da União na segunda hipótese”*. (fl. 758).

É o relatório.

04/08/2011

PLENÁRIO

AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA 1.206 SÃO PAULO

VOTO

A Senhora Ministra Ellen Gracie - (Relatora): 1. A questão em debate, neste caso, consiste no conflito de atribuições entre o Ministério Público Federal e o Ministério Público do Estado de São Paulo, ainda no âmbito do procedimento administrativo instaurado para apurar supostas irregularidades na gestão e prestação de contas dos recursos referentes ao FUNDEF, junto ao Município de Mirassol/SP.

2. Ressalto, inicialmente, que a jurisprudência anterior desta Corte apreciou a questão sob o enfoque do não conhecimento do conflito de atribuição, por considerar que não haveria comprometimento do pacto federativo, conforme se constata da seguinte ementa (Pet. 1.503/MG, rel. Min. Maurício Corrêa, Pleno, DJ 14.11.2002):

“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

ACO 1.206 / SP

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.”

Naquela ocasião, o Pleno confirmou o mesmo entendimento no conflito de atribuições entre promotores de justiça de Estados diversos (CC 7.117/MG, rel. Min. Sidney Sanches, Pleno, DJ 21.02.2003).

3. Em decisão monocrática, já considerei inadmissível que a regra de competência originária contida no art. 102, I, *f*, da Carta Magna, endereçada às causas em que há risco de ruptura da harmonia federativa, não abrange os conflitos de atribuições surgidos entre os Ministérios Públicos Estaduais e o Ministério Público Federal (PET 3.065, rel. Min. Nelson Jobim, PET 3.005, rel. Min. Ellen Gracie, PET 1.503, rel. Min. Maurício Corrêa e CC 7.117, rel. Min. Sydney Sanches), casos nos quais se faz necessária a provocação, pelo Parquet, dos órgãos judiciais possivelmente competentes, para só então ter-se, eventualmente, um conflito positivo ou negativo de competência a ser resolvido, de acordo com o art. 105, I, *d*, da Constituição Federal, pelo egrégio Superior Tribunal de Justiça (PET 623-QO, rel. Min. Maurício Corrêa).

4. Contudo, em julgados mais recentes, o Supremo Tribunal Federal alterou tal orientação, conforme se percebe da leitura do julgado sob a relatoria do Min. Cezar Peluso (Pet. 3.631/SP, Pleno, DJ 06.03.2008):

“1. COMPETÊNCIA. Atribuições do Ministério Público. Conflito negativo entre MP de dois Estados. Caracterização. Magistrados que se limitaram a remeter os autos a outro juízo a requerimento dos representantes do Ministério Público. Inexistência de decisões jurisdicionais. Oposição que se resolve em conflito entre órgãos de Estados diversos. Feito da competência do Supremo

ACO 1.206 / SP

Tribunal Federal. Conflito conhecido. Precedentes. Inteligência e aplicação do art. 102, I, "f", da CF. Compete ao Supremo Tribunal Federal dirimir conflito negativo de atribuição entre representantes do Ministério Público de Estados diversos. 2. COMPETÊNCIA CRIMINAL. Atribuições do Ministério Público. Ação penal. Formação de opinio delicti e apresentação de eventual denúncia. Delito teórico de receptação que, instantâneo, se consumou em órgão de trânsito do Estado de São Paulo. Matéria de atribuição do respectivo Ministério Público estadual. Conflito negativo de atribuição decidido nesse sentido. É da atribuição do Ministério Público do Estado em que, como crime instantâneo, se consumou teórica receptação, emitir a respeito opinio delicti, promovendo, ou não, ação penal."

No mesmo sentido: ACO 889/RJ, de minha relatoria, Pleno, julgado em 11.09.2008; ACO 853/RJ, rel. Min. Cezar Peluso, Pleno, DJ 27.04.2007 e Pet. 3.258/BA, rel. Min. Marco Aurélio, Pleno, DJ 28.09.2005.

5. No caso dos autos, em que ainda não houve qualquer provimento jurisdicional, a jurisprudência desta Suprema Corte reconhece, com fundamento no art. 102, I, *f*, da Constituição da República, sua competência para conhecer, por equiparação ao litígio entre a União e o Estado-membro, o presente conflito de atribuições entre membros do Ministério Público Federal e do Ministério Público do Estadual.

6. O presente conflito tem sua origem no argumento de ausência de atribuição do Ministério Público Estadual para instaurar procedimento administrativo para apurar supostas irregularidades na gestão e prestação de contas dos recursos referentes ao FUNDEF, perpetradas por políticos ou servidores locais. Aduz, o ilustre Promotor de Justiça, que a efetiva ausência de repasse de verbas federais àquela municipalidade, por si só, não afasta "*o interesse da União em garantir a qualidade universal do ensino público fundamental*" (fls. 736/737).

Com amparo em precedentes desta Suprema Corte (ACO

ACO 1.206 / SP

1.041/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 30.04.2008; ACO 911/SP, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 14.12.2006 e PET n.º 3.528/BA, rel. Min. Marco Aurélio, DJ 28.09.2005), entende que a matéria é da competência da Justiça Federal e, por essa razão, a atribuição do Ministério Público Federal.

Criado pela Emenda Constitucional n.º 14, de 12.09.1996, o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e Valorização do Magistério (FUNDEF) foi instituído inicialmente pela Lei n.º 9.424, de 24.12.1996, com posteriores alterações com a Lei n.º 11.494, de 20.06.2007, quando passou a chamar-se de Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização da Educação – FUNDEB.

7. O Fundo, de natureza contábil, é constituído originariamente por recursos financeiros dos Estados, Distrito Federal e Municípios, com recursos provenientes de diversas fontes e vinculado 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.º, da Lei n.º 11.494/2007). 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.

No caso dos Estados e Municípios que se apresentam, nesse aspecto, com suficiência financeira, o Fundo é composto exclusivamente por recursos oriundos da repartição das 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, § 1.º, da Constituição Federal. Sujeitam-se ao controle e prestam contas,

ACO 1.206 / SP

portanto, ao correspondente Tribunal de Contas estadual.

8. Dessa sistemática de formação do Fundo, composto na maioria das vezes por recursos financeiros exclusivos dos Estados, Distrito Federal e Municípios, mas que também pode receber a complementação com recursos federais, verifico que a definição de atribuições entre o Ministério Público Federal e o Ministério Público Estadual dependerá, necessariamente, da adequada delimitação da natureza cível ou criminal da matéria envolvida.

9. À luz do art. 109 da Constituição Federal, o Senhor Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza, assim se manifestou (fls. 753/758):

“(…)

13. A competência da Justiça Federal em matéria cível é tratada no inciso I, enquanto que a seara criminal, no inciso IV. De plano, observa-se que as questões cíveis apresentam menor dificuldade, tendo em vista que se utilizou o critério do interesse processual. Assim, toda vez que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal, figurarem em um dos pólos da relação processual na condição de autoras, rés, assistentes ou opoentes, salvo os casos ali previstos, a competência é deslocada para a Justiça Federal.

14. Em contrapartida, no aspecto criminal, não basta a presença de um daqueles entes no processo, mas se requer a identificação da lesão aos seus bens, interesses ou serviços, conceitos estes que devem ser apreciados sob o prisma de vista material.

(…)

16. A Constituição Federal diz que será competente a Justiça Federal quando as infrações penais forem praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesses da União, de maneira que distingue, claramente, bens de interesse.

(…)

21. O interesse da União, portanto, para efeitos penais, deve ser analisado no Direito positivo vigente, onde devem ser

ACO 1.206 / SP

identificados os poderes, direitos, vantagens, faculdades e prerrogativas desse ente sobre um determinado instituto jurídico.

(...)

28. (...), qualquer interpretação que se faça sobre as normas das Leis em questão, à luz do Texto Constitucional, revela o papel fundamental exercido pela União na coordenação das ações referentes aos Fundos, de maneira que se mostra evidente o seu interesse jurídico.

29. Os demais entes federativos, por óbvio, também possuem interesse no correto cumprimento dessas Leis. Aliás, o próprio modelo de repartição de competência adotado pela Constituição já demonstra isso, uma vez que o art. 23, V, afirma que é da competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência.

30. Acontece que havendo conduta delituosa que implique lesão ao interesse da União, será competente a Justiça Federal para o processo e julgamento da ação penal, nos termos do art. 109, IV, da Constituição Federal, ainda que, concorrentemente, sejam feridos os interesses Estaduais e Municipais.

31. Desse modo, os fatos delituosos que provoquem lesão ao Fundo são de atribuição do Ministério Público Federal, por sempre afetar o interesse jurídico da União.

32. Por outro lado, as ações cíveis previstas no art. 29, da Lei n.º 11.494/2007, competem tanto ao Ministério Público Estadual, quanto ao Federal, dependendo de qual ente federativo estiver envolvido, pois, como visto, nessa seara é levado em conta o interesse processual.

33. Assim, por exemplo, o caput do art. 29, atribui ao Ministério Público Federal a defesa do pleno cumprimento dessa Lei, quanto à correta transferência dos recursos federais ao Fundo. Nesse caso, evidentemente, estará no pólo passivo a União, sendo competente a Justiça Federal. Se a ação for voltada à exigência do cumprimento de um dever exclusivo do Estado, a atribuição será do Ministério Público Estadual.

(...)

ACO 1.206 / SP

35. *Em recente decisão proferida na Ação Cível Originária n.º 1.041, o Ministro Gilmar Mendes, em conformidade com precedentes da Corte Suprema – HC 80.867, ACO 852 e ACO 911 -, decidiu ser atribuição do Ministério Público Federal investigar irregularidades na aplicação de recursos do FUNDEF.*

36. *Em suma, as ações e procedimentos afetos ao atual FUNDEB, no âmbito criminal são de atribuição do Ministério Público Federal, independentemente de complementação, ou não, com recursos federais. Em matéria cível, contudo, a atribuição de cada um dependerá da presença, ou não, de algum ente federal, pois, nesse caso, a competência é ratione personae.*

37. *No presente caso, como visto, cogita-se da possibilidade de ter havido desvio de recursos, o que configuraria delito, em tese, praticado pela Prefeita Municipal de Mirassol/SP e, ao mesmo tempo, ato de improbidade administrativa. Conforme os fundamentos apresentados, a hipótese é de atribuição do Ministério Público Federal para a apuração do delito e do Ministério Público Estadual para a investigação acerca da improbidade administrativa.*

(...)”

10. Desse modo, conheço do conflito para declarar a atribuição do Ministério Público Federal para averiguar eventual ocorrência de ilícito penal e a atribuição do Ministério Público do Estado de São Paulo para apurar hipótese de improbidade administrativa, sem prejuízo de posterior deslocamento de competência à Justiça Federal, caso haja intervenção da União nessa última hipótese.

É como voto.

04/08/2011

PLENÁRIO

AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA 1.206 SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Senhor Presidente, eu peço vênia também para acompanhar esse entendimento, que já veiculei em decisões anteriores.

É preciso fazer uma distinção: quando existem verbas federais em jogo, a competência é da Justiça Federal e, conseqüentemente, também do Ministério Público Federal. Quando as verbas são exclusivamente estaduais, penso, com o devido respeito, que a competência se desloca para a esfera estadual.

Então, acompanho a divergência, pedindo vênia à Ministra Ellen Gracie.

04/08/2011

PLENÁRIO

AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA 1.206 SÃO PAULO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, neste caso, peço vênia para divergir. Custo a conciliar a dupla competência: a do juízo cível comum e a do juízo criminal federal para a ação penal.

Na espécie, a questão envolve, como ressaltado pela relatora, o fundo criado para fazer frente a despesas com a Educação. Mas, nesses três casos, não há aporte de numerário, como ocorre em São Paulo, em geral, nem o envolvimento de serviço público federal.

Por isso, peço vênia para assentar que cumpre ao Ministério Público estadual atuar na área cível e na penal.

04/08/2011

PLENÁRIO

AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA 1.206 SÃO PAULO

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Senhor Presidente, vou pedir vênua à divergência para acompanhar a eminente Relatora. Trago voto escrito exatamente dizendo da política nacional, que é a política de Educação, e do interesse moral que tem a União em fazer cumprir essas normas relativas ao Programa Nacional de Educação.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Minha dificuldade está em conciliar a dupla competência: a matéria cível fica com a Justiça Comum e a criminal, com a Justiça Federal criminal.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Farei juntar voto escrito, Senhor Presidente, acompanhando a eminente Relatora.

04/08/2011

PLENÁRIO

AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA 1.206 SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

O presente conflito de atribuição depende da análise do órgão jurisdicional em tese competente para o julgamento de eventual ação objetivando discutir desvio de verbas do FUNDEF, se a Justiça Estadual ou a Federal.

Como ressaltado pelo douto Procurador-Geral da República, a questão encerra implicações tanto na esfera penal como na cível.

Na esfera penal, verifico que o caso específico é peculiar, demandando uma análise mais minuciosa da competência criminal da Justiça Federal, tratada no art. 109, IV, da Constituição Federal (*"Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: (...) IV – os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesses da União..."*).

Entendo que o interesse de que trata o dispositivo supra não se restringe ao aspecto econômico, podendo justificá-lo questões de ordem moral.

Nesse sentido, Vladimir Souza Carvalho destaca que o prejuízo para a União que justifica a competência da Justiça Federal em matéria criminal *"é econômico e/ou moral. Econômico, quando lesa o patrimônio do ente federal. Moral, quando vulnera seu serviço ou interesse"* (**Competência da Justiça Federal**. 6. ed. Curitiba: Juruá, 2002. p. 360).

No que concerne ao aspecto econômico, vale destacar que o FUNDEF, no Estado de São Paulo, não recebe recurso da União a título de complementação.

É que somente fazem jus às verbas complementares da União os Estados em que a receita originalmente gerada seja insuficiente para garantir um valor anual por aluno equivalente ou superior ao piso mínimo nacional delimitado pelo Chefe do Executivo Federal (art. 6º da Lei nº 9.424/96), não sendo esse o caso do Estado de São Paulo.

ACO 1.206 / SP

De toda sorte, o interesse moral da União no fundo é evidente.

O FUNDEF (Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério) foi implantado no Brasil pela Emenda Constitucional nº 14/96 e regulado pela Lei nº 9.424/96. Seu prazo de duração foi fixado em dez anos, expirando em 2006.

Trata-se de fundo contábil, cujos recursos, nos termos do art. 1º da Lei nº 9.424/96, são provenientes do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação (ICMS), do Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal (FPE) e dos Municípios (FPM), de parcela do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) devida aos Estados e ao Distrito Federal e de recursos transferidos, em moeda, pela União aos Estados, Distrito Federal e Municípios, a título de compensação financeira pela perda de receitas decorrentes da desoneração das exportações, nos termos da Lei Complementar nº 87/96, bem como de outras compensações da mesma natureza que vierem a ser instituídas.

