



Tribunal Regional Federal da 1ª Região
Gab. 9 - DESEMBARGADOR FEDERAL NEY BELLO

PROCESSO: 1010923-10.2017.4.01.0000
PROCESSO REFERÊNCIA: 0040715-18.2016.4.01.3700
CLASSE: HABEAS CORPUS CRIMINAL (307)
IMPETRANTE: TAYSSA SIMONE DE PAIVA MOHANA PINHEIRO, ULISSES CESAR MARTINS DE SOUSA,
PERICLES SILVA FILHO
IMPETRADO: JUIZO FEDERAL DA 1ª VARA DA SEÇÃO JUDICIARIA DO MARANHÃO - MA

DECISÃO

Ulisses César Martins de Sousa, inscrito na OAB/MA sob o nº 4.462, e Tayssa Simone de Paiva Mohana Pinheiro, inscrita na OAB/MA sob o nº 12.228, impetram *habeas corpus*, com pedido de liminar, em favor de Péricles Silva Filho, médico, inscrito no CPF/MF sob o número 055.334.902-30, contra ato praticado pelo Juízo Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária do Maranhão, nos autos do processo 40715-18.2016.4.01.3700, que decretou a prisão temporária do paciente.

Os impetrantes sustentam que o paciente, depois de decretada sua prisão preventiva por duas vezes, pelo Juízo apontado coator, em decorrência das investigações levadas a efeito na “Operação Sermão dos Peixes”, obteve parcialmente ordem de *habeas corpus* ou com liberdade provisória mediante fiança e substituição da segregação por medidas cautelares, ou prisão domiciliar com substituição da segregação por medidas cautelares e fiança, nos *Habeas Corpus* 60300-98.2016.4.01.0000 e 64612-54.2015.4.01.0000.

Afirmam que *na manhã do dia 16.11.2017 – dois anos depois da deflagração da Operação Sermão aos Peixes - o paciente foi surpreendido com a “visita” de agentes da Polícia Federal que, munidos de mandados expedidos pelo Juízo da Primeira Vara Federal da Seção Judiciária do Maranhão, compareceram na residência do paciente para executar ordem de prisão temporária e de busca e apreensão determinadas no bojo do processo 40715.18.2016.4.01.3700.*

Após tomar conhecimento da decisão, o paciente requereu a revogação da prisão temporária, e o pedido não foi apreciado até o momento da impetração do presente *writ*, nem se tem notícia da revogação da prisão.

Aduzem que o paciente, após protocolar, em setembro de 2017, nos autos do processo nº 30550-09.2016.4.01.3700 e da ação penal nº 18669-35.2016.4.01.3700, pedido no Juízo impetrado para acompanhar a esposa, Maria Ligia Silva Lima, em um procedimento

de arteriografia cerebral, obteve autorização para se deslocar até São Paulo/SP, entre os dias 15 e 19 de novembro de 2017, sendo surpreendido, em pleno Hospital Albert Einstein, com a ordem de prisão temporária, e foi alcançado por ligação telefônica de delegado da Polícia Federal que lhe informou sobre a existência de mandado de busca e apreensão e de prisão expedido pelo Juízo da Primeira Vara Federal de São Luís/MA.

Ressaltam que a prisão processual foi decretada sob o argumento de necessidade para o bom andamento da investigação criminal, bem como para colheita de provas, o que na visão da autoridade policial e do Juízo impetrado só seria possível com a segregação do paciente.

Alegam, todavia, *que o paciente, durante toda a instrução das ações penais 1866935.2016.4.01.3700 e 41476-49.2016.4.01.3700 jamais representou óbice para o perfeito deslinde da instrução processual, tendo em vista que cumpre rigorosamente as cautelares que lhe foram impostas: apresenta-se mensalmente ao Juízo da Primeira Vara Criminal e não se ausenta da comarca em que reside, nem do Estado sem prévia autorização judicial.*

Acrescentam que *todas as vezes em que é convocado para comparecer e contribuir com as investigações o paciente assim o faz*, e os documentos pessoais e do Instituto Cidadania e Natureza - ICN que interessariam à investigação criminal já foram apreendidos pela Polícia Federal.

Defendem que, *no caso ora em exame, a prisão temporária do paciente foi decretada e mantida com fundamento em suposições da Polícia Federal, sem nenhuma referência a fatores reais de cautelaridade com o intuito de garantir o eficaz desenvolvimento da investigação criminal.*

Não entendem como um médico, sexagenário, com saúde frágil, nunca condenado criminalmente e que se encontra sujeito a medidas cautelares determinadas pelo TRF1 e supervisionadas pelo Juízo da 1ª Vara Criminal, possa ser uma ameaça para as investigações.

