

MEDIDA CAUTELAR NA RECLAMAÇÃO 57.757 RIO DE JANEIRO

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES
RECLTE.(S) : ARY FERREIRA DA COSTA FILHO
ADV.(A/S) : FERNANDA PEREIRA DA SILVA MACHADO
ADV.(A/S) : MILLENA CRISTINA PEREIRA DA SILVA
RECLDO.(A/S) : JUIZ FEDERAL DA 8ª VARA FEDERAL CRIMINAL DO RIO DE JANEIRO
ADV.(A/S) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS
BENEF.(A/S) : NÃO INDICADO

DECISÃO: Trata-se de reclamação constitucional, com pedido liminar, ajuizada por Ary Ferreira da Costa Filho, em face do Juízo da 8ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro, ao argumento de violação ao enunciado da Súmula Vinculante nº 14, nos autos da ação nº 5003769-24.2021.4.02.5101.

A ação penal foi desencadeada no âmbito das denominadas Operações Calicute e Mascate, instauradas para investigar organização criminosa responsável pela prática de corrupção, fraude a licitações, cartel e lavagem de dinheiro na execução de obras públicas financiadas ou custeadas com recursos federais pelo Governo do Estado do Rio de Janeiro.

No caso, após a conclusão de representação fiscal com efeitos penais, o reclamante foi denunciado como incurso no art. 1º, I, c/c o art. 12, I e II, ambos da Lei 8.137/1990, em decorrência de suposta omissão de informações e prestação de informações falsas às autoridades fazendárias referente a pagamento do imposto de renda relativo ao ano calendário de 2011, no montante consolidado de R\$ 5.209.997,13 (cinco milhões, duzentos e nove mil, novecentos e noventa e sete reais e treze centavos).

O reclamante sustenta que a denúncia se originou de colaborações premiadas, as quais também serviram de base para a ação penal. No entanto, toda essa documentação, extremamente necessária, segundo ele, para a apresentação da resposta à acusação, não teria sido juntada aos autos. Por tal motivo requereu, sem êxito, ao Juízo que o material fosse colacionado, sob pena de se comprometer o contraditório e a ampla defesa (eDOC 1, pp. 6-8).

RCL 57757 MC / RJ

A ação seguiu seu curso e, ao final da audiência de instrução e julgamento, já na fase do art. 402 do CPP, o reclamante solicitou novamente o acesso integral às provas produzidas, alegando que a acusação teria juntado apenas os elementos que lhe se seriam convenientes. O pleito foi igualmente indeferido, o que ensejou o ajuizamento da presente reclamação (p. 9).

Nesta Corte, pleiteia a concessão liminar da ordem a fim de suspender o prazo para alegações finais da ação penal até o julgamento final da reclamação. No mérito, requer a procedência do pedido para:

“a. (d.i) reconhecer a violação à autoridade da decisão do STF no julgamento Quarto Agravo Regimental no Inquérito nº 4.435/DF;

b. (d.ii) reconhecer direito a íntegra dos atos de colaboração que foram anexados, parcialmente, no processo em epígrafe;

c. (d.iii) nulidade dos atos decisórios proferidos pelas autoridades reclamadas, notadamente das decisões proferidas nos autos da ação penal n.º 5003769- 24.2021.4.02.5101, e procedimentos que guardem pertinência e conexão, em especial, e da decisão de recebimento da denúncia nos autos da Ação Penal nos termos do art. 567 do CPP; e

d. (d.iv) reconhecimento da imprestabilidade dos elementos informativos colhidos no âmbito do processo e procedimentos conexos e de todos os elementos informativos dele derivados, direta ou indiretamente, nos termos dos arts. 157 e ss. do CPP” (p. 14)

Solicitei informações ao Juízo de origem, que as prestou em 48 horas (eDOC 17), considerando a urgência do caso, haja vista a notícia de que o prazo para a apresentação de alegações finais estaria na iminência de se iniciar (eDOC 14).

É o relatório.

Do conhecimento da reclamação

RCL 57757 MC / RJ

A reclamação, tal como prevista no art. 102, I, *l*, da Constituição, e regulada nos artigos 988 a 993 do Código de Processo Civil e arts. 156 a 162 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF), tem cabimento para preservar a competência do Tribunal ou garantir a autoridade das suas decisões, bem como para fazer prevalecer o entendimento de súmula vinculante contra ato administrativo ou decisão judicial que contrarie o seu enunciado (CF/88, art. 103-A, § 3º).

