

**PROCESSO Nº:** 0811521-92.2021.4.05.0000 - **HABEAS CORPUS CRIMINAL**

**IMPETRANTE:** MARILIA CASTELLANO PEREIRA DE SOUZA YURTDAS e outro

**PACIENTE:** VINICIUS CAPUXU DE MEDEIROS

**ADVOGADO:** Marilia Castellano Pereira De Souza Yurtdas

**IMPETRADO:** JUÍZO FEDERAL DA 14ª VARA DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DO RIO GRANDE DO NORTE

**RELATOR(A):** Desembargador(a) Federal Manoel de Oliveira Erhardt - 4ª Turma

**MAGISTRADO CONVOCADO:** Desembargador(a) Federal Bruno Leonardo Camara Carra

#### EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ALEGAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL NA IMPOSIÇÃO DE MEDIDAS INVASIVAS À PRIVACIDADE PELA AUTORIDADE JUDICIÁRIA. DELITOS DO ART. 89, LEI Nº 8.666/93 E DO ART. 312 DO CPB. (DISPENSA INDEVIDA DE PROCEDIMENTO LICITATÓRIO E PECULATO). PANDEMIA DECORRENTE DO COVID-19. LEI Nº 13.979/2020. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DOS CRITÉRIOS LEGAIS MÍNIMOS PARA AQUISIÇÕES. DISPENSA INDEVIDA DE PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. INDÍCIOS DE SUPERFATURAMENTO NA AQUISIÇÃO DE RESPIRADORES. QUEBRA DE SIGILO FISCAL, BANCÁRIO, TELEFÔNICO E TELEMÁTICO QUE SE MOSTRAM RAZOÁVEIS, EMBORA COM DELIMITAÇÃO TEMPORAL MAIS RESTRITA NO QUE PERTINE ÀS QUEBRAS DE SIGILO BANCÁRIO, TELEFÔNICO E TELEMÁTICO. RISCO DE PERCARIA PROBATÓRIA. FISHING EXPEDITION SE MANTIDO O LONGO LAPSO TEMPORAL DETERMINADO PELA AUTORIDADE COATORA. CONCILIAÇÃO ENTRE AS MEDIDAS DE CRÁTER PRO SOCIETATIS COM RESPEITO AOS DIREITOS MÍNIMOS DO CIDADÃO. MARCO TEMPORAL QUE DEVE COINCIDIR, EM PRINCÍPIO, APENAS COM O PERÍODO EM QUE SE DERAM OS FATOS APURADOS. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E SUCESSIVAS PRORROGAÇÕES. MEDIDAS DEFERIDAS QUASE DEZ MESES APÓS OS FATOS SOB APURAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE CONCRETA DEMONSTRAÇÃO DE SEU INTERESSE PRÁTICO NA ELUCIDAÇÃO DOS DELITOS INVESTIGADOS. TEMA 661 DO STF. RE 625.263. DECISÃO JUDICIAL QUE NÃO DESCREVE QUALQUER CIRCUNSTÂNCIA EFETIVA PARA QUE A MEDIDA EXCEPCIONAL DE RESTRIÇÃO À PRIVACIDADE POSSA SER DADA COMO VÁLIDA. BLOQUEIO DE VALORES DO PACIENTE QUE IGUALMENTE NÃO APRESENTA EMBASAMENTO RAZOÁVEL. INVESTIGAÇÃO QUE APRESENTA ELEMENTOS APENAS INDICIÁRIOS. INEXISTÊNCIA DE DENSIDADE PROBATÓRIA SUFICIENTE PARA AUTORIZAR A CONSTRICÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE APRESENTAÇÃO DE PROPOSTA DE ANPP. PENA QUE EM CONCURSO MATERIAL EXTRAPOLA O MÍNIMO DE QUATRO ANOS. ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Habeas Corpus, com pedido liminar, contra ato do Juízo da 14a Vara Federal da SJ/RN, que deferiu quebras de sigilo bancário e fiscal, telefônico e telemático, interceptações telefônicas (e consequentes prorrogações), bem como medida de busca e apreensão e indisponibilidade de valores, todas no tocante ao paciente e no âmbito de investigação direcionada à apuração de irregularidades na utilização de recursos públicos federais. A impetração, dentre outros argumentos, diz que as decisões carecem de fundamentação, haja vista terem se amparado em documento unilateral da CGU, bem assim por restar ausente uma delimitação de objeto e uma delimitação temporal das exceções.