Salientam que *os fatos narrados na investigação são datados de vários anos atrás. Remontam ao distante ano de 2015. Estão todos registrados documentalmente nos dados já coletados pela Polícia Federal nas várias fases da operação “Sermão aos Peixes”.*

Observam que após a decretação da primeira prisão preventiva, o paciente *entregou-se voluntariamente à Polícia Federal. Foi interrogado e respondeu a todos os questionamentos que lhe foram formulados, e cumpre rigorosamente todas as cautelares que foram impostas não tendo praticado qualquer ato visando atrapalhar as investigações.*

Alertam que *o paciente não exerce mais qualquer cargo ou função no ICN. Além*

disso, o ICN, desde o ano de 2015, não mais possui qualquer contrato com a administração pública estadual.

Destacam que a prisão do paciente já foi considerada desnecessária por este TRF 1ª Região, e os argumentos contidos na decisão atacada limitam-se a repetir o que diz a lei, sem demonstrar concretamente a necessidade da prisão temporária. Não foi trazida base empírica que legitime, no caso concreto, a decretação da prisão preventiva.

Invocam precedentes do STF para defender a tese de que não se admite a prisão cautelar amparada na simples possibilidade de interferência do agente na instrução criminal, sem estar apoiada em elementos concretos dos autos.

Verbalizam que a gravidade das acusações que ainda não foram provadas não é fundamento para decretação da prisão temporária, nem a liberdade do paciente impede – ou atrapalha – a realização das investigações, muito menos foi demonstrado concretamente que a liberdade do paciente ofereça riscos à aplicação da lei penal (...) [ou] que o paciente na atualidade - tenha praticado qualquer conduta ilícita com a finalidade de “ocultar e dissimular a origem ilícita” dos valores desviados.

Consideram que a decisão recorrida não aponta um único ato praticado pelo recorrente no período compreendido entre a deflagração da Operação Sermão aos Peixes (novembro/2015) e a data de hoje que revele a intenção do paciente de oferecer qualquer embaraço as investigações.

Com arrimo no art. 93, IX da Constituição Federal, aduzem que toda prisão de cunho cautelar necessita ser devida e minuciosamente fundamentada.

Invocam a excepcionalidade da prisão cautelar.

Entendem ser insuficiente a existência de indícios de autoria e materialidade para a decretação da prisão temporária, uma vez que tal medida cautelar (prisão) somente se legitima em situações em que ela for o único meio eficiente para preservar os valores jurídicos que a lei penal visa a proteger.

Concluem que a decisão não demonstra CONCRETAMENTE em que a liberdade do paciente ameaçaria a ordem pública, atrapalharia instrução criminal ou ameaçaria a aplicação da lei penal.

Indagam: qual a conduta concretamente praticada pelo paciente – após a imposição das cautelares referidas - é justificadora da decretação da prisão?

Afirmam que a prisão do paciente foi decretada de forma desnecessária e ilegal, sem qualquer fato novo que a justificasse. Visando a conveniência da investigação de fatos

ocorridos até o ano de 2015 e que são investigados pela Polícia Federal desde 2012.

Salientam a falta de contemporaneidade, *pois todos os fatos ocorreram até setembro de 2015, e o paciente estava sob prisão domiciliar entre dezembro de 2015 e junho de 2016.*

Para os impetrantes, *a urgência intrínseca da prisão cautelar impõe a contemporaneidade dos fatos justificadores aos riscos que se pretende com a prisão evitar.*

Consideram presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Pedem a concessão da liminar e a consequente revogação da prisão temporária, com a confirmação da ordem ao final do julgamento (fls. 01/27).

É o breve relatório.

Decido

No presente caso, como visto, os impetrantes pretendem obter, mediante liminar, a revogação da prisão temporária do paciente, decretada pela autoridade apontada coatora.

De acordo com o STJ, “a concessão de liminar em *habeas corpus* é medida de caráter excepcional, cabível apenas quando a decisão impugnada estiver eivada de ilegalidade flagrante, demonstrada de plano” (HC 245.975/MG, Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, DJe 7/12/2012). No mesmo sentido, confira-se o RHC n. 36.497/RJ, Ministra Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), Sexta Turma, DJe 1º/8/2013 e o AGRG no AREsp 419.225/SP, Sexta Turma, Sebastião Reis Júnior, DJe 07/10/2014).