Em 2007, o FUNDEF foi sucedido pelo FUNDEB (Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação), instituído pela Emenda Constitucional nº 53/06 e regulamentado pela Lei nº 11.494/07, com duração prevista de quatorze anos.

A principal diferença entre os fundos é que o FUNDEF permitia investimentos apenas no ensino fundamental, ao passo que o FUNDEB também destina recursos à educação infantil, ao ensino médio e à educação de jovens e adultos.

No que concerne à finalidade desses fundos, essa relaciona-se diretamente com o papel que a União desempenha no âmbito educacional, o qual é definido no art. 211, § 1º, da Constituição, **in verbis**:

“Art. 211. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino.

§ 1º **A União** organizará o sistema federal de ensino e o

ACO 1.206 / SP

dos Territórios, financiará as instituições de ensino públicas federais e exercerá, em matéria educacional, função redistributiva e supletiva, de forma a garantir equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do ensino mediante assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios” (Grifou-se).

O FUNDEF, sucedido pelo FUNDEB, foi criado exatamente com os objetivos delineados no dispositivo supra, a saber: redução das desigualdades regionais relacionadas à educação (promoção da equidade), por meio do estabelecimento de um patamar mínimo de investimento por aluno; justiça social; melhoria na qualidade de ensino; e valorização do magistério, por intermédio da alocação prioritária de recursos na remuneração e na qualificação dos professores.

Outros dispositivos constitucionais demonstram o relevante papel da União em matéria de ensino.

O art. 23, inciso V, da Constituição da República estabelece como competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios “proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência”.

O ensino, em todos os seus níveis, é tratado de forma tão relevante pela Constituição que um dos casos de intervenção federal nos Estados e desses nos Municípios ocorre quando não tiver sido aplicado o mínimo exigido da receita estadual ou municipal em sua manutenção (arts. 34, inciso VII, “e”, e 35, inciso III, da CF/88).

Ademais, de acordo com o art. 2º, § 4º, da Lei nº 9.424/96 – revogado pela Lei nº 11.494/2007 –, competia ao Ministério da Educação e do Desporto (MEC) realizar, anualmente, censo educacional, cujos dados seriam publicados no Diário Oficial da União e constituiriam a base para fixar a proporção da distribuição dos recursos no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal.

Destaco, ainda, que a Lei nº 9.424/96 deixava evidente o papel de fiscalização da União na sua correta aplicação, o que não se restringia aos casos em que a União repassava recursos ao fundo a título de complementação. Confirmam-se os seguintes dispositivos:

ACO 1.206 / SP

“Art. 11. Os órgãos responsáveis pelos sistemas de ensino, assim como os Tribunais de Contas da União, dos Estados e Municípios, criarão mecanismos adequados à fiscalização do cumprimento pleno do disposto no art. 212 da Constituição Federal e desta Lei, sujeitando-se os Estados e o Distrito Federal à intervenção da União, e os Municípios à intervenção dos respectivos Estados, nos termos do art. 34, inciso VII, alínea e, e do art. 35, inciso III, da Constituição Federal.”

“Art. 12. O Ministério da Educação e do Desporto realizará avaliações periódicas dos resultados da aplicação desta Lei, com vistas à adoção de medidas operacionais e de natureza político-educacional corretivas, devendo a primeira realizar-se dois anos após sua promulgação.”

Destarte, assume peculiar relevância o papel da União na manutenção e na fiscalização dos recursos do FUNDEF, daí o seu interesse moral (político-social) em assegurar sua adequada destinação, o que atrai a competência da Justiça Federal, em caráter excepcional, para julgar os crimes praticados em detrimento dessas verbas e a atribuição do Ministério Público Federal para investigar os fatos e propor eventual ação penal.

Em casos análogos, inclusive referentes a municípios do Estado de São Paulo, onde da mesma forma não havia complementação com verbas federais, já se manifestaram nesse sentido, em decisão monocrática, os Ministros **Ricardo Lewandowski, Eros Grau e Joaquim Barbosa**:

“Trata-se de conflito negativo de atribuições, suscitado pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, em face do Ministério Público Federal.

(...)

Bem examinados os autos, há que se reconhecer que a competência é do Ministério Público Federal.

A questão preliminar encontra-se superada desde o

ACO 1.206 / SP

julgamento, por este Plenário, da PET 3.528-BA, Rel. Min. Marco Aurélio, no qual firmou-se a competência deste Tribunal para conhecer e julgar Conflito de Atribuições entre o Ministério Público Federal e os Ministérios Públicos Estaduais, ante a ausência de dispositivo constitucional expresse, mas com a efetiva possibilidade de conflito federativo (art. 102, I, f, da Constituição).

Quanto ao mérito, o FUNDEF é, nos termos do art. 1º e parágrafos da Lei 9.424/96, um fundo contábil, cujos recursos são provenientes do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS, do Fundo de Participação dos Estados - FPE, do Fundo de Participação dos Municípios - FPM, do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI e de recursos transferidos, em moeda, pela União aos Estados, Distrito Federal e Municípios, a título de compensação financeira pela perda de receitas decorrentes da desoneração das exportações, nos termos da Lei Complementar 87/96 e de outras que vierem a ser instituídas.

(...)

Ainda que neste caso o Estado de São Paulo não tenha recebido complementação de verbas federais para o FUNDEF, o que afastaria a possibilidade de lesão direta a bens da União, não se pode descartar tenha sido lesado algum interesse federal que não ostente caráter exclusivamente financeiro, destacando-se o decidido pelo STF na ADI 1.749 (Rel. Min. Nelson Jobim, DJ 15/4/2005, Ementário 2.187-1), ocasião em que a Suprema Corte reconheceu um papel ampliado à União, verdadeira função redistributiva e supletiva da garantia de equalização de oportunidades educacionais.

E, se há possibilidade de um interesse maior da União ter restado malferido, face a suposta aplicação irregular por Município das verbas do FUNDEF, a competência do Ministério Público Federal se impõe, seja na órbita cível ou criminal, à luz do previsto no art. 109 da Constituição de 1988.

Sob este enfoque, a questão não se resume à titularidade

ACO 1.206 / SP

e origem dos recursos recebidos. Destaco os seguintes precedentes: ACO 911-SP; ACO 1.239-SP, ambas de minha relatoria; ACO 1.041-SP, Rel. Min. Gilmar Mendes; HC 80.867-PI, Rel. Min. Ellen Gracie; HC 68.399-DF; HC 74.788-MS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; ACO 852-BA, Rel. Min. Carlos Britto.

Isso posto, conheço do conflito para declarar a atribuição do Ministério Público Federal (Procuradoria Regional da República da 3ª Região), para onde deverão ser remetidos os presentes autos” (ACO nº 1.079/SP, Relator o Ministro **Ricardo Lewandowski**, DJ de 19/5/09, grifou-se).

“DECISÃO: Trata-se de conflito negativo de atribuições suscitado pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em face do Ministério Público Federal.

A Procuradoria-Geral da República assim resumiu o feito:

‘CONFLITO NEGATIVO DE ATRIBUIÇÃO ESTABELECIDO ENTRE O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. SUPOSTAS IRREGULARIDADES NA APLICAÇÃO DOS RECURSOS ORIUNDOS DO FUNDEF. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA APRECIAR E JULGAR CONFLITO NEGATIVO DE ATRIBUIÇÕES SUSCITADO ENTRE MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. DISTINÇÃO ENTRE AÇÕES CÍVEIS E CRIMINAIS. REGRAS DISTINTAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. A FUNÇÃO DA UNIÃO NA COORDENAÇÃO DO FUNDO VAI ALÉM DO CARÁTER SUPLETIVO. INTERESSE JURÍDICO IDENTIFICADO EM QUALQUER HIPÓTESE, DE MODO QUE, EM MATÉRIA PENAL, A COMPETÊNCIA É SEMPRE FEDERAL. NO ASPECTO CÍVEL, A COMPETÊNCIA É ESTADUAL, SALVO SE HOUVER INTERVENÇÃO DO ENTE FEDERAL.’

ACO 1.206 / SP

É o relatório.

Decido.

Os precedentes do Supremo Tribunal Federal são no sentido de que, tratando-se de crimes envolvendo recursos do FUNDEF, a atribuição investigatória é do Ministério Público Federal, ainda que eventuais desvios ou irregularidades tenham sido praticados, em tese, por Prefeito Municipal.

Neste sentido, cito o acórdão no HC nº 80.867, rel. min. ELLEN GRACIE, verbis:

‘Habeas Corpus’. Crime previsto no art. 2º, I do Decreto-lei nº 201/67. Prefeito municipal. Fraude em licitações. Desvio de verbas provenientes do FUNDEF, do FNDE e do FPM. Art. 71, VI da CF. Sujeição de quaisquer recursos repassados pela União a Estados, Distrito Federal e Municípios à fiscalização pelo Congresso Nacional, por intermédio do Tribunal de Contas da União. Presença de interesse da União a ser preservado, evidenciando a Competência da Justiça Federal para processar e julgar os crimes contra esse interesse (art. 109, IV da CF). Havendo concurso de infrações, essa competência também alcança os outros crimes. Precedentes citados: HHCC nºs 68.399, 74.788 e 78.728. ‘Habeas corpus’ deferido parcialmente.

No mesmo sentido, cito os seguintes precedentes, todos resolvidos monocraticamente: ACO 1041 (rel. min. GILMAR MENDES), ACO 852 (rel. min. CARLOS BRITTO) e ACO 911 (rel. min. RICARDO LEWANDOWSKI).

Evidentemente, em relação a eventual ato de improbidade administrativa atribuível ao Prefeito de Mirassol, a correspondente ação cível será da atribuição do Ministério Público do Estado de São Paulo, dada a ausência de previsão de competência da Justiça Federal para tanto (art. 109 da Constituição da República). Eventual interesse da União no feito, por ela manifestado nos respectivos autos, é que poderá acarretar o deslocamento da competência para a Justiça Federal.

Do exposto, nos termos do art. 120, parágrafo único, do Código de Processo Civil, resolvo o presente conflito no sentido

ACO 1.206 / SP

de determinar a atribuição do Ministério Público Federal para atuar em matéria criminal.

Remetam-se os autos à Procuradoria Regional da República no Estado de São Paulo” (ACO nº 1.313/SP, Relator o Ministro **Joaquim Barbosa**, DJ de 1/12/09, grifou-se).

“DECISÃO: O Procurador-Geral da República requer, nos seguintes termos, a instauração de conflito negativo de atribuições entre o Ministério Público de São Paulo e o Ministério Público Federal:

(...)

2. A Lei n. 9.424/96 estabeleceu sistema fiscalizatório concorrente entre a União, Estados e Municípios no que tange às verbas destinadas ao FUNDEF, devendo prevalecer a competência da Justiça Federal quando houver malversação desses recursos. **Em matéria penal, basta à definição da competência da Justiça Federal a ocorrência de lesão a interesse da União, lesão que não se restringe ao aspecto econômico. Nesse passo, o art. 211 da Constituição do Brasil (redação dada pela EC n. 14/96) atribuiu à União função retributiva e supletiva visando à garantia de equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do ensino mediante assistência técnica financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios.**

3. **É patente o interesse da União, consubstanciado na universalização de um padrão mínimo de qualidade do ensino, independentemente de repasse, ou não, de verba federal.** Acolhendo a manifestação ministerial, conheço do conflito negativo de atribuições a fim de que o Ministério Público Federal atue em matéria penal” (ACO nº 1.237/DF, Relator o Ministro **Eros Grau**, DJ de 2/2/09, grifou-se).

No mesmo sentido: ACO nº 1.193/PI, Relator o Ministro **Joaquim Barbosa**, DJ de 3/12/09; ACO nº 1.137/MG, Relator o Ministro **Eros Grau**, DJ de 1/7/09; ACO nº 1.239/DF, Relator o Ministro **Ricardo Lewandowski**, DJ de 20/10/08; ACO nº 1.041/SP, Relator o Ministro **Gilmar Mendes**, DJ

ACO 1.206 / SP

de 30/4/08; CO nº 911/SP, Relator o Ministro **Ricardo Lewandowski**, DJ de 1/2/07; ACO nº 852/BA, Relator o Ministro **Ayres Britto**, DJ de 3/5/06.

No que concerne à competência da Justiça Federal na esfera cível, somente se verifica quando a União tiver legítimo interesse para atuar como autora, ré, assistente ou oponente, conforme disposto no art. 109, inciso I, da Constituição, **in verbis**:

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

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

Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra, comentando o dispositivo, ensinam que ele “*adota o critério **ratione personae** para atribuir à Justiça Federal a competência para processar e julgar as causas em que a União tiver interesse e nessa condição figurar como autora, ré, assistente ou oponente no processo*” (**Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 4, Tomo III, p. 333).

No âmbito cível, a razão de agir estaria no interesse em recuperar os recursos públicos indevidamente desviados e em punir o agente público pelo ato de improbidade a que deu causa.

Neste caso, a princípio, a União não teria legítimo interesse processual, pois, além de não lhe pertencerem os recursos desviados, tampouco o ato de improbidade é imputável a agente público federal. Devendo, ficar, contudo, ressalvada a hipótese de intervenção da União na qualidade de assistente, caso em que haverá deslocamento do feito para a competência da Justiça Federal.

Nesse sentido decidiu esta Corte, em sessão plenária de 1º de julho de 2009, no julgamento da ACO nº 1.156/SP, de relatoria do Ministro **Cezar Peluso**, conforme noticiado no Informativo nº 553, nos seguintes termos:

ACO 1.206 / SP

“O Tribunal resolveu conflito negativo de atribuição entre o Ministério Público do Estado de São Paulo e o Ministério Público Federal, no sentido de reconhecer a atribuição do primeiro para propor ação de improbidade administrativa contra ex-Prefeito de cidade paulista a respeito de aplicação do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério - FUNDEF. Considerou-se que os recursos em questão, durante a gestão do citado ex-Prefeito, não continham complementação de verbas federais, mas somente de verbas do Estado e do Município, razão por que eventual ressarcimento não reverteria aos cofres da União, a qual, por conseguinte, não teria nenhum interesse específico no caso. (ACO 1156/SP, rel. Min. **Cezar Peluso**).”

Por conseguinte, na divergência ora tratada, poderá haver a possibilidade de propositura de ação penal pelo Ministério Público Federal e de improbidade administrativa pelo **Parquet** do Estado de São Paulo, sem prejuízo, nessa última hipótese, de eventual deslocamento da competência para a Justiça Federal, caso haja intervenção da União.