2. Investigação desenvolvida no Inquérito Policial n. 2020.0098958-SR/PF/RN, no bojo no qual foram prolatadas as decisões agora vergastadas, que tem por finalidade a apuração de supostas irregularidades na compra de ventiladores pulmonares eletrônicos seminovos, por parte da Prefeitura do Município de Natal/RN, em decorrência de procedimento de dispensa aberto em

14/05/2020 (Processo n. 9760/2020-46 - Temo de Dispensa de Licitação n. 039/2020, de 20 de maio de 2020), destinado à aquisição de 20 ventiladores pulmonares eletrônicos seminovos, ao valor de R\$ 2.160.000,00, com pagamento realizado em 03/06/2020, destinados ao combate da pandemia instalada pelo COVID-19/coronavírus. Segundo a autoridade policial, teria ocorrido o fornecimento e recebimento de equipamentos que seriam sucateados, como se fossem seminovos, o que caracterizaria sobrepreço dos bens. Tais supostas irregularidades teriam envolvido a contratação direta, pela Secretaria Municipal de Saúde de Natal, da empresa Spectrum Medic Comércio e Serviços Ltda. ME.

3. Juízo Federal da 14a Vara Federal da SJ/RN que, frente aos pleitos de medidas cautelares penais formulados pelo Ministério Público Federal, deferiu medida de quebra de sigilo bancário e fiscal (0808754-38.2020.4.05.8400S, decisão prolatada em 11/12/2020), quebra de sigilo telefônico e telemático (0808950-08.2020.4.05.8400S, decisão prolatada em 17/12/2020), interceptação telefônica e afastamento de sigilo telefônico (decisão prolatada em 25/02/2021), e, na sequência, autorizou e medida de busca e apreensão e bloqueio de valores (decisão prolatada em 16/06/2021), todas as medidas tendo como respaldo a necessidade de se aprofundar as apurações acerca da autoria e materialidade dos crimes de dispensa indevida de licitação, previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/1993, e de peculato, descrito no art. 312 do CPB.

4. As investigações se originaram, de fato, a partir de conclusões emitidas pela Nota Técnica da CGU - Nota Técnica n. 3154/2020/NAE-RN, que registrou supostas irregularidades na aquisição de ventiladores destinados ao combate do COVID19. De acordo com o órgão interno de controle do Poder Executivo Federal teria havido, inicialmente, o que foi denominado de supressão "da segregação de função" visto que o paciente teria participado de todas as fases do procedimento e isso não seria compatível com as melhores regras de governança e transparência. Alegou, ainda, a existência de sobrepreço, não tendo, em sua ótica, a municipalidade se esmerado para encontrar equipamentos com custos mais vantajosos para os cofres públicos, apresentando demonstrativo de aquisição de produtos idênticos em valores bem mais módicos. Enfim, destacou que os ventiladores não eram seminovos, pois estavam com a vida útil quase ao final.

5. Nesse contexto, não pode prosseguir o argumento da impetração de que as medidas deferidas na primeira instância se ampararam em documento parcial e unilateral, formulado pela CGU, elaborado sem levar em conta o período extraordinário e emergencial vivido pela Administração Pública. As observações da CGU apontam para uma eventual existência de irregularidades, lastreada em evidências minimamente factíveis, o que autoriza o desenrolar da investigação, direcionada justamente a confirmar, ou não, os pormenores do relatado pela Controladoria Geral da União. É certo que os indícios apontados pela CGU podem ser perfeitamente desconstituídos pelo paciente em momento próprio, todavia, nesse momento preliminar a investigação tem como referencial os elementos colhidos pelos órgãos investigativos, de modo que não há irregularidade alguma, nesse momento, em atrelá-la às conclusões iniciais do órgão de controle.

