

A competência penal e o sistema s – o stf reitera o seu entendimento.

Rômulo de Andrade Moreira¹

Na sessão do dia 27 de abril de 2021, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal começou o julgamento da Reclamação 43479 na qual se discutia a (in)competência do juízo da 7ª Vara Criminal Federal do Rio de Janeiro, para processar e julgar ações penais provenientes das investigações da Operação Esquema S, que apura a suposta prática de tráfico de influência e desvios no Sistema S. Ao proferir o seu voto, o relator, ministro Gilmar Mendes, defendeu a incompetência da Justiça comum federal, na esteira da consolidada jurisprudência da Corte, que prevê a competência da Justiça comum estadual para processar e julgar ação em que se discuta a ocorrência de irregularidades em entidades do Sistema S.²

¹ Rômulo de Andrade Moreira, Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia e Professor de Direito Processual Penal da Universidade Salvador - UNIFACS. Pós-graduado pela Universidade de Salamanca.

² O Sistema S, como se sabe, é composto de nove instituições prestadoras de serviços que são administradas de forma independente por federações e confederações empresariais dos principais setores da economia. Apesar de prestarem serviços de interesse público, essas entidades não são ligadas a nenhuma das esferas de governo. Estão no grupo tanto organizações voltadas à educação profissional, como o Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (Senai) e o Serviço Nacional de Aprendizagem do Comércio (Senac), como outras voltadas para a prestação de serviços ligados ao bem estar social, como o Serviço Social do Comércio (Sesc) e o Serviço Social da Indústria (Sesi). Completam a lista: o Serviço Nacional de Aprendizagem Rural (Senar); o Serviço Nacional de Aprendizagem do Cooperativismo (Sescoop); o Serviço Social de Aprendizagem do Transporte (Senat); o Serviço Social de Transporte (Sest) e o Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (Sebrae). Mantidas com recursos das empresas de cada setor, essas organizações oferecem um conjunto variado de serviços à população, como escolas, cursos técnicos, pesquisas, atividades culturais e esportivas. A história do Sistema S começa oficialmente em 22 de janeiro 1942, com o decreto de Getúlio Vargas, que criou o Senai, a mais antiga organização do grupo. Com a queda de Getúlio Vargas e a redemocratização, foram criados em 1946 o Serviço Nacional de Aprendizagem do Comércio (Senac) e os serviços sociais da indústria e do comércio, Sesi e Sesc,

Antes, em 03 de outubro de 2020, o relator já havia concedido medida liminar para suspender a respectiva ação penal, o pedido de busca e apreensão e todos os demais processos e medidas cautelares correlatas em tramitação na 7ª Vara Criminal Federal. A ação penal refere-se a supostos desvios de recursos da Federação do Comércio de Bens, Serviços e Turismo do Estado do Rio de Janeiro (Fecomércio/RJ), do Serviço Social do Comércio (Sesc/RJ) e do Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial (Senac/RJ), imputando-se a suposta prática de crimes de peculato, estelionato e tráfico de influência.

Na Reclamação, os conselhos seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil do Distrito Federal, de São Paulo, de Alagoas e do Rio de Janeiro questionam ato do juiz Marcelo Bretas, titular da 7ª Vara Criminal Federal, que teria usurpado a competência constitucional da Suprema Corte, ao homologar o acordo de colaboração premiada celebrado entre o Ministério Público Federal e o ex-presidente da Fecomércio-RJ, sustentando que parte dos documentos apresentados pelo colaborador indicaria a prática de possíveis ilícitos por detentores de foro por prerrogativa de função na Suprema Corte.