Ante o exposto, acompanho a eminente Relatora, no sentido de determinar a atribuição do Ministério Público Federal em matéria criminal e do Ministério Público do Estado de São Paulo no âmbito cível.

04/08/2011

PLENÁRIO

AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA 1.206 SÃO PAULO

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Presidente, também peço vênia à divergência para acompanhar a Relatora.

#

04/08/2011

PLENÁRIO

AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA 1.206 SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Também com a Relatora, data venia.

#

04/08/2011

PLENÁRIO

AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA 1.206 SÃO PAULO

D E B A T E

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Sem prejuízo de ulterior deslocamento da matéria para a competência federal se a União intervir no feito civil, no processo civil. Aí haveria um deslocamento de competência para a Justiça Federal.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vejam: no tocante ao ângulo penal, o que ocorre? Alguém teria claudicado na gerência de verbas estaduais a ponto de se ter a conduta tipificada pelo Código Penal. A competência é federal? A meu ver, não. É estadual. Quando se trata de servidor ou agente estadual, a competência é estadual. Seria até interessante alguém pedir vista.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - É que a competência de Educação, disse bem o Ministro Dias Toffoli, tem um tônus federativo.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Não, perdoe-me Ministro Britto, na verdade, competência é matéria concorrente, quer dizer, é de interesse das três esferas político-administrativas da Federação.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Nesse caso, há até previsão, é princípio sensível, que foi introduzido no texto constitucional. A não aplicação das verbas pode ensejar, até mesmo, intervenção federal.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO – Pode. Está previsto expressamente na Constituição Federal.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI – Não, verbas repassadas pela União.

ACO 1.206 / SP

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Aí já é do desdobramento, mas não para a ação penal contra o servidor ou o agente público, não é?

A Senhora Ministra Ellen Gracie (Relatora) – CANCELADO.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO – Tanto que o Fundo é nacional.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI – E a intervenção do Ministério Público estadual, sobrepondo-se à competência do Ministério Público estadual, é excepcional. Ela se dá, por exemplo, no caso de ofensa aos direitos fundamentais. Mas há toda uma mecânica que exige o deslocamento da competência, com a aprovação do STJ, a intervenção do Procurador-Geral da República.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Seria interessante, porque, pela primeira vez, estamos enfrentando esta situação, considerada a dualidade; ou seja, fixando a competência da Justiça Comum e do Ministério Público Estadual para a ação cível e, tendo em conta os mesmos fatos, a competência do Ministério Público Federal e da Justiça Federal para a ação penal. É a primeira vez que enfrentamos, não é?

04/08/2011

PLENÁRIO

AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA 1.206 SÃO PAULO

RELATORA	: MIN. ELLEN GRACIE
AUTOR(A/S)(ES)	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
REU(É)(S)	: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

VISTA

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – Senhor Presidente, então, se é a primeira vez, vou pedir vista, porque poderemos debater com mais largueza o tema. Está um pouco mais rápido o debate.

04/08/2011

PLENÁRIO

AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA 1.206 SÃO PAULO

DEBATE II

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO – Senhor Presidente, só para não perder a oportunidade de uma reflexão futura.

Ministro Gilmar Mendes, também penso que esse tema da Educação, projetado assim no plano de um Fundo eminentemente nacional, não é intrafederativo; é interfederativo, engloba várias esferas.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Seriam também o da Saúde e o da Segurança Pública, não é?

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI – Eu tenho pedido de vista. Estou sendo informado pela minha assessoria que tenho pedido de vista na ACO 1.394, que trata da mesma questão.

A SENHORA MINISTRA ELLEN GRACIE (RELATORA) - Vossa Excelência tem o nome do Relator? Só por curiosidade.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - ACO 1.394. Já pedi vista porque tive essa mesma dúvida.

Ministro Marco Aurélio, Vossa Excelência é o Relator desta ACO, que tratava desse tema. É um tema que suscita dúvidas, e meu espírito as suscitou.



PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA 1.206

PROCED. : SÃO PAULO

RELATORA : MIN. ELLEN GRACIE

REDATOR DO ACÓRDÃO RISTF : MIN. LUIZ FUX

AUTOR(A/S) (ES) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RÉU(É) (S) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Decisão: Após o voto da Senhora Ministra Ellen Gracie (Relatora), julgando procedente o conflito e reconhecendo a atribuição do Ministério Público Federal para a ação penal e a do Ministério Público estadual para a ação de responsabilidade civil, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Luiz Fux. Ausentes, neste julgamento, o Senhor Ministro Celso de Mello e, licenciado, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Plenário, 04.08.2011.

Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Ayres Britto, Ricardo Lewandowski, Carmen Lúcia, Dias Toffoli e Luiz Fux.

Sub-Procuradora-Geral da República, Dra. Sandra Cureau.

p/ Luiz Tomimatsu
Secretário

05/10/2011

PLENÁRIO

AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA 1.206 SÃO PAULO

VOTO VISTA

VOTO PRELIMINAR

1) CONSTITUCIONAL. CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES ENTRE MINISTÉRIOS PÚBLICOS. ALCANCE DO ARTIGO 102, INCISO I, ALÍNEA “F” DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. DISPOSITIVO DIRECIONADO PARA ATRIBUIR COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA AO STF EM CASOS DE CONFLITO FEDERATIVO. MERO CONFLITO ENTRE ÓRGÃOS DA FEDERAÇÃO INCAPAZ DE COMPROMETER O PACTO FEDERATIVO AFASTA A REGRA QUE ATRIBUI COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA AO STF.

VOTO MÉRITO

2) RECONHECIMENTO DA ATRIBUIÇÃO DO MPF PARA ATUAR EM MATÉRIA PENAL (ART. 109, INCISO IV, DA CRFB) E PELO RECONHECIMENTO DA ATRIBUIÇÃO DO MP DO ESTADO DE SÃO PAULO PARA ATUAR EM MATÉRIA CÍVEL E DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA (ART. 109, INCISO I, DA CRFB), SEM PREJUÍZO, NA ÚLTIMA HIPÓTESE, DE DESLOCAMENTO DA COMPETÊNCIA PARA A JUSTIÇA

ACO 1.206 / SP

FEDERAL, CASO HAJA SUPERVENIENTE INTERVENÇÃO DA UNIÃO OU DIANTE DO RECONHECIMENTO ULTERIOR DE LESÃO AO PATRIMÔNIO NACIONAL.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX: No presente Conflito Negativo de Atribuições, o Procurador-Geral da República pleiteia seja declarada a atribuição do Ministério Público do Estado de São Paulo para a investigação, na seara cível, de supostas irregularidades na gestão e prestação de contas dos recursos referentes ao FUNDEF, junto ao Município de Mirassol/SP. No campo penal, posiciona-se pelo reconhecimento da atribuição do Ministério Público Federal.

O Ministério Público estadual, alicerçado no que decidido no ACO 911/SP, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 14.12.2006, determinou a remessa do Inquérito Civil instaurado para a apuração das supostas irregularidades narradas ao Ministério Público Federal, o qual, por seu turno, entendeu que não houve aporte de recursos federais a título de complementação ao FUNDEF, razão pela qual não se aplicaria o entendimento firmado na aludida ACO 911/SP.

É o breve relatório.

Senhor Presidente, Senhores Ministros, Exm^o representante do Ministério Público Federal, senhores advogados, antes de analisar o tema de fundo, trago ao debate a preliminar de incompetência para o julgamento do presente conflito de atribuições.

Preliminar

Da Competência do Supremo Tribunal Federal para a Apreciação de Conflito de Atribuições entre Ministérios Públicos

ACO 1.206 / SP

Da Evolução da Jurisprudência da Corte

De início, destaco, consoante lembrado pela eminente Ministra relatora, que a jurisprudência anterior desta Corte não conhecia do conflito de atribuição entre Ministérios Públicos, por concluir não haver ameaça ao pacto federativo, conforme se extrai da leitura da seguinte ementa (Pet. 1.503/MG, rel. Min. Maurício Corrêa, Pleno, DJ 14.11.2002):

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.

A eminente relatora destacou, em seu relatório, que já reconheceu,

ACO 1.206 / SP

em decisão monocrática, que a regra de competência originária contida no art. 102, I, *f*, da Carta Magna, endereçada às causas em que há risco de ruptura da harmonia federativa, não abrange os conflitos de atribuições surgidos entre os Ministérios Públicos Estaduais e o Ministério Público Federal (PET 3.065, rel. Min. Nelson Jobim, PET 3.005, rel. Min. Ellen Gracie, PET 1.503, rel. Min. Maurício Corrêa e CC 7.117, rel. Min. Sydney Sanches).

À guisa de ilustração, o mesmo entendimento também foi adotado na ACO nº 756 da relatoria do Min. Carlos Britto, que possui a seguinte ementa:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. CONFLITO NEGATIVO DE ATRIBUIÇÕES. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. REPRESENTAÇÃO DESTINADA À APURAÇÃO DE SUPOSTAS IRREGULARIDADES NA PRIVATIZAÇÃO DO SISTEMA DE TRANSPORTE FERROVIÁRIO NACIONAL. INCOMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

De acordo com a letra d do inciso I do art. 105 da Magna Carta, compete ao Superior Tribunal de Justiça processar e julgar originariamente os conflitos entre juízes vinculados a tribunais diversos.

No caso, transparece um virtual conflito de jurisdição entre os juízos federal e estadual perante os quais funcionam os órgãos do Parquet ora em divergência. Tal situação impõe uma interpretação extensiva do dispositivo constitucional acima referido, de sorte a fixar a competência daquela Corte Superior para solucionar o dissenso instaurado nos presentes autos. Precedente: Pet 1.503, Relator Ministro Maurício Corrêa.

Conflito de atribuições não conhecido. 04/08/2005. (Grifei)

ACO 1.206 / SP

Sem embargo, a própria Relatora salientou que, em julgados mais recentes, o Supremo Tribunal Federal alterou essa orientação, conforme se percebe da leitura do julgado sob a relatoria do Min. Cezar Peluso (Pet. 3.631/SP, Pleno, DJ 06.03.2008):

1. *COMPETÊNCIA. Atribuições do Ministério Público. Conflito negativo entre MP de dois Estados. Caracterização. Magistrados que se limitaram a remeter os autos a outro juízo a requerimento dos representantes do Ministério Público. Inexistência de decisões jurisdicionais. Oposição que se resolve em conflito entre órgãos de Estados diversos. Feito da competência do Supremo Tribunal Federal. Conflito conhecido. Precedentes. Inteligência e aplicação do art. 102, I, "f", da CF. Compete ao Supremo Tribunal Federal dirimir conflito negativo de atribuição entre representantes do Ministério Público de Estados diversos.*

2. *COMPETÊNCIA CRIMINAL. Atribuições do Ministério Público. Ação penal. Formação de opinio delicti e apresentação de eventual denúncia. Delito teórico de receptação que, instantâneo, se consumou em órgão de trânsito do Estado de São Paulo. Matéria de atribuição do respectivo Ministério Público estadual. Conflito negativo de atribuição decidido nesse sentido. É da atribuição do Ministério Público do Estado em que, como crime instantâneo, se consumou teórica receptação, emitir a respeito opinio delicti, promovendo, ou não, ação penal.*

Em suas razões apresentadas no julgamento suso avocado, e que ficaram vencidas, o Ministro Carlos Britto destacou que a competência originária para a apreciação de conflitos de atribuição seria do STJ, e não do STF, *in verbis*:

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Senhor Presidente, estive reexaminando aqui as minhas anotações e observei que fui Relator de uma Ação Cível Originária, em agosto de 2005, sobre conflito de

ACO 1.206 / SP

atribuições entre Ministério Público Estadual e Ministério Público Federal. E decidimos que a Constituição Federal não inclui, na competência judicante do Supremo Tribunal Federal, conflito de atribuições entre nenhuma autoridade: nem entre autoridades judiciárias nem entre membros do Ministério Público. A matéria também não estaria na competência do Superior Tribunal de Justiça, a não ser por analogia, se admitíssemos uma espécie de conflito virtual.

Por isso, dissemos o seguinte (leio a ementa do acórdão proferido em agosto de 2005, na Ação Cível Originária nº 756, oriunda de São Paulo):

EMENTA: **CONSTITUCIONAL. CONFLITO NEGATIVO DE ATRIBUIÇÕES. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. REPRESENTAÇÃO DESTINADA À APURAÇÃO DE SUPOSTAS IRREGULARIDADES NA PRIVATIZAÇÃO DO SISTEMA DE TRANSPORTE FERROVIÁRIO NACIONAL. INCOMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. De acordo com a letra "d" do inciso I do art. 105 da Magna Carta, compete ao Superior Tribunal de Justiça processar e julgar originariamente os conflitos entre juízes vinculados a tribunais diversos. No caso, transparece um virtual conflito de jurisdição entre os juízos federal e estadual perante os quais funcionam os órgãos do *Parquet* ora em divergência. Tal situação impõe uma interpretação extensiva do dispositivo constitucional acima referido, de sorte a fixar a competência daquela Corte Superior para solucionar o dissenso instaurado nos presentes autos. Precedente: Pet 1.503, Relator Ministro Maurício Corrêa. Conflito de atribuições não conhecido.**

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Vossa Excelência mandaria para o STJ?

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Eu não conheceria e declinaria a competência para o STJ. Se vencido, acompanharei, no mérito, o Ministro Cezar Peluso.

ACO 1.206 / SP

Na ACO nº 889 da Relatoria da Min. Ellen Gracie, em que ficou vencido o Min. Marco Aurélio, também se reconheceu a competência do STF para o julgamento do conflito de atribuições entre Ministérios Públicos diante da presença de conflito federativo, nos termos do que preceitua o artigo 102, I, “f” que tem a seguinte redação:

f) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta;

Em seu voto na ACO nº 889, o Ministro Marco Aurélio, vencido, sustentou que:

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Há um aspecto que consideraria. Construimos a competência do Supremo, para esses conflitos de atribuição, a partir do envolvimento do Ministério Público Federal e do Estadual. Vislumbramos, portanto, um conflito federativo.

Creio que, neste caso, até para evitar a sobrecarga do Supremo, devemos conferir interpretação integrativa ao artigo 105 da Constituição Federal, no que prevê que compete ao Superior Tribunal de Justiça julgar conflitos entre juízes vinculados a tribunais diversos para, até mesmo, por simetria, entender que ele deve afastar o impasse. (...)