Consoante entendimento da Terceira Turma deste TRF 1ª Região, “o *habeas corpus*, tal como o mandado de segurança, é ação constitucional que exige prova pré-constituída, apta a comprovar, de plano, a ilegalidade aduzida na petição inicial, não sendo possível conhecer de impetração mal instruída, em que não tenha sido juntada peça essencial para o deslinde da controvérsia.” (HC 0033779-53.2015.4.01.0000/AC; rel. Desembargador Federal Ney Bello; unânime; e-DJF1 de 26/11/2015, p. 966)

É o caso!

Friso, desde logo, que em duas oportunidades supramencionadas esta Terceira Turma, à unanimidade, concedeu a ordem parcial de *habeas corpus* ou para substituir o decreto de prisão preventiva do paciente pela prisão domiciliar, com aplicação de medidas cautelares nos termos do art. 319 do Código de Processo Penal e mediante o pagamento de fiança de R\$ 800.000,00 (oitocentos mil reais) – HC 64612-54.2015.4.0.0000/MA – ou para conceder liberdade provisória, com o cumprimento de medidas cautelares e recolhimento de

fiança de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) – HC 60300-98.2016.4.01.0000/MA.

Trago à colação as decisões desta 3ª Turma:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. "OPERAÇÃO SERMÃO AOS PEIXES". PECULATO. ARTIGO 312 DO CÓDIGO PENAL. ARTIGO 2º DA LEI 12.850/2013. TRANCAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL. MEDIDA EXCEPCIONAL. INOCORRÊNCIA DAS HIPÓTESES AUTORIZADORAS DA CONCESSÃO. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. ALEGAÇÃO DE BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. LIBERDADE PROVISÓRIA. PRINCÍPIO DA CONTEMPORANEIDADE. POSSIBILIDADE. FIANÇA. PARECER MINISTERIAL FAVORÁVEL. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. O pretendido trancamento de inquérito policial, assim como de ação penal, por meio de ordem de habeas corpus, constitui medida excepcional e somente se justifica quando, de plano, evidenciar-se a atipicidade do fato narrado ou a inexistência de indícios que o fundamentem, o que não é o caso dos autos. Desta forma, o trancamento do inquérito policial mostra-se inapropriado diante da possibilidade dos fatos descritos nos autos configurarem ilícito penal, ao menos em tese, justificando-se o prosseguimento do feito.

2. A prisão preventiva exige a constatação, em concreto, de pelo menos um dos fundamentos cautelares previstos no art. 312 do Código de Processo Penal. A prisão somente se legitima com apoio em base empírica idônea, reveladora da efetiva necessidade da constrição do status libertatis do indiciado ou acusado.

3. Em que pese os fundamentos do magistrado a quo, não se verificam nos autos motivos reais e concretos que indiquem a necessidade de imposição de tão grave medida - prisão preventiva -, pois o delito não foi praticado com violência ou grave ameaça à pessoa, nem é daqueles que causam clamor público de forma que representa qualquer risco social colocação da ora paciente em liberdade, mediante o cumprimento de medidas cautelares.

4. In casu, o paciente teve sua prisão em preventiva decretada em face do seu suposto envolvimento, em unidade de desígnios com outros codenunciados, no desvio de recursos públicos federais geridos pela Organização Social Instituto Cidadania e Natureza (ICN) e pela OSCIP Bem Viver, através da emissão e descontos de cheques com a adoção de técnicas para ocultar e dissimular a origem e destino dos valores desviados, bem como fatos relacionados à aquisição de aeronave com recursos públicos, também vinculados às citadas organizações.

5. "A falta de contemporaneidade do delito imputado ao paciente e a inoportunidade de fatos novos a justificar, nesse momento, a necessidade de segregação, torna a prisão preventiva ilegal, por não atender ao requisito essencial da cautelaridade". (SJT, RHC 74.292/RS, Sexta Turma, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, DJe de 10/11/2016).

6. Diante do quadro fático, necessário se faz a substituição da prisão preventiva imposta ao ora paciente pela liberdade provisória, com o cumprimento de medidas cautelares e recolhimento de fiança.

7. Considerando-se o universo de valores mencionados no presente feito, sobre os quais recaem suspeitas de desvio, considerando, ainda, o patrimônio do paciente e a relevância dos fatos, faz-se mister fixar tais valores referentes à fiança em volume equânime.

8. Nesse diapasão, com fundamento na garantia processual, ante a gravidade da conduta e considerando os valores envolvidos nas investigações realizadas pela Polícia Federal, aliados à situação fática do paciente, e tendo em linha de visão, ainda, o caráter pedagógico da medida visando a inibição de prática delituosa, arbitra-se o valor da fiança, nos termos do indigitado art. 326 do Código de Processo Penal, em R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

9. Ordem de habeas corpus parcialmente concedida.

(HC 60300-98.2016.4.01.0000/MA)

&

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. OPERAÇÃO SERMÃO AOS PEIXES. ESTELIONATO E PECULATO. ARTIGOS 171 E 312 DO CÓDIGO PENAL. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. ART. 2º DA LEI 12.850/2013. LAVAGEM DE DINHEIRO. ART. 1º DA LEI 9.613/1998. PRISÃO PREVENTIVA.

PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES. SUBSTITUIÇÃO DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR POR PRISÃO DOMICILIAR. POSSIBILIDADE. PRECÁRIO ESTADO DE SAÚDE DO PACIENTE. COMPROVAÇÃO POR LAUDO MÉDICO. MEDIDAS CAUTELARES DO ART. 319 DO CPP. APLICAÇÃO. PAGAMENTO DE FIANÇA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. A prisão preventiva do ora paciente foi determinada, juntamente com outros investigados, em 21/10/2015, em razão de pedido do MPF e representação da autoridade policial, por ele ter, supostamente, praticado os crimes tipificados nos artigos 171 e 312 do Código Penal; e artigos 2º da Lei 12.850/2013 e 1º da Lei 9.613/1998. O Paciente se apresentou espontaneamente à Sede da Polícia Federal em São Paulo/SP, em 23/11/2015.

2. A garantia da ordem pública e conveniência da investigação criminal justificam a decretação da prisão preventiva quando fundada em elementos fáticos concretos, suficientes a demonstrar a necessidade da medida.

3. O *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis* estão presentes, haja vista que a materialidade delitativa e os indícios de autoria em relação ao paciente presumem-se pelos elementos de provas trazidos nos presentes autos.

4. Paciente investigado no bojo da "Operação Sermão aos Peixes", deflagrada pela Polícia Federal para apuração de possível existência de organização criminosa voltada ao desvio de recursos públicos federais, oriundos do Fundo Nacional de Saúde – FNS e destinados ao Sistema de Saúde do Estado do Maranhão, mediante a constituição de parcerias entre o Poder Público e pessoas jurídicas de direito privado, especialmente a Organização Social (OS) denominada Instituto Cidadania e Natureza – ICN e a Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) BEM VIVER.

5. Segundo o Parquet, "as movimentações bancárias demonstram que o paciente transferiu vultosos valores do Instituto Cidadania e Natureza (ICN), organização social sem fins lucrativos prestadora de serviços de saúde para o Estado do Maranhão, para sua própria conta – tipo de conta conjunta mantida com sua esposa – e ainda realizou diversas transferências para seus familiares, para um plano de previdência complementar e até para uma agência de viagens. Tudo isso está a indicar ao menos a ocorrência dos crimes de peculato e de lavagem de dinheiro".

6. Possibilidade de substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar, haja vista a comprovação por laudo médico do estado crítico de saúde do investigado e paciente. Aplicação das medidas cautelares do art. 319 do CPP, pois o delito imputado não foi praticado com violência ou grave ameaça à pessoa, e ante a primariedade e a comprovação de residência fixa e ocupação laboral lícita, há de ser fixada.

7. A redução do risco de agravamento de doenças que acometam o paciente, objetivando a redução da possibilidade de ele vir a óbito é medida que se impõe, haja vista o fato de a prisão domiciliar gerar o mesmo efeito da prisão preventiva, no caso concreto.

8. Liberdade provisória é um benefício de ordem processual cujo princípio orientador está insculpido no inciso LXVI do art. 5º da Constituição Federal: ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança. Contudo, prisão domiciliar é uma espécie de medida cautelar que se compatibiliza com o instituto da fiança.

9. Para a fixação da fiança, estatui o art. 326 do CPP: "Para determinar o valor da fiança, a autoridade terá em consideração a natureza da infração, as condições pessoais de fortuna e vida pregressa do acusado, as circunstâncias indicativas de sua periculosidade, bem como a importância provável das custas do processo, até final julgamento".

10. Com fundamento na garantia processual, ante a gravidade da conduta e considerando os valores envolvidos na investigação policial, aliados à situação fática do paciente, e tendo em linha de visão, ainda, o caráter pedagógico da medida visando a inibição de prática delituosa, arbitro o valor da fiança, nos termos do indigitado art. 326 do CPP, em R\$ 800.000,00 (oitocentos mil reais).

11. Ordem de Habeas Corpus parcialmente concedida para substituir o decreto de prisão preventiva do paciente pela prisão domiciliar com aplicação de medidas cautelares, nos termos do art. 319 do Código de Processo Penal e mediante o pagamento de fiança.

(HC 64612-54.2015.4.0.0000/MA).