6. Por outro lado, se havia a necessidade de celeridade na implementação de medidas relacionadas à solução da crise de enfrentamento da pandemia, tais mecanismos de agilidade nas contratações públicas não poderiam ocorrer, como em qualquer contratação feita pelos entes públicos, sem observância aos princípios regentes da administração pública. Nessa toada, evidente que algumas providências prévias à dispensa de licitação teriam que ser adotadas, sobretudo no intento de documentar as circunstâncias concretas da contratação realizada, bem assim para evidenciar a compatibilidade do procedimento adotado às hipóteses excepcionais, sempre com a indicação dos fundamentos que ensejariam a escolha promovida pelo gestor público.

7. Todavia, no intento de revestir o *decisum* agora prolatado da proporcionalidade/razoabilidade que deve ser inerente a toda medida constritiva, no direcionamento voltado a conciliar as medidas *pro societate* com os direitos mínimos inerentes ao cidadão, tem-se que todas as cautelaridades estipuladas, e agora analisadas, devem possuir um marco temporal e fático condizente com o objeto da investigação, o que não resta percebido na hipótese em estudo. Ou

seja, imprescindível que exista uma delimitação precisa no tempo da medida direcionada a restringir a liberdade do paciente, condizente com o que está sendo exposto pelos órgãos de persecução penal como ilícito, e, a partir desse espaço objetivamente estipulado, caso supostos novos elementos forem surgindo, aí sim, outras medidas poderiam ser estabelecidas, também com indicação precisa de tempo e fato certo, sem que exista agora um rol de medidas especulativas, fundadas em procura aleatória.

8. Sobre a questão, o Superior Tribunal de Justiça, em seus mais recentes precedentes tem registrado que *os indícios de autoria antecedem as medidas invasivas, não se admitindo em um Estado Democrático de Direito que primeiro sejam violadas as garantias constitucionais para só então, em um segundo momento, e eventualmente, se justificar a medida anterior, sob pena de se legitimar verdadeira fishing expedition, conhecida como pescaria probatória, ou seja, "a procura especulativa, no ambiente físico ou digital, sem 'causa provável', alvo definido, finalidade tangível ou para além dos limites autorizados (desvio de finalidade), de elementos capazes de atribuir responsabilidade penal a alguém.* Precedente: AgRg no RMS 62.562/MT, Rel. Ministro JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF), Rel. p/ Acórdão Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 07/12/2021, DJe 13/12/2021.

9. Com efeito, o grande desafio do Poder Judiciário, em relação ao deferimento dessas medidas é o de encontrar um *quantum* de equilíbrio entre a proteção do indivíduo, sob pena de frustrar os direitos individuais reconhecidos há mais de duzentos anos pela cultura constitucionalista ocidental, com a adequada repressão de ilícitos, sobretudo os praticados contra a Administração Pública. Se, por um lado, só com a devassa da privacidade da pessoa é que se torna possível o encontro de elementos suficientes para demonstração de sua culpabilidade, por outro, admitir fazer-se tábula rasa de tais direitos *tout court* representaria o retorno aquela forma de Estado onde o indivíduo não conte com qualquer salvaguarda.

10. Logo, há de medrar uma correlação entre os fatos sob apuração e a restrição ao direito de privacidade. É nesse ponto mínimo de equilíbrio que a decisão deve focar seu ônus argumentativo. Se os fatos delitivos que se apuram podem ser esclarecidos por meios outros, o recurso à devassa torna-se abusivo. É aqui onde começa a pescaria probatória, que se procura reprimir. Realmente, se não há qualquer conexão minimamente plausível entre a necessidade de obter elementos seguros de convicção a partir do desvelamento da privacidade, a medida judicial que a defere se converte em *fishing expedition*.