Em seu voto, o ministro Gilmar Mendes, após o integral conhecimento dos termos do acordo de colaboração premiada, concluiu pela ausência de elementos suficientes de usurpação da competência do STF, pois os anexos da colaboração que tratavam de autoridades nessa condição foram excluídos depois da remessa e da rejeição desses termos pela Procuradoria-Geral da República. No entanto, para ele, outros elementos demonstravam a incompetência do Juízo da 7ª Vara Criminal Federal, visto que, nos termos da jurisprudência do Supremo, a Fecomércio e as demais entidades do denominado Sistema S não estão sujeitas à competência da Justiça federal, nos termos do Enunciado 516 da súmula do STF, por se tratarem de pessoas

inspirados pela Carta da Paz Social, em que representantes patronais se comprometem a melhorar as condições de trabalho. Em 10 de janeiro de 1946, um decreto presidencial atribuiu à Confederação Nacional do Comércio (CNC) a função de organizar e administrar escolas de aprendizagem comercial, o Senac. Já em 13 de setembro do mesmo ano, outro decreto atribuiu à CNC as mesmas responsabilidades sobre um serviço social para "o bem-estar social e a melhoria do padrão de vida dos comerciários e suas famílias, e, também, para o aperfeiçoamento moral e cívico da coletividade". O quinto serviço mais antigo do Sistema S é o Sebrae, criado em 1972 e, diferentemente dos demais, vinculado ao governo federal. Em 1991, foi criado o Senar, para a aprendizagem rural, e, em 1993, foram as vezes do Sest e Senat, para a assistência e o treinamento de trabalhadores dos transportes. A lista continuou em 1998, com o Sescop, para a aprendizagem dos trabalhadores de cooperativas. Disponível em: <https://agenciabrasil.etc.com.br/economia/noticia/2020-09/agencia-brasil-explica-o-que-e-o-sistema-s>. Acesso em 12 de agosto de 2021.

jurídicas de direito privado dotadas de recursos próprios, que não integram os bens ou o patrimônio da União.³

O julgamento foi suspenso por pedido de vista do ministro Nunes Marques e retomado na sessão do último dia 10 de agosto de 2021, reafirmando-se, naquela oportunidade, o entendimento constante do voto do relator; por unanimidade, a Turma, apesar de não conhecer da Reclamação (porque não havia elementos suficientes de usurpação da competência do STF), concedeu, por maioria, *habeas corpus* de ofício para declarar a nulidade de todos os atos decisórios até então proferidos pela Justiça Federal e determinar a remessa dos autos à Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Em voto-vista, o ministro Nunes Marques seguiu o relator, observando que os acordos homologados não implicam direta ou indiretamente autoridades com prerrogativa de foro no STF. Com ressalva do seu entendimento de que a Justiça Federal deveria ser a competente para apreciar as ações que têm como parte ou prejudicada entidade do Sistema S, por se tratarem, a seu ver, de entidades submetidas a normas de direito público, o ministro acompanhou o entendimento consolidado da Corte.⁴ O ministro Ricardo Lewandowski acompanhou a proposta

³ Na mesma decisão, o relator também não constatou a alegada competência por prevenção do Juízo da 7ª Vara Criminal Federal. Para ele, o fato de a polícia judiciária ou o Ministério Público Federal denominarem determinadas apurações como fases da Operação Lava Jato, a partir de uma sequência de investigações sobre crimes diversos, não se sobrepõe às normas disciplinadoras de competência. Ademais, conforme observação do relator, a jurisprudência do Supremo já pacificou o entendimento de que a colaboração premiada não é critério definidor da competência e que fatos dotados de evidente autonomia delitiva e probatória devem ser submetidos à livre distribuição. Outra situação de flagrante ilegalidade apontada pelo relator se refere às medidas de busca e apreensão deflagradas contra os escritórios de advocacia. Segundo o ministro, as medidas buscaram “pescar” provas contra os denunciados e possíveis novos investigados e não observou os requisitos legais nem as prerrogativas da advocacia. Na sua avaliação, a não indicação de fundamentos fáticos e jurídicos que as justificassem resulta na nulidade da diligência e de todas as provas dela decorrentes. Também, para o ministro, houve flagrante ilegalidade no bloqueio cautelar de bens para futura reparação de danos morais coletivos. Ele frisou que há precedentes da Segunda Turma do STF que entendem ser impossível fixar danos morais coletivos no processo penal, tendo em vista o limitado âmbito de cognição dessa ação para tratar de reparações coletivas.