Segundo a decisão atacada, a autoridade policial relatou que a partir do exame dos elementos obtidos com as medidas cautelares de interceptação de comunicações telefônicas, busca e apreensão, afastamento de sigilos bancário, fiscal e telemático, prisões e conduções coercitivas autorizadas no bojo do IPL 680/12-SR/PF/MA, foram descobertos novos delitos.

Não me parece que seja efetivamente assim!

Apesar da coincidência de alguns investigados, entre eles o ora paciente, nem todas as pessoas participantes são as mesmas, razão pela qual se instaurou o IPL 468/15, embora possa ser observado que a quase totalidade dos fatos remonta a 2015. Noto, neste ponto, que em 2015 diversas medidas de coleta de provas foram realizadas, e à exaustão, o que torna no mínimo questionável esta nova fase da Operação Sermão aos Peixes no seu capítulo que trata de fatos ocorridos na época da coleta de provas deferida judicialmente.

Devido à complexidade das investigações, a autoridade policial requereu o desmembramento da investigação em inquéritos segundo a modalidade de desvio de recursos públicos praticada, o que é medida correta e salutar para deslindar cada detalhe do que teria ocorrido desde 2012 no âmbito da Secretaria de Saúde do Estado do Maranhão.

O Juízo impetrado não só deferiu a medida como autorizou o compartilhamento dos dados do IPL 468/15. Com base no compartilhamento foi instaurado o IPL 1162/16, sobre o qual se apoia a representação pela prisão temporária do paciente. Esta medida é assaz correta, assim como as buscas e apreensões deferidas nestes autos na medida em que toda produção de prova, e análise detalhada é salutar quando se vislumbra ocorrência de delitos.

Toda a fundamentação da decisão examinada se refere ao aprofundamento das investigações do IPL 680/12, por meio do IPL 1162/16, cujo objetivo é apurar o desvio de verbas federais que estariam ocorrendo – ou teriam ocorrido - por meio de fraudes na contratação e pagamento de pessoal no curso dos contratos de gestão e termos de parceria, firmados com entidades do denominado terceiro setor, como frisou a decisão.

De acordo com o Juízo impetrado:

Os fatos narrados pela autoridade policial, apoiados nos diálogos legalmente interceptados e nos dados bancários e fiscais obtidos com autorização judicial apontam para a existência de um esquema de desvio de recursos públicos que se utilizava de entidades paraestatais (OS e OSCIP) para encobrir o enriquecimento ilícito de pessoas integrantes da Secretaria de Estado da Saúde do Maranhão, da Superintendência de Acompanhamento à Rede de Serviços, de gestores e assessores dos entes terceirizados, além de uma ampla rede de beneficiários.

Percebo que a decisão lançada em 13.11.2017, e cumprida em seguida, apoiou-se factualmente nos termos da Representação da Autoridade Policial – com as modificações interpretativas levadas a efeito pelo Ministério Público Federal - para deferir medidas cautelares sobre situação de fato, situação esta que pode ser decomposta em três conjuntos de atitudes apontadas como criminosas: a) pagamentos realizados em folha complementar; b) utilização de empresas para pagamento de salários extra; c) pagamentos realizados pelos institutos BEM VIVER, ICN e IDAC.

É preciso observar que o pagamento de salários mediante folha complementar não necessariamente representa uma ilicitude penal e nem obrigatoriamente implica desvio de dinheiro público. Tampouco o fato de haver desvio de finalidade ou absorção por um setor da administração pública de servidor lotado em outro lugar da administração implica desvio de verba pública, por peculato ou outra modalidade criminosa.

Obviamente um contratado lotado numa unidade hospitalar não deveria estar prestando serviço na sede da Secretaria de Estado, nem tampouco receber salário em razão de uma função específica, quando na realidade está prestando outro serviço, com outras atribuições. Entretanto, esta ocorrência não implica ausência de trabalho, em contrapartida de salário recebido, mas sim um desvio de finalidade ou de atribuições. O empregado da prestadora de serviço pode estar trabalhando em unidade diferente daquela na qual ele está lotado.

Da mesma maneira, o pagamento de acréscimo de vencimentos a servidores públicos, através das OS e OSCIP, quer sejam eles médicos, enfermeiros, administradores ou agentes de poder pode ser questionável, e pode não ser jurídico, na medida em que tais valores não foram fixados em lei e não são atribuíveis ao cargo público ocupado, mas antes de ser modalidade de desvio podem ser também hipótese de adequação do profissional médico ao mercado, para que o vencimento pago a ele não permaneça defasado e mantenha o sistema médico hospitalar público funcionando.