11. No caso concreto, embora haja elementos mínimos para o deferimento de parte das medidas, as peculiaridades da situação prática em exame exigem que a decisão judicial ora impugnada seja melhor cinzelada para dela se extrair a melhor razoabilidade nesse confronto valorativo que acima se pontuou. Frente a isto, tem-se que na situação em apreço o marco razoável às medidas constritivas que tenho por pertinentes em desfavor do paciente deve compreender o período em que o paciente tomou posse na função de Secretário Adjunto de Logística em Saúde, Administração e Finanças na Secretaria Municipal de Saúde de Natal/RN, até o mês em que ocorreu a conclusão do pagamento da pessoa jurídica no que pertine aos bens adquiridos pela municipalidade (meses de abril a junho de 2020).

12. Isso porque, no caso em análise, algumas medidas de quebra de sigilo não observaram qualquer correspondência, ou correlação temporal, com os fatos investigados. Com efeito, as quebras de sigilo bancário, telefônico e telemático se projetaram a períodos ou muitos posteriores ou muito anteriores aos fatos que se encontram sob investigação. Como dito acima, tais fatos se restringem ao momento em que ocorreu a autorização de abertura de processo para aquisição de ventiladores até o pagamento dos equipamentos (14/05/2020 a 03/06/2020). O Magistrado, na origem, levantou a privacidade dos dados, nos termos seguintes: (a) sigilo fiscal do período de 2019/2020; (b) sigilo bancário concernente ao período de 01/01/2019 a 31/12/2020; (c) sigilo telefônico concernente ao período de 01/01/2020 a 31/12/2020 e (d) sigilo telefônico telemático de 01/01/2020 até a data de recebimento da ordem judicial.

13. No que pertine à quebra de sigilo fiscal, a decisão determinou os afastamentos em relação aos anos de 2019 e 2020, argumentando que esta quebra se proporia à observância da evolução patrimonial do paciente. Aqui, tem-se, em conformidade com o que já foi consignado acima, que o lapso temporal escolhido se faz pertinente, haja vista a necessidade de se comparar o patrimônio do investigado antes e depois do exercício da função pública. De fato, a quebra de sigilo fiscal que interessa às investigações é a compreendida na decisão atacada, concernente aos anos-base fiscal de 2019 e 2020, com declarações a serem apresentadas em 2020 e 2021.

14. Quanto à quebra de sigilo bancário, deve guardar coerência/pertinência com o objeto da investigação, devendo se restringir aos meses de abril a junho de 2020. No pertinente, é de se considerar que embora a autorização de abertura do processo para aquisição dos ventiladores tenha acontecido somente em 14/05/2020, o paciente tomou posse na função de Secretário Adjunto em 08/04/2020 do mesmo ano. Como é factível a possibilidade de ter ocorrido, nesse contexto, atos de combinação prévios à dispensa, não se considera irrazoável, assim, retroagir a quebra ao momento em que o paciente passou a ter vínculo com a administração, o que justifica a quebra também para o mês de abril.

15. Destaque-se que fatos ocorridos em exercícios outros até podem ser posteriormente incluídos se evidenciada alguma conexão com os que atualmente estão sendo investigados, porém isso precisa ser concretamente demonstrado através da correlação com o levantamento do sigilo no período dos fatos investigados. Para além disso, considera-se, nesse primeiro momento, que fatos excessivamente anteriores ou ulteriores revelam grande risco de se vasculhar aleatoriamente a vida do cidadão (fishing expedition).

16. Pela mesma razão, a autorização de acesso às contas do paciente em períodos que ultrapassem a limitação acima não passa pelo crivo da proporcionalidade, já que a coleta de dados bancários em suas contas correntes deve se restringir àqueles com possibilidade real de evidenciar alguma suposta correlação com os fatos indicados. Inicialmente, os dados anteriores ao exercício da função pública, em princípio, não guardam relação com o objeto da demanda, pelo que não podem ser devassados, para tal devassa necessário seria a apresentação de um mínimo elemento concreto de ilicitude referente a esse momento, e não só considerações no sentido de que necessário seria averiguar como se deu a nomeação do paciente na função pública.

17. Com relação à quebra do sigilo telefônico, também deve guardar coerência/pertinência com o objeto da investigação, devendo se restringir, da mesma maneira, aos meses de abril a junho de 2020.