⁴ Ademais, na avaliação do ministro, as medidas de busca e apreensão contra os escritórios de advogados foram “amplas e desarrazoadas” e violaram as prerrogativas da advocacia, além de caracterizarem hipótese de “fishing” probatório, ou seja, tentativa de “pescar” provas contra os denunciados. Sobre essa estratégia ilegal e inconstitucional de “pescar provas” contra investigados e denunciados, veja-se Alexandre Morais da Rosa e Aury Lopes Jr.: “a lógica é uma só: não tenho certeza, mas tenho convicção de que na região de “favelas” há crime. Com essa certeza pressuposta, em vez de investigar, e depois individualizar os pedidos de busca e apreensão, promove-se uma varredura, a saber, “joga-se a rede” — expediente de pesca ou *fishing expedition*, numa expedição em busca de provas nas casas dos excluídos socialmente. Interessante como todos sabemos que “dinheiro ilícito se lava no asfalto”, mas nem por isso se cogita de um mandado genérico em um dos luxuosos prédios comerciais da avenida Paulista, por exemplo. Cuida-se de expediente, na definição de Melo e Silva, em que o órgão investigador se utiliza dos meios legais, sem objetivo certo ou declarado, genericamente, para

de voto. Ficou vencido, apenas, o ministro Edson Fachin, que rejeitou a ação por falta de legitimidade dos autores e inadequação da reclamação.⁵

Esta decisão, além de correta, acompanha entendimento já cristalizado na Suprema Corte, especialmente em ações cíveis originárias em que se discutiu conflito de atribuição entre o Ministério Público Estadual e o Ministério Público Federal. Assim, por exemplo, ao julgar a Ação Cível Originária 1953, o ministro Ricardo Lewandowski declarou a atribuição do Ministério Público do Estado do Espírito Santo para atuar em procedimento administrativo instaurado para apurar supostas irregularidades na prestação de contas do departamento regional do Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (Senai). O Ministério Público estadual suscitou o conflito de atribuição sustentando que, como o Senai gerencia recursos federais cujo controle é realizado pelo Tribunal de Contas da União, a instauração de procedimento administrativo caberia ao Ministério Público Federal. Já o Ministério Público Federal sustentou que, caso haja necessidade de propor ação civil pública em decorrência de eventuais irregularidades, o objeto dos autos deveria ser endereçado à Justiça estadual.

Em parecer, a Procuradoria Geral da República se manifestou pelo reconhecimento da atribuição do MP-ES para atuar no caso. Ao resolver o conflito de atribuições, o ministro Lewandowski lembrou que os integrantes do chamado Sistema S são pessoas jurídicas de direito privado, definidos como entes de colaboração, mas não como integrantes da Administração Pública. Ao citar trecho do voto do ministro Eros Grau na ACO 1382, o relator destacou que inexistente interesse processual da União na hipótese, pois os recursos dirigidos ao Sistema S, embora sejam recolhidos pelo INSS, não integram a receita estatal, pois a passagem pelos cofres públicos é apenas procedimental.

Assim, segundo ele, “seja em razão da pessoa, seja em razão da natureza dos recursos objeto dos autos, não se tem por justificada a atuação do Ministério Público Federal,

"pescar" quaisquer evidências a respeito de crimes futuros, constituindo-se em investigação prévia, ampla e genérica, manipuladora dos pressupostos legais da investigação democrática." Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-fev-24/limite-penal-fishing-expedition-via-mandados-genericos-favelas>. Acesso em 12 de agosto de 2021.