A só existência de pagamento em folha complementar não significa ilícito criminal apto a ensejar uma prisão cautelar. É preciso verificar, *in casu*, se esses servidores que recebiam através de folhas anormais de pagamento prestavam serviço, ou não, na sede da Secretaria de Estado da Saúde ou em outra unidade hospitalar diferente daquela onde estavam lotados e deveriam assinar o ponto, manual ou digital. Será preciso verificar se o acréscimo de salário de um servidor da administração direta tem algum fundamento jurídico a justificá-lo, o que pode acarretar ilícito ou não.

Também não é possível criminalizar desde logo a modalidade de escolha do trabalhador contratado pela OS ou OSCIP, haja vista o fato de que o sistema jurídico que as acolhe não exige a segurança do concurso público nos mesmos moldes que exige para a administração direta. Assim, malgrado pareça um erro ou um ilícito para quem entende a grandeza da

atividade estatal - que acolhe os melhores pela via do rigoroso sistema concursal - é preciso verificar que esta foi uma escolha do legislador, e acolhida por uma discricionariedade política permitida pelo legislador ao administrador público.

A análise de desvio de finalidade, mera discricionariedade ou desvio de valores deve se dar caso a caso, e não é possível vislumbrar, aprioristicamente, ilicitude criminosa na existência da folha de pagamento complementar. Diversas profissões públicas e muitos setores privados se utilizam de folha extra sem que isso implique num crime. Em alguns casos, sequer é uma irregularidade. Da mesma maneira, a informação prestada ao juízo da 1ª vara pela Autoridade Policial dando conta de 427 (quatrocentos e vinte e sete) “funcionários fantasmas” precisa ser analisada *cum grano salis*, haja vista o fato de que a inexistência de vínculo formal – comprovado pela ausência de GFIP – não é critério absoluto para certificar a existência ou não do funcionário e do serviço prestado. O fato é que o servidor pode estar se dirigindo ao local de trabalho todos os dias, fazendo jus à remuneração justificadora do pagamento, e não haver GFIP. Do só fato de o ICN não ter se utilizado da guia legalmente devida não se pode concluir que se trata de lista de servidor inexistente no âmbito da Secretaria de Saúde, até o ano de 2015, remunerados pelo Instituto.

Da mesma maneira, a contratação de trabalhadores em regime privado através de empresas de recursos humanos é inteiramente lícita, e pode ocorrer no regime das Organizações do Terceiro Setor – OS e OSCIP - sem qualquer ilegalidade, desde que o dinheiro público empregado no pagamento destas empresas, mediante a emissão de notas fiscais, seja provadamente aplicado no pagamento de salários de trabalhadores que comprovadamente prestem serviços.

Da mesma maneira, o sistema de administração de serviços de saúde utilizado no Estado do Maranhão, por opção política dos governantes levado à efeito quase uma década atrás permite – sem nenhuma ilegalidade – que a própria organização do terceiro setor que administra as unidades do sistema pague seus fornecedores, seus médicos, seus empregados e seus prestadores de serviços fora do sistema público, não se submetendo às formalidades absolutas do sistema estatal. Não podem visar ao lucro, mas não operam com a rigidez contratual e rigidez de escolha da administração direta. Isto implica dizer que não há – a priori – ilicitude na contratação de empresas, desde que haja comprovação de que o valor pago mediante apresentação de Nota Fiscal corresponda a um serviço ou a um fornecimento ou a uma atividade legalmente e realisticamente executados.

Em ultima análise, a ilicitude criminosa subsiste não na forma ou na atividade, mas na gratuidade, na dádiva, no desvio e no enriquecimento ilícito. Não há crime na utilização de folha extra, não há crime na utilização de serviços de pessoa jurídica, mas pode haver crime na pulverização de remunerações dadivosas, sem o correspondente trabalho, e no desvio de valores públicos a partir da utilização de notas fiscais indevidamente emitidas.

Não fora o bastante a existência de fundadas dúvidas quanto à justa causa para medidas cautelares restritivas do direito de ir e vir no âmbito desta operação – sem o detalhamento e explicitação dos delitos de desvios que acarretaria no *fumus boni iures* para a medida cautelar – ainda vislumbro para a ausência de contemporaneidade destas medidas, tendo em vista que, ao menos no que diz respeito a este paciente, **TODOS** os fatos ocorreram em 2015.

Conforme relatório do MPF às fls., 341 do feito original, a prática de pagamento de salários através de folha extra se deu em derredor do ano de 2015, quando a investigada ROSÂNGELA CURADO era Subsecretária de Saúde do Estado do Maranhão.

Observo, entretanto, que os fatos descritos na decisão judicial apontam para comportamentos tomados por ilícitos que foram praticados em 2015, razão pela qual se revela no todo incabível e abusiva a decretação de prisão cautelar no ano de 2017 em virtude de fatos pretéritos e albergada sob o etéreo manto da possibilidade de reiteração das práticas descritas.

Não é minimamente razoável requerer encarceramento de investigados por fatos ocorridos preteritamente, mencionando-se “*desvio de verbas federais que estariam ocorrendo por meio de fraudes na contratação e pagamento de pessoal no curso dos ‘Contratos de Gestão e Termos de Parceria’ firmados com entidades de denominado terceiro setor*” (Relatório Policial citado na decisão às fls., 2), quando o relatado – ao menos em relação a este paciente - cuida do ano de 2015, não do ano corrente de 2017.

Demais disso, já tendo esta Corte Federal tratado deste universo fático por duas vezes e havendo ação penal instaurada para tratar dos desvios mencionados na 1ª Fase da *Operação Sermão aos Peixes* não se há de decretar novas prisões cautelares a menos que haja concreta e específica descrição de novos fatos atribuídos aos investigados ou réus. Do contrário, não estaríamos distantes de estabelecer nada mais que descontentamento injustificado dos órgãos de investigação e do juízo processante para com as decisões do Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

O correto e o esperado é que fatos novos possivelmente criminosos, quando descobertos na instrução criminal ou em novo inquérito conexo, ou ainda mediante o artifício da prova emprestada sejam investigados com agilidade e com rigor, sem o desnecessário espetáculo das prisões a não ser que haja concreta e demonstrada necessidade de encarceramento.

Isto não passou despercebido ao Ministério Público Federal quando afirmou que “logo, descabida é a decretação de prisão preventiva em face de Rosângela Aparecida Silva Barros, Luiz Marques Barbosa Júnior, Mariano de castro Silva, Chislane Gomes Marques e Antônio Matos Nogueira, em virtude da ausência de demonstração de que persiste o risco de

reiteração delitiva após a rescisão do contrato da SES/MA com o IDAC a partir de 05 de junho de 2017.” (Grifo do Ministério Público Federal).

Não poderia ser diferente, pois BEM VIVER, ICN e IDAC já não possuem mais qualquer vínculo contratual com o Estado do Maranhão.

Em relação ao paciente, o único apontamento existente na decisão afirmou, com fulcro nos diálogos 6160214 e 6170284, de 2015, que ele teria utilizado o cargo de diretor do ICN para privilegiar uma ex-companheira com pagamento mensal sem a contraprestação do serviço.

Os fatos, a meu ver, não são novos, pois a própria autoridade impetrada informou cuidar-se de continuidade do IPL inicial.

A prisão preventiva do paciente, objeto do HC 64612-54.2015.4.0.0000/MA:

"(...), foi determinada (...), ao fundamento de que há 'indícios da autoria da prática dos seguintes crimes pelo investigado: estelionato, peculato, associação criminosa e lavagem de dinheiro, previstos nos artigos 171 e 312 do CPB, art. 2º da Lei 12.850/2013 e art. 1º da Lei 9.613/1998', a fim de 'garantir a ordem pública e para conveniência da investigação criminal'".

Os indícios de autoria delitiva ficaram bem evidenciados, conforme se pode observar no trecho abaixo:

'Apesar de na constituição da ICN constar a proibição de recebimento de remuneração pelos dirigentes, dessa organização o investigado recebeu R\$ 402.985,99 (quatrocentos e dois mil e novecentos e oitenta reais e noventa e nove centavos).

Ficou comprovado também, que PÉRICLES SILVA FILHO tem contratado à BRADESCO AUTO/RE COMPANHIA DE SEGUROS um seguro pessoal na quantia de R\$ 7.391.000,00 (sete milhões e trezentos e noventa e um mil reais).

De acordo com interceptação telefônica realizada neste ano, Péricles Silva Filho e José Sérgio de Moraes Rego combinam a respeito de destruição de provas.

Nos diálogos 5946737 e 5955440 entre PÉRICLES e JOSÉ SÉRGIO MELO DE MORAES REGO nos dias 12/03/2015 e 14/03/2015, PÉRICLES fala sobre a fiscalização da CGU que vai recair sobre a ICN durante a gestão das unidades hospitalares nos anos 2010 a 201, SÉRGIO orienta PÉRICLES como deve proceder e diz que vai neutralizar a ação da CGU' - fl. 89".

Observe-se que diante de fatos muito mais graves que os apontados na decisão sob exame, o paciente obteve ordem parcial de *habeas corpus* e a substituição da prisão cautelar por prisão domiciliar, com medidas cautelares diferentes da segregação.