Trata-se de ação que resultou de criação jurisprudencial, conforme já defendi em âmbito doutrinário, tendo sido resultante da ideia de poderes implícitos (*implied powers*) que seriam atribuídos ao STF (MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1449).

A reclamação foi posteriormente incorporada ao RISTF em 1957, tendo adquirido *status* de competência constitucional com a Carta de 1988 (art. 102, I, *l*).

No âmbito da jurisprudência, esta Corte já ressaltou a importância desse instrumento de extração constitucional, inobstante a origem pretoriana de sua criação (RTJ 112/504), destinado a viabilizar, na concretização de sua dupla função de ordem político-jurídica, a preservação da competência e a garantia da autoridade das decisões do Supremo (Rcl. 336, rel. Min. Celso de Mello, julgada em 19-12-1990, DJ de 15-3-1991).

No caso, pretende o reclamante a observância do enunciado da Súmula Vinculante nº 14:

“É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.”

A Súmula apontada como violada confere, de fato, ao defensor, no interesse do investigado, amplo acesso aos elementos já documentados

nos autos, desde que não se refiram a diligências em andamento que possam ser frustradas em razão da divulgação.

Ao mesmo tempo, o Supremo Tribunal Federal tem reconhecido o direito do réu delatado de acesso aos termos de colaboração premiada, sempre que o ato de colaboração apontar, direta ou indiretamente, para a responsabilidade criminal do requerente.

Assim, observo a adequação da presente ação às normas de competência previstas no art. 102, I, "I" e art. 103-A, §3º, da CF/88 e reputo ser o caso de conhecimento da reclamação.

Dos requisitos necessários à concessão do pedido liminar

A concessão de medida liminar em processo judicial dá-se em caráter excepcional e pressupõe a comprovação do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*, ou seja, a demonstração da plausibilidade das alegações do reclamante e de risco da ocorrência de dano irreparável ou de difícil reparação.

Sem prejuízo de melhor análise por ocasião do julgamento de mérito, parece-me que, à primeira vista, ambos os requisitos estão presentes no caso, dando ensejo à concessão da liminar.

a) Da fumaça do bom direito

A defesa alega violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório, pois não teria tido acesso a colaborações premiadas, as quais supostamente serviram de base para o oferecimento da denúncia em desfavor do reclamante.

Na espécie, Ary Ferreira da Costa Filho é acusado da prática de crime de sonegação fiscal em virtude da ocultação de patrimônio. A sua evolução patrimonial teria ocorrido em descompasso com informações prestadas nas declarações de imposto de renda, ano calendário de 2011 (eDOC 4, pp. 8-9).

O reclamante solicitou, em duas oportunidades, ao Juízo da 8ª Vara

Federal Criminal do Rio de Janeiro a juntada das colaborações premiadas supostamente utilizadas para fins de denúncia.

A primeira delas foi postulada para que ele pudesse apresentar resposta à acusação. A segunda, ao findar a audiência de instrução e julgamento (eDOC 10, p. 2), ocasião em que aberta vista à defesa para o requerimento de diligências complementares (art. 402 do CPP).

Quanto ao indeferimento formulado para fins de resposta à acusação, o Juízo da 8ª Vara Federal, consoante as informações prestadas, aduziu que a negativa se deu **porque os documentos não compunham os autos da ação penal** — afirma que as delações foram homologadas perante a 7ª Vara Federal — razão pela qual o **magistrado nem sequer deles tinha ciência**. Por esse motivo, pondera que **tais elementos não serviriam como pré-condição para o início do prazo de apresentação de defesa** (eDOC 18, pp. 5 e 7). Diz, ainda, que a imputação de sonegação fiscal decorreria da constituição definitiva de crédito tributário apurado em regular procedimento administrativo fiscal, não havendo pertinência com os fatos referidos nos acordos de colaboração premiada.

Em acréscimo, o citado magistrado destacou que a menção aos acordos no item 1 da denúncia — “Contextualização da investigação” —, como o próprio título do item sugere, foi feita apenas para explicitar quem seria o reclamante e a sua conexão com a Operação Lava Jato. **Não haveria comprovação, afirma, “de que os fatos narrados pelos aludidos colaboradores teriam embasado a deflagração da presente ação penal ou seriam utilizados para fins probatórios em desfavor do requerente”** (p. 6).

Esse entendimento foi confirmado, em outras duas oportunidades, pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, que em sede de *habeas corpus* impetrado pela defesa, indeferiu a ordem.

O pleito foi reiterado e, mais uma vez, rejeitado na fase do art. 402 do CPP. De acordo com o magistrado, o acesso aos documentos seria desnecessário para o exercício do direito de defesa em relação crime tributário. Afirma que os pedidos formulados pela defesa seriam **“irrelevantes, impertinentes e protelatórios”**. (eDOC 10) (grifei).

Não obstante os fundamentos apresentados para a negativa do

pedido, percebe-se que, em nenhum momento, o magistrado afirma que o reclamante não foi citado nos depoimentos prestados pelos réus colaboradores. Antes, há indícios plurais e consistentes de que parte dos documentos produzidos pelos colaboradores fazem referência expressa a condutas praticadas pelo acusado.

A esse respeito, a jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que o acesso às delações premiadas deve ser garantido caso estejam **presentes dois requisitos**: um positivo, o ato de colaboração deve apontar a responsabilidade criminal do requerente; e outro negativo, o ato de colaboração não deve referir-se à diligência em andamento.

A Segunda Turma tem assentado importante posicionamento no sentido de assegurar a **efetividade da ampla defesa e do contraditório aos réus delatados**, garantindo o acesso aos termos em que tenham sido citados e que não tenham diligências em curso que possam ser prejudicadas, nos termos da Súmula Vinculante nº 14 deste STF.

Não há dúvidas de que o **direito à prova é essencial ao devido processo e ao direito à ampla defesa** (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. RT, 1997. p. 77-90; FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 7ª ed. RT, 2012. p. 79-83). Além disso, cabe ao Juízo realizar um controle de admissibilidade de provas requeridas pelas partes, com base em critérios de relevância e pertinência, de modo a indeferir provas consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias (art. 400 do CPP). No entanto, isso deve ocorrer a partir da audiência de instrução e julgamento, ou seja, após a colheita da prova, oportunidade em que poderá efetuar a valoração do que produzido.

Ademais, é necessário ter em mente que, com a devida vênia, **não é papel do magistrado definir se o acesso aos documentos é pertinente, ou não, para a construção das teses defensivas**. Essa atribuição, por óbvio, somente pode ser desempenhada pelos advogados constituídos nos autos, a quem deve ser disponibilizado amplo acesso aos elementos de prova que apontem, de qualquer forma, para a responsabilização penal do acusado.

Preenchido esse requisito, é dever do magistrado deferir o acesso aos documentos produzidos pelo réu colaborador, nos exatos termos da Súmula Vinculante 14.

No presente caso, ao que tudo indica, **os elementos de prova acostados aos acordos de colaboração premiada mencionam expressamente condutas praticadas pelo reclamante.** Evidencia-se, portanto, a plausibilidade jurídica do direito postulado.

b) Do perigo da demora

Em petição acostada em 3.2.2023 (eDOC 14), o reclamante reitera a urgência na concessão da liminar e noticia a ocorrência de sua intimação, em 1º.2.2023, para a apresentação de alegações finais no âmbito da ação penal.

Considerando a fase processual em que a ação se encontra, entendo que a medida liminar deve ser deferida ante a proximidade do encerramento da instrução criminal. Afinal, corre-se o risco de prolação de sentença, com risco de posterior invalidação, caso comprovado que os advogados não tiveram acesso aos documentos indispensáveis para o exercício do direito de defesa, o que traria prejuízos ainda maiores para o andamento do processo na origem.

Nesse sentido, reporto-me ao seguinte precedente:

“Efetivamente corre-se o risco de realizar o ato processual e, posteriormente, ser declarada a sua nulidade, caso comprovado que a defesa não teve acesso aos documentos e elementos a que faz menção na petição inicial, o que traria prejuízos ainda maiores para o andamento do processo na origem. Portanto, considerando essa particularidade, defiro parcialmente o pedido liminar tão somente para suspender a realização da audiência marcada para o próximo dia 23 de novembro de 2020, até ulterior decisão nestes autos. (STF - Rcl: 44789, Relator: GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 20/11/2020, Data de Publicação: 23/11/2020)”

Dispositivo

Ante o exposto, **concedo medida liminar** para suspender o andamento da ação penal nº 5003769- 24.2021.4.02.5101, em trâmite na 8ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro, até o julgamento final da presente reclamação.

Submeto esta decisão a referendo da Turma, nos termos do art. 21, inciso V, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Abra-se vista a à Procuradoria-Geral da República para parecer.

Em razão da urgência, atribuo à decisão força de mandado/ofício.

Publique-se. Intime-se, com urgência.

Brasília, 10 de fevereiro de 2023.

Ministro **GILMAR MENDES**

Relator

Documento assinado digitalmente