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Presidente, não veria conflito federativo por imaginar que, nesse, há sempre interesse de Estados diversos. Aqui a atuação é do Ministério Público.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, fico vencido quanto à competência para julgar o conflito de atribuições. Entendo que ela é do Superior Tribunal de Justiça. Ultrapassada essa preliminar, no mérito acompanho a relatora.

Diante da oscilação da jurisprudência da Corte acerca da competência originária para a apreciação do conflito de atribuições, revela-se imprescindível, nessa altura, a demonstração do que se deve entender a respeito da expressão conflitos mencionada no dispositivo constitucional.

O Pleno do STF tem, em seus julgados mais recentes, apresentado como fundamento para sua competência no julgamento de conflitos de atribuição entre Ministérios Públicos distintos o artigo 102, inciso I, alínea f da Constituição da República. De acordo com o referido comando constitucional, a competência do Supremo Tribunal Federal se justifica nas hipóteses de conflito federativo.

Vive-se numa quadra histórica em que a Suprema Corte brasileira, que tem aproximadamente 90 mil processos em tramitação, está repensando o seu papel institucional na República. Anualmente são distribuídos aos Ministros desta Corte um volume de processos que tem variado, desde o ano de 200 até 2010, entre 41 mil e 116 mil processos. Desde 2000, são julgados anualmente uma média aproximada de 121.000 feitos no STF¹. Enquanto isso, em 2009 a Suprema Corte norte-americana

8

ACO 1.206 / SP

apreciou aproximadamente 80 casos, consoante noticiado no sítio da Suprema Corte norte-americana na mensagem de final de ano do *Chief Justice (Chief Justice's Year-End Reports on the Federal Judiciary)*.² Por seu turno, o Tribunal Constitucional alemão julgou, de 7 de setembro de 1951 até 31 de dezembro de 2010, consoante informação veiculada no sítio do próprio Tribunal, 185.827 processos.³ Isso equivale a aproximadamente dois anos de julgamentos no Supremo Tribunal Federal. Em 2010, por sua

[servico=estatistica&paginahttp://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual)
[servico=estatistica&pagina](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual)
[=movimentoProcessualhttp://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual)
[servico=estatistica&paginahttp://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual)
[servico=estatistica&pagina](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual)
[=movimentoProcessualhttp://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual)
[servico=estatistica&paginahttp://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual)
[servico=estatistica&pagina](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual)
[=movimentoProcessualhttp://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual)
[servico=estatistica&paginahttp://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual)
[servico=estatistica&pagina](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual)
[=movimentoProcessualhttp://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual)
[servico=estatistica&paginahttp://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual)
[servico=estatistica&pagina](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual)
[=movimentoProcessualhttp://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual)
[servico=estatistica&paginahttp://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual)
[servico=estatistica&pagina](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual)
[=movimentoProcessualhttp://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual)
[servico=estatistica&pagina](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual)

vez, o Tribunal Constitucional alemão julgou 6.344 feitos.⁴ A realidade tem, assim, demonstrado a firme necessidade de uma interpretação restritiva dos dispositivos constitucionais que atribuem a esta corte competência originária.

[illegible]

ACO 1.206 / SP

de 1803.

William Marbury foi indicado por John Adams para o cargo de Juiz de Paz do Distrito de Colúmbia. Entretanto, como sua nomeação não foi concretizada por James Madison, Secretário de Justiça do Presidente Jefferson, Marbury impetrou perante a Suprema Corte um *writ of mandamus* para alcançar tal desiderato. Em brilhante e estratégica decisão, a Suprema Corte norte-americana, através do voto conduzido pelo

[servico=estatistica&pagina](#)
[=movimentoProcessualhttp://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?](#)
[servico=estatistica&pagina](#)
[=movimentoProcessualhttp://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?](#)
[servico=estatistica&paginahttp://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?](#)
[servico=estatistica&paginahttp://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?](#)
[servico=estatistica&pagina](#)
[=movimentoProcessualhttp://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?](#)
[servico=estatistica&paginahttp://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?](#)
[servico=estatistica&pagina](#)
[=movimentoProcessualhttp://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?](#)
[servico=estatistica&pagina](#)
[=movimentoProcessualhttp://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?](#)
[servico=estatistica&paginahttp://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?](#)
[servico=estatistica&pagina](#)
[=movimentoProcessualhttp://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?](#)
[servico=estatistica&paginahttp://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?](#)
[servico=estatistica&paginahttp://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?](#)
[servico=estatistica&pagina](#)
[=movimentoProcessualhttp://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?](#)
[servico=estatistica&paginahttp://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?](#)
[servico=estatistica&pagina](#)
[=movimentoProcessualhttp://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?](#)

ACO 1.206 / SP

consagrado Justice Marshall, não apreciou o feito, por considerar que a matéria não seria de competência original da Corte. Consoante noticiam Gary Hartman, Roy Mersky e Cindy Tate (Landmark Supreme Court Cases, Checkmark Books, New York, 2007, ps. 467-468):

The Court found that the construction of the Constitution, when given its plain meanings, specifically enumerated the type of cases over which the Court had original and appellate jurisdiction. (...) Since such an

[servico=estatistica&pagina](#)
[=movimentoProcessualhttp://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?](#)
[servico=estatistica&paginahttp://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?](#)
[servico=estatistica&pagina](#)
[=movimentoProcessualhttp://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?](#)
[servico=estatistica&pagina](#)
[=movimentoProcessualhttp://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?](#)
[servico=estatistica&paginahttp://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?](#)
[servico=estatistica&paginahttp://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?](#)
[servico=estatistica&paginahttp://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?](#)
[servico=estatistica&pagina](#)
[=movimentoProcessualhttp://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?](#)
[servico=estatistica&paginahttp://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?](#)
[servico=estatistica&paginahttp://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?](#)
[servico=estatistica&pagina](#)
[=movimentoProcessualhttp://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?](#)
[servico=estatistica&paginahttp://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?](#)
[servico=estatistica&pagina](#)
[=movimentoProcessualhttp://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?](#)
[servico=estatistica&paginahttp://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?](#)
[servico=estatistica&paginahttp://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?](#)
[servico=estatistica&pagina](#)
[=movimentoProcessualhttp://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?](#)

action was not enumerated in the Constitution as an action coming under the Court's original jurisdiction, the Judiciary Act enacted by Congress, which gave the Court the power to issue a writ of mandamus, was contrary to the Constitution and void.

A Corte concluiu que a construção da Constituição,

[servico=estatistica&paginahttp://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual)
[servico=estatistica&pagina](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual)
[=movimentoProcessualhttp://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual)
[servico=estatistica&pagina](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual)
[=movimentoProcessualhttp://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual)
[servico=estatistica&paginahttp://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual)
[servico=estatistica&pagina](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual)
[=movimentoProcessualhttp://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual)
[servico=estatistica&paginahttp://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual)
[servico=estatistica&pagina](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual)
[=movimentoProcessualhttp://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual)
[servico=estatistica&paginahttp://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual)
[servico=estatistica&pagina](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual)
[=movimentoProcessualhttp://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual)
[servico=estatistica&paginahttp://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual)
[servico=estatistica&pagina](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual)
[=movimentoProcessualhttp://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual)
[servico=estatistica&pagina](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual) =movimentoProcessual. Acesso em 08/09/2011.

considerando o seu significado literal, enumerou especificamente os tipos de casos de competência original e recursal da Corte. (...) Uma vez que a referida demanda não foi prevista pela Constituição como uma ação de competência originária da Corte, a Lei do Judiciário [Judiciary Act] aprovada pelo Congresso, que conferiu à Corte o poder de determinar uma ordem judicial, era contrária à Constituição e nula.

3 Informação extraída do seguinte link:

A Suprema Corte norte-americana decidiu, portanto, que o *Judiciary Act* de 1789 não poderia ampliar as competências da Corte para além do que previsto na Constituição.

Ainda quanto à competência originária de uma Corte Constitucional, Gomes Canotilho pontifica quais seriam as matérias a merecem a sua atenção, *in verbis*:

<http://www.bundesverfassungsgericht.de/organisation/gb2010/A-I-1.html>

Com a garantia da observância das normas constitucionais conexionam-se relevantíssimas questões político-constitucionais como: (1) defesa das minorias perante a onipotência da maioria do parlamento-governo; (2) primazia hierárquico-normativo da Constituição e do legislador constituinte perante a onipotência da maioria parlamento-governo; (3) primazia do dogma tradicional da presunção de constitucionalidade dos actos legislativos; (4) legitimidade

16

justificar a atuação originária de uma Suprema Corte. A aferição de qual Ministério Público deve agir é tarefa a demandar a análise de questões fácticas capazes de afastar a competência de uma Suprema Corte. Não deve competir a um Supremo Tribunal de um país como o Brasil verificar, *cum grano salis*, se há ou não, por exemplo, desvio de verba federal, ou mesmo interesse da União para se reconhecer de quem é a atribuição para atuar no âmbito administrativo. E isso não é o pior. O que eventualmente for decidido por esta Corte, tal como no caso dos autos, poderá não

[illegible]

produzir efeitos práticos. Vamos supor que o STF decida pela atribuição do MPE em um determinado caso. Em razão disso, o Promotor de Justiça ajuíza uma ação com fundamento nas apurações do âmbito administrativo. Pode ocorrer de o Juiz Estadual entender que não possui competência para julgar a matéria e declinar o feito para a Justiça Federal. Muito embora o STF tenha decidido sobre a atribuição do *parquet*, não decidiu sobre a competência do juízo para decidir o feito. Se o juízo federal suscitar o conflito negativo de jurisdição, o STJ poderá, em tese,

4 Informação extraída do seguinte link:

<http://www.bundesverfassungsgericht.de>

reconhecer a competência da Justiça Federal, o que compeliará o MPF a atuar no feito. Por mais essa razão, soa recomendável que o mesmo tribunal com competência para a apreciação de um conflito de competências entre juízos distintos seja competente para decidir sobre conflitos de atribuição entre Ministérios Públicos.

Vivencia-se, hodiernamente uma situação quiçá inusitada. Compete ao STJ julgar originariamente conflitos de atribuição entre juízes vinculados a tribunais distintos (art. 105, inciso I, “d”). No entanto, compete ao STF julgar atribuições entre MPs distintos. Isso carece de uma lógica. Não se está a defender uma extensão assistemática do que previsto no artigo 105 da Carta de 1988. Pugna-se pela adoção de uma interpretação que revele o real sentido do dispositivo que atribui ao STJ

20

ACO 1.206 / SP

competência originária para decidir conflitos.

O Constituinte de 1988 não poderia antecipar o grandioso papel que o Ministério Público assumiria após a promulgação da Carta. E é esse incremento das atribuições do *parquet*, aliado à elevação da complexidade das matérias submetidas a sua apreciação que ampliou geometricamente as situações de conflito de atribuições entre os órgãos ministeriais, situação recente e que mais se aproxima, a despeito da inexistência de identidade absoluta, de uma hipótese de conflito de competência entre juízes vinculados a Tribunais distintos do que de uma situação de conflito federativo. Sobre o tema da interpretação, são valiosas as palavras da Juíza Federal e Professora de Direito Constitucional da UERJ, Jane Reis, *in verbis*:

Há certos preceitos da Lei Maior que, dada sua abertura e incompletude – ou, ainda, por previsão expressa – abrem as portas da interpretação para “descoberta/formulação” do direito constitucional não escrito. Este compreende tanto o que sempre esteve implícito na norma a interpretar – como decisão constituinte originária – como o que vem a integrar a Constituição a partir da evolução dos valores e das práticas sociais

(Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais. Renovar: Rio, São Paulo e Recife, 2006, ps. 43/44).

Na percuciente análise de Uadi Lammêgo Bulos (Constituição Federal Anotada. Editora Saraiva, 7ª ed. 2007, p. 1006):

O art. 102, I, f, da Constituição confere ao STF a posição eminente de Tribunal da Federação, atribuindo-lhe, nessa condição, o poder de dirimir as controvérsias que, irrompendo ao seio do Estado Federal, opunham as unidades federadas umas às outras. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, na

ACO 1.206 / SP

definição do alcance dessa regra de competência originária da Corte, tem enfatizado o seu caráter de absoluta excepcionalidade, restringindo a sua incidência às hipóteses de litígios cuja potencialidade ofensiva revele-se apta a vulnerar os valores que informam o princípio fundamental que rege, em nosso ordenamento jurídico, o pacto da Federação. Ausente qualquer situação que introduza a instabilidade no equilíbrio federativo ou que ocasione a ruptura da harmonia que deve prevalecer nas relações entre as entidades integrantes do Estado Federal, deixa de incidir, ante a inocorrência dos seus pressupostos de autuação, a norma de competência prevista no art. 102, I, F, da Constituição. (Grifei)

Sobre o tema, José Afonso da Silva, em seu Comentário Contextual à Constituição, 6ª ed., Malheiros, p. 549, predica que:

“Causa” é sinônimo de “lide”. Às vezes também se tem como um conflito, porque, em verdade, lide é um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida; uma forma de litígio.

Então, aquela há de ser sempre uma demanda judicial pela qual uma das entidades pretenda submeter o interesse da outra ao seu próprio. A causa mais rumorosa entre Estado e União foi a movida pelo Estado do Amazonas, reivindicando o Território do Acre, logo depois que ele foi adquirido da Bolívia. Ruy Barbosa foi o advogado do Estado de Amazonas; perdeu a causa. (Grifei)

Na jurisprudência da Corte, há entendimento sedimentado que traça a diferença entre os conceitos de conflito entre entes federados e conflito federativo. Como bem frisado por esta Corte no julgamento da ACO 1.295:

(...) a jurisprudência da Corte traduz uma audaciosa

ACO 1.206 / SP

redução do alcance literal da alínea questionada da sua competência original: cuida-se, porém, de redução teleológica e sistematicamente bem fundamentada, tão manifesta, em causas como esta, se mostra a ausência dos fatores determinantes da excepcional competência originária do S.T.F. para o deslinde jurisdicional dos conflitos federativos (DJ de 7/12/90). (...) Diferença entre conflito entre entes federados e conflito federativo: enquanto no primeiro, pelo prisma subjetivo, observa-se a litigância judicial promovida pelos membros da Federação, no segundo, para além da participação desses na lide, a conflituosidade da causa importa em potencial desestabilização do próprio pacto federativo.

(ACO 1295 AgR-segundo, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 14/10/2010, DJe-233 DIVULG 01-12-2010 PUBLIC 02-12-2010 EMENT VOL-02443-01 PP-00013 RT v. 100, n. 905, 2011, p. 173-177).