Além disso, foi fixada fiança de R\$ 800.000,00 (oitocentos mil reais) no HC susoinformado e de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) no HC 60300-98.2016.4.01.0000/MA. Nada

mudou. De lá para cá a situação do paciente permanece a mesma.

Segundo o Edital de Convocação de Assembleia Extraordinária do ICN, realizada no dia 02/04/15, acostado pela defesa, o paciente renunciou ao cargo de diretor-executivo do Instituto, ou seja, a partir daquela é possível concluir que seu poder de interferir nas investigações diminuiu sensivelmente.

Mas, para longe disso, o que se vê, até o momento, é que Péricles Silva Filho obedeceu a todas as determinações judiciais impostas, apresentou-se espontaneamente quando a prisão preventiva foi decretada, é primário, de bons antecedentes, com endereço certo e trabalho lícito, cooperou com o Juízo todas as vezes que foi instado, bem como é idoso com sérios problemas de saúde.

Os fundamentos apresentados pelo juízo impetrado, a meu ver, são insuficientes para a decretação da prisão temporária, ainda que a medida sirva para garantir o sucesso das investigações, nos termos do inciso I do art. 1º da Lei 7.960/89.

A prisão temporária não se submete aos mesmos critérios da prisão preventiva, pela só razão de que, como se trata de prisão para contribuir com a investigação, ela pode ser decretada muito posteriormente aos fatos narrados, se e somente se, for possível demonstrar concretamente o que se quer com o recolhimento por razões de coleta de prova.

No modelo constitucional brasileiro – de resto em todo o mundo ocidental – a regra é a liberdade, devendo subsistir até o momento em que haja fundadas razões para o seu tolhimento, o que deve se dar de forma concreta e fundamentada. Não encontra acolhimento no seio da dogmática penal brasileira o ato de prender para averiguar, para investigar, para punir antecipadamente ou para reforçar a imagem dos órgãos de investigação.

No caso concreto, agiu com inequívoco acerto o Juízo demandado quando indeferiu os pedidos de prisões preventivas sem hipótese de cabimento para outros investigados, mas – no que importa a este paciente – se equivocou na medida em que não há fundamento de justa causa para a prisão temporária e nem o apontamento de quais as diligências seriam necessárias para elucidar a sua conduta anterior, que necessitariam ser praticados sem a sua interferência, notadamente quando já foi ouvido mais de uma vez em Juízo. Ressona a pergunta: em que medida seria imprescindível para a investigação a sua prisão temporária?

Como bem expressaram os impetrantes, se até as medidas mais severas de prisões preventivas foram transformadas em cautelares, qual a razão legal para manter o paciente preso temporariamente pelos mesmos fatos, sobretudo porque ele é investigado desde 2012, sua residência já foi objeto de busca e apreensão, teve os sigilos bancário, fiscal e telefônico quebrados e os contratos do ICN com o Estado do Maranhão foram cancelados ainda no ano de 2015?

Como a urgência intrínseca da prisão cautelar impõe a contemporaneidade dos fatos justificadores aos riscos que se pretende com a prisão evitar, o pleito deve ser deferido liminarmente, tendo em vista cuidar-se de fatos nem de longe novos.

Além de duvidoso o *fumus comissi delicti* – questionáveis os indícios de autoria e de materialidade do que se aponta -, o mesmo ainda se pode dizer do *periculum libertatis* – possibilidade concreta de interferência na instrução criminal.

A gravidade da conduta, acaso verdadeira, por si só, é fundamento insuficiente para a decretação da prisão temporária.

Os réus devem ser investigados. Devem responder – se for o caso – ao devido processo penal. Devem suportar as penas da lei acaso fiquem provados seus ilícitos. Contudo, a persecução penal não deve e nem pode estar subordinada aos movimentos punitivos prévios à pena, ao alvedrio da legislação processual penal vigente.

Pelo exposto, **concedo a liminar** para fazer cessar os efeitos do ato praticado pelo Juízo apontado coator – decretação da prisão temporária do paciente.

Revogo a prisão temporária imposta do paciente.

Ao juízo coator para que expeça *incontinenti* o alvará de soltura.

Deixo de estender – por hora – esta decisão aos demais investigados haja vista algumas peculiaridades existentes em diversos casos que, por si sós, não podem ser colocados na mesma posição jurídica do que analiso neste momento.

Informações solicitadas ao juízo para que as preste em 48 (quarenta e oito) horas

Após, à Procuradoria Regional da República da 1ª Região.

Voltem-me conclusos os autos, com parecer ministerial, para julgamento na próxima sessão da Terceira Turma deste Tribunal Regional Federal.

Intime-se. Publique-se.

Brasília, 20 de novembro de 2017.

Desembargador Federal NEY BELLO
Relator

Imprimir