⁵ Veja aqui a íntegra do voto do relator: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Rcl43479VotoMGM.pdf>. Acesso em 12 de agosto de 2021.

posto que não se vislumbra na hipótese a incidência do artigo 109 da Constituição Federal.”

Em julgamento anterior, a ministra Cármen Lúcia também havia decidido caber ao Ministério Público do Estado de São Paulo investigar e apurar responsabilidades em eventual ação a ser ajuizada com base nas irregularidades relativas à cobrança e aplicação de recursos oriundos de contribuições parafiscais pela Federação de Cultura e Pecuária de São Paulo (Faesp) e pelo Serviço Nacional de Aprendizagem Rural (Senar) naquele estado. A decisão foi tomada na Ação Cível Ordinária 1588, na qual o Ministério Público paulista suscitou conflito negativo de atribuições relativamente ao Ministério Público Federal. Segundo a Ministra Cármen Lúcia, tanto a Faesp quanto o Senar são pessoas jurídicas de direito privado e não integram a estrutura administrativa da União.

Segundo a relatora, “embora as entidades paraestatais sob a forma de serviços sociais autônomos, dos quais são exemplos Sebrai, Sesi, Sesc, Senai e Senar, arrecadem e apliquem recursos de contribuições parafiscais instituídas no interesse de suas respectivas categorias profissionais e, por essa razão, estejam sujeitos à fiscalização do Tribunal de Contas da União, essa circunstância não é suficiente para atrair a competência da Justiça Federal e, por conseguinte, demandar a atuação do Ministério Público Federal, nos termos do artigo 37, inciso I, da Lei Complementar 75/1993”. Nesta ação, o Ministério Público paulista alegou que caberia ao Ministério Público Federal apurar as supostas irregularidades, já que “a maior parte da receita da Faesp seria proveniente de repasses de contribuições sociais rurais instituídas pela União, razão pela qual o suposto desvio de verbas públicas provenientes dessas contribuições federais e a persecução penal daí decorrente atrairia a competência da Justiça Federal”. Mas, para a ministra Cármen Lúcia, a situação posta nos autos não se enquadra na competência da Justiça Federal, tampouco está compreendida nas funções institucionais atribuídas ao Ministério Público Federal, pois não envolve bem, serviço ou interesse da União, de suas autarquias ou empresas públicas.

Em outra oportunidade, o ministro Luís Roberto Barroso confirmou que caberia ao Ministério Público do Espírito Santo atuar em processo que discute eventual ocorrência de irregularidade em entidade do Sistema S. A decisão foi tomada na análise de Ação Civil Originária 2640, por meio da qual o Ministério Público estadual suscitou conflito negativo de atribuições em face do Ministério Público federal. Em sua decisão, o relator lembrou que a jurisprudência do STF é firme no sentido de que compete à Justiça comum estadual processar e julgar eventual ação em que se analisa ocorrência de irregularidades em entidade do Sistema

S, o que afasta a atribuição do Ministério Público Federal para atuar no feito. O ministro baseou-se, ainda, em parecer do procurador-geral da República, segundo o qual “tratando-se de hipótese capaz de configurar a prática de ato de improbidade na gestão de entidade de cooperação prestadora de serviços sociais autônomos e não se identificando, em princípio, motivo concreto apto a configurar interesse federal direto, eventual ação haverá de ser proposta perante a Justiça Comum estadual, atraindo, dessa maneira, a atribuição do Ministério Público do Estado do Espírito Santo para a condução do caso”.

Assim, nos termos do art. 109, IV da Constituição Federal, a Justiça comum federal não tem competência, na área criminal, para processar e julgar delitos praticados em detrimento do patrimônio dos chamados Serviços Sociais Autônomos, tratando-se de competência originária **ratione materiae**, sendo claro, neste sentido, o já citado Enunciado 516 da súmula do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual “*o Serviço Social da Indústria – SESI – está sujeita à jurisdição da Justiça Estadual.*”