No mesmo sentido, a Corte decidiu que a:

aplicabilidade da norma inscrita no art. 102, I, f, da Constituição estende-se aos litígios cuja potencialidade ofensiva revela-se apta a vulnerar os valores que informam o princípio fundamental que rege, em nosso ordenamento jurídico, o pacto da Federação (ACO 1.048-QO, Relator o Ministro Celso de Mello, Plenário, DJ de 31/10/07).

A jurisprudência desta Corte tem, dessarte, delimitado a atuação do Tribunal por meio de uma hermenêutica que restringe a sua atuação, como órgão de cúpula do Poder Judiciário, às controvérsias entre as unidades federadas geradoras de real conflito federativo. O STF deve atuar como Tribunal da Federação, como Corte capaz de velar pela perpetuidade da federação brasileira. Isso não significa que todo e qualquer conflito, administrativo ou judicial, deve passar pelo seu crivo originário. Conflito federativo pressupõe conduta capaz de conduzir a

ACO 1.206 / SP

uma ruptura, ou ameaça de ruptura, do pacto federativo. A atuação da última instância do Judiciário se revela imprescindível para a manutenção da federação. O Judiciário deve, como acentua Augusto Zimmermann, desempenhar esse papel de mantenedor da federação: *“O Poder Judiciário, julgador das relações entre a União e os Estados-membros, é, por assim dizer, a maior garantia de sobrevivência do sistema federativo”* (Teoria Geral do Federalismo Democrático. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 114).

Ainda sobre o tema, conforme bem advertiu o Min. Celso de Mello, em decisão monocrática proferida na Medida Cautelar na Ação Cível Originária nº 558 (DJ 06.10.2005), *verbis*:

esta Suprema Corte tem advertido, em sucessivas decisões (RTJ 81/675 - RTJ 95/485, v.g.), que, ausente qualquer situação que introduza instabilidade no equilíbrio federativo ou que ocasione ruptura da harmonia que deve prevalecer nas relações entre as entidades integrantes do Estado Federal, deixa de incidir, ante a inocorrência dos seus pressupostos de atuação, a norma de competência que confere, a esta Suprema Corte, como acima já enfatizado, o papel eminente de Tribunal da Federação.

(ACO 597-AgR/SC, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno).

No mesmo sentido, a manifestação exarada na ACO nº 1.431/MA-REF-MC, de relatoria do Ministro Celso de Mello, cuja ementa contém o seguinte trecho:

(...) CONFLITOS FEDERATIVOS E O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO TRIBUNAL DA FEDERAÇÃO. A Constituição da República confere, ao Supremo Tribunal Federal, a posição eminente de Tribunal da Federação (CF, art. 102, I, f), atribuindo, a esta Corte,

ACO 1.206 / SP

em tal condição institucional, o poder de dirimir controvérsias, que, ao irromperem no seio do Estado Federal, culminam, perigosamente, por antagonizar as unidades que compõem a Federação. Essa magna função jurídico-institucional da Suprema Corte impõe-lhe o gravíssimo dever de velar pela intangibilidade do vínculo federativo e de zelar pelo equilíbrio harmonioso das relações políticas entre as pessoas estatais que integram a Federação brasileira. A aplicabilidade da norma inscrita no art. 102, I, f, da Constituição estende-se aos litígios cuja potencialidade ofensiva revela-se apta a vulnerar os valores que informam o princípio fundamental que rege, em nosso ordenamento jurídico, o pacto da Federação. Doutrina. Precedentes. (...) (Tribunal Pleno, DJe de 23/10/09, grifos nossos).

Nessa altura, revela-se imperioso lançar mão do seguinte questionamento: Estamos diante de um real conflito federativo na hipótese dos autos quando dois Ministérios Públicos, um Federal e um Estadual, reconhecem não terem atribuição para atuar?

O entendimento mais recente da Corte que confere competência originária ao STF para decidir conflito de atribuições entre Ministérios Públicos, não se harmoniza perfeitamente com a interpretação já sedimentada do Pleno quanto ao correto alcance do artigo 102, inciso I, alínea f da Carta de 1988. Por que apenas em matéria de conflito de atribuições entre Ministérios Públicos se tem conferido interpretação extensiva para ampliar a competência da Corte Suprema? Lembrando a valiosa lição de Gustavo Zagrebelsky (*El Tribunal Constitucional y la política*, Madrid: Trotta, 2008, p. 76): *“Las contradicciones jurisprudenciales no favorecen la reputación del Tribunal”*.

Não é porque órgãos de duas unidades da federação distintas são partes em feitos que há um conflito federativo. Conflito federativo gravita em torno da ideia de que a lide pode criar uma ruptura na federação. No

ACO 1.206 / SP

que tange ao disposto no artigo 102, inciso I, alínea f, da Constituição de 1988, a competência do STF se justifica para decidir sobre o equilíbrio do sistema federativo, para julgar causas que possam comprometer a existência do Estado brasileiro. A ampliação do sentido lógico da regra constitucional que atribui competência a esta Corte, mormente na ausência de previsão expressa, ofende o telos do dispositivo constitucional.

Para os fins de estabelecimento da competência prevista no art. 102, I, f, da Carta Magna, deve-se, sempre, ter em mente o pilar da forma de Estado que se tem no Brasil, consubstanciada no pacto federativo, que apenas pode se ver estremecido em razão de conflitos institucionais de grande significação, de cunho político.

Ao longo da história republicana brasileira, as Constituições cuidaram do tema da competência originária da Corte Suprema quanto ao tema do conflito federativo da seguinte forma:

Constituição de 1934:

Art 76 - A Corte Suprema compete:

1) processar e julgar originariamente:

d) as causas e os conflitos entre à União e os Estados, ou entre estes;

Constituição de 1946:

Art 101 - Ao Supremo Tribunal Federal compete:

I - processar e julgar originariamente:

e) as causas e conflitos entre a União e os Estados ou entre estes;

Constituição de 1967:

Art 114 - Compete ao Supremo Tribunal Federal:

I - processar e julgar originariamente:

d) as causas e conflitos entre a União e os Estados, ou Territórios, ou entre uns e outros;

ACO 1.206 / SP

EC nº1/69:

Art. 119. Compete ao Supremo Tribunal Federal:

I - processar e julgar originariamente;

d) as causas e conflitos entre a União e os Estados ou territórios ou entre uns e outros, inclusive os respectivos órgãos de administração indireta;

A redação do artigo 102, inciso I, alínea f da atual Constituição prevê que compete ao Supremo Tribunal Federal julgar originariamente:

f) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta;

Dessume-se, portanto, da leitura de todos os textos constitucionais acima transcritos, que as Constituições têm atribuído ao Supremo Tribunal Federal o relevante papel de Tribunal Guardião da Federação, à medida que lhe incumbe competência para julgar conflitos federativos.

Nesse diapasão, a Suprema Corte teve por hábito histórico restringir a interpretação de sua competência quanto ao tema de conflito federativo, a fim de evitar que toda e qualquer demanda em que entes ou entidades distintos estivessem em pólos opostos de ações pudesse deslocar a competência para a instância máxima do Poder Judiciário. Essa forma de proceder também se materializa em território alemão. A Lei Fundamental de Bonn cuida da competência da Corte Constitucional em seu artigo 93, verbis:

Artikel 93

(1) Das Bundesverfassungsgericht entscheidet:

4. *in anderen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten*

ACO 1.206 / SP

zwischen dem Bunde und den Ländern, zwischen verschiedenen Ländern oder innerhalb eines Landes, soweit nicht ein anderer Rechtsweg gegeben ist;

Em tradução livre:

Artigo 93

(1) O Tribunal Constitucional alemão decide:

4. em outros conflitos de Direito Público entre a União e os Estados, entre Estados distintos ou no âmbito de um Estado, **desde que não exista uma outra via judicial**. (Grifei)

A leitura da Carta alemã nos permite concluir que a competência originária da última instância é excepcional. Ela só se legitima, no que concerne aos conflitos entre os entes da federação, se inexistente outra via judicial. Caso o conflito a ser analisado não tenha o condão de ameaçar o pacto federativo, e possa ser solucionado pelas instâncias inferiores, a competência da Corte Constitucional alemã deixa de ser originária. Embora a Constituição brasileira não mencione expressamente, como se extrai do texto alemão, o afastamento da competência originária diante da presença de solução alternativa, a ratio do artigo 102, inciso I, alínea f, foi a mesma, isto é, a de restringir o campo de atuação originária da última instância.

Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira apresenta, em seu artigo *Devido Processo Legislativo e Controle Jurisdicional de Constitucionalidade no Brasil* (SAMPAIO, José Adércio Leite. *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*, ps. 165-211, Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 172), alguns comentários em resposta à pergunta por ele próprio formulada sobre qual seria a justificativa histórico-teorética da jurisdição constitucional:

Dois tradições do pensamento político democrático

ACO 1.206 / SP

moderno pretendem apresentar respostas diferentes para tal indagação.

A perspectiva liberal, que remonta a John Locke, considera que a jurisdição constitucional deve impor limites à atividade legislativa no sentido de garantir a razoabilidade das decisões políticas, procurando garantir condições equânimes de negociação entre as diversas tendências políticas, a fim de, por um lado, fazer transparecer a posição política majoritária e, por outro, garantir os direitos fundamentais como direitos individuais.

A posição republicana, que remonta a Jean-Jacques Rousseau, se vê na jurisdição constitucional alguma função, encara-se como pedagógica, no sentido da condução de uma educação/correção ética que assegure a realização dos valores supostamente subjacentes às normas constitucionais, em face de uma cidadania imatura, radicalizando a postura do bem-estar social.

Constata-se, assim, que o conflito de atribuições entre Ministérios Públicos não é hipótese que se enquadre nas hipóteses acima ventiladas, o que torna, no Brasil, o Superior Tribunal de Justiça competente para o julgamento do presente feito.

Na eventualidade de superação da preliminar de competência para o julgamento do feito, por avaliação da Corte em sentido contrário ao que aqui se propõe, passo ao exame do tema de fundo.

Do conflito de atribuições em relação ao FUNDEF

Consoante destacado pela eminente Relatora, Min. Ellen Gracie, o presente conflito de atribuições foi instaurado em decorrência da suposta ausência de competência da Justiça Federal e da atribuição do Ministério Público Federal para instaurar procedimento administrativo com o fito de

ACO 1.206 / SP

identificar irregularidades na gestão e prestação de contas dos recursos referentes ao FUNDEF, perpetradas por políticos ou servidores locais.

Em seu voto, a eminente Relatora faz um estudo detalhado acerca das origens do FUNDEF e a respeito de qual Ministério Público teria atribuição sobre o tema, *in verbis*:

“Criado pela Emenda Constitucional n.º 14, de 12.09.1996, o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e Valorização do Magistério (FUNDEF) foi instituído inicialmente pela Lei n.º 9.424, de 24.12.1996, com posteriores alterações com a Lei n.º 11.494, de 20.06.2007, quando passou a chamar-se de Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização da Educação FUNDEB.

O Fundo, de natureza contábil, é constituído originariamente por recursos financeiros dos Estados, Distrito Federal e Municípios, com recursos provenientes de diversas fontes e vinculado 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.º, da Lei n.º 11.494/2007). 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.

No caso dos Estados e Municípios que se apresentam, nesse aspecto, com suficiência financeira, o Fundo 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, § 1.º,

ACO 1.206 / SP

da Constituição Federal. Sujeitam-se ao controle e prestam contas, portanto, ao correspondente Tribunal de Contas estadual.

8. Dessa sistemática de formação do Fundo, composto na maioria das vezes por recursos financeiros exclusivos dos Estados, Distrito Federal e Municípios, mas que também pode receber a complementação com recursos federais, verifico que a definição de atribuições entre o Ministério Público Federal e o Ministério Público Estadual dependerá, necessariamente, da adequada delimitação da natureza cível ou criminal da matéria envolvida.

9. À luz do art. 109 da Constituição Federal, a Senhora Subprocuradora-Geral da República, Dra. Cláudia Sampaio Marques, em parecer aprovado pelo Senhor Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza, assim se manifestou (fls. 192/197):

(...)

18. A competência da Justiça Federal em matéria cível é tratada no inciso I, enquanto que a seara criminal, no inciso IV. De plano, observa-se que as questões cíveis apresentam menor dificuldade, tendo em vista que se utilizou o critério do interesse processual. Assim, toda vez que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal, figurarem em um dos pólos da relação processual na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, salvo os casos ali previstos, a competência é deslocada para a Justiça Federal.

19. Por outro lado, no aspecto criminal, não basta a presença de um daqueles entes no processo, mas se requer a identificação da lesão aos seus bens, interesses ou serviços, conceitos estes que devem ser apreciados sob o ponto de vista material.

(...)

21. A Constituição Federal diz que será competente a Justiça Federal quando as infrações penais forem praticadas em

ACO 1.206 / SP

detrimento de bens, serviços ou interesses da União, de maneira que distingue, claramente, bens de interesse.

(...)

26. O interesse da União, portanto, para efeitos penais, deve ser analisado no Direito positivo vigente, onde devem ser identificados os poderes, direitos, vantagens, faculdades e prerrogativas desse ente sobre um determinado instituto jurídico.

(...)

33. (...), qualquer interpretação que se faça sobre as normas das Leis em questão, à luz do Texto Constitucional, revela o papel fundamental exercido pela União na coordenação das ações referentes aos Fundos, de maneira que se mostra evidente o seu interesse jurídico.

34. Os demais entes federativos, por óbvio, também possuem interesse no correto cumprimento dessas Leis. Aliás, o próprio modelo de repartição de competência adotado pela Constituição já demonstra isso, uma vez que o art. 23, V, afirma que é da competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência.

35. Acontece que havendo conduta delituosa que implique lesão ao interesse da União, será competente a Justiça Federal para o processo e julgamento da ação penal, nos termos do art. 109, IV, da Constituição Federal, ainda que, concorrentemente, sejam feridos os interesses Estaduais e Municipais.

36. Desse modo, os fatos delituosos que provoquem lesão ao Fundo são de atribuição do Ministério Público Federal, por sempre afetar o interesse jurídico da União.

37. Por outro lado, as ações cíveis previstas no art. 29, da Lei n.º 11.494/2007, competem tanto ao Ministério Público Estadual, quanto ao Federal, dependendo de qual ente federativo estiver envolvido, pois, como visto, nessa seara é levado em conta o interesse processual.

38. Assim, por exemplo, o caput do art. 29, atribui ao Ministério Público Federal a defesa do pleno cumprimento dessa

ACO 1.206 / SP

Lei, quanto à correta transferência dos recursos federais ao Fundo. Nesse caso, evidentemente, estará no pólo passivo a União, sendo competente a Justiça Federal. Se a ação for voltada à exigência do cumprimento de um dever exclusivo do Estado, a atribuição será do Ministério Público Estadual.

(...)

40. Em recente decisão proferida na Ação Cível Originária n.º 1.041, o Ministro Gilmar Mendes, em conformidade com precedentes da Corte Suprema HC 80.867, ACO 852 e ACO 911 -, decidiu ser atribuição do Ministério Público Federal investigar irregularidades na aplicação de recursos do FUNDEF.

*41. Em suma, as ações e procedimentos afetos ao atual FUNDEB, no âmbito criminal são de atribuição do Ministério Público Federal, independentemente de complementação, ou não, com recursos federais. Em matéria cível, contudo, a atribuição de cada um dependerá da presença, ou não, de algum ente federal, pois, nesse caso, a competência é *ratione personae*.*

42. No presente caso, como visto, cogita-se da possibilidade de ter havido desvio de recursos, o que configuraria delito, em tese, praticado pelo Prefeito Municipal de Taciba/SP e, ao mesmo tempo, ato de improbidade administrativa. Conforme os fundamentos apresentados, a hipótese é de atribuição do Ministério Público Federal para a apuração do delito e do Ministério Público Estadual para a investigação acerca da improbidade administrativa.

(...)

10. Desse modo, conheço do conflito de atribuição, declarando a atribuição do **Ministério Público Federal** para averiguar eventual ocorrência de ilícito penal e a atribuição do **Ministério Público do Estado de São Paulo** para apurar hipótese de improbidade administrativa, sem prejuízo de eventual deslocamento de competência à Justiça Federal, caso haja intervenção da União nessa última hipótese.

É como voto.”

ACO 1.206 / SP

O tema quanto à atribuição do *parquet* em relação a desvios de recursos do FUNDEF não é novo no Supremo Tribunal Federal.

Em matéria de improbidade administrativa, e contanto que não haja complementação de verbas federais e de interesse da União, como é a hipótese dos autos, a atribuição será do MP do Estado de São Paulo, consoante decidido na ACO 1156, *in verbis*:

EMENTA: MINISTÉRIO PÚBLICO. 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.

Decisão

O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, reconheceu a atribuição do Ministério Público do Estado de São Paulo. Ausentes, neste julgamento, o Senhor Ministro Marco Aurélio, justificadamente, os Senhores Ministros Celso de Mello, Ellen Gracie, Eros Grau e, licenciado, o Senhor Ministro Menezes Direito. Presidiu o julgamento Senhor Ministro Gilmar Mendes. Plenário, 01.07.2009.

ACO 1156 / SP - SÃO PAULO AÇÃO CÍVEL
ORIGINÁRIA Relator(a): Min. CEZAR PELUSO

Publicação DJe-045 DIVULG 11-03-2010 PUBLIC
12-03-2010

AUTOR(A/S)(ES): MINISTÉRIO PÚBLICO DO
ESTADO DE SÃO PAULO

REU(É)(S): MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

ACO 1.206 / SP

INTDO.(A/S): ODÉLCIO FERNANDES DE SOUZA

No mesmo sentido, o Ministro Joaquim Barbosa proferiu decisão, em 25 de setembro de 2008, na ACO nº 1213 com o seguinte teor:

“A matéria controvertida nos autos refere-se à determinação da instituição ministerial que tem atribuições para conduzir investigação sobre atos referentes a suposta irregularidade na abertura de novo concurso público para o Banco do Brasil S/A enquanto ainda existem candidatos aprovados no certame anterior.

Entendo que assiste razão ao Ministério Público Federal, em parecer da Subprocuradora-Geral da República Dra. Cláudia Sampaio Marques (fls. 44-46), quando afirma que o objeto da investigação é a possível prática de ato de improbidade administrativa quando da abertura de novo certame público mesmo havendo candidatos aprovados em processo seletivo anterior e cuja validade está prestes a expirar, e não a defesa do patrimônio nacional ou dos direitos constitucionais dos cidadãos. A situação descrita, portanto, não se enquadra e nenhuma das hipóteses elencadas nos arts. 37 e 39 da Lei Complementar 75/1993, capazes de justificar a atuação do Ministério Público Federal. Ademais, a sociedade de economia mista não está arrolada no art. 109 da Constituição, que dispõe sobre a competência da Justiça Federal. Ressalte-se que o eventual interesse da União no feito deverá ser por ela manifestado, o que poderá acarretar o deslocamento do feito para a Justiça Federal. Cita a súmula 517 do STF.

Do exposto, conheço do Conflito de Atribuições e determino a remessa dos autos ao Ministério Público Estadual de São Paulo , para as providências que entender cabíveis.”

Destaque-se que, em matéria de improbidade, a atribuição do

ACO 1.206 / SP

Ministério Público Federal só se legitima se o dano ao erário configurar dano ao patrimônio nacional. Em razão do que disposto no art. 109, inciso I, da Constituição da República, a competência da Justiça Federal, e conseqüente da atribuição do MPF, depende da presença da União no feito. Não sendo parte a União, e nem mesmo empresa pública federal ou entidade autárquica federal, como é a hipótese dos autos, a atribuição será do Ministério Público Estadual, consoante destacado pela eminente Ministra Ellen Gracie em seu voto nos autos.

No que concerne à atribuição do Ministério Público em **matéria penal**, a solução para o caso dos autos merece outro desfecho, que também se alinha ao voto proferido pela eminente Relatora e à jurisprudência consolidada da Corte. Quanto ao campo penal, a atribuição, *in casu*, será do Ministério Público Federal consoante excerto da jurisprudência da Corte, *verbis*:

RE 464621 / RN - RIO GRANDE DO NORTE

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. ELLEN GRACIE Julgamento: 14/10/2008 Órgão Julgador: Segunda Turma Publicação. Dje-222. DIVULG 20-11-2008. PUBLIC 21-11-2008

Parte(s)

RECTE.(S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

RECDO.(A/S): ASSOCIAÇÃO DAS EMPRESAS CONSTRUTORAS DE OBRAS PÚBLICAS - AECOP

ADV.(A/S): BRUNO MACEDO DANTAS E OUTRO(A/S)

DIREITO PROCESSUAL PENAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. FRAUDE EM LICITAÇÃO E DESVIO DE VERBAS FEDERAIS. IMPROVIMENTO.

1. O recurso extraordinário se fundamenta no art. 102, III, a, da Constituição Federal, sob o argumento de que o acórdão recorrido teria violado o disposto no art.

ACO 1.206 / SP

109, IV, do texto constitucional, relativo à competência da justiça federal. 2. Esta Corte já teve oportunidade de apreciar matéria semelhante, relacionada à possível fraude à licitação envolvendo verbas federais, sujeitas à fiscalização pelo Tribunal de Contas da União. Tratava-se de possível **fraude em licitações com desvio de verbas provenientes do FUNDEF, do FNDE e do FPM, em que se reconheceu interesse da União a ser preservado, evidenciando a competência da Justiça Federal para processar e julgar os crimes contra esse interesse** (HC nº 80.867/PI, de minha relatoria, 1ª Turma, DJ 12.04.2002). 3. Concluo no sentido da correção do julgado da Corte local, ao confirmar decisão declinatória em favor da justiça federal. No caso, havendo concurso de crimes, a competência da justiça federal também alcançará os fatos supostamente criminosos que foram praticados em conexão com aqueles de competência da justiça federal. 4. Recurso extraordinário conhecido e improvido.

Decisão

A Turma, à unanimidade, conheceu do recurso extraordinário e negou-lhe provimento, nos termos do voto da Relatora. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Senhores Ministros Celso de Mello e Eros Grau. Presidiu, este julgamento, a Senhora Ministra Ellen Gracie. 2ª Turma, 14.10.2008.

No mesmo sentido, a decisão do Min. Lewandovski proferida em 14/12/2006 na ACO nº 911 aponta que:

Bem examinados os autos, há que se reconhecer que a competência é do Ministério Público Federal.

A questão preliminar encontra-se superada desde o julgamento, por este Plenário, da Pet. 3.528/BA, Rel. Min. Marco Aurélio, no qual firmou-se a competência deste Tribunal para conhecer e julgar Conflito de Atribuições entre o Ministério Público Federal e os Ministérios

ACO 1.206 / SP

Públicos Estaduais, ante a ausência de dispositivo constitucional expresso, mas com a efetiva possibilidade de conflito federativo (art. 102, I, f, da CF/88).

Quanto ao mérito, o FUNDEF é, nos termos do art. 1º e parágrafos da Lei 9.424/96, um fundo contábil, cujos recursos são provenientes do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS, do Fundo de Participação dos Estados - FPE, do Fundo de Participação dos Municípios - FPM, do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI e de recursos transferidos, em moeda, pela União aos Estados, Distrito Federal e Municípios, a título de compensação financeira pela perda de receitas decorrentes da desoneração das exportações, nos termos da Lei Complementar 87/96 e de outras que vierem a ser instituídas.

Como bem mencionou o Procurador-Geral da República, o Ministro Gilmar Mendes, ao relatar a ACO 658/PE, consignou:

Estes recursos são aplicados para a manutenção e desenvolvimento do ensino fundamental público e na valoração do magistério e são distribuídos no âmbito de cada Estado e Distrito Federal, na proporção do número de alunos matriculados anualmente nas escolas cadastradas, consideradas as matrículas da 1ª a 8ª séries do ensino fundamental. Conforme disposição da Lei nº 9.424, de 1996, o custo por aluno será analisado de acordo com os níveis de ensino e tipos de estabelecimento. O valor mínimo anual por aluno é fixado por ato do Presidente da República, e seu cálculo é efetuado a partir da razão entre a previsão da receita total para o FUNDEF e a matrícula total do ensino fundamental do ano anterior, acrescido do total estimado de novas matrículas, cujos dados são obtidos do censo anual educacional realizado pelo Ministério da Educação. A União somente complementarará os recursos destinados ao FUNDEF, no âmbito de cada Estado e Distrito Federal, acaso o destes recursos não alcance o mínimo anual, quanto o procedimento de tal cálculo, encontra claro suporte no

ACO 1.206 / SP

art. 6º, §1º, da Lei nº 9.424, de 1996. (ACO nº 658/PE, Min. Gilmar Mendes, DJ 14.02.2003).

(fl. 229.)

Assevera, ainda, em seu parecer, que a fiscalização da aplicação dos recursos federais é atribuição do Tribunal de Contas da União. A Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União (Lei 8.443/92), apoiada no art. 71, VI, da CF/88, definiu, em seu art. 41, IV, que compete ao TCU fiscalizar, na forma estabelecida no regimento interno, a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumento congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou ao Município (fl. 230).

O Regimento Interno do TCU, por sua vez, dispõe, no art. 6º, inciso VII, que a jurisdição do Tribunal abrange os responsáveis pela aplicação de quaisquer recursos repassados pela União, mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município (fl. 230).

Já o art. 5º da lei instituidora (Lei 9.424/96) prevê que os registros contábeis e os demonstrativos gerenciais, mensais e atualizados, relativos aos recursos repassados, ou recebidos, à conta do Fundo a que se refere o art. 1º, ficarão, permanentemente, à disposição dos conselhos responsáveis pelo acompanhamento e fiscalização, no âmbito do Estado, do Distrito Federal ou do Município, e dos órgãos federais, estaduais e municipais de controle interno e externo .

Parece-me, portanto, na esteira do preconizado pelo parecer do Procurador-Geral, que **há competência fiscalizatória concorrente entre os entes, os Estados e a União, e, nesse caso, é prevalente a competência federal para conhecer e julgar a ação penal respectiva, nos termos do art. 78, IV, do Código de Processo Penal** (Nesse sentido: HC 80.867/PI, Rel. Min. Ellen Gracie; HC 68.399/DF e HC 74.788/MS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence e

ACO 1.206 / SP

ACO 852/BA, Rel. Min. Carlos Britto).

Diante do exposto, reconheço ser competência do Ministério Público da União a averiguação das alegadas irregularidades.

Encaminhem-se os autos.

Publique-se.

Brasília, 14 de dezembro de 2006.

Ministro **RICARDO LEWANDOWSKI**

No mesmo sentido, a decisão do Min. Carlos Britto na ACO nº 852, proferida em 03/05/2006, que contém o seguinte teor:

“DECISÃO : Vistos, etc.

Trata-se de conflito negativo de atribuições, suscitado pelo Procurador-Geral de Justiça Adjunto do Ministério Público do Estado da Bahia, em face do Ministério Público Federal. A causa do conflito vincula-se ao processamento de inquérito instaurado por Promotor de Justiça, objetivando a apuração de irregularidades supostamente cometidas na administração de recursos oriundos do FUNDEF.

2. Anoto que o ilustrado Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza, opinou *pelo conhecimento do conflito para que seja reconhecida a atribuição do Ministério Público Federal* . Louvou-se o digno parecerista no precedente oriundo da Pet 3.528 (Relator Ministro Marco Aurélio) e nas seguintes razões (fls. 317):

(...)

13. *O fundo é composto de recursos provenientes dos Estados e dos Municípios, sendo complementado pela União, mediante o repasse de recursos financeiros transferidos em moeda, a título de compensação financeira pela perda de receitas decorrentes da desoneração das exportações (art. 2º, parágrafo 2º, da Lei nº 9.424/96).*

14. *A fiscalização da regular aplicação pelo Município dos*

ACO 1.206 / SP

recursos do FUNDEF, compete ao Tribunal de Contas da União no que se refere à aplicação dos recursos federais, a teor do art. 71, VI, da Constituição Federal. A Lei federal nº 8.443/92, que dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União, em seu art. 41, diz competir ao referido Órgão ‘fiscalizar, na forma estabelecida no regimento interno, a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou ao Município’.

15. Regulamentando esse dispositivo, o Regimento Interno do TCU preceitua, em seu art. 6º, inciso VII, que a jurisdição do Tribunal abrange ‘os responsáveis pela aplicação de quaisquer recursos repassados pela União, mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Municípios’. Assim, qualquer recurso proveniente da União, repassado aos Estados, ao Distrito Federal e Municípios, está sujeito à fiscalização do Tribunal de Contas da União.

16. A própria Lei nº 9.424/96, que instituiu o FUNDEF, previu que ‘Os registros contábeis e demonstrativos gerenciais, mensais e atualizados, relativos aos recursos repassados, ou recebidos, à conta do Fundo a que se refere o art. 1º, ficarão, permanentemente, à disposição dos conselhos responsáveis pelo acompanhamento e fiscalização, no âmbito do Estado, do Distrito Federal ou do Município, e dos órgãos federais, estaduais e municipais de controle interno e externo’ (art. 5º).