18. No que toca ao afastamento do sigilo telemático do paciente, eventualmente mais grave porquanto o Juízo Federal o decretou da seguinte maneira: (...) *no prazo de 20 dias, o conteúdo integral das caixas em questão, com as mensagens eletrônicas enviadas e e-mail recebidas, inclusive com os respectivos anexos, em relação ao período de 01/01/2020 até a data de recebimento da ordem judicial ou, caso o fornecimento dos dados com limite temporal não seja possível, o envio do conteúdo completo dessas caixas de tal como se encontram atualmente.* Aqui, particularmente, nota-se que a extensão da medida é tão ampla que toda e qualquer comunicação pode ser objeto de sindicância pelas autoridades, revelando-se medida muito mais próxima da pescaria probatória, do que propriamente medida útil a investigação.

19. Análise da medida de interceptação telefônica e suas prorrogações e do afastamento do sigilo de conteúdo do telefone do Paciente, incluindo WhatsApp e sua prorrogação. Aqui, tem-se pela não demonstração de razoabilidade da medida, veja-se que a decisão inicial pela interceptação telefônica foi deferida em 25/03/2021, com prorrogação que se deu na sequência, quando já passados quase dez meses dos fatos tidos como ilícitos investigados, não se mostrando compatível com a lógica modulatória correlacional entre o interesse da sociedade e o individual autorizar a escuta, especialmente porque nenhum elemento indiciário outro foi apontado como útil à persecução com a adoção da respectiva medida excepcional.

20. Inclusive, importante destacar, confirmando o reflexo genérico e especulativo da medida, que não se coaduna com os requisitos imprescindíveis à aceitação válida da escuta, que a decisão anota a necessidade da interceptação em decorrência de *permanência de suspeitos em seus cargos, o que traria a possibilidade de continuidade das condutas*. Tal aspecto abstrato não legitima que se relativize direitos fundamentais, nem se compatibiliza com o objetivo da medida, que deve ser adotada quando houver uma fundamentação casuística, apontando a cautelaridade como imprescindível à obtenção de informações sobre o fato específico investigado, na hipótese, compra irregular de equipamentos destinados ao combate da pandemia Covid-19, anotada pela acusação; veja-se trecho da decisão: *Destaca-se que, como bem frisado pelo MPF, é fato notório que neste ano de 2021 se observa uma continuidade da situação de calamidade decorrente da pandemia, estando os principais investigados ainda em suas respectivas funções públicas. Esse contexto aponta para uma possibilidade concreta de persistência das práticas delitivas, mediante aproveitamento da pandemia por agentes públicos e privados para desvio fraudulento de recursos públicos em benefício particular.*

*Ademais, tendo em vista que o uso do aplicativo Whatsapp tem sido recorrente para as comunicações no Brasil, determino também o afastamento dos dados em poder da empresa que o detém e administra.*

21. Os elementos do suposto crime descrito pelo órgão ministerial já teriam sido demarcados no tempo e no espaço e, à míngua de qualquer outro elemento concreto esclarecedor de que há interesse efetivo na interceptação para descobrir elementos novos quanto a isso, se revela despropositada a medida.

22. Na apreciação do tema 661, pelo STF, em 17/03/2022, restou consignado como imprescindível no deferimento de interceptações telefônicas, e suas prorrogações, a observância dos requisitos do artigo 2º da Lei nº 9.296/1996 (*Art. 2º Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses: I - não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal; II - a prova puder ser feita por outros meios disponíveis; III - o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção*), quando demonstrada a necessidade da medida diante de elementos concretos. Também a Corte Suprema destacou o seguinte: *a decisão judicial inicial e as prorrogações sejam devidamente motivadas, com justificativa legítima, ainda que sucinta, a embasar a continuidade das investigações. São ilegais as motivações padronizadas ou reproduções de modelos genéricos sem relação com o caso concreto*

23. Portanto, a conclusão é de que a decisão que entendeu pela interceptação telefônica e suas prorrogações e afastamento do sigilo de conteúdo do telefone do Paciente, incluindo WhatsApp e sua prorrogação, careceu de fundamentação válida, exigida pelo art. 5º da Lei 9.296/96, no sentido de apresentar concretamente elementos indicativos de sua imprescindibilidade, sobretudo porque decretada, como referido, em momento bem posterior ao fato, quando deveria mais ainda descrever de maneira clara e lógica a necessidade da medida para a situação específica examinada.