(...)

3. Mais à frente, concluiu Sua Excelência, o digno Procurador-Geral da República (fls. 318):

(...)

19. Na verdade, o que importa para efeito de fixação do órgão jurisdicional competente para processar e julgar os delitos decorrentes da aplicação do FUNDEF e, em consequência, de determinar o Ministério Público com atribuição para promover a ação penal, é o que o fundo é constituído também com recursos da União, que são destinados a dar cumprimento à função que o

ACO 1.206 / SP

texto constitucional atribuiu à União, 'supletiva e redistributiva' em matéria educacional.

(...)

4. Muito bem. Cumpre-me agora assinalar que, de fato, no julgamento da Pet 3.528, o Plenário do Supremo Tribunal Federal reviu a orientação assentada na Pet 1.503 (Relator Maurício Corrêa) e reafirmada na ACO 756, de minha relatoria.

5. Para maior clareza, transcrevo a ementa do acórdão relativo à mencionada Pet 3.528, *in verbis* :

COMPETÊNCIA – CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES – MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL VERSUS MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. Compete ao Supremo a solução de conflito de atribuições a envolver o Ministério Público Federal e o Ministério Público Estadual.

CONFLITO NEGATIVO DE ATRIBUIÇÕES – MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL VERSUS MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL – ROUBO E DESCAMINHO. Define-se o conflito considerado o crime de que cuida o processo. A circunstância de, no roubo, tratar-se de mercadoria alvo de contrabando não desloca a atribuição, para denunciar, do Ministério Público Estadual para o Federal.

6. Esclareço que o decisório em tela, exarado na sessão do dia 28.09.2005, foi unânime. Por isso é que, embora eu não estivesse presente naquela assentada, adiro à nova orientação traçada por esta colenda Corte, em obséquio ao princípio da colegialidade.

7. Ante o exposto, conheço do presente conflito e o resolvo para assentar a atribuição do Ministério Público Federal. Para tanto, aplico analogicamente o disposto no parágrafo único do art. 120 do CPC.

Publique-se e intime-se.

Brasília, 03 de maio de 2006.

Ministro CARLOS AYRES BRITTO

Relator”

ACO 1.206 / SP

Em arremate quanto à atribuição do MPF no âmbito penal, vale salientar que a Lei nº 9.426/96, que dispunha sobre o FUNDEF, deixava evidente o interesse da União ao prever, no seu artigo 12, a fiscalização pelo TCU dos recursos do referido fundo. Ademais, o art. 11 da referida lei também prevê a competência do Ministério da Educação para a fiscalização do FUNDEF. No mesmo sentido, o artigo 30 da Lei nº 11.494/07 estipula que o referido Ministério fiscalizará o FUNDEF, o que evidencia, de forma inconteste, o interesse da União e, assim, a competência da Justiça Federal, bem como a atribuição do Ministério Público Federal, nos termos do que preconiza o art. 109, inciso IV, da Carta de 1988.

Ex positis, voto no sentido de, preliminarmente, e buscando revigorar o entendimento inicial desta Corte sobre o tema, reconhecer a incompetência do Supremo Tribunal Federal para apreciar o presente conflito de atribuições entre o Ministério Público Federal e o Ministério Público do Estado de São Paulo, diante da ausência de conflito federativo hábil a justificar a incidência do artigo 102, inciso I, alínea f da Constituição de 1988. Acolhida a presente preliminar, incumbe o encaminhamento dos presentes autos ao Superior Tribunal de Justiça.

Na remota eventualidade de não ser acolhida a preliminar, acompanho a eminente relatora e voto pelo reconhecimento da atribuição do MPF para atuar em matéria penal (art. 109, inciso IV, da CRFB) e pelo reconhecimento da atribuição do MP do Estado de São Paulo para atuar em matéria cível e de improbidade administrativa (art. 109, inciso I, da CRFB), sem prejuízo, nesta segunda hipótese, de deslocamento da competência para a Justiça Federal, caso haja superveniente intervenção da União ou se houver reconhecimento ulterior de que o dano configura lesão ao patrimônio nacional.

É como voto.

05/10/2011

PLENÁRIO

AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA 1.206 SÃO PAULO

RELATORA : MIN. ELLEN GRACIE

REDATOR DO: MIN. LUIZ FUX

ACÓRDÃO RISTF

AUTOR(A/S)(ES) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

REU(É)(S) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PRELIMINAR

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, entendo de suma importância essa questão prejudicial de cunho formal e gostaria de submetê-la à apreciação do Plenário, porquanto o mérito do conflito em si é uma matéria que já tem precedente.

Peço vênica a Vossa Excelência para que, se entender cabível, submeta essa questão ao Plenário.

05/10/2011**PLENÁRIO****AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA 1.206 SÃO PAULO**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, em primeiro lugar, a situação do Superior Tribunal de Justiça, em termos de avalanche de processos, não é melhor do que a do Supremo. Ao contrário. Creio que o Superior Tribunal de Justiça tem uma gama maior de processos a serem julgados. Em segundo lugar, vamos rever a nossa jurisprudência com três cadeiras vazias no Plenário? Jurisprudência que foi assentada em questão de ordem suscitada pelo Ministro Moreira Alves, em 1995, e que veio a ser confirmada pelo Tribunal em 2005, ao apreciar-se certa Petição? Se caminharmos no sentido de revermos essa jurisprudência, vou-me posicionar de forma contrária.

Lembro que, quando relatei a Petição que envolvia situação concreta ligada à Bahia, mencionei o que costumava ressaltar o Ministro Aliomar Baleeiro: quando não há preceito prevendo a competência, definindo a competência de um certo órgão do Judiciário, essa competência cabe ao Supremo. É a espécie.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Ministro Marco Aurélio, Vossa Excelência me permite, porque Vossa Excelência já está entrando na questão em si. Só com relação a duas premissas que Vossa Excelência assentou.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Pensei que Vossa Excelência tivesse entrado na questão.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Não, eu parei na questão da competência dessa interpretação extensiva.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Pois é, é só por isso que estou discorrendo.

ACO 1.206 / SP

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Mas é porque Vossa Excelência citou dois dados que eu gostaria de esclarecer ao Plenário. Eu li, talvez não tenha sido claro.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Não extravasei, então, os limites colocados por Vossa Excelência.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - É que eu talvez não tenha citado as datas corretamente. Vossa Excelência disse que o acórdão é do Ministro Moreira Alves, com relação a essa jurisprudência mais do que decenária, e eu citei um acórdão de 2006 - um acórdão de onze anos depois; citei várias ações recentíssimas do Ministro Celso de Mello. E gostaria apenas de esclarecer que é conhecido o fato de que as nossas Cortes todas têm um volume de processo muito maior do que as Cortes estrangeiras - isso aí qualquer um que frequente a Academia sabe.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Quis afastar qualquer dúvida quanto à autodefesa, ao referir-me à situação, em termos de trabalho, do Superior Tribunal de Justiça.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Não, mas na verdade esse argumento é até dispensável. O argumento técnico é a interpretação.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Mas Vossa Excelência iniciou o voto com ele, inclusive revelando dados estatísticos alusivos à tramitação de processos no Supremo.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Fundamentados.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Por isso é que feri a matéria, senão não feriria.

ACO 1.206 / SP

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Eu sei, mas nós não estamos aqui numa causa para dividir miséria, nós estamos aqui discutindo o seguinte: eles têm muitos processos, o volume de processos é grande, e o nosso é grande. Mas isso não é argumento jurídico, é um argumento interdisciplinar. O argumento jurídico eu dei aqui com as ações originais.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Mas o enfoque, inicialmente, não foi meu, foi seu.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Não tenho dúvida, mas não é o mais importante.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Então, Presidente, nesse caso da Bahia, que é mais recente – de 2005, se não me falha a memória –, tive oportunidade de mencionar a lição do saudoso Ministro Aliomar Baleeiro quanto à lacuna, no que não prevista na Constituição Federal, de forma específica, a competência para se julgar o conflito.

Nesse mesmo precedente, fiz alusão a um colega do Ministro Luiz Fux, na Faculdade Estadual do Rio de Janeiro – UERJ, o jurista Dr. Paulo Cezar Pinheiro Carneiro. No trecho citado, Sua Excelência consignou:

O juiz, quando determina o encaminhamento dos autos do inquérito para outro órgão do Ministério Público, o faz exercitando unicamente atividade administrativa, como chefe que é dos serviços administrativos do cartório. (...) o despacho de encaminhamento tem natureza simplesmente administrativa (...). Não existe nenhuma atividade jurisdicional e mesmo judicial na hipótese.

Uma vez que, na prática, existe um despacho administrativo, lacônico que seja, não podemos transformá-lo de uma penada, sem um exame mais cauteloso de cada hipótese, em declinação da competência de um juízo, sob pena de subvertermos toda a ordem processual, além dos demais e gravíssimos inconvenientes e ilegalidades que tal medida acarretaria.

ACO 1.206 / SP

A seguir, enfoca a problemática:

Não há nada de estranho, de anormal, em conferir a órgão judiciário da nação o poder de dirimir conflitos de atribuições entre órgãos autônomos e independentes entre si. Pelo contrário, a relevância das questões em jogo exige que o órgão encarregado de dirimir estes conflitos tenham os predicados que atualmente só a magistratura tem, de sorte a garantir julgamento técnico e isenção total.

Então, pergunta:

Não é o STF que, originariamente, julga as causas judiciais entre Estados membros? Como, então, se poderia afirmar que haveria quebra de independência e autonomia dos Estados membros se a ele fosse também conferido o poder de decidir os conflitos de natureza administrativa entre estes mesmos entes? Não existe, até o momento, no nosso sistema constitucional, nenhum órgão ou ente superior que tenha o poder de decidir a que Estado competiria determinado tipo de atribuição.

Eis a situação concreta: Não há regência da matéria na Carta. Em se tratando de conflito de atribuições que envolva o Ministério Público Federal – e, nesse caso da Bahia, houve até a atuação do Procurador-Geral da República, que teria se arvorado em senhor da definição do conflito –, não existindo a previsão, se o conflito não ocorre entre Ministérios Públicos estaduais, mas entre o Ministério Público Federal e o estadual, este Tribunal assentou, em vários pronunciamentos – e até aqui a jurisprudência era tranquila –, que cabia a si próprio a definição.

Estou convencido, Presidente, que esta é a melhor solução para a espécie. Não se trata – e teríamos previsão expressa atribuindo a competência ao Superior Tribunal de Justiça – de conflito de órgãos investidos do ofício jurisdicional, de conflito entre tribunais, mas, sim, de conflitos entre órgãos administrativos do Estado e da União. Logo, a meu

ACO 1.206 / SP

ver, a interpretação que melhor cabe na espécie é entender que esses conflitos estão abrangidos pela previsão da alínea "f" do inciso I do artigo 102 da Carta e que, portanto, incumbe ao Supremo dirimi-los e definir se a atuação, no caso da persecução criminal, deve ser do Ministério Público estadual ou do Federal.

Por isso – inclusive tenho outro caso e creio que está até em mesa para julgamento –, permito-me manter a óptica até aqui prevalecente, no sentido de ter-se como competente o Supremo.

Presidente, conheço do conflito e definirei qual o órgão deve atuar, se o Ministério Público Federal ou o estadual.

05/10/2011

PLENÁRIO

AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA 1.206 SÃO PAULO

VOTO SOBRE PRELIMINAR

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Senhor Presidente, em primeiro lugar, cumprimento o fundamentado voto que trouxe o eminente Ministro Luiz Fux, apresentando esta questão de ordem.

Porém, vou pedir vênua a Sua Excelência para rejeitar a questão de ordem, reconhecendo, na linha da jurisprudência da Corte, a competência do Supremo Tribunal Federal, subscrevendo as razões lançadas pelo eminente Ministro Marco Aurélio, mas também agregando alguns outros elementos.

Do ponto de vista teórico, o raciocínio desenvolvido pelo eminente Ministro Luiz Fux é fundamentado e possível de ser aplicado, assim como o raciocínio que a Corte vem aplicando à competência do Supremo. Entre essas duas possibilidades, penso que o correto é a manutenção da competência da Corte. Em primeiro lugar, porque o Ministério Público, ao contrário da magistratura, não tem caráter nacional. O Ministério Público é segmentado dentro dos entes da federação e da União. Em segundo lugar, como submeter o Procurador-Geral da República e a dignidade do cargo de Procurador-Geral da República - quando ele firmar que a competência deve ser do Ministério Público da União, ou mesmo dele, Procurador-Geral da República, junto ao Supremo Tribunal Federal - ao Superior Tribunal de Justiça?

E, por fim, Senhor Presidente, a matéria de fundo mesmo - não é o momento de adentrá-la, mas está na causa colocada - enseja uma política nacional, desenvolvida de maneira cooperada entre os entes da Federação, mas estabelecida pela União, cuja fiscalização a Constituição Federal impõe ao Ministério Público, em gênero, e a sua execução pode vir a ser; e deve vir a ser fiscalizada pelo Ministério Público.

E, quando surge a disjuntiva entre o Ministério Público estadual e o

ACO 1.206 / SP

Ministério Público da União sobre a quem compete essa solução - inclusive, em vários desses casos com manifestação subscrita pelo Procurador-Geral da República -, não vejo outra solução mais adequada, mesmo reconhecendo a sustentabilidade do raciocínio desenvolvido pelo eminente Ministro Luiz Fux, senão a da competência deste Supremo Tribunal Federal.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vossa Excelência me permite? No precedente, na questão de ordem no Mandado de Segurança nº 22.042, a causa envolveu o Ministério Público do Estado de Roraima e o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, e assentou-se que a competência para julgar o mandado de segurança – portanto, a causa – era do Supremo. A decisão foi unânime.

Esse enfoque foi transportado para o campo do deslinde do conflito de atribuições – não mais quanto à competência para julgar causa – entre o Ministério Público estadual e o Federal. Prevaleceu, na época, quando das discussões, esse enfoque que Vossa Excelência acabou de implementar, de possibilidade do envolvimento até de ato do Procurador-Geral da República. Então, se entendermos que, ocorrendo conflito entre – como não há supremacia do Ministério Público Federal em relação ao Ministério Público estadual – atribuição do Procurador-Geral da República e de um Procurador-Geral do Ministério Público estadual, a competência é do Superior Tribunal de Justiça, deslocamos o exame da atuação de Sua Excelência o Procurador-Geral da República para o Superior, ou seja, o merecimento da atuação de Sua Excelência.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, tenho o bom hábito de ter a leveza e compreender a diversidade dos pontos de vista, de sorte que aqui não quero fazer prevalecer ponto de vista algum, apenas quero esclarecer.

Sob o ângulo da dignidade, não se pode nem discutir essa questão porque, se um tribunal tem competência para julgar conflito de competência entre juízos, evidentemente que a dignidade é da mesma

ACO 1.206 / SP

eminência ao julgar conflito de atribuições entre os membros do Ministério Público. Mas a realidade é que temos que enfrentar a questão central: saber se conflito de atribuição de Ministério Público é ameaça à ruptura do pacto federativo. Essa é a questão porque essa é a **ratio essendi** da decisão que arrastou para o Supremo Tribunal Federal a competência para o julgamento dessas questões. É saber se rompe o pacto federativo o conflito entre promotores.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Penso que a solução desse conflito está muito mais próxima da alínea "f" do inciso I do artigo 102, ligado à competência do Supremo, do que da alínea que versa a competência do Superior Tribunal de Justiça para julgar conflitos de jurisdição envolvendo tribunais diversos.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Então, Senhor Presidente, concluindo, rejeito a questão de ordem, reconhecendo a competência do Supremo.

05/10/2011

PLENÁRIO

AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA 1.206 SÃO PAULO

RELATORA : MIN. ELLEN GRACIE

REDATOR DO: MIN. LUIZ FUX

ACÓRDÃO RISTF

AUTOR(A/S)(ES) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

REU(É)(S) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Veja Vossa Excelência que, no conflito de jurisdição, há órgãos atuando como Estado-Juiz e, no conflito de atribuições, atuando como administrativos – ou seja, Ministério Público de um Estado e Ministério Público Federal – para saber quem atua ou quem não atua no inquérito e até mesmo na propositura de uma ação.

05/10/2011

PLENÁRIO

AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA 1.206 SÃO PAULO

VOTO S/ PRELIMINAR

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Senhor Presidente, também louvo a iniciativa do Ministro Fux de trazer à baila esta questão, que é importante. Embora a jurisprudência esteja sedimentada, não resta a menor dúvida de que a interpretação ou a reinterpretação de qualquer das normas constitucionais tem uma enorme importância.

É um voto bem fundamentado, mas vou pedir vênia a Sua Excelência também para não conhecer dessa questão especificamente. Acho que não estamos ainda votando no mérito.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Não, estamos resolvendo se vamos discutir o mérito ou não, se conhecemos ou não.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Então, eu não conheço e vou justificar rapidamente as razões.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Então, Vossa Excelência acompanha o Ministro Luiz Fux?

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Não, ao contrário, estou divergindo.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Conhece do conflito.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Conheço do conflito, exatamente.

Eu vou arrazoar rapidamente. Em primeiro lugar, parece-me que, quando se tem Ministério Público, a palavra usada pela Constituição não

ACO 1.206 / SP

é órgão, é instituição permanente, uma instituição que é da República. No plano federal, como ela é chefiada pelo Procurador-Geral da República - que, como bem lembra o Ministro Dias Toffoli, pode estar na origem de um determinado ato questionado por um Ministério Público estadual -, nós temos duas instituições, a da União e a da entidade federada, a cuidar de um assunto. Apenas para exemplificar, porque não estamos entrando ainda no merecimento da ação, no objeto específico, como neste caso do Fundef, temos exatamente uma questão que se põe na ordem de uma política nacional, ainda que prestada juntamente com os estados. Para dirimir as questões que eventualmente surjam, não há como se dizer que daí não possa ter um conflito que pode ser considerado. Eu não diria um conflito, como afirmou o Ministro Fux, de instabilizar a Federação, mas pelo menos de instabilizar relações entre entidades da Federação, porque envolve recursos, como neste caso, porque envolve saber a quem prestar contas, porque, enfim, são entidades que serão de alguma forma atingidas tanto no seu patrimônio quanto na sua prestação de serviços. E neste caso não é que a Federação seja colocada em cheque, mas as atribuições para saber quem presta, como presta e como se fiscaliza são de duas entidades diferentes a compor a Federação.

Por essas razões, Senhor Presidente, pedindo vênias ao Ministro Fux e afirmando que realmente considero muito bem colocada a questão, ainda que seja para reafirmar a jurisprudência, eu vou acompanhar a Relatora no sentido de conhecer, portanto, do conflito.

05/10/2011

PLENÁRIO

AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA 1.206 SÃO PAULO**VOTO SOBRE PRELIMINAR**

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Senhor Presidente, também inicio meu pronunciamento louvando o belo voto do Ministro Luiz Fux e a preocupação de ordem pragmática - e também de ordem jurídica - com relação ao tema, mas eu me apego à jurisprudência da Casa, notadamente ao precedente citado pelo eminente Ministro Marco Aurélio, do qual aliás Sua Excelência foi Relator, Petição 3.528, em julgamento cujo resultado foi tomado à unanimidade por este Plenário e no qual se decidiu, pelo voto condutor do Ministro Marco Aurélio, que, ante a ausência de disposição expressa quanto à competência para dirimir conflitos entre o Ministério Público Federal e o estadual, deve prevalecer o entendimento de que se trata de um conflito de natureza federativa, previsto no artigo 102, inciso I, alínea f.

E de fato, por tudo o que foi dito aqui, com a devida vênia ao Ministro Luiz Fux, é o conflito entre duas instituições importantíssimas - uma instituição pertencente à União e outra, aos entes federados - que disputam uma competência comum no que diz respeito à solução de um tema de interesse nacional. E aí, de fato, parece-me que há um conflito federativo, ao menos potencial, que deve ser solucionado à luz do artigo 102, inciso I, alínea f. Aliás, esse precedente foi julgado em 28/9/2005, como Sua Excelência o Ministro Marco Aurélio realmente assentou. Desde 2005, esse precedente vem vigorando, e eu, nas minhas decisões monocráticas, me louvo nesse julgado.

De outro lado também, tenho o entendimento pessoal, Senhor Presidente, eminentes Pares, de que, apesar dos grandes avanços trazidos pela Emenda 45 - sobretudo com a repercussão geral, em que nós escolhemos os temas que vamos julgar, os temas de natureza constitucional -, temos um encontro marcado com o instituto do *writ of certiorari*, um instituto importantíssimo da Suprema Corte norte-

ACO 1.206 / SP

americana no qual o tribunal, discricionariamente, escolhe os temas que ele vai julgar. Eu tenho a impressão de que a médio prazo até esse nosso instituto da repercussão geral ficará superado, em face desta avalanche de processos à qual se referia o eminente Ministro Fux, e vamos caminhar um dia para o *writ certiorari*.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: (CANCELADO).

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Apenas não concordo com o "pequeno", com a adjetivação!

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: (CANCELADO).

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Eu agradeço a intervenção de Vossa Excelência - como sempre muito ilustrativa, muito erudita -, mas exatamente quis dizer, com essa minha afirmação, que é da própria natureza da jurisdição de uma Suprema Corte exercer uma certa discricionariedade nas causas que ela escolhe para julgar.

Portanto, quando se está diante de uma causa como essa, em que potencialmente está em jogo a própria sobrevivência da federação em face de um possível conflito, creio que nós temos que superar eventuais formalidades e até a ausência de uma previsão explícita na Constituição e, discricionariamente, escolhermos esse caso para julgar.

Então, Senhor Presidente, em razão dessas singelíssimas ponderações, peço vênias para discordar respeitosamente do Ministro Luiz Fux. Resolvo a questão de ordem no sentido de conhecer dessas ações todas, que são diversas.

05/10/2011

PLENÁRIO

AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA 1.206 SÃO PAULO

VOTO S/ PRELIMINAR

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Senhor Presidente, essa questão de conflito negativo de atribuições entre o Ministério Público do estado, de um lado, e o Ministério Público da União, de outro, já foi objeto de duas decisões aqui no Supremo: uma, do Ministro Marco Aurélio; outra, Ministro Cezar Peluso, de Vossa Excelência, Relator da ACO nº 853, de 2007, cuja ementa foi a seguinte:

"Atribuições do Ministério Público. Conflito negativo entre MP estadual e federal. Feito da competência do Supremo Tribunal Federal."

E Vossa Excelência disse que citou, inclusive, um precedente do Ministro Marco Aurélio:

"Aplicação do artigo 102, I, 'f', da Constituição. Compete ao Supremo Tribunal Federal dirimir conflito negativo de atribuição entre o Ministério Público federal e o Ministério Público estadual."

No particular, fui voto vencido. Eu não conhecia da ACO e declinava da competência para o STJ.

Mas, Senhor Presidente, depois dessa decisão, como de hábito, sigo meditando sobre a razão de ser da posição majoritária da Corte; hoje chego à conclusão de que Vossa Excelência e o Ministro Marco Aurélio conduziram bem o Supremo nessa direção - peço vênias ao Ministro Luiz Fux para dizê-lo.

Se interpretarmos a alínea "f" do artigo 102 da Constituição como fizeram Vossa Excelência e o Ministro Marco Aurélio, ou seja, extensivamente, por um prisma extensivo e não restritivo, estaremos, em última análise, fortalecendo a cláusula pétrea do princípio federativo.

O Supremo Tribunal Federal é reconhecidamente o Tribunal da Federação. Não foi por outra razão que o Ministro Aliomar Baleeiro disse que, na dúvida ou diante da omissão constitucional, a interpretação há de favorecer a competência judicante do Supremo Tribunal Federal.

ACO 1.206 / SP

Se lermos bem a alínea "f" em causa, em discussão, chegaremos à seguinte conclusão: quando o Supremo fala de causas de conflitos entre a União e os estados e entre a União e o Distrito Federal, está falando de quê? De Estados enquanto unidades federadas, da União enquanto unidade federada, do Distrito Federal enquanto unidade federada, ou seja, enquanto pessoa político-jurídica. Isso seria uma interpretação restritiva que só alcançaria os conflitos federativos por modo direto. Há um conflito entre pessoas caracteristicamente federadas - a União, os Estados e o Distrito Federal -; então, a ofensa ao equilíbrio federativo se daria por modo direto, porque provocado por pessoas político-jurídicas integrantes da Federação. Mas esse equilíbrio pode ser também abalado, prejudicado ou ofendido por modo indireto: é quando o conflito se dá entre órgãos de mais de uma pessoa federada. Seria um conflito oblíquo, indireto, que é o caso. Dois órgãos estão em conflito: um, estadual; outro, federal. Claro que o Ministério Público é caracterizado como instituição, mas é preciso atentar para a seguinte distinção: quando a instituição é privada, por exemplo, a família, ela é constituída de pessoas naturais, mas quando a instituição é pública, por exemplo, as Forças Armadas e o Ministério Público, essa instituição é constituída de órgãos. A instituição pública, aí, é um sistema de órgãos. Por exemplo, o próprio Judiciário, como instituição, é um sistema de órgãos, mas órgãos que se alocam na intimidade estrutural de uma pessoa político-jurídica.

Portanto, Ministro Cezar Peluso, ao fazer referência aos voto de Vossa Excelência e do Ministro Marco Aurélio, quero apenas dizer que, seguindo na reflexão daquela nossa decisão, na qual saí vencido, cheguei à conclusão de que Vossas Excelências terminaram por cancelar um tipo de interpretação que fortalece o princípio federativo. Até porque, quando a Constituição proíbe que sequer seja discutida a emenda tendente a abolir as cláusulas pétreas, o "tendente" aí não significa uma abolição pura e simples, não se pode abolir pura e simplesmente uma cláusula pétrea. Não foi isso o que a Constituição disse. A Constituição disse muito mais: não se pode admitir emenda tendente a abolir e tendente a abolir é inclinação, propensão, potencialidade para ofender qualquer das

ACO 1.206 / SP

cláusulas pétreas. Ou seja, tendente a abolir - se me permite a metáfora - é "roer pelas beiras". Não se pode quebrantar, diminuir a força de uma cláusula pétrea. E, nesse caso, a interpretação de Vossas Excelências fortaleceu a substância da cláusula pétrea chamada de "princípio federativo".

Por isso, nesta oportunidade, vou reconsiderar o meu posicionamento e, pedindo vênias ao Ministro Luiz Fux, também resolvo a questão de ordem conhecendo da ACO.

05/10/2011

PLENÁRIO

AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA 1.206 SÃO PAULO

VOTO S/ PRELIMINAR

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Eu vou pedir vênia a Vossa Excelência, Ministro Luiz Fux, não obstante lhe reconheça a ponderabilidade dos argumentos. No caso, prefiro manter a estabilidade da jurisprudência da Corte e conhecer.

05/10/2011

PLENÁRIO

AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA 1.206 SÃO PAULO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, tenho feito a distinção, não considerada a ação a ser proposta – que, a meu ver, não deve ser a pedra de toque definidora das atribuições –, mas o fato de ter-se, ou não, o envolvimento ou de serviço público federal ou de recursos da própria União.

Quando se trata do serviço voltado à educação no próprio estado, e ocorre desvio de conduta na prestação desse serviço, a meu ver, a atribuição para qualquer ação é do Ministério Público estadual e não do Federal. Daí termos em mesa o conflito negativo de atribuições. O Ministério Público Federal não reconhece a si a atribuição, quer de implementar a persecução criminal, quer de ajuizar ação de improbidade contra servidor do estado. Na espécie, não há, não está em jogo – repito –, nem serviço público, nem recursos federais.

Por isso, peço vênua àqueles que entendem de forma diversa, estabelecendo inclusive a dualidade conforme a ação a ser proposta, para assentar que a atribuição para uma e outra dessas ações é do Ministério Público estadual.

É como voto.



PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA 1.206

PROCED. : SÃO PAULO

RELATORA : MIN. ELLEN GRACIE

REDATOR DO ACÓRDÃO RISTF : MIN. LUIZ FUX

AUTOR(A/S) (ES) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RÉU(É) (S) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Decisão: Após o voto da Senhora Ministra Ellen Gracie (Relatora), julgando procedente o conflito e reconhecendo a atribuição do Ministério Público Federal para a ação penal e a do Ministério Público estadual para a ação de responsabilidade civil, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Luiz Fux. Ausentes, neste julgamento, o Senhor Ministro Celso de Mello e, licenciado, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Plenário, 04.08.2011.

Decisão: Preliminarmente, o Tribunal conheceu da ação, contra os votos dos Senhores Ministros Luiz Fux e Celso de Mello. No mérito, o Tribunal, também por maioria, reconheceu a atribuição do Ministério Público Federal para a ação penal e a do Ministério Público estadual para a ação de responsabilidade civil, contra o voto do Senhor Ministro Marco Aurélio. Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa. Plenário, 05.10.2011.

Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ayres Britto, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli e Luiz Fux.

Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

p/ Luiz Tomimatsu
Secretário