24. Registre-se que conforme entendimento sedimentado no Superior Tribunal de Justiça, a medida de busca e apreensão independe de contemporaneidade dos fatos, desde que haja um mínimo de conexão entre os fatos e a medida, por ter caráter real e não pessoal. De todo modo, como acima fundamentado, deve-se limitar a medida apenas aos documentos apreendidos entre os meses de abril e junho de 2020, liberando-se os demais, desde que no prazo de 30 dias após a comunicação da presente decisão não se venha a demonstrar perante a autoridade judiciária de primeiro grau efetiva e concreta conexão de documentos posteriores a junho de 2020 com os fatos ora em apuração.

25. Restou ausente, quando da decretação da medida de indisponibilidade de bens (bloqueio de valores), a indicação de existência de movimentações financeiras atípicas em contas bancárias dos investigados, haja vista inclusive a inexistência de análise quanto as quebras já efetuadas. A decisão pelo bloqueio, então, foi desprovida de uma fundamentação mais clara, vez que não pontuou elementos relativos a questões patrimoniais do paciente, que justificassem, na ocasião da medida, o bloqueio decretado. Veja-se que a decisão foi prolatada em 16/06/2021 e não mencionou, como consignado, dados da quebra de sigilo bancário e fiscal determinada em

11/12/2020, trazendo o seguinte trecho: *Fora esses elementos inicialmente trazidos pela autoridade condutora das investigações há ainda os documentos probatórios produzidos no âmbito dos processos de nº 0808754-38.2020.4.05.8400S (quebra de sigilo bancário e fiscal) e 0808950-08.2020.4.05.8400S (quebra de sigilo telefônico e telemático). No âmbito do primeiro, os dados ainda se encontram em processo de recebimento e análise. (...). Precedente: TRF5, Mandado de Segurança 0811598-04.2021.4.05.0000.*

26. No que diz respeito ao pedido de decretação de nulidade da decisão que procedeu o recebimento da denúncia, com a determinação de remessa dos autos ao MPF para que proponha o acordo de não persecução penal, o que se tem na ocasião é a indicação de supostos delitos (peculato e dispensa indevida de procedimento licitatório) que teriam sido perpetrados em concurso material e cujas penas mínimas somadas ultrapassariam o montante de quatro anos de reclusão, pelo que inexistiria o preenchimento de requisito para o acordo.

27. Ordem parcialmente concedida para: (1) manter a quebra do sigilo fiscal do paciente, com relação aos anos-base fiscal de 2019 e 2020, com declarações a serem apresentadas em 2020 e 2021; (2) manter a quebra do sigilo bancário, telefônico e telemático do paciente, restringindo-os aos meses de abril a junho de 2020; (3) considerar como inválidas a interceptação telefônica, e prorrogações, haja vista o tempo decorrido quando da determinação da medida, bem assim a ausência de demonstração de imprescindibilidade; (4) Limitar a medida de busca e apreensão aos documentos apreendidos entre os meses de abril e junho de 2020, liberando-se os demais, desde que no prazo de 30 dias após a comunicação da presente decisão não se venha a demonstrar perante a autoridade judiciária de primeiro grau efetiva e concreta conexão de documentos posteriores a junho de 2020 com os fatos ora em apuração.; e (5) afastar o bloqueio de valores.

28. É como voto.



Processo: **0811521-92.2021.4.05.0000**

Assinado eletronicamente por:

**BRUNO LEONARDO CAMARA CARRA - Magistrado**

Data e hora da assinatura: 31/03/2022 21:09:49

Identificador: 4050000.29765352



**Para conferência da autenticidade do documento:**

<https://pje.trf5.jus.br/pje/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam>