



**EXCELENTÍSSIMO SENHOR SENADOR PRESIDENTE DO
CONSELHO DE ÉTICA E DECORO PARLAMENTAR DO
SENADO FEDERAL**

Autos de Representação 01/2015

DELCÍDIO DO AMARAL GOMEZ, já devidamente qualificado nos autos de representação em epígrafe, por seus bastantes procuradores infra-signatários vem, respeitosamente, por esta e na melhor forma de direito, apresentar suas

ALEGAÇÕES FINAIS

com supedâneo no art. 17-I do Regimento Interno do Conselho de Ética e Decoro Parlamentar do Senado Federal (Resolução nº 20/1993), pelos motivos de fato e de direito doravante articulados:

Primeiramente, a Defesa pede vênia para se valer de um breve *sumário* das presentes alegações finais, para mapear mais claramente o roteiro das teses aqui ventiladas:

- I.- Histórico Fático e Processual;
- II.- Preliminarmente: Inépcia da Representação;
- III.- Preliminarmente: Nulidade da Prova Anônima;
- IV.- Preliminarmente: Suspeição do Relator e de Parte do Conselho;
- V.- Preliminarmente: Nulidade da Gravação: Meio Enganoso de Prova;
- VI.- Preliminarmente: Do Necessário Encaminhamento do Feito à CCJC;
- VII.- Preliminarmente: Tramitação do Feito sob Licença Médica;
- VIII.-Preliminarmente: Negativa de Oitiva de Testemunhas;
- IX.- Preliminarmente: Revogação de Direito Adquirido;
- X.- Preliminarmente: Indeferimento de Prova Pericial;
- XI.- Preliminarmente: Supressão do Interrogatório;
- XII.- Preliminarmente: Inversão Tumultuária do Procedimento;
- XIII.- Preliminarmente: Falta de Acesso Prévio ao Iminente Aditamento;
- XIV.-Mérito: Da Improcedência das Imputações;
- XV.- Alternativamente: Da Eventual Aplicação de Sanção Disciplinar;
- XVI.- Do Pedido

- I -

HISTÓRICO FÁTICO E PROCESSUAL

Ainda ano passado, em 01º de dezembro de 2015, foi protocolizada representação contra o Senador DELCÍDIO DO AMARAL GOMEZ perante o Conselho de Ética e Decoro Parlamentar do Senado Federal. Na ocasião, a parte representante não inventariou nenhuma prova a ser produzida no curso da instrução.

Após a notificação da defesa, foi apresentada a denominada “*defesa prévia*”, na qual, a exemplo da parte representante, o representado também não indicou nenhuma prova a ser produzida no curso da instrução do processo de cassação.

Em seguida, o Conselho de Ética e Decoro Parlamentar do Senado Federal houve por bem, *sponte propria*, tomar a iniciativa de, sem provocação das partes, determinar a produção de provas *ex officio*, convocando, para tanto, três testemunhas, a saber: DIOGO FERREIRA, EDSON RIBEIRO e BERNARDO CERVERÓ – os três interlocutores do indigitado diálogo ensejador da representação.

Diante da superveniência deste fato novo – qual seja a convocação de testemunhas por parte do Conselho de Ética e Decoro Parlamentar do Senado Federal –, a Defesa pleiteou que também lhe fosse reaberto prazo para indicação de testemunhas. Mais do que isto: requereu, outrossim, fosse oficiado ao SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL que houvesse o traslado de todas provas constantes do procedimento judicial que tramita sob o n. 4170, mormente a mídia com a gravação autenticada do diálogo entre DELCÍDIO DO AMARAL, DIOGO FERREIRA, EDSON RIBEIRO e BERNARDO CERVERÓ.

Deliberando sobre o pleito da defesa, o Conselho de Ética e Decoro Parlamentar do Senado Federal decidiu que, a fim de evitar a abertura de oportunidade para indicação de testemunhas por parte da Defesa, desisti-

riam, como efetivamente desistiram, da oitiva das testemunhas convocadas *ex officio*. Entrementes, no que tangeu especificamente à expedição de ofício ao SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL para traslado de provas, máxime a mídia com a gravação autenticada do indigitado diálogo, o Conselho de Ética e Decoro Parlamentar do Senado Federal houve por bem aquiescer com o pleito defensivo, deferindo a providência e aprazando, desde logo, o interrogatório do representado.

Em seguida, contudo, a Defesa aviou novo petitório, dando conta de um fato novo: além de estar sob *licença médica*, o que, por si só, já deveria ter ensejado a suspensão do procedimento (fundamento da primeira impetração de Mandado de Segurança, *sub judice*, ainda não julgado definitivamente perante o Egrégio SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL), o Senador representado submeteu-se a invasiva intervenção cirúrgica para extração da vesícula, bem como a retirada de pólipos intestinais, o que inviabilizava o seu comparecimento perante o Conselho de Ética, a fim de que pudesse ser interrogado.

Apreciando a petição da defesa, o Conselho de Ética e Decoro Parlamentar do Senado Federal decidiu, *em primeiro lugar*, pelo adiamento do interrogatório do Senador representado e, *em segundo lugar*, pela manutenção do ofício ao STF, com o traslado das provas, bem como a abertura de prazo de 05 (cinco) dias para a defesa se manifestar sobre as provas trasladadas.

Todavia, em nova deliberação, o Conselho de Ética e Decoro Parlamentar do Senado Federal, sem nenhum *fato novo* que justificasse tal medida, voltou atrás, revogando a decisão anterior, proferindo novo provimento desdobrado em três partes:

Primeiro, revogou-se a (outrora deferida) expedição de ofício ao SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, para o traslado das provas.

Segundo, restou decidido que a defesa não teria mais o (outrora deferido) prazo para se manifestar sobre tais provas.

Terceiro, por fim, restou deliberado que o Senador representado teria três alternativas para ser interrogado:

- (a) ser interrogado presencialmente;
- (b) ser interrogado por videoconferência; ou
- (c) ser interrogado por comitiva do Conselho de Ética que fosse até o local onde ele se encontra.

Caso contrário, o processamento do feito transporia o interrogatório sem que o representado fosse ouvido, e tal fase seria suprimida, com a conseqüente abertura de prazo para que as partes apresentassem alegações finais e o feito prosseguisse em seus ulteriores termos.

Diante dessa nova deliberação, a Defesa protocolizou outro petítório aduzindo, em síntese, que a revogação do deferimento de produção de provas ofendia “*direito adquirido*” já incorporado, por assim dizer, ao *patrimônio jurídico* da defesa.

Mais do que isto: o representado não poderia ser interrogado sem que houvesse, antes, o (necessário e, por isso mesmo, outrora deferido) traslado das provas acostadas aos autos que se encontram com remessa externa à PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA para fins de aditamento da denúncia.

Assim, pleiteou-se o sobrestamento do feito até que houvesse a devolução dos autos do MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL perante o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Analisando monocraticamente o pedido da defesa, o Senador Presidente do Conselho de Ética e Decoro Parlamentar do Senado Federal indeferiu o sobrestamento do feito.

Levado o pedido à deliberação do colegiado, em sessão ocorrida no dia 26 de abril de 2016, igualmente, foi negado o sobrestamento do feito. E mais: o relator declarou encerrada a instrução, abrindo prazo à defesa para apresentação das alegações finais. Nesta mesma ocasião, restou aprazada para a próxima terça-feira, dia 03 de maio de 2016, nova reunião deliberativa do Conselho de Ética.

Após isso, ainda no mesmo dia, os veículos de comunicação passaram a noticiar que a vindoura reunião teria por objeto a votação do parecer do relator. Diante disso, a Defesa aviou nova petição a Sua Excelência, o Presidente do Conselho de Ética, requerendo que fosse esclarecido o objeto da nova reunião.

Em decisão monocrática que apreciou a petição da defesa, restou cravado que a reunião de 03 de maio terá por objeto “a apreciação do parecer do relator”.

Em síntese, este é o inventário dos fatos para o que releva destacar no presente caso.

– II –

PRELIMINARMENTE

Inépcia da Representação

Olhos postos na peça exordial acusatória, por mais que se pretenda fazer uma leitura atenta de seus (truncados) termos, não se consegue vislumbrar exatamente qual o *fato* ensejador da representação.

Permeada de circunlóquios que giram em torno de si e chegam a lugar nenhum, as malversadas construções vertidas na estapafúrdia peça inaugural não revelam com mínima clareza no que teria consistido exata-

mente a quebra de decoro.

Explica-se.

De acordo com o Regimento Interno do Conselho de Ética e Decoro Parlamentar do Senado Federal (**Resolução nº 20/1993**), as proibições comportamentais do Senador se desdobrariam em três espécies:

- (a) as vedações constitucionais, previstas no art. 3º;
- (b) as vedações éticas, capituladas no art. 4º; e
- (c) as incompatibilidades éticas com o decoro parlamentar, previstas no art. 5º.

No caso em tela, pelo que se depreende da representação, a imputação lançada contra o Senador DELCÍDIO DO AMARAL estaria contida na *terceira modalidade* de proibição comportamental, qual seja, a suposta *quebra do decoro* parlamentar.

Contudo, o **art. 5º** do Regimento Interno prevê diversas hipóteses de *quebra do decoro*. Vejamos:

“Art. 5º Consideram-se incompatíveis com a ética e o decoro parlamentar:

I – o abuso das prerrogativas constitucionais asseguradas aos membros do Congresso Nacional;

II – a percepção de vantagens indevidas (Constituição Federal, art. 55, §1º) tais como doações, ressalvados brindes

sem valor econômico;

III – a prática de irregularidades graves no desempenho do mandato ou de encargos decorrentes.

Parágrafo único. Incluem-se entre as irregularidades graves **para fins deste artigo**:

I – a atribuição de dotação orçamentária, sob a forma de subvenções sociais, auxílios ou qualquer outra rubrica, a entidades ou instituições das quais participe o Senador, seu cônjuge, companheira ou parente, de um ou de outro, até o terceiro grau, bem como pessoa jurídica direta ou indiretamente por eles controlada, ou ainda, que aplique os recursos recebidos em atividade que não correspondam rigorosamente às suas finalidades estatutárias;

II – a criação ou autorização de encargos em termos que, pelo seu valor ou pelas características da empresa ou entidade beneficiada ou contratada, possam resultar em aplicação indevida de recursos públicos”.

Ocorre que a Representação não indica em qual das hipóteses de *quebra de decoro* teria incorrido o Senador DELCÍDIO DO AMARAL. Com efeito, a Representação é pródiga em vituperar ignomínias e maledicências contra o Senador DELCÍDIO. Todavia, quando se trata de amoldar tecnicamente em qual hipótese de tipicidade concreta teria incorrido a sua conduta, a Representação deixa um vazio, sintomático da sua inépcia.

Mas, talvez para não ficar completamente sem capitulação jurídica, ao final, a esdrúxula Representação aduz que “*verifica-se no caso em tela cristalina ofensa à vedação disposta no art. 5º, III, do Código de Ética e Decoro Parlamentar*”.

Eis aí, portanto, a indecifrável capitulação: **art. 5º, III, do Código de**

Ética e Decoro Parlamentar. Todavia – e aí a razão da inépcia –, a tipicidade do aludido dispositivo é deveras aberta.

Segundo tal dispositivo, a *quebra do decoro* ocorreria mediante a prática de “*irregularidades graves*”. Daí, o inevitável questionamento: o que seriam essas tais “*irregularidades graves*”, capazes de configurar *quebra de decoro*?

A abertura conceitual é tão vaga e imprecisa que o legislador regimentalista houve por bem esclarecer no **parágrafo único do art. 5º** duas hipóteses em que, “*para fins deste artigo*”, restaria configurada a tal “*irregularidade grave*”:

- (a) atribuição de dotação orçamentária para locupletamento indevido direto ou indireto do Senador; e
- (b) aplicação indevida de recursos públicos, mediante criação ou autorização de encargos.

Como se vê, nem uma, nem outra hipótese de encaixam na conduta atribuída ao Senador na representação.

Os mais precipitados objetariam: “*ah, mas essas hipóteses de irregularidades graves, dispostas no parágrafo único são meramente exemplificativas, até porque a redação do dispositivo inicia com a locução ‘incluem-se’, o que sugere que outras hipóteses também podem configurar irregularidades graves*”.

Não! Em absoluto! Explica-se:

Em primeiro lugar, em se tratando de tipicidade, o princípio da legalidade estrita exige interpretação restritiva da norma incriminadora. Para que se considere típica a conduta, é necessário norma escrita (*lex scripta*), estrita (*lex stricta*) e clara (*lex certa*) sobre quais as elementares descritivas da conduta incriminada. Não se pode adotar uma hermenêutica extensiva, para, por analogia, ampliar o espectro incriminador da norma.

Em segundo lugar, a interpretação da expressão “*incluem-se*” deve ser restritiva. Mas, ainda que se admitisse, apenas para efeitos de argumentação, *ad argumentandum tantum*, a hipótese de que seria possível fazer uma interpretação extensiva, para ampliar as hipóteses de “*irregularidades graves*”, a analogia deveria se assemelhar as incisos do **parágrafo único**.

Com efeito, fica claro que o conceito de “*irregularidade grave*”, para o legislador regimentalista tem a ver com enriquecimento do parlamentar às custas do erário público, com locupletamento indevido às expensas dos cofres do Estado, enfim, com a idéia de desvio de recursos. Qualquer interpretação extensiva deve ter caracteres análogos aos do parágrafo único.

Nada disso foi ventilado na inicial. Em suma, a conduta imputada na representação não se acomoda na tipificação pretendida pela peça inicial de representação contra o Senador DELCÍDIO DO AMARAL.

Tanto é assim que, ao final, no requerimento, a representação pleiteia a aplicação da sanção de *perda do mandato*, conforme previsto no **art. 7º, alínea “d”**, do Regimento Interno do Conselho de Ética e Decoro Parlamentar do Senado Federal.

Ocorre que a aplicação da pretendida sanção disciplinar, qual seja a perda do mandato, só pode ocorrer nas hipóteses previstas no **art. 11** do Regimento Interno:

“Art. 11. Serão punidas com a perda do mandato:
I – a infração de qualquer das proibições constitucionais referidas no art. 3º;
II – a prática de qualquer dos atos contrários à ética e ao decoro parlamentar capitulados nos arts. 4º e 5º (Constituição Federal, art. 55)”.

Mas, fica claro que a hipótese pretendida pela representação, qual seja a punição com a perda do mandato, por ofensa ao **art. 5º, III**, do Regimento Interno não é aplicável, sequer em tese, à hipótese em exame.

Ora, a identificação de uma hipótese acusatória clara é a primeira garantia individual de quem se vê imputado. Sem embargo, o direito de saber os contornos fáticos precisos da imputação é garantia individual que se confunde com a própria defesa do acusado. É a partir do brocardo latino “*narra mihi factum, dabo tibi jus*”, que se consubstancia a garantia de defesa, na performance do direito de conhecer as definições da acusação que

pesa contra o indivíduo.

No caso em tela, a imprecisão dos fatos e a narrativa tortuosa da acusação deixam uma indefinição muito aberta acerca dos reais contornos da acusação.

Portanto, diante do exposto, requer-se preliminarmente seja declarada a nulidade *ab initio* do presente procedimento de representação, tendo em vista a inépcia da peça exordial acusatória.

– III –

PRELIMINARMENTE

Nulidade da Prova Anônima

Antes de se enfrentar a presente preliminar, cabe fazer um esclarecimento oportuno acerca do princípio da eventualidade que anima a defesa. Com efeito, o princípio da eventualidade permite que a defesa sustente teses alternativas, que a princípio podem soar incompatíveis entre si. Por isso, o fato de, por exemplo, a defesa afirmar que a prova é imprestável porque é anônima e apócrifa não a impede de, alternativamente, superada esta preliminar, valer-se de eventuais transcrições para sustentar uma tese subsidiária.

Feito tal esclarecimento preambular, passemos, pois, à análise da nulidade propriamente dita.

Não há mínima base probatória idônea a ensejar sequer o conhecimento da representação, com laivos de *justa causa*.

O único elemento de prova que pretende lastrear a malsinada imputação vertida na confusa e fantasiosa representação é um documento apócrifo – mais do que apócrifo, anônimo – que se autodenomina de “degravação”.

Mas, antes de se enfrentar concretamente tal documento, impende obtemperar uma observação justa e oportuna.

Durante o tramitar do processo, a Defesa aviou petição à mesa diretiva do Conselho de Ética, a partir do e-mail de um dos escritórios de advocacia que patrocinam a defesa do Senador DELCÍDIO DO AMARAL. E, como se tratava de documento proveniente de origem demonstrada na conta de e-mail, a digitalização do petítório foi feita sem o *escaneamento* da assinatura eletrônica dos advogados, embora todos eles estivessem identificados, ao final do documento. Foi o que bastou para que o Relator, durante a sessão de 26 de abril de 2016, escancarasse, pasmo, aquele pecadilho consistente na falta de assinatura da petição, como se fosse um defeito irremediável do requerimento.

Tanto pior no caso do documento que instrui a representação! Nem identificação de quem teria feito a tal “degravação” não existe. Nada. Mui-

to menos assinatura. A julgar pela lógica do próprio Relator, se uma simples petição identificada, porém não subscrita, já foi suficiente para que o Relator se dignasse a consignar a falta de assinatura, o que não se dirá de um documento, além de apócrifo, anônimo, que se arvora à condição de “*prova*” da acusação, no qual não há sequer a identificação de quem teria feito a indigitada de gravação?!

Mas não é só!

O anonimato do aludido documento ganha contornos de clandestinidade quando se considera que a *base empírica* do diálogo gravada não está acostada aos autos. Não se tem a gravação nos autos! O que se tem é um documento anônimo, quase que clandestino, urdido sabe-se lá Deus por quem e sob quais circunstâncias, que se arvora à condição de “*degravar*” um suposto diálogo, cuja base material não está carregada aos autos.

Com efeito, a *materialidade* está seriamente comprometida no caso em exame. A atribuição de alocações verbais a interlocutores de um suposto diálogo, sem nenhuma base documental não pode ter o condão de ensejar materialidade, à míngua da gravação originária que lhe servisse de substrato concreto para lastrear o documento.

Tanto é assim que, num primeiro momento, o Conselho de Ética, sensível aos reclamos da defesa, houve por bem deferir o pedido de expedição de ofício para que o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL trasladasse

cópia autenticada da mídia magnética que contém o indigitado diálogo.

Aqui, não se discute (ainda) o mérito das imputações ou a ausência de provas. O que se pretende é mostrar a imprestabilidade do meio de prova que pretende subsidiar a representação.

Não há mínima credibilidade ou verossimilhança no documento anônimo e apócrifo que se autodenomina de “degravação”, sem que haja a respectiva “gravação” que lhe confira de lastro de materialidade.

– IV –

PRELIMINARMENTE

Suspeição do Relator e de Parte do Conselho

Após a leitura do relatório, logo no início do procedimento, o Senador TELMÁRIO MOTA, inebriado pelos holofotes da imprensa, veio a público, perante os microfones de jornais e revistas, dando entrevista, no bojo da qual antecipou juízo meritório, vituperando ignomínias contra a honra do impetrante, deixando transparecer indisfarçável predisposição condenatória, além de um juízo de (des)valor sobre a sua pessoa.

Foi o estopim, para que, em questão de minutos, os órgãos de imprensa veiculassem suas maledicências em detrimento da serenidade e do equilíbrio que devem pautar a equidistância de quem se coloca a julgar o destino alheio.



A garantia constitucional de um julgador imparcial constitui uma das mais relevantes conquistas democráticas de um Estado de Direito. A partir do momento em que o julgador se envereda por lançar juízos prematuros de (des)valor em prejuízo do Representado começam a soçobrar as vigas mestras que alicerçam a edificação da equidistância e de um julgamento neutro.

É o caso dos autos!

Quando, em entrevista perante os órgãos da imprensa, o Relator antecipa que um eventual colaborador da Justiça trata-se de “réu confesso”, está havendo aí de forma explícita um juízo objetivo de valor que impõe sobre o Representado a pecha de (pré)condenado, em nítida violação ao

princípio constitucional da presunção de inocência (ou de não culpabilidade, como preferem alguns), previsto no **artigo 5º, LVII** da magna Carta.

Como se isso não fosse o bastante, para coroar a parcialidade com que o Relator referiu-se ao Representado, o Senador TELMÁRIO MOTA ainda lançou a pecha de “*frouxo*” sobre o colaborador da Justiça.

Nada mais absurdo! ¿¿¿Com que isenção, com que imparcialidade, o Relator irá se pronunciar, ao final da instrução, se, desde logo, já impinge sobre o colaborador da Justiça o ignominioso rótulo de “*frouxo*”???

Embora se trate de procedimento disciplinar em trâmite na esfera administrativa, o Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou, em precedentes sobre a nulidade que maculou procedimento administrativo pela suspeição/impedimento do relator:

RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. MAGISTRADO. PENALIDADE DE DISPONIBILIDADE, COM VENCIMENTOS PROPORCIONAIS. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE IMPEDIMENTO DOS *DESEMBARGADORES QUE PARTICIPARAM NO PROCESSO DISCIPLINAR. DESEMBARGADOR RELATOR DA SINDICÂNCIA E DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. IMPARCIALIDADE E IMPEDIMENTO EVIDENCIADOS. NULIDADE DO ATO IMPETRADO. PRECEDENTE. 1. (...) 3. Há impedimento de desembarga-*

dor para relatar processo administrativo disciplinar instaurado em face de magistrado se, ao se manifestar também como relator na sindicância prévia à abertura do feito disciplinar, não se restringe a uma análise superficial e perfunctória das infrações imputadas ao recorrente, mas se pronuncia de forma conclusiva em desfavor do magistrado. Precedente. 4. Recurso ordinário provido em parte. (RMS 19477/SP – Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura – DJ 17/12/2009).

É de se rechaçar a forma tendenciosa, sintomática de parcialidade e eivada de juízos condenatórios preconcebidos, com que Relator vem pautando sua conduta. A Defesa não pode se furtar de indigitar veementemente a indisfarçável inclinação condenatória que o Relator deixou transparecer em sua entrevista, prenhe de ignomínias vituperadas em detrimento de DELCÍDIO DO AMARAL.

Não foram meros juízos apriorísticos, que tangenciaram colateralmente o mérito, naquilo que de inevitável existe, quando se trata de exame de admissibilidade.

Mais do que isto: os juízos de valor transbordaram os limites da cognição rarefeita que se tem em sede de admissibilidade, atingindo mesmo o núcleo nevrálgico do mérito (“réu confesso”), máxime quando o Relator etiquetou o representado sob o malfadado rótulo de “frouxo”, entre outras adjetivações lançadas a respeito de DELCÍDIO DO AMARAL, classificando-o, de antemão, como “réu confesso”, antes mesmo de processado o feito.

Entretantes, este é apenas o *pano de fundo* do vertente caso, para que se possa contextualizar os prejuízos decorrentes da atuação parcial do Relator, no caso em testilha. Não se trata aqui de, novamente, (re)opor *exceção de impedimento* ou de *suspeição* perante a presidência do Conselho de Ética e Decoro.

O objeto deste petítório, em sede de alegações finais, é outro. Não se trata de simplesmente argüir ou pretender a suspeição do Relator. Mais do que isto! Trata-se de mostrar a absoluta impossibilidade de um julgamento minimamente imparcial, diante da notória tendência condenatória com que o Relator se reportou a DELCÍDIO DO AMARAL.

O **art. 564, III, do Código de Processo Penal** estabelece que “*a nulidade ocorrerá*”, por “*incompetência, suspeição ou suborno do juiz*”. Note-se que a suspeição do juiz é tão grave que o legislador a equipara ao suborno.

Como se vê, trata-se de nulidade absoluta, impreclusiva, argüível a qualquer tempo e grau de jurisdição, da qual se presume o prejuízo, em vilipêndio à Constituição da República. As hipóteses de suspeição são corolárias do princípio maior de imparcialidade da jurisdição.

Nem se alegue a eventual inaplicabilidade da referida norma processual penal, vez que o artigo 26-B do Código de Ética e Decoro Parla-

mentar prevê a aplicação subsidiária do Código de Processo Penal ao processo disciplinar, veja-se:

Art. 26-B. Aplicar-se-ão, subsidiariamente, ao processo disciplinar parlamentar, a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (Lei de Processo Administrativo), o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), e a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), no que for cabível.

Aliás, como se trata de tema que tangencia visceralmente direito constitucional, o Colendo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL já anulou processo disciplinar de apuração de *quebra de decoro* parlamentar que violou garantia constitucional do representado. Veja-se:

PARLAMENTAR. Perda de mandato. Processo de cassação. Quebra de decoro parlamentar. Inversão da ordem das provas. Reinquirição de testemunha de acusação ouvida após as da defesa. Indeferimento pelo Conselho de Ética. Inadmissibilidade. Prejuízo presumido. Nulidade conseqüente. Inobservância do contraditório e da ampla defesa. Vulneração do justo processo da lei (due process of law). Ofensa aos arts. 5º, incs. LIV e LV, e 55, § 2º, da CF. Liminar concedida em parte, pelo voto intermediário, para suprimir, do Relatório da Comissão, o inteiro teor do depoimento e das referências que lhe faça. Votos vencidos. Em processo parlamentar de perda de mandato, não se admite aproveitamento de prova acusatória produzida após as provas de defesa, sem oportunidade de contraditório real. (MS 25647 MC, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 30/11/2005, DJ 15-12-2006 PP-00082 EMENT VOL-02260-02 PP-00227)

Olhos postos no referido precedente, denota-se que o Colendo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL garantiu a plena aplicabilidade da Constituição Federal, mesmo em se tratando de processo de cassação de mandato.

Como se isso não fosse o bastante, durante as reuniões do Conselho de Ética, vários parlamentares já anteciparam juízos de valor sobre o mérito das imputações lançadas contra o ora representado.

A propósito, o Senador RANDOLFE RODRIGUES que tem sido muito candente em suas ponderações no Conselho de Ética, mais do que subjetivamente suspeito, é objetivamente impedido de deliberar das votações do vertente caso.

Isto porque o aludido Senador (RANDOLFE RODRIGUES) é um dos subscritores que juntamente com JOSÉ MEDEIROS e RONALDO CAIADO endossaram a petição inicial!!! Neste sentido, assinaram um documento de *“apoio a representação no Conselho de Ética e Decoro Parlamentar do Senado Federal”* contra o Senador DELCÍDIO DO AMARAL.

Todavia, malgrado o notório impedimento do Senador RANDOLFE RODRIGUES, posto que subscritor de endosso à petição inicial, o mesmo vem, não só participando das deliberações do Conselho, mas também e-

xercendo protagonismo central nas intervenções que, não por coincidência, soem ser contrárias à defesa do Representado.

Ainda que não seja propriamente o relator, a participação do Senador RANDOLFE RODRIGUES nas deliberações do Conselho contaminou de tismas nulificantes, eis que eivadas da parcialidade própria de quem subscreveu a peça inicial. Neste sentido, a quebra da estrutura acusatória fulmina a imparcialidade do Conselho, conforme a lição de AURY LOPES JR:

“A quebra do sistema acusatório também fica evidente, eis que ao posicionar opinião favorável à tese de uma das partes, antes, até mesmo, da fase probatória do processo, o juízo excepto passa a figurar como portador do estandarte daqueles que produzem a prova contra o excipiente em questão” (LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 341).

Nem se alegue que o Senador RANDOLFE RODRIGUES não é quem subscreve a petição inicial. De fato, não o é. Mas, trata-se de subscritor de uma moção de “*apoio à representação*” que endossa e integra a petição inicial.

Mutatis mutandis, é como se um renomado professor de direito emitisse um parecer sobre determinada demanda. O parecer é anexado à petição inicial, dela fazendo parte e integrando suas razões. A petição é distribuída e julgada em primeiro grau de jurisdição. Passado algum tempo, o

aludido professor vem a se tornar desembargador, em decorrência de nomeação oriunda do denominado “quinto constitucional”. E, agora já desembargador, o antigo professor, em segundo grau de jurisdição, se deparasse justamente com aquele caso sobre o qual, anos antes, emitira um parecer, apoiando uma das partes. Poderá ele, agora, participar das deliberações colegiadas em segunda instância, depois de ter emitido parecer que endossou a petição inicial da parte autora? Evidente que não! E qualquer deliberação que contasse com sua participação ostensiva estaria fadada à nulidade.

E mais: nulidade absoluta. Arguível a qualquer tempo e grau de jurisdição. Nem se alegue que tal nulidade tenha sido acobertada pelo manto da preclusão, em face de eventual inércia anterior da defesa. É por isso que EUGENIO PACELLI pontifica:

“Embora as exceções aqui apreciadas devam ser arguidas pelos interessados na primeira oportunidade que falarem nos autos, o fato é que, tratando-se de questão ligada ao devido processo legal, no que toca à imparcialidade da jurisdição, a suspeição, o impedimento ou a incompatibilidade poderá ser reconhecidos mesmo após o trânsito em julgado da ação condenatória (exceto quando absolutória a decisão, tendo em vista a vedação da revisão *pro societate*), se comprovada a violação da imparcialidade do órgão julgador. É que se cuida, evidentemente, de matéria de ordem e interesse eminentemente públicos, para muito além daquele das partes envolvidas no processo em que concretamente teria ocorrido a apontada causa” (PACELLI, Eugenio. *Curso de Processo Penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 293).

Como se vê, da doutrina acima exposta, em se tratando de nulidade absoluta, não há se falar em preclusão! Trata-se de matéria de ordem pública, reconhecível de plano, porquanto ofensiva a norma cogente de índole constitucional. É por isso que GUILHERME DE SOUZA NUCCI vaticina em seus comentários ao Código de Processo Penal:

“Conforme já sustentamos, a suspeição é causa de parcialidade do juiz, viciando o processo, caso haja sua atuação. Ofende, primordialmente, o princípio constitucional do juiz natural e imparcial” (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 14. ed., p. 632).

O art. 134 do antigo Código de Processo Civil estabelecia:

“Art. 134. É defeso ao juiz exercer as suas funções no processo contencioso ou voluntário:

I - de que for parte;

II - em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como órgão do Ministério Público, ou prestou depoimento como testemunha;

III - que conheceu em primeiro grau de jurisdição, tendo-lhe proferido sentença ou decisão;

IV - **quando nele estiver postulando, como advogado da parte, o seu cônjuge ou qualquer parente seu, consangüíneo ou afim, em linha reta; ou na linha colateral até o segundo grau;**

V - quando cônjuge, parente, consangüíneo ou afim, de alguma das partes, em linha reta ou, na colateral, até o terceiro grau;

VI - quando for órgão de direção ou de administração de pessoa jurídica, parte na causa.

Parágrafo único. No caso do nº IV, o impedimento só se verifica quando o advogado já estava exercendo o patrocínio da causa; é, porém, vedado ao advogado pleitear no processo, a fim de criar o impedimento do juiz.

Ainda que não se trate de “*parte*” na acepção estrita do conceito, enquanto litigante no pólo ativo da demanda, o Senador RANDOLFE RODRIGUES, ao endossar a moção “*apoio à representação*” contra o Senador DELCÍDIO DO AMARAL, integrando a petição inicial, emitiu sua prévia opinião e, aderindo ao coro da representação, serviu de base de consulta a uma das partes, incorrendo, portanto, em manifesta suspeição.

Com efeito, a moção de “*apoio à representação*” encaixa-se na hipótese de “*aconselhamento de uma das partes*”, causadora da suspeição de parcialidade. É o que estatua o **art. 135, inc. IV**, do antigo Código de Processo Civil:

Art. 135. Reputa-se fundada a suspeição de parcialidade do juiz, quando:

I - amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer das partes;

II - alguma das partes for credora ou devedora do juiz, de seu cônjuge ou de parentes destes, em linha reta ou na colateral até o terceiro grau;

III - herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de alguma das partes;

IV - receber dádivas antes ou depois de iniciado o processo; **aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa**, ou subministrar meios para atender às despesas do litígio;

V - interessado no julgamento da causa em favor de uma das partes.

Parágrafo único. Poderá ainda o juiz declarar-se suspeito por motivo íntimo.

É inadmissível que o Senador RANDOLFE RODRIGUES, subscrevendo publicamente um documento que endossa a petição inicial, ao mesmo tempo, faça parte do Conselho deliberativo das questões e emita de forma tão pró-ativa seus votos, não raro inaugurando divergências vencedoras no colegiado.

Ofende os princípios comezinhos da eqüidistância e da paridade de armas que alguém que endosse a petição inicial faça parte do colegiado que vai decidir a causa.

Mas, o novo Código de Processo Civil também disciplina a mesma matéria com algumas alterações. Neste sentido, é ilustrativo o artigo da lavra de – que ironia do destino! – ninguém menos que o professor de Processo Constitucional RANDOLFE RODRIGUES, publicado no prestigioso site jurídico ConJur, em 20 de dezembro de 2014, intitulado “O Impedimento do Juiz no Novo Código de Processo Civil”:

“Aprovado no Plenário do Senado Federal na última quinta-feira (17/12) o substitutivo da Câmara dos Deputados ao novo Código de Processo Civil (SCD 166/2010) representa um avanço no direito processual civil brasileiro. O novo CPC concatena o trâmite das ações no judiciário aos ditames da Constituição Federal de 1988, que sequer existia quando da promulgação do atual CPC, de 1973.

Uma importante mudança se deu na redação do Artigo 144 do novo Código, que trata das condições de impedimento do magistrado. Além das hipóteses já consagradas, presentes no Artigo 134 do atual *codex*, foi incluída nova possibilidade de impedimento quando da representação de alguma das partes por escritório de advocacia de parente do juiz, até terceiro grau.

Inscrita no inciso VIII do projeto que segue à sanção presidencial, a nova regra prevê uma maior rigidez a casos infelizmente frequentes de relação, digamos, promíscua entre alguns magistrados e escritórios de advocacia.

Embora minoritários em suas respectivas categorias, esses maus profissionais atentam contra a justiça e contra a ordem pública ao praticarem tráfico de influência e patrocínio de interesses privados em ações de terceiros. Ao tratar dos casos de parentesco, sem dúvidas abre-se a possibilidade de impedir a atuação profissional de parente que teria atuação profissional proba e correta. No entanto, assim como ocorre com o impedimento ao nepotismo no serviço público, é necessário estabelecer um justo critério, observado por todos, para se garantir isonomia.

Nesse diapasão, o texto oriundo da Câmara, em substituição ao PLS 166/2010, chegou ao Senado com uma redação rígida na medida certa, no nosso entender. Assim dispunha:

“Há impedimento do juiz, sendo-lhe vedado exercer suas funções no processo: (...) VIII – em que figure como parte cliente do escritório de advocacia de seu cônjuge, companheiro ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive, mesmo que patrocinado por advogado de outro escritório;”

A parte final do texto foi, porém, suprimida no relatório final do senador Vital do Rêgo (PMDB-PA), apresentado em plenário. A intenção do relator era evitar possíveis excessos com o termo “mesmo que patrocinado por advogado de outro escritório”.

Tivemos oportunidade, então, de oferecer um destaque de manutenção do texto da Câmara, para que a parte final não fosse suprimida.

Argumentamos que o simples impedimento de atuação de escritório de advocacia na causa de juiz parente de sócio ou associado do escritório não bastava, era necessário impedir, ainda, a contratação “terceirizada”, “transversa” dessa mesma sociedade.

Ao proibir somente a atuação naquele processo, o novo CPC permitiria que determinado cliente contratasse, seja para atuação em outro caso, seja para uma assessoria extrajudicial, um escritório advocatício de parente de um magistrado que atue em sua causa, sem que houvesse meios para arguir o impedimento desse juiz.

Em plenário do Senado Federal, no dia 17 de dezembro de 2014, pude apresentar as razões de nosso destaque e tive a felicidade de ser atendido pelo relator, senador Vital do Rêgo, que mesmo com parecer contrário, opinou ao final da discussão pela aprovação de nosso destaque. Ocorreu, assim, uma vitória do debate democrático, do convencimento por argumentação, algo raro nos dias de hoje.

Essa nova hipótese de impedimento, consagrada no texto final do projeto, dará mais meios para se evitar abuso no julgamento de processos. Infelizmente, é forçoso reconhecer que a entrada de alguns poucos na carreira da magistratura se dá, assim como ocorre na política e em outras funções públicas, não para a efetivação do interesse público, mas para a promoção de negócios privados, de interesses obscuros.

É evidente que isso não encerra a corrupção no judiciário. Mas aponta para um caminho importante a ser seguido tanto pela legislação quanto pela jurisprudência. Com base em princípios consagrados pela nossa Constituição e, agora, pelo novo Código de Processo Civil, haverá maiores condições de se coibir favorecimento e privilégios, em detrimento do Direito”.

O viés de abordagem do ilustrado doutrinador no artigo acima reproduzido enfoca as relações entre o magistrado e o escritório de advocacia que patrocina os interesses de uma das partes.

Mas, transpondo-se a mesma lógica para o terreno do procedimento administrativo disciplinar, o renomado professor de processo constitucional certamente haveria de concordar que a parte que endossa a petição inicial por uma moção de apoio não pode, ao mesmo tempo, protagonizar as deliberações do julgamento colegiado.

No âmbito do Processo Penal, cujas normas também se aplicam subsidiariamente ao procedimento administrativo disciplinar também constam hipóteses de suspeição e impedimento que se enquadram à espécie:

Art. 252. O juiz não poderá exercer jurisdição no processo em que:

I - tiver funcionado seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, como defensor ou advogado, órgão do Ministério Público, autoridade policial, auxiliar da justiça ou perito;

II - ele próprio houver desempenhado qualquer dessas funções ou servido como testemunha;

III - tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão;

IV - ele próprio ou seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, for parte ou diretamente interessado no feito.

Art. 253. Nos juízos coletivos, não poderão servir no mesmo processo os juízes que forem entre si parentes, consangüíneos ou afins, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive.

Art. 254. O juiz dar-se-á por suspeito, e, se não o fizer, poderá ser recusado por qualquer das partes:

I - se for amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer delas;

II - se ele, seu cônjuge, ascendente ou descendente, estiver respondendo a processo por fato análogo, sobre cujo caráter criminoso haja controvérsia;

III - se ele, seu cônjuge, ou parente, consangüíneo, ou afim, até o terceiro grau, inclusive, sustentar demanda ou responder a processo que tenha de ser julgado por qualquer das partes;

IV - **se tiver aconselhado qualquer das partes;**

V - se for credor ou devedor, tutor ou curador, de qualquer das partes;

VI - se for sócio, acionista ou administrador de sociedade interessada no processo.

Art. 255. O impedimento ou suspeição decorrente de parentesco por afinidade cessará pela dissolução do casamento que lhe tiver dado causa, salvo sobrevivendo descendentes; mas, ainda que dissolvido o casamento sem descendentes, não funcionará como juiz o sogro, o padrasto, o cunhado, o genro ou enteado de quem for parte no processo.

A hipótese de “aconselhamento de uma das partes” tem uma abrangência conceitual que abarca, claramente, o “apoio à representação”. Não há dúvida quanto a isso. Aliás, comentando tal dispositivo, o ilustrado Professor JULIO FABBRINI MIRABETE, de saudosa memória, lecionava:

“É suspeito o juiz se tiver aconselhado qualquer das partes, revelando assim seu pensamento ou interesse quanto ao assunto que deve julgar. Não há mais isenção de ânimo do juiz para decidir a esse respeito” (MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de Processo Penal Interpretado*. 9. ed. São Paulo: Atlas, p. 642).

Como se vê, o “aconselhamento de uma das partes” torna o juiz suspeito justamente porque se trata de uma antecipação de sua opinião sobre a causa. É por isso que TOURINHO FILHO leciona:

“Se o Juiz deu conselhos a qualquer das partes, externando sua posição a respeito, dizendo-lhe, por exemplo, que o direito a ampara e que pode entrar com a ação, a outra deverá procurar afastá-lo, já que a sua imparcialidade restou comprometida” (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal comentado*. Vol. I. 13. ed. São Paulo: Saraiva, p. 709).

É o caso em exame! A partir do momento em que o Senador RANDOLFE RODRIGUES subscreve uma moção de “*apoio à representação*”, endossando e integrando a petição inicial, resta claro o seu aconselhamento à parte autora, tornando-o suspeito para deliberar sobre a causa posta em testilha.

Não vai aqui nenhuma aleivosia passional em face do ilustrado Senador RANDOLFE RODRIGUES. Trata-se de uma questão de ordem estritamente técnica e processual, cifrada na exata indagação:

“Quem endossa petição inicial, subscrevendo a uma moção de apoio à representação, pode integrar o colegiado deliberativo que aprecia a causa?”

Evidentemente que não! Portanto, todas as sessões das quais participou o ilustrado Senador RANDOLFE RODRIGUES estão maculadas pela tísia nulificante da suspeição, quando não do impedimento, por ter subscrito documento de endosso que integra a petição inicial da parte representante. Urge, pois, que se declare a nulidade de todo o procedimento, desde o primeiro ato de deliberação do qual participou o Senador RANDOLFE RODRIGUES.

– V –

PRELIMINARMENTE

Nulidade da Gravação: Meio Enganoso de Prova

Agudos debates tem sido travados em torno da (i)licitude da gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro. Com efeito, a matéria está longe de ser pacificada. No caso em exame, não se pode reduzir a hipótese ao simplismo da fórmula “*gravação feita por um dos interlocutores é prova válida*”. Não é bem assim. Existe um sem número de variáveis e peculiaridades que podem determinar a ilicitude da gravação.

Aliás, o SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA e o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL vem sopesando, caso a caso, a singularidade da gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro.

Não há aceitação geral e irrestrita do meio de “prova”.

A propósito, assim decidiu o STJ na *ação penal n. 479-RJ (2005/132002-3)*, cuja relatoria esteve a cargo do eminente Ministro **FELIX FISCHER**:

AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. GRAVAÇÃO AMBIENTAL REALIZADA POR UM DOS INTERLOCUTORES SEM O CONHECIMENTO DO OUTRO. INVESTIDA CRIMINOSA NÃO CONFIGURADA. ILICITUDE DA PROVA. AFRONTA À PRIVACIDADE (ART. 5º, X, DA CF). INVESTIGAÇÃO. MINISTÉRIO PÚBLICO. INQUÉRITO CIVIL E CRIMINAL. ART. 33, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LOMAN. CONJUNTO PROBATÓRIO INSUFICIENTE PARA SUSTENTAR O RECEBIMENTO DA EXORDIAL ACUSATÓRIA. ART. 6º DA LEI 8.038/90.

I - A análise da licitude ou não da gravação de conversa por um dos interlocutores sem a ciência do outro deve ser verificada de **caso a caso**.

II - Quando a gravação se refere a fato pretérito, consumado e sem exaurimento ou desdobramento, danoso e futuro ou concomitante, tem-se, normalmente e em princípio, a hipótese de violação à privacidade. Todavia, demonstrada a investida criminosa contra o autor da gravação, a atuação deste - em razão, inclusive, do teor daquilo que foi gravado - pode, às vezes, indicar a ocorrência de excluden-

te de ilicitude (a par da *quaestio* do princípio da proporcionalidade). A investida, uma vez caracterizada, tornaria, daí, lícita a gravação (precedente do Pretório Excelso, inclusive, do c. Plenário). Por outro lado, realizada a gravação às escondidas, na residência do acusado, e **sendo inviável a verificação suficiente do conteúdo das degravações efetuadas**, dada a imprestabilidade do material, sem o exato delineamento da hipotética investida, **tal prova não pode ser admitida**, porquanto violadora da privacidade de participante do diálogo (art. 5º, inciso X, da CF).

III - A atuação do Ministério Público no inquérito civil tem previsão legal (art. 8º, § 1º da Lei nº 7.347/85). Tal não se confunde com a situação do inquérito criminal envolvendo magistrado de segundo grau (art. 33, parágrafo único, da LOMAN).

IV - No processo penal, a exordial acusatória deve vir acompanhada de um fundamento probatório mínimo apto a demonstrar, ainda que de modo indiciário, a efetiva realização do ilícito penal por parte do denunciado. Se não houver uma base empírica mínima a respaldar a peça vestibular, de modo a torná-la plausível, inexistirá justa causa a autorizar a *persecutio criminis in iudicio*. Tal acontece, como in casu, quando a situação fática não está suficientemente reconstituída.

V - Acolhida a primeira preliminar relativa à ilicitude da prova obtida mediante gravação clandestina. Rejeitada a segunda preliminar referente à alegada usurpação da função da polícia judiciária pelo Ministério Público. Denúncia rejeitada por falta de justa causa.

(Apn 479/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, CORTE ESPECIAL, julgado em 29/06/2007, DJ 01/10/2007 p. 198) *Gri-fou-se*

Portanto, antes de tudo, há que se ponderar diversas variáveis do caso concreto: *primeiro*, é preciso verificar se havia investida criminosa contemporânea à gravação; *segundo*, de que modo o interlocutor gravador

não pode ter sido um agente mais ou menos provocador do “*flagrante*” decretado pela Suprema Corte; *terceiro*, é necessário verificar se a mídia percorreu o protocolo inerente à cadeia de custódia; *quarto*, a prova contendo a autoincriminação do Senador DELCÍDIO não foi produzida de forma consciente e voluntária, mas, ao contrário, extraída de maneira dissimulada e mediante “*falsa representação da realidade*”.

Aqui, reside um ponto nevrálgico! A garantia contra a autoincriminação forçada (*privilege against compelled self-incrimination*) consiste no direito do imputado em não ser fonte de prova oral contra seus próprios interesses. Evidentemente que, como (quase) todo direito, é renunciável: o investigado pode abrir mão do direito à autoincriminação e confessar o delito, assumindo a culpa. Todavia – e aqui reside o ponto crucial! – a autoincriminação, para ser admitida como prova, exige o preenchimento de dois requisitos: a consciência e a espontaneidade. Somente de forma consciente e desprendida é que o imputado pode se autoincriminar. Isto significa que ninguém pode produzir prova contra si próprio, mediante falsa representação da realidade.

“Consiste o privilégio contra a autoincriminação forçada (*privilege against compelled self-incrimination*) no direito de não ser obrigado a ser fonte de prova testemunhal contra seus próprios interesses. Desde sempre foi considerado um privilégio, isto é, o imputado pode declarar contra seus interesses, desde que o faça consciente e livremente. Esse privilégio foi incorporado aos ordenamentos jurídicos estaduais pela Suprema Corte,

como parte do processo de incorporação seletiva, em *Malloy v. Hogan*, 378 US 1 (1964).

Ao contrário, **se o imputado decidir pela confissão mediante falsa representação ou coagido, esta não terá validade enquanto tal**” (RAMOS, João Gualberto Garcez. *Curso de Processo Penal norte-americano*. São Paulo: RT, p. 136).

Repare-se: tão importante é a perfeita compreensão da realidade para a autoincriminação que a produção de prova contra si, mediante falsas representações, é equiparada à confissão obtida sob coação. Na jurisprudência da Suprema Corte Americana, onde o tema foi debatido amiúde, existem dois *leading cases* que definiram a forma como se tem tratado a matéria.

O primeiro *standard* é o caso **Leyra vs. Denno, 347, US 556 (1954)**. Neste caso, o imputado foi subrepticamente interrogado por um psiquiatra disfarçado de médico, que foi atendê-lo em razão de fortes dores de cabeça causadas por uma sinusite. Sem saber que estava produzindo prova contra si, Leyra acabou confessando ter matado seus pais, por ter sido induzido por seu interlocutor a acreditar que as dores de cabeça pudessem estar associadas com a angústia de não confessar o crime. A confissão obtida mediante falsa representação da realidade foi considerada prova ilícita, pela Suprema Corte dos Estados Unidos.

O segundo caso emblemático é **Massiah VS United States, 377 US 201 (1964)**. Um agente infiltrado da polícia disfarçou-se de preso e passou a dividir a cela em que Massiah estava preso por tráfico de drogas. Pouco

a pouco, o agente infiltrado encetou uma amizade e, paulatinamente, começou a conquistar a confiança de Massiah. Em pouco tempo, Massiah confidenciou-lhe ter praticado o crime do qual era suspeito, sem, contudo, saber que seu interlocutor estava gravando num aparelho portátil a conversa comprometedora. Na ocasião, a Suprema Corte americana considerou a prova ilícita, porque Massiah foi induzido, mediante falsa representação da realidade, a produzir prova contra si, sem saber que estava sendo interrogado.

No caso em testilha, quatro pessoas participaram da conversa em questão: o Senador DELCÍDIO DO AMARAL, o seu assessor DIOGO FERREIRA, o advogado EDSON RIBEIRO e BERNARDO CERVERÓ.

Os três primeiros não tinham a mais remota consciência de que pudessem estar sendo gravados. BERNARDO, contudo, portava gravador(es) portátil(eis) que captou(aram) o áudio ambiental do diálogo. É justamente aqui que deve ser acrescentado um dado de capital relevância ao caso: o pai de BERNARDO, NESTOR CERVERÓ, vinha entabulando as tratativas preliminares de acordo de *colaboração premiada*. Portanto, o seu papel, no diálogo gravado, assemelhou-se do caráter de verdadeiro *agente infiltrado*, quando não *provocador* das declarações captadas.

Ora, é preciso trazer à colação o entendimento doutrinário de GUILHERME DE SOUZA NUCCI no sentido de que até mesmo as conversas informais entre policiais e investigados não devem ser aceitas como prova,

pois podem servir como uma forma enganosa de contornar o direito constitucional ao silêncio.

“Não sendo avisado do seu direito constitucional de permanecer calado, eventual alegação que forneça deve ser vista com muito cuidado pela autoridade judiciária, pois pode ter sido colhido de maneira enganosa, visando a contornar o direito constitucional ao silêncio”.

Por fim, para coroar a ilegalidade da gravação: desde o primeiro momento, o interlocutor gravador tinha em mente o propósito adrede deliberado de se valer daquela gravação para utilizá-la, futuramente, como meio de prova (“*bala de prata*”) perante o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, para obter o tão almejado acordo de colaboração premiada de NESTOR CERVERÓ.

Isso tornava seus interlocutores, principalmente DELCÍDIO DO AMARAL, alvos da prova produzida. E essa pré-ordenação, esse planejamento, essa maneira subreptícia com que se captou o diálogo mostra que, na verdade, todos os esforços de BERNARDO estavam direcionados para a produção probatória, mediante o direcionamento da conversa.

Ressalte-se que BERNARDO CERVERÓ já, de antemão, compareceu ao encontro imbuído do propósito anteacto de tornar DELCÍDIO DO AMARAL objeto da prova. Sua intenção não era se defender de uma eventual *investida criminosa*, mas sim provocar o interlocutor a pronunciar de-

clarações comprometedoras, mediante *falsa representação da realidade*, para, mais tarde, utilizar-se da gravação como trunfo (“*bala de prata*”), a fim de entabular o acordo de colaboração de seu pai, NESTOR CERVERÓ.

Neste sentido, discorrem ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTONIO SCARANCE FERNANDES e ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO:

“Neste caso, a divulgação da conversa confidencial, como prova penal incriminadora, será ilícita, sujeitando-se às regras que regem a matéria” (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Et alii*. As Nulidades no Processo Penal, p. 154).

Aliás, neste contexto, ressalte-se, diferentemente do que se propalou, não foi DELCÍDIO DO AMARAL que obstou a celebração do acordo, desde fevereiro de 2015. Ao revés. Era o próprio MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL que vinha recusando sacramentar o acordo. Isto fica claro no Termo de Declarações firmado por BERNARDO CERVERÓ no dia 19 de novembro de 2015, às 15h45min, na Procuradoria da República do Rio de Janeiro:

“que a PGR só aceitou a [colaboração] de Fernando Baiano e rejeitou a de Nestor Cerveró, porque as informações eram obsoletas; que a notícia ‘caiu como uma bomba’; que, pouco depois da rejeição da PGR, em reunião no escritório dos advogados Alessi Brandão e Beno Brandão, o segundo diz ao depoente que ele e seu pai estavam sendo ‘enrolados’, que era pouco provável que lhe fosse concedido *habeas corpus* e que **sua melhor chance de conseguir um a-**

acordo de colaboração premiada consistia em gravar reuniões que revelassem que o Senador Delcídio Amaral estava oferecendo dinheiro para que Nestor Cerveró não fizesse acordo dessa espécie”.

A urdidura engendrada para a captação do áudio tornava DELCÍDIO investigado. Ainda que não estivesse formalmente indiciado num inquérito, a intenção preordenada era fazer prova contra DELCÍDIO. Como? Valendo-se de sua própria autoincriminação gravada de forma subreptícia e dissimulada. Resta saber se o estrategema era de conhecimento do MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, se houve participação do MPF na orquestração do cenário. Isto só tornaria ainda mais grave o panorama de ilegalidades.

Seja como for, BERNARDO precisava da “bala de prata”: a gravação que revelasse o Senador “oferecendo dinheiro”. Foi com este desiderato, adrede engendrado, como meta, que BERNARDO se aparelhou com os dispositivos de gravação, como derradeira alternativa para fechar o tão pretendido acordo de seu pai, NESTOR.

“Nas reuniões do grupo era praxe que os presentes recolhessem telefones celulares, guardando-os em lugar mais afastado; que esta reunião não foi exceção, havendo os presentes recolhido seus telefones a um armário; que o depoente, já sabendo disso, providenciou aparelho de celular adicional, para poder ser percebido pelos demais ao guardar seu aparelho; que o depoente percebeu a suspeita do assessor Diogo e guardou a mochila no armário onde estavam recolhidos os celulares, desculpando-se com os

presentes com o argumento de que dentro da mochila havia um iPad”.

Precisamente aqui, a *falsa representação da realidade*, para além de não saber que estava sendo gravado naquele momento, consiste na **relação de confiança** existente entre BERNARDO e DELCÍDIO, relação construída ao longo de décadas de amizade estreita com a família CERVERÓ.

DELCÍDIO – Bernardo como é que você tá?

BERNARDO – tô bem, hoje a minha filha foi lá no... em Curitiba.

DELCÍDIO – foi visitar o.

BERNARDO – foi visitar.

DELCÍDIO – o avô.

BERNARDO – é, aí foi com minha mulher, tava falando com ela agora no, no mas parece que foi bom.

DELCÍDIO – foi bom.

BERNARDO – foi bom.

DELCÍDIO – ele tem paixão por ela.

BERNARDO – é

DELCÍDIO – e sua mãe como é que tá?

BERNARDO – e tava um ano já sem ver.

DELCÍDIO – tava um ano sem ver.

BERNARDO – porque ele foi pra Inglaterra... A Anita tava viajando, aí ficou lá um mês e meio, voltou já foi direto para Curitiba, deve ter quase um ano, porra nessa idade só cada, cada semana é uma novidade, né.

DELCÍDIO – com quantos anos ela tá?

BERNARDO – é, vai fazer nove 28 de novembro.

DELCÍDIO – puta que pariu rapaz, eu vi ela pequeninha.

BERNARDO – ela é demais.

DELCÍDIO – tá com 9 anos já?

BERNARDO – quebra tudo, aí tem um grupinho no whatsapp pra, a minha, a tia dela fala que ela é sargitariana não vai mudar, é assim mesmo, chega no restaurante derruba tudo, quebra copo, aí ela falou em vez de brigar com ela tira uma foto e me manda que aí você se acalma, rsss, é engraçado”.

Note-se, portanto, que o *pano de fundo* do diálogo era de uma estreita relação de confiança e amizade. De confiança. O trecho acima reproduzido mostra a intimidade que DELCÍDIO tinha com a família como um todo. E, aproveitando-se desta *relação de confiança*, de forma dissimulada e subreptícia, funcionando como verdadeiro *agente provocador*, BERNARDO induziu DELCÍDIO a se autoincriminar, mediante *falsa representação da realidade*.

Note-se que, no final do minuto 05:00, às fls. 07 do termo de degravação confeccionado pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, é BERNARDO quem toma a iniciativa de trazer à baila o assunto da colaboração de seu pai, NESTOR. Até então, a conversa estava girando em torno da família e da possibilidade de haver uma nova operação no final do ano. Todavia, no minuto 05:00, BERNARDO abruptamente muda de assunto, para trazer à tona o tema “*colaboração de Nestor*”:

DELCÍDIO – será que vai vir outra operação?

BERNARDO – a gente especulou que, que corre o risco.

EDSON – eu acho que dessa vez vem uns 50 aí preso... eu acho que é possível que venha pessoal de nível de gerência, operadores, doleiros deve ser isso.

DELCÍDIO – agora nessa operação?

EDSON – É.

DELCÍDIO – José Carlos Bumlai?

EDSON – Bumlai... eu acho. Bumlai.

BERNARDO – é porque o Fernando fala do Bumlai.

EDSON – O Moreira essa turma toda vai.

BERNARDO – **A gente tava naquela assim, de, de, ainda tentamos fazer o acordo, ainda tem essa possibilidade,** mas a gente segurou muito a informação... é eles estão com a gente não sabe se, se, eles até comentaram isso pra advogada que por ser funcionário público a diretoria eles queriam ferrar mesmo.

DELCÍDIO – eles falaram isso?

BERNARDO – falaram isso... é... e aí a gente, a gente calculou que o pior dos cenários ele fica...

Embora BERNARDO estivesse presente à reunião e tenha deflagrado a iniciativa do assunto, como agente provocador, a maior parte dos diálogos captados constituem uma conversa entre DELCÍDIO e EDSON, terceiros interlocutores alheios ao conhecimento da gravação.

Não se tratou de conversa entre BERNARDO e DELCÍDIO, nem entre BERNARDO e EDSON, tampouco entre BERNARDO e DIOGO. A reprodução dos diálogos deixa claro que a reunião foi protagonizada por DELCÍDIO e EDSON, com a presença coadjuvante de BERNARDO e DIOGO.

Olhos postos na degravação, fica claro que a conversa foi, em essência entre DELCÍDIO e EDSON. DIOGO fez breves intervenções. E BERNARDO? Gravou. Gravou conversa alheia. Da qual não participou na condição de interlocutor.

Assim, a fórmula de que “*é válida a gravação ambiental feita por um dos interlocutores*” não se aplica ao caso em tela, porque, na maior parte dos diálogos, a conversa foi entre DELCÍDIO e EDSON, sem a participação ativa de BERNARDO, que figurou como coadjuvante fisicamente presente, mas não participante da conversa. Era uma conversa entre terceiros alheios ao conhecimento da escuta clandestinamente dissimulada por um agente infiltrado, disfarçado sob a roupagem de interessado, para obter uma prova contra os protagonistas da conversa, mediante *falsa representação da realidade*.

Com efeito, na maior parte dos diálogos captados, BERNARDO não foi, propriamente, um interlocutor. Era um terceiro, figurante, alheio ao diálogo, em si, que captou a conversa entre dois interlocutores, como agente infiltrado e instigador. Mas não interagiu, na maior parte dos diálogos, a não ser para instigar os assuntos da pauta.

Em última análise, BERNARDO não gravou uma conversa própria, dele. A rigor, não se tratou de gravação de diálogo próprio, mas de terceiros! BERNARDO gravou conversa de terceiros: DELCÍDIO e EDSON! Da qual participou somente de corpo presente, como agente instigador da pauta a ser dialogada entre os interlocutores (DELCÍDIO e EDSON). A propósito, o Ministro CELSO DE MELLO, citado no Boletim do IBCCrim n. 44, p. 6, vaticinou:

“A gravação de conversação com terceiros, feita através de fita magnética, sem o conhecimento de um dos sujeitos da relação dialógica, não pode ser contra este utilizada pelo Estado em juízo, uma vez que esse procedimento, precisamente por realizar-se de modo sub-reptício, envolve quebra evidente de privacidade, sendo em consequência nula a eficácia jurídica da prova coligida por esse meio. O fato de um dos interlocutores desconhecer a circunstância de que a conversação que mantém com outrem está sendo objeto de gravação atua, em juízo, como causa obstativa desse meio de prova. O reconhecimento constitucional do direito à privacidade (CF, art. 5º, X) desautoriza o valor probante do conteúdo de fita magnética que registra, de forma clandestina, o diálogo mantido com alguém que venha a sofrer a persecução penal do Estado. A gravação de diálogos privados, quando executada com total desconhecimento de um dos seus partícipes, apresenta-se eivada de absoluta desvalia, especialmente quando o órgão da acusação penal postula, com base nela, a prolação de um decreto condenatório” (Ação Penal nº 307-3/DF)

Ademais, não é verdade que a tradição jurídica brasileira reconheça a licitude da gravação ambiental feita por um dos interlocutores. Não reconhece. Tolerava. E a tolerância é feita, em caráter excepcional, na aflição de um direito fundamental, para salvaguardar outro: o direito de defesa.

No caso dos autos, o *animus* que presidiu BERNARDO a gravar a conversa não foi o de se defender de uma *investida criminosa*, mas sim o de produzir prova contra seus interlocutores, mediante autoincriminação decorrente de *falsa representação da realidade*.

A questão da violação da intimidade reflete-se não mais no instante da proteção do segredo, que é o direito de que terceiros não tenham acesso à privacidade individual, mas no da reserva, que é o direito de não ver divulgadas notícias concernente à vida privada. Justamente por isso, SCAPARONE distingue esses dois aspectos da intimidade: a *riservatezza* que é o direito à reserva que pode ser violado mesmo sem ter havido a violação de segredo (*segretezza*), quando, por exemplo, o destinatário da comunicação divulga o que lhe foi confiado.

Pois bem. Quando um crime é cometido em via pública e um transeunte qualquer filma a cena, a captação dos sons e imagens por um terceiro não constitui prova ilícita, porque quem se expõe em público não tem expectativa de privacidade, nem direito à reserva (*riservatezza*).

Todavia, a interceptação ambiental encetada no interior de um domicílio, em sentido amplo (que abrange um quarto de hotel, como é o caso dos autos), quando os interlocutores tem a expectativa de privacidade, não pode ser admitida indistintamente como meio de prova, sob pena de ofensa simultânea à *segretezza* e à *riservatezza*. Neste sentido, TORQUATO AVOLIO leciona:

“Imagine-se, agora a prova colhida no interior do domicílio, num sentido amplo que compreenda todo local em que a pessoa possa contar com uma expectativa de privacidade. A comunicação ambiental ou até por meio de sistemas internos de telefonia tem, aí, caráter doméstico, privado, e a intimidade está protegida sob o aspecto do direi-

to ao segredo. No momento em que for divulgada a notícia doméstica, estarão feridos, concomitantemente, os aspectos da *segretezza* e da *riservatezza*” (AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas Ilícitas*. São Paulo: RT, p. 225).

O autor não pára por aí. Vai além. Cogita a hipótese de, dentro do domicílio, estar ocorrendo um crime. E conclui: mesmo assim, a prova seria ilícita e, como tal, inadmissível:

“E se no interior do domicílio estiver ocorrendo um crime? A garantia constitucional da sua inviolabilidade apresenta como exceções justamente as hipóteses de flagrante delito, desastre ou de prestação de socorro (art. 5º, inciso XI). Portanto, enquanto estiver sendo cometido um delito, poderia um terceiro validamente documentar ou testemunhar o fato?

Entendemos que não, pois a permissão constitucional nesse caso sempre foi entendida no sentido de possibilitar a prisão em flagrante, prisão cautelar, que não se traduz em meio de prova. Uma interpretação radical à custa da exceção constitucional, no sentido de que inexistiria ofensa à *segretezza*, poderia levar a abusos, na medida em que alguém teria de violar esse mesmo direito ao segredo para saber em qual exato momento estaria ocorrendo o crime no resguardo da casa alheia. De resto, estariam sendo violados, de roldão, outros valores constitucionalmente tutelados, como a imagem, a honra e a vida privada, na medida em que sua divulgação constituiria ofensa à *riservatezza*, ensejando até reparação civil por danos morais. A investigação policial seria ilimitada e a garantia das liberdades individuais se esvaziaria” (op. cit., p. 226).

Portanto, não pode ser tida como válida a interceptação ambiental em local onde se possa inferir uma *expectativa de privacidade*. É o que conclui o autor:

“Entre nós, portanto, por ora, não se afigura possível, pela ausência de previsão legal, a interceptação ambiental em locais de onde se possa inferir uma expectativa de privacidade” (op. cit., p. 226).

Por conseguinte, a prova não se sustenta: *(a)* houve autoincriminação mediante falsa representação da realidade; *(b)* a interceptação ambiental foi feita com intuito incriminatório; *(c)* o ambiente era doméstico e a conversa sigilosa (*segretezza*); *(d)* havia expectativa de privacidade; *(e)* a conversa foi protagonizada por interlocutores que não sabiam da gravação feita por um terceiro coadjuvante, alheio aos diálogos mais comprometedores.

Enfim, por diversas razões, a prova é ilícita!

– VI –

PRELIMINARMENTE

Do Necessário Encaminhamento à CCJC

Em 01º de dezembro de 2015, a REDE SUSTENTABILIDADE e o PARTIDO POPULAR SOCIALISTA protocolizaram perante a SAOP (Secretaria de Apoio a Órgãos do Parlamento), Representação para instauração de Procedimento

Disciplinar contra o Senador DELCÍDIO DO AMARAL GOMEZ, a fim de se apurar suposta *quebra de decoro* parlamentar, pretensamente praticada pelo ora defendido.

Em seguida, o feito foi encaminhado ao NASSET (NÚCLEO DE ASESORAMENTO E ESTUDOS TÉCNICOS), que, por sua vez, emitiu o Parecer nº 1112/2015, pronunciando-se pela “*inexistência de causas impeditivas ao processamento da presente denúncia*”, tendo em vista o alegado preenchimento dos requisitos para a representação.

Após a notificação do Representado, sobreveio, então, a DEFESA PRÉVIA. E, precisamente aqui, reside um ponto nevrálgico desta preliminar de alegações finais: no âmbito da peça esgrimida pela Defesa do Representado, foram suscitadas diversas teses de índole constitucional. Basta deixar cair um olhar, perfunctório que seja, sobre a Defesa Prévia, para se verificar, sem sombra de dúvidas, que matérias constitucionais foram suscitadas no bojo da peça defensiva. Destas, a mais relevante, quiçá, tenha sido a imprestabilidade da prova obtida de forma ilícita, consubstanciada na escuta ambiental clandestina, engendrada como meio enganoso de prova, mediante falsa representação da realidade, sobretudo porque feita por terceiro (BERNARDO) alheio ao diálogo dos interlocutores (DELCÍDIO e EDSON), o que tangencia visceralmente a Magna Carta, máxime em seu art. 5º, LVI.

Entrementes, malgrado a invocação de matéria constitucional, em vez de se encaminhar o feito à COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E CI-

DADANIA, para proferir parecer em quinze dias, conforme determina o art. 32, §4º, da Resolução nº 93/1970 (Regimento Interno do Senado), o Presidente da COMISSÃO DE ÉTICA E DECORO PARLAMENTAR houve por bem precipitar a leitura do relatório prévio, de admissibilidade da representação.

A propósito, insta salientar que, no dia 09 de março de 2016, quando da abertura da sessão, a defesa fez encaminhar petição à presidência da Comissão de Ética e Decoro Parlamentar do Senado Federal, requerendo a conversão do feito em diligência para encaminhamento da representação à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, nos seguintes termos:

“De acordo com os incisos do referido dispositivo regimental (art. 32), o parecer da Comissão de Constituição e Justiça, deve se pronunciar sobre a aceitação ou o arquivamento da representação, ainda que seja em análise preliminar para que se evitem nulidades no processamento, e, somente após a prolação de tal parecer, poder-se-á dar continuidade à liturgia processual pertinente à espécie.

Em outras palavras, importante destacar que o parecer da CCJC deve ocorrer em momento processual necessariamente anterior à confecção e leitura do relatório no Conselho de Ética do Senado Federal. Não há dúvidas quanto a isto!

E isto por uma razão muito objetiva: a defesa preliminar do Senado DELCÍDIO DO AMARAL suscitou **diversas teses de índole constitucional** que devem ser devidamente enfrentadas pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, antes do prosseguimento do feito. Trata-se de matéria preliminar que obrigatoriamente antecede a confecção de todo e qualquer relatório e juízo de admissibilidade.

Sem embargo, tal enfrentamento poderá, sem sombra de dúvida, influir no conteúdo e na conclusão do Relatório que ficou a cargo de sua Excelência, o Senador Telmário Mota, M.D. Relator do feito em testilha.

Ademais, é imprescindível que a questão versada na representação seja objeto de acurada e judiciosa análise da CCJC do Senado da República, a fim de que se possa avaliar as questões de índole constitucional que, sob a ótica do representado, poderiam desde logo impedir o conhecimento e a aceitação da representação.

(...)

Assim, evidente que tal questão deve ser previamente analisada pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, haja vista que a produção de prova ilícita impede a aceitação e o processamento da representação. Com efeito, a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania é órgão autorizado e incumbido a se pronunciar quanto às matérias constitucionais versadas como pano de fundo da vertente representação. Mais que um poder, é um dever do Presidente do Conselho de Ética e Decoro Parlamentar do Senado, conforme dispõe o art. 101 do Regimento Interno do Senado.

(...)

Diante do exposto, REQUER-SE digne-se V. Exa. determinar a conversão do feito em diligência, suspendendo-se a leitura do parecer aprazada para a data de hoje, a fim de que a representação seja, desde logo, encaminhada à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, nos termos do art. 32 do Regimento Interno do Senado Federal, a fim de que seja lavrado parecer prévio, sobre a (in)constitucionalidade da representação, para que seja opinado sobre o arquivamento do feito”.

Todavia, em que pese os argumentos da Defesa, sobreveio despacho que indeferiu o requerimento do Representado, da lavra do Presidente

do Conselho de Ética e Decoro Parlamentar do Senado Federal, esgrimido nos seguintes termos:

“Foi protocolizada na Secretaria do Conselho, nesta data, petição dos advogados do Representado solicitando a suspensão da leitura do relatório preliminar nesta reunião, a fim de que a Representação nº 1, de 2015, seja encaminhada à Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania. Conforme expressamente estabelecido no art. 17-O, §2º, do Regimento Interno deste Conselho, em caso de pena de perda do mandato, ao final do processo no Conselho de Ética, ou seja, após a aprovação do Relatório Final da Representação, é que será encaminhado o parecer à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania – CCJ, para análise dos aspectos constitucional, legal e jurídico. Nestes termos, indefiro o pedido protocolado pela defesa do Representado, por ser intempestiva nesta fase preliminar”.

Todos os argumentos de índole constitucional foram fartamente explanados em sede de Defesa Prévia. Contudo, em vez de se encaminhar o feito à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania – órgão adequado para o enfrentamento da matéria de índole constitucional –, o Presidente do Conselho de Ética e Decoro Parlamentar houve por bem indeferir o pedido da defesa e prosseguir na leitura do relatório.

Precisamente aqui, impende obtemperar que existe uma aparente divergência entre duas normas: *de um lado*, o art. 32 do Regimento Interno do Senado; *de outro lado*, o art. 17-O, §2º, do Regimento Interno do Conselho de Ética e Decoro Parlamentar.

O art. 32 do Regimento Interno do Senado dispõe:

“Art. 32. Perde o mandato o Senador (Const., art. 55):

II – cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar;

§4º A representação será encaminhada à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, que proferirá seu parecer em quinze dias úteis, concluindo:

I – nos casos dos incisos I, II e VI, do caput, pela aceitação da representação para exame ou pelo seu arquivamento”.

Já o art. 17-O, §2º do Regimento Interno do Conselho dispõe:

“Art. 17-O, §2º. Em caso de pena de perda do mandato, o parecer do Conselho de Ética e Decoro Parlamentar será encaminhado à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania para exame dos aspectos constitucional, legal e jurídico, o que deverá ser feito no prazo de 5 (cinco) sessões ordinárias”.

A antinomia entre as normas é meramente aparente. Em última análise, não existe qualquer conflito entre a aplicabilidade do art. 32 de Regimento Interno do Senado e do art. 17-O, §2º, do Regimento Interno do Conselho de Ética e Decoro Parlamentar do Senado.

Não é preciso maiores inflexões hermenêuticas para se compreender que os dispositivos normativos se referem a momentos processuais distintos. Vejamos:

Num primeiro momento, o art. 32 do Regimento Interno do Senado Federal disciplina uma etapa processual que antecede a instauração do procedimento. Tal conclusão deflui claramente das locuções “para aceitação da representação para exame ou pelo seu arquivamento”. Esta expressão não deixa margem a dúvidas: o feito deve ser encaminhado à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, num momento preliminar, que necessariamente anteceda a instauração do processo.

Num segundo momento, o art. 17-O, §2º, do Regimento Interno do Conselho de Ética e Decoro Parlamentar refere-se a uma fase processual que sucede a instauração do procedimento, já depois de lavrado o parecer do Conselho. Neste momento, novamente, o feito deverá ser encaminhado à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, para uma segunda filtragem dos aspectos constitucional, legal e jurídico, desta feita sobre a regularidade de toda a tramitação do feito perante o Conselho.

Tanto é assim que os prazos são distintos: o primeiro é de quinze dias úteis; o segundo é de cinco sessões ordinárias.

Um, obviamente, não exclui o outro. Sobrepõem-se.

O mais grave de tudo é que, à míngua do encaminhamento do feito à COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E CIDADANIA – órgão competente para enfrentamento de teses constitucionais –, o Relator do Processo de cassação perante o CONSELHO DE ÉTICA E DECORO PARLAMENTAR arvorou-

se a se imiscuir sobre seara que deveria ser previamente desbravada pela CCJC, invadindo desautorizadamente terreno constitucional, no enfrentamento das teses suscitadas pela defesa. E, assim, mesmo sem qualquer lastro num parecer que deveria ter sido lavrado pela CCJC, o Relator do feito vaticinou a legalidade da prova, como se estivesse legitimado a tanto, malgrado a falta do encaminhamento do feito à CCJC.

Nada mais absurdo!

De outro giro, nem se argumente que o Parecer nº 1112/2015 do Núcleo de Assessoramento e Estudos Técnicos (NASSET) pudesse se substituir ao parecer da CCJC. Em absoluto! Tal parecer não pode evitar o encaminhamento do feito à CCJC, porquanto o objeto do aludido parecer não discutiu as matérias constitucionais versadas na defesa prévia.

Ao contrário: restringiu-se a *“afirmar a inexistência de causas impeditivas ao processamento da presente denúncia”*, sem, contudo, se pronunciar sobre as matérias de fundo constitucional suscitadas na defesa prévia, que são de competência privativa da CCJC.

Com efeito, o aludido parecer limitou-se a analisar os seguintes requisitos da representação: “a) não ser anônima; b) o autor deve comprovar legitimidade; c) a representação deve identificar apropriadamente o Senador e os fatos imputados; d) a representação deve tratar de fato contempo-

râneo ao exercício do mandato; e e) a representação não pode ser manifestamente improcedente”.

Como se vê, não é preciso maiores esforços para se concluir que o aludido parecer do Núcleo de Assessoramento e Estudos Técnicos não enfrentou as matérias constitucionais versadas na defesa prévia.

Por fim, o despacho que indeferiu o pedido da defesa negou a súplica *“por ser intempestiva nesta fase preliminar”*. Como *“intempestiva”*? Não houve nenhum prazo preclubente ou não que tenha sido desrespeitado. Ao contrário: a defesa protocolizou o pedido de conversão do feito em diligência antes no início da sessão!

Portanto, o encaminhamento do feito à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, no momento da admissibilidade, é matéria que se impõe, sobretudo porque a defesa suscitou teses constitucionais que deveriam ter sido enfrentadas por quem de direito.

Nem se alegue que a matéria foi objeto de Mandado de Segurança, cuja liminar restou denegada. A uma, porque a negativa da liminar não invadiu o mérito da segurança, restringindo-se a uma abstenção a respeito do enfrentamento da matéria. A duas, porque, como o próprio Conselho tem dito, há independência das esferas.

Portanto, deve ser declarado nulo todo o procedimento, a fim de se

encaminhar, desde o início, o feito à CCJC.

– VII –

PRELIMINARMENTE

Impossibilidade de Tramitação do Feito sob a Vigência de Licença Médica

O Senador DELCÍDIO DO AMARAL formalizou pedido de licença médica para se afastar temporariamente das atividades no Senado Federal em razão de imperioso motivo de saúde, conforme toda a imprensa nacional divulgou. Submeteu-se a invasiva intervenção cirúrgica e esteve acamado por diversos dias.

Entretanto, o trâmite processual do processo disciplinar no Conselho de Ética e Decoro Parlamentar do Senado Federal continuou seguindo normalmente.

O fluxo normal do procedimento, enquanto o Representado encontra-se sob licença médica, não merece prosperar. Isso porque o artigo 56 da Constituição Federal não permite cassação de Senador enquanto estiver em *licença médica* inferior ao lapso temporal de cento e vinte dias, *verbis*:

Art. 56. Não perderá o mandato o Deputado ou Senador:
(...)

II - licenciado pela respectiva Casa por motivo de doença, ou para tratar, sem remuneração, de interesse particular,

desde que, neste caso, o afastamento não ultrapasse cento e vinte dias por sessão legislativa.

A “*mens legis*” do Constituinte é clara! É impossível a cassação do mandato do parlamentar enquanto vigorar o interregno temporal da licença médica inferior ao período de cento e vinte dias, vez que tal medida afrontaria os direitos de ampla defesa e contraditório previstos na Carta Cidadã, e isso por variegadas razões, vejamos cada uma delas isoladamente.

Primeiramente, insta salientar que diversos dispositivos constitucionais e regimentais asseguram a ampla defesa e o contraditório no bojo do processo disciplinar para apuração de quebra do decoro parlamentar, veja-se:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;
(Constituição Federal).

Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador:

(...)

§ 2º Nos casos dos incisos I, II e VI, a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa. (Constituição Federal)

Art. 34. O acusado poderá assistir, pessoalmente ou por procurador, a todos os atos e diligências, e requerer o que julgar conveniente aos interesses da defesa. (Regimento Interno do Senado Federal)

Art. 16. Ao representado e ao denunciado é assegurado amplo direito de defesa e o contraditório, devendo ser intimados pelos respectivos gabinetes no Senado Federal ou por intermédio de procurador, para acompanhar todos os atos e termos do processo disciplinar. (Código de Ética e Decora Parlamentar do Senado Federal)

Art. 17-B. O Conselho poderá convocar o representado ou denunciado para prestar depoimento pessoal. (*Incluído pela Resolução n.º 25, de 2008*)

Parágrafo único. Se forem inquiridas testemunhas, o depoimento pessoal do representado ou denunciado, quando colhido, poderá precedê-las, desde que respeitado o seu direito de ser ouvido também posteriormente a elas. (Código de Ética e Decora Parlamentar do Senado Federal)

Pois bem. Uma vez licenciado por razões médicas, o Senador se encontrava em situação de cristalina hipossuficiência, não podendo exercer os sacrossantos direitos de defesa e do contraditório em sua plenitude, falecendo-lhe a possibilidade de se auto-defender da acusação que lhe foi imputada. Ora, bem se sabe que a ampla defesa não se resume a defesa técnica exercida pelos advogados, mas também inclui a denominada auto-defesa, desempenhada pelo próprio representado.

Outrossim, em razão da licença médica, o Senador não pôde comparecer pessoalmente a diversos atos processuais, contrariando o seu direito de presença e comprometendo severamente a sua defesa perante o Conselho de Ética e Decoro Parlamentar, violando frontalmente o artigo 34 do Regimento Interno do Senador Federal e 16 do Código de Ética e Decoro Parlamentar do Senado Federal que além de assegurarem os direitos constitucionais da ampla defesa e do contraditório, garantem o direito do representado assistir pessoalmente todos os atos e diligências do processo disciplinar.

Art. 34. O acusado poderá assistir, pessoalmente ou por procurador, a todos os atos e diligências, e requerer o que julgar conveniente aos interesses da defesa.

Art. 16. Ao representado e ao denunciado é assegurado amplo direito de defesa e o contraditório, devendo ser intimados pelos respectivos gabinetes no Senado Federal ou

por intermédio de procurador, para acompanhar todos os atos e termos do processo disciplinar.

Nem se alegue a eventual possibilidade de presença de algum procurador do Senador representado sanaria o cerceamento de defesa ora indigitado, pois Regimento Interno prevê expressamente o direito do acusado assistir pessoalmente todos os atos do processo.

Mas não é só! O prosseguimento do processo disciplinar no período de licença do impetrante também afronta a ampla defesa do acusado de outra maneira, pois além de incapacitar o exercício da ampla defesa pela impossibilidade de auto-defesa e lhe tolher o seu direito de comparecer em todos os atos processuais, pode vedar o direito de o Senador ser ouvido antes das testemunhas da representação, conforme permite o artigo 17-B do Código de Ética e Decoro Parlamentar, *verbis*:

Art. 17-B. O Conselho poderá convocar o representado ou denunciado para prestar depoimento pessoal. (Incluído pela Resolução n.º 25, de 2008)

Parágrafo único. Se forem inquiridas testemunhas, o depoimento pessoal do representado ou denunciado, quando colhido, poderá precedê-las, desde que respeitado o seu direito de ser ouvido também posteriormente a elas.

Com efeito, o prosseguimento do processo durante a licença médica do representado incapacitaria severamente as garantias processuais do Senador.

Não se está afirmando que o ora defendido não poderia ser processado no período de licença médica, nada disso! O que se está impugnando é o prosseguimento normal do trâmite processual no período de licença por motivo de saúde do Senador DELCÍDIO.

Portanto, a correta interpretação teleológica do artigo 56, II da Magna Carta é pela necessidade de suspensão de todo e qualquer ato processual no período de ausência temporária do representado por motivos médicos, vez que ao afirmar que nenhum Senador poderia ser cassado durante o período de licença, em verdade, a “*mens legis*” quis garantir o direito do acusado de exercer seus direitos constitucionais da ampla defesa em contraditório em sua plenitude, não podendo ser realizado qualquer ato durante o seu período de licença.

Desta forma, conclui-se que, estando sob licença, o Senador não pôde se defender plenamente e exercer o direito ao contraditório, devendo, portanto, ser declarado nulos os atos realizados sob o período em que o Senador representado esteve sob licença.

Destarte, em homenagem aos princípios da ampla defesa e contraditório, dos quais são corolários os direito de presença e de audiência e toda a *principiologia*, por assim dizer, que anima as garantias individuais inerentes ao Estado Democrático de Direito, o processo disciplinar contra o Senador representado não poderia ter tido prosseguimento enquanto

DELCÍDIO estivesse sob licença médica, merecendo ser declarada a nulidade dos aludidos atos.

– VIII –

PRELIMINARMENTE

Cerceamento de Defesa: Negativa de Oitiva de Testemunhas

A defesa não ignora que o momento preclusivo para o arrolamento da prova testemunhal remonta à defesa prévia, até mesmo por força do que dispõe a norma de regência regimental. Entretanto, é imperioso observar que, entre a apresentação da defesa prévia e o início da instrução sobreveio *fato novo*, consubstanciado na convocação, *ex officio*, de três testemunhas por parte do Conselho. A iniciativa do Conselho só mostra que a inquirição de tais testemunhas se faz(ia) importante para a exata compreensão das acusações que pesam contra o Senador representado.

A defesa não contesta tal possibilidade. Ainda que pudesse se tratar de expediente que mais se assemelha aos moldes do sistema inquisitivo, dado à iniciativa *ex officio* de produção da prova, a Defesa não objetou a inquirição de tais testemunhas, a fim de se promover um juízo aproximativo da verdade tida como real.

Entrementes, ocorre que, a despeito de não objetar a inquirição das testemunhas, a Defesa simplesmente pleiteou que, tendo em vista que testemunhas iriam ser ouvidas por iniciativa do Conselho, pudesse o Senador

representado também inventariar um rol de testemunhas. Afinal de contas, a Defesa constituída que nos antecedeu no patrocínio da causa talvez tenha deixado de inventariar testemunhas justamente porque a representação não o fez.

Assim, este fato novo – qual seja, a convocação de testemunhas não arroladas pelas partes – ensejaria a possibilidade de se franquear às partes a oportunidade de arrolar testemunhas.

Este foi o raciocínio trabalhado pela Defesa para formular seu pedido perante o Conselho. Todavia – e aí reside a nulidade –, o Conselho de Ética e Decoro Parlamentar do Senado Federal houve por bem desfazer o *fato novo* ensejador do pedido defensivo, com o único propósito deliberado de frustrar a possibilidade de que a defesa pudesse produzir provas em seu favor.

As notas taquigráficas não deixam margem à dúvida de que o cancelamento da oitiva das testemunhas teve o propósito deliberado de frustrar o direito da defesa. Vejamos:

“O SR. TELMÁRIO MOTA – (...) Abro mão das três testemunhas, dispenso as três testemunhas. Com isso, o fato novo perde a razão. A solicitação de novas testemunhas de defesa – o próprio advogado falou que era esse o sentido – perdeu a razão”.

Mais adiante, o próprio Senador LASIER MARTINS também se manifestou. Reconheceu que a convocação das testemunhas *ex officio* geraria o direito para a defesa; porém, anuiu com o fato de que o seu cancelamento faria falecer a oportunidade de que a defesa pudesse indicar testemunhas:

“O SR. LASIER MARTINS – (...) Então, a medida mais adequada é nós desistirmos dessas testemunhas de acusação. Consequentemente, a defesa também preclui as testemunhas, e já está precluso o prazo para indicá-las. Consequentemente também, inexistente prazo agora para a defesa apresentar testemunhas. Não teremos testemunhas nesse caso”.

Ora, Excelência! É de se convir que o Conselho não agiu pautado exatamente com a melhor boa fé processual. Pelo contrário! Abrir mão da produção da prova só para, “consequentemente”, frustrar o pedido da defesa, em inquirir as testemunhas que pretendia, revela que não se pretende galgar a verdade, mas sim impedir que a Defesa possa acessar a prova.

Em última análise, tratou-se de uma manobra subalterna engendrada para evitar a produção da prova por parte da defesa. Lamentável sob todos os aspectos. Afinal de contas, se o próprio Conselho já havia deliberado pela necessidade de inquirição de três testemunhas, a desistência de tais oitivas, com o tão só propósito de frustrar a produção de prova requerida pela defesa, revela a debilidade instrutória do feito.

Com efeito, a iniciativa probatória incumbe às partes. Na dialética processual, a tese acusatória se contrapõe à antítese defensiva, mediante inquirições cruzadas, na qual o órgão julgador exerce um papel subsidiário na colheita do arcabouço probatório.

Não pode o órgão julgador se arrojar à colheita da prova, sob pena de configurar o que FRANCO CORDEIRO tem chamado de “*quadros mentais paranóicos*”, típicos de sistemas inquisitórios, incompatíveis com as conquistas garantistas de sistemas adversariais e acusatórios do Estado Democrático de Direito.

À luz do contraditório e da ampla defesa parece evidente, que em nosso sistema constitucional seja reconhecida ao recorrente a introdução de material probatório no processo, decorrência lógica que dimana do devido processo legal, que objetiva não somente evitar injustificadas e errôneas privações de direitos, mas assegurar a participação e o diálogo dos interessados na decisão processual.

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. CORRUPÇÃO ATIVA. CONVERSÃO DE HC PREVENTIVO EM LIBERATÓRIO E EXCEÇÃO À SÚMULA 691/STF. PRISÃO TEMPORÁRIA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA DA PRISÃO PREVENTIVA. CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL PARA VIABILIZAR A INSTAURAÇÃO DA AÇÃO PENAL. GARANTIA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL FUNDADA NA SITUAÇÃO ECONÔMICA DO PACIENTE. PRESERVAÇÃO DA ORDEM ECONÔMICA. QUEBRA DA IGUALDADE (ARTIGO 5º, CAPUT E INCISO I DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL). AU-

SÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA DA PRISÃO PREVENTIVA. PRISÃO CAUTELAR COMO ANTECIPAÇÃO DA PENA. INCONSTITUCIONALIDADE. PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE (ARTIGO 5º, LVII DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL). CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ESTADO DE DIREITO E DIREITO DE DEFESA. COMBATE À CRIMINALIDADE NO ESTADO DE DIREITO. ÉTICA JUDICIAL, NEUTRALIDADE, INDEPENDÊNCIA E IMPARCIALIDADE DO JUIZ. AFRONTA ÀS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS CONSAGRADAS NO ARTIGO 5º, INCISOS XI, XII E XLV DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIREITO, DO ACUSADO, DE PERMANECER CALADO (ARTIGO 5º, LXIII DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL). CONVERSÃO DE HABEAS CORPUS PREVENTIVO EM HABEAS CORPUS LIBERATÓRIO

“(…) A neutralidade impõe que o juiz se mantenha em situação exterior ao conflito objeto da lide a ser solucionada. O juiz há de ser estranho ao conflito. A independência é expressão da atitude do juiz em face de influências provenientes do sistema e do governo. Permite-lhe tomar não apenas decisões contrárias a interesses do governo --- quando o exigam a constituição e a lei --- mas também impopulares, que a imprensa e a opinião pública não gostariam que fossem adotadas. A imparcialidade é expressão da atitude do juiz em face de influências provenientes das partes nos processos judiciais a ele submetidos. Significa julgar com ausência absoluta de prevenção a favor ou contra alguma das partes. Aqui nos colocamos sob a abrangência do princípio da impessoalidade, que a impõe.”

“(…) Nos estados de direito há, à disposição dos cidadãos, um poder judiciário independente, com a função de arbitrar esses conflitos, declarando ao indivíduo quais constrangimentos o ordenamento jurídico o obriga a suportar, quais os que se não lhe pode impor. Isso tem sido no entanto ignorado nos dias que correm, de sorte que alguns juízes se envolvem direta e pessoalmente com os agentes da administração,

participando do planejamento de investigações policiais que resultam em ações penais de cuja apreciação e julgamento eles mesmos serão incumbidos, superpondo os sistemas inquisitório e misto, a um tempo só recusando o sistema acusatório.

“(...) Basta tanto para desmontar as estruturas do estado de direito, disso decorrendo a supressão da jurisdição. O acusado já então não se verá face a um juiz independente e imparcial. Terá diante de si uma parte acusadora, um inquisidor a dizer-lhe algo como ‘já o investiguei, colhi todas as provas, já me convenci de sua culpa, não lhe dou crédito algum, mas estou a sua disposição para que me prove que estou errado!’ e isso sem sequer permitir que o acusado arrisque a sorte em Ordálias...”

“(...) Perdoem-me por falar em ‘interesses das partes’ e em ‘conflito’ no processo penal, mas desejo vigorosamente afirmar que a independência do juiz criminal impõe sua cabal desvinculação da atividade investigatória e do combate ativo ao crime, na teoria e na prática. Contra ‘bandidos’ o estado e seus agentes atuam como se bandidos fossem, à margem da lei, fazendo moessa da constituição. E tudo com a participação do juiz, ante a crença generalizada de que qualquer violência é legítima se praticada em decorrência de uma ordem judicial. Juízes que se pretendem versados na teoria e prática do combate ao crime, juízes que arrogam a si a responsabilidade por operações policiais transformam a constituição em um punhado de palavras bonitas rabiscadas em um pedaço de papel sem utilidade prática, como diz Ferrajoli. Ou em papel pintado com tinta; uma coisa em que está indistinta a distinção entre nada e coisa nenhuma, qual nos versos de Fernando Pessoa.”

(HC 95009, RELATOR(A): MIN. EROS GRAU, TRIBUNAL PLENO, JULGADO EM 06/11/2008, DJE-241 DIVULG 18-12-2008 PUBLIC 19-12-2008 EMENT VOL-02346-06 PP-01275 RTJ VOL-00208-02 PP-00640)

PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. QUADRILHA. REALIZAÇÃO DE INTERROGATÓRIO POR JUIZ DURANTE A FASE INQUISITÓRIA, ANTES DO OFERECIMENTO DA DENÚNCIA. ARTIGO 2º, PARÁGRAFO 3º, DA LEI DE PRISÃO TEMPORÁRIA. AUSÊNCIA DE PROCEDIMENTO QUE PERMITA AO MAGISTRADO PROCEDER À INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR. RETORNO AO SISTEMA INQUISITÓRIO. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E GARANTIAS DO CIDADÃO. RECURSO PROVIDO. 1. Hipótese em que o juiz, antes de haver, sequer, o oferecimento da denúncia, estando ainda no curso da investigação preliminar, se imiscuir nas atividades da polícia judiciária e realizar o interrogatório do réu, utilizando como fundamento o artigo 2º, § 3º, da lei 7.960/1989.

2. A lei da prisão temporária permite ao magistrado, de ofício, em relação ao preso, determinar que ele lhe seja apresentado e submetê-lo a exame de corpo de delito. Em relação à autoridade policial o juiz pode solicitar informações e esclarecimentos.

3. A lei 7.960/1989 não disciplinou procedimento em que o juiz pode, como inquisidor, interrogar o réu.

4. O magistrado que pratica atos típicos da polícia judiciária torna-se impedido para proceder ao julgamento e processamento da ação penal, eis que perdeu, com a prática dos atos investigatórios, a imparcialidade necessária ao exercício da atividade jurisdicional.

5. O sistema acusatório regido pelo princípio dispositivo e contemplado pela constituição da república de 1988 diferencia-se do sistema inquisitório porque nesse a gestão da prova pertence ao juiz e naquele às partes.

6. No estado democrático de direito, as garantias processuais de julgamento por júízo imparcial, obediência ao contraditório e à ampla defesa são indispensáveis à efetivação dos direitos fundamentais do homem.

7. Recurso provido.

(RHC 23.945/RJ, REL. MINISTRA JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), SEXTA TURMA, JULGADO EM 05/02/2009, DJE 16/03/2009)

CORREIÇÃO PARCIAL. O órgão acusador - parte que é e poderes que tem - não pode exigir que o Judiciário requirite diligências, quando o próprio Ministério Público pode fazê-lo.

1. O mito que o processo penal mira a "verdade real" está superado. A busca é outra: julgamento justo ao acusado (lições de Adauto Suannes e Luiji Ferrajoli).

2. O papel do juiz criminal é de equidistância: a aproximação entre acusador e julgador é própria do medieval inquisitório.

3. Correição parcial improcedente.

(5ª Câmara Criminal do TJRS, Correição Parcial 70002028041, Rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho, 20/12/2

PROCESSUAL PENAL. "HABEAS CORPUS". SISTEMA ACUSATÓRIO. PROVA. GESTÃO. PROVA TESTEMUNHAL PRODUZIDA DE OFÍCIO PELO JUIZ. ILEGITIMIDADE.

1. Nulo é o ato processual em que restam agredidos os mandamentos constitucionais sustentadores do Sistema Processual Penal Acusatório.

2. A oficiosidade do juiz na produção de prova, sob amparo do princípio da busca da "verdade real", é procedimento eminentemente inquisitório e agride o critério basilar do Sistema Acusatório: a gestão da prova como encargo específico da acusação e da defesa.

3. (...)

4. Ordem concedida, por unanimidade.

(5ª Câmara do TJRS, HC 70003938974, Rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho, 24/04/2002)

CORREIÇÃO PARCIAL. DECISÃO EX OFFICIO. BAIXA DOS AUTOS À DP PARA EFEITOS DE RECONHECIMENTO DO RÉU. VIOLAÇÃO DO SISTEMA ACUSATÓRIO.

O Juiz não pode, pena de ferir o sistema acusatório consagrado na Constituição Federal de 1988, determinar diligências policiais, especialmente reconhecimento do acusado pelas vítimas. **No sistema acusatório o réu é tratado como sujeito de direitos, devendo ter, portanto, suas garantias individuais (constitucionais) respeitadas. A regra é clara e comum: O Estado acusador, através do agente ministerial, manifesta a pretensão ao agente imparcial, que é o Estado-juiz.** Essa imparcialidade que se apresenta mais nítida agora, com a definição constitucional dos papéis processuais, é a plataforma na construção de uma ciência processual penal democrática, vedando a iniciativa ex officio na produção da prova. Correição acolhida. (5ª Câmara do TJRS, Correição Parcial 70014869697, Rel. Des. Aramis Nassif, 24/04/2002)

Neste sistema, não caberia ao Conselho indicar o meio de prova ou escolher o que melhor lhe conviesse, especialmente quando exigem do representado prova do estado de inocência. Tal postura viola o direito do mesmo em produzir a prova que melhor lhe convenha. A questão cifra-se na imperiosa necessidade de evitar o arbítrio na limitação da prova requerida pela defesa, já que a atividade defensiva não se esgota em simples oposições às pretensões acusatórias.

Ao recorrente é assegurado o direito de defender-se provando, isto é utilizando-se de todos os meios de prova lícitos e vinculados tematicamente ao conteúdo de sua defesa, o que representa a igualdade jurídica entre as partes, especialmente na divisão do conhecimento indispensável do julgador.

O direito subjetivo à prova supõe considerar que a defesa possa interferir ativamente em todas as fases processuais, laborando diretamente na construção do material probatório, que servirá de base para futura decisão, sendo que no caso vertente o recorrente ficou visivelmente prejudicado em contribuir diretamente na formação do convencimento dos julgadores.

No modelo acusatório com a consagração do direito à prova, não é possível ao magistrado negá-las, especialmente como no caso vertente, onde o material obtido com a prova está destinado diretamente à demonstração da tese defensiva.

No caso *sub judice*, a prova pericial, tem **pertinência com o tema do procedimento, é lícita e relevante para a defesa**, portanto seu indeferimento foi, data venia, ilegal e abusivo, causando grave prejuízo aos interesses do representado, especialmente na formação do conjunto probatório e na justificação do convencimento do Conselho.

Trata-se à toda evidência de prova útil e necessária à demonstração dos fatos, lastreada em considerações pertinentes à pesquisa da verdade real, e que tendo sido requerida em momento oportuno não viola os direitos da parte *ex adversa*.

O conhecimento do Conselho implica necessariamente exercício de poder, mas jamais uma faculdade absoluta de intromissão na prova, sob pena de malferir os direitos constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

É preciso ter em mente, a base constitucional do direito à prova, que não permite ao julgador a exclusão de provas relacionadas ao tema debatido nos autos, com considerações antecipadas de que seus resultados não irão ser úteis ao julgamento.

O contraditório e a ampla defesa do representado se tornariam garantias meramente ilusórias caso se vedasse ao mesmo a garantia da atividade probatória, que visa a atuar no convencimento do julgador, que em sua decisão final deve necessariamente fazer referência às provas produzidas pelas partes, quer para justificar uma condenação, quer para justificar a absolvição.

Nesse diapasão a orientação do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA:

“PERICIA. Cerceamento de defesa, O indeferimento de perícia oportuna e fundamentadamente requerida, que se revela essencial ao deslinde da controvérsia posta em juízo implica em cerceamento de defesa. A perícia judicial somente pode ser dispensada, se não comprometer o contraditório, vale dizer, quando ambas as partes apresentam desde logo elementos de natureza técnica prestados a que o juiz forme a sua convicção. É a exegese que se impõe, pois fora daí sequer haveria igualdade de tratamento das partes, que a lei processual manda observar.”¹

Penal. Processual. PERICIA. Ampla Defesa. “Habeas Corpus”. 1 – Enquanto houver a mínima possibilidade para o acusado demonstrar sua inocência há que se lhe assegurar tudo o que for possível, na forma da lei, ao exercício pleno da ampla defesa. 2 – Qualquer ato processual configurador do cerceamento do direito de ampla defesa do acusado² incide em tese em constrangimento ilegal reparável por Habeas Corpus.”

Os argumentos em favor do reconhecimento do direito à prova, como aspecto insuprimível das garantias de defesa e do contraditório encontram afirmação e reforço no atual texto constitucional que em seu **art. 5º LV**, assegura:

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

¹ Recurso Especial 56963/MG – 3ª Turma - Relator Ministro Costa Leite – DJU 29/05/95

² HC 5238/RS – Relator Ministro Edson Vidigal – DJU 17/03/97

Mais ainda: diante da disposição do art. 5º, § 2º, da Lei Maior, que expressamente incorpora ao rol de direitos e garantias adotadas nos **Tra-
tados em que a República Federativa do Brasil seja parte**, em face de adesão do Brasil à Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), cujo integral cumprimento foi determinado pelo Decreto nº 678 de 06 de Novembro de 1992, também figura como garantia inerente ao nosso sistema processual a prevista no **art. 8º, § 2º, letra f**, do referido texto internacional:

“Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se pre-
suma sua inocência enquanto não se comprove legalmente
sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito em
plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

(...)

f) direito de defesa de inquirir testemunhas presentes no
tribunal e obter o comparecimento, como testemunhas ou
peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os
fatos.”

Diante disso, o direito à prova de defesa configura, não somente decorrência dos princípios antes anunciados, mas agora regra de direito positivo, integrada ao nosso ordenamento jurídico, em nível constitucional, com a adesão do Brasil à Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Resta demonstrada a importância da prova testemunhal e pericial para a defesa do representado.

No caso em testilha, observa-se que a representação não veio respaldada por nenhum rol de testemunhas que pudessem ser eventualmente inquiridas no curso da instrução. Isto posto, se a acusação não requereu a produção de nenhuma prova, não pode o órgão acusatório investir-se na iniciativa de produzir a prova, sob pena de desequilibrar a estrutura dialética que sustentam a tensão entre a tese acusatória e a antítese defensiva, transfigurando-se num sistema inquisitório.

Não se ignora que o art. 17-C, inciso I, do Regimento Interno permite que sejam inquiridas testemunhas “*convocadas por iniciativa do Conselho*”. Todavia, tais testigos só poderão ser convocados de forma complementar ao rol já inventariado pela acusação, jamais da forma como está sendo feito, quando a acusação se queda inerte sem nada requerer.

As testemunhas “*convocadas por iniciativa do Conselho*” devem ser aquelas eventualmente referidas pelas testemunhas anteriormente convocadas no rol da representação ou que, de algum modo, tangenciam as provas requeridas pela peça inicial acusatória.

Todavia, quando a acusação queda-se inerte, sem nada requerer, em termos de produção probatória, não pode o órgão julgador arvorar-se a tanto, tomando para si uma incumbência que é, precipuamente das partes. Não custa lembrar que o Código de Processo Penal, aplicado subsidiariamente ao presente rito, estatui que o ônus da prova incumbe a quem alega.

De toda sorte, já que o Conselho tomou a iniciativa de convocar testemunhas, mesmo na falta de qualquer requerimento das partes, a Defesa viu-se no direito de também requerer a produção de provas, ainda que não o tenha feito em sede de defesa prévia. A convocação de testemunhas por parte do Conselho constituiu *fato novo*, que reabriu a oportunidade para que a Defesa pudesse inventariar seu rol de provas, até mesmo porque o art. 17-E do Regimento Interno permite que as partes requeiram a produção de provas “*em qualquer fase do processo, até o encerramento da instrução*”.

Com efeito, trata-se de fato novo: ANTES, não havia nenhum arcabouço probatório a ser produzido no curso da instrução; DEPOIS, três testemunhas foram convocadas a depor por iniciativa do Conselho.

Sem embargo, a superveniência de três testemunhas a serem inquiridas por iniciativa do Conselho, quando antes se tinha em mente que nenhuma prova seria produzida no curso da instrução, constituiu *fato novo* relevante, capaz de ensejar a reabertura de prazo à Defesa.

Que fique definitivamente claro: **a Defesa não se insurge quanto à possibilidade de convocação de testemunhas por iniciativa do Conselho. Pelo contrário: a prova deve ser feita. E amplamente!** Contudo, a produção ao acervo probatório, por iniciativa do Conselho, deve constituir *fato novo* a ensejar que as partes (acusação e defesa) requeiram provas também.

O que a Defesa pretende aqui é que, a partir deste fato novo, fosse reaberto prazo para que a Defesa indicasse rol de testemunhas, já que não o fizera anteriormente, tendo em vista que a representação também não pleiteou a produção de nenhuma prova.

A relevância e a pertinência de tais provas estão consubstanciadas no fato de que as testemunhas poderiam ter esclarecido as circunstâncias que antecederam o encontro no qual foi engendrada a gravação sob exame.

Mais do que isto: tais provas seriam absolutamente relevantes e pertinentes para o exercício da Defesa e poderiam, a bom tempo, esclarecer o contexto que antecedeu e que sucedeu à gravação feita por BERNARDO CERVERÓ.

Como se isso não fosse o bastante, o art. 17-A do Regimento Interno permite que sejam deferidas as provas nesta etapa. Vejamos:

“Art. 17-A. Iniciado o processo disciplinar, o Conselho procederá às diligências e à instrução probatória que entender necessárias, assim como as requeridas pelo representante ou denunciante, pelo representado ou denunciado e pelo relator e pelos demais membros do Conselho, mediante a intimação prévia do representado ou denunciado, que poderá ser feita pelo intermédio de seu gabinete no Senado Federal, para, querendo, acompanhar os atos”.

Como se vê, as provas requeridas pelo representado devem ser interpretadas em consonância com o que dispõe o aposto “*iniciado o processo disciplinar*”, o que denota, claramente, que as provas podem, sim, ser agora requeridas. Nada impede, pois, que sejam deferidos os requerimentos probatórios feitos no presente momento. E a defesa os fez no curso da instrução.

O direito à prova é constitucionalmente assegurado e o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL tem interferido mesmo na esfera administrativa quando se trata de garantir direito líquido e certo, a exemplo do que ocorreu recentemente quando regulamentou o procedimento do *impeachment*. Pedimos venia para transcrever:

EMENTA: PARLAMENTAR. Perda de mandato. Processo de cassação. Quebra de decoro parlamentar. Inversão da ordem das provas. Reinquirição de testemunha de acusação ouvida após as da defesa. Indeferimento pelo Conselho de Ética. Inadmissibilidade. Prejuízo presumido. Nulidade conseqüente. Inobservância do contraditório e da ampla defesa. Vulneração do justo processo da lei (due process of law). Ofensa aos arts. 5º, incs. LIV e LV, e 55, § 2º, da CF. Liminar concedida em parte, pelo voto intermediário, para suprimir, do Relatório da Comissão, o inteiro teor do depoimento e das referências que lhe faça. Votos vencidos. Em processo parlamentar de perda de mandato, não se admite aproveitamento de prova acusatória produzida após as provas de defesa, sem oportunidade de contraditório real. (MS 25647 MC, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 30/11/2005, DJ 15-12-2006 PP-00082 EMENT VOL-02260-02 PP-00227)

Agravo regimental em agravo regimental em agravo de instrumento. Responsabilidade civil do Estado. Setor sucroalcooleiro. Fixação de preços. Princípio da livre iniciativa. Violação. Precedentes.

1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que fere o princípio da livre iniciativa a fixação de preços em valores abaixo dos reais.

2. O Superior Tribunal de Justiça concluiu não poder adentrar na análise do mérito sobre os pressupostos configuradores da responsabilidade estatal. Entretanto, como se extrai do voto dos segundos embargos de declaração julgados por aquela Corte, houve o prequestionamento dos fundamentos constitucionais pelos quais teria sido impedida a empresa de ver reconhecido seu direito constitucional.

3. Há que se garantir, por meio do apelo extremo, o reconhecimento do direito constitucional da parte autora de ser indenizada pelos prejuízos causados pela ilicitude praticada pelo poder público, **concedendo-se-lhe o direito fundamental de produzir as provas necessárias** quanto ao montante do prejuízo, conforme precedentes da Corte no sentido de que a União tem o dever de indenizar usina do setor sucroalcooleiro que obtenha prejuízos decorrentes da fixação de preços pelo Instituto do Açúcar e do Alcool incompatível com os custos de produção apurados pela Fundação Getúlio Vargas.

4. Mantida, pois, a decisão com que, no exercício do juízo de retratação, se reconsiderou anterior decisão monocrática e se determinou a conversão do agravo de instrumento em recurso extraordinário, cassando-se o acórdão atacado e determinando-se o retorno dos autos à primeira instância. 5. Agravo regimental não provido. (AI 631016 AgR-AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 03/02/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-057 DIVULG 23-03-2015 PUBLIC 24-03-2015)

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA – DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE PARA CONTRATAR COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA (INCISOS II E III DO ART. 88 DA LEI Nº 8.666/1993) – ATO DO MINISTRO DE ESTADO DO CONTROLE E DA TRANSPARÊNCIA – PROCEDIMENTO DE CARÁTER ADMINISTRATIVO INSTAURADO PERANTE A CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO – SITUAÇÃO DE CONFLITUOSIDADE EXISTENTE ENTRE OS INTERESSES DO ESTADO E OS DO PARTICULAR – NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA, PELO PODER PÚBLICO, DA FÓRMULA CONSTITUCIONAL DO “DUE PROCESS OF LAW” – PRERROGATIVAS QUE COMPÕEM A GARANTIA CONSTITUCIONAL DO DEVIDO PROCESSO – O DIREITO À PROVA COMO UMA DAS PROJEÇÕES CONCRETIZADORAS DESSA GARANTIA CONSTITUCIONAL – PRECEDENTES – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reafirmado a essencialidade do princípio que consagra o “due process of law”, nele reconhecendo uma insuprimível garantia, que, instituída em favor de qualquer pessoa ou entidade, rege e condiciona o exercício, pelo Poder Público, de sua atividade, ainda que em sede materialmente administrativa, sob pena de nulidade do próprio ato punitivo ou da medida restritiva de direitos. Precedentes. Doutrina. - Assiste, ao interessado, mesmo em procedimentos de índole administrativa, como direta emanção da própria garantia constitucional do “due process of law” (CF, art. 5º, LIV) – independentemente, portanto, de haver previsão normativa nos estatutos que regem a atuação dos órgãos do Estado –, a prerrogativa indisponível do contraditório e da plenitude de defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (CF, art. 5º, LV). - Abrangência da cláusula constitucional do “due process of

law”, que compreende, dentre as diversas prerrogativas de ordem jurídica que a compõem, o direito à prova. - O fato de o Poder Público considerar suficientes os elementos de informação produzidos no procedimento administrativo não legitima nem autoriza a adoção, pelo órgão estatal competente, de medidas que, tomadas em detrimento daquele que sofre a persecução administrativa, culminem por frustrar a possibilidade de o próprio interessado produzir as provas que repute indispensáveis à demonstração de suas alegações e que entenda essenciais à condução de sua defesa. - **Mostra-se claramente lesiva à cláusula constitucional do “due process” a supressão, por exclusiva deliberação administrativa, do direito à prova, que, por compor o próprio estatuto constitucional do direito de defesa, deve ter o seu exercício plenamente respeitado pelas autoridades e agentes administrativos, que não podem impedir que o administrado produza os elementos de informação por ele considerados imprescindíveis e que sejam eventualmente capazes**, até mesmo, de infirmar a pretensão punitiva da Pública Administração. Doutrina. Jurisprudência. (RMS 28517 AgR, tor(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 25/03/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-082 DIVULG 30-04-2014 – PUBLIC 02.05.2014)

MANDADO DE SEGURANÇA – PROCEDIMENTO DE CARÁTER ADMINISTRATIVO INSTAURADO PERANTE O E. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – SITUAÇÃO DE CONFLITUOSIDADE EXISTENTE ENTRE OS INTERESSES DO ESTADO E OS DO PARTICULAR – NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA, PELO PODER PÚBLICO, DA FÓRMULA CONSTITUCIONAL DO “DUE PROCESS OF LAW” – PRERROGATIVAS QUE COMPÕEM A GARANTIA CONSTITUCIONAL DO DEVIDO PROCESSO – O DIREITO À PROVA COMO UMA DAS PROJEÇÕES

CONCRETIZADORAS DESSA GARANTIA CONSTITUCIONAL – PRECEDENTES – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. – A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reafirmado a essencialidade do princípio que consagra o “due process of law”, nele reconhecendo uma insuprimível garantia, que, instituída em favor de qualquer pessoa ou entidade, rege e condiciona o exercício, pelo Poder Público, de sua atividade, ainda que em sede materialmente administrativa, sob pena de nulidade do próprio ato punitivo ou da medida restritiva de direitos. Precedentes. Doutrina. – Assiste, ao interessado, mesmo em procedimentos de índole administrativa, como direta emanção da própria garantia constitucional do “due process of law” (CF, art. 5º, LIV)– independentemente, portanto, de haver previsão normativa nos estatutos que regem a atuação dos órgãos do Estado –, a prerrogativa indisponível do contraditório e da plenitude de defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (CF, art. 5º, LV). – Abrangência da cláusula constitucional do “due process of law”, que compreende, dentre as diversas prerrogativas de ordem jurídica que a compõem, o direito à prova. – O fato de o Poder Público considerar suficientes os elementos de informação produzidos no procedimento administrativo não legitima nem autoriza a adoção, pelo órgão estatal competente, de medidas que, tomadas em detrimento daquele que sofre a persecução administrativa, culminem por frustrar a possibilidade de o próprio interessado produzir as provas que repare indispensáveis à demonstração de suas alegações e que entenda essenciais à condução de sua defesa. – Mostra-se claramente lesiva à cláusula constitucional do “due process” a supressão, por exclusiva deliberação administrativa, do direito à prova, que, por compor o próprio estatuto constitucional do direito de defesa, deve ter o seu exercício plenamente respeitado pelas autoridades e agentes administrativos, que não podem impedir que o administrado produza os elementos de informação por ele considerados imprescindíveis e que se-

jam eventualmente capazes, até mesmo, de infirmar a pretensão punitiva da Pública Administração. Doutrina. Jurisprudência. (STF - MS: 26358 DF, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 02/12/2014, Segunda Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-248 DIVULG 16-12-2014 PUBLIC 17.12.2014)

"HABEAS CORPUS" - NECESSIDADE DE RESPEITO, PELO PODER PÚBLICO, ÀS PRERROGATIVAS JURÍDICAS QUE COMPÕEM O PRÓPRIO ESTATUTO CONSTITUCIONAL DO DIREITO DE DEFESA - A GARANTIA CONSTITUCIONAL DO "DUE PROCESS OF LAW" COMO EXPRESSIVA LIMITAÇÃO À ATIVIDADE PERSECUTÓRIA DO ESTADO (INVESTIGAÇÃO PENAL E PROCESSO PENAL) - O CONTEÚDO MATERIAL DA CLÁUSULA DE GARANTIA DO "DUE PROCESS" - INTERROGATÓRIO JUDICIAL - NATUREZA JURÍDICA - MEIO DE DEFESA DO ACUSADO - POSSIBILIDADE DE QUALQUER DOS LITISCONSORTES PENAISS PASSIVOS FORMULAR REPERGUNTAS AOS DEMAIS CO-RÉUS, NOTADAMENTE SE AS DEFESAS DE TAIS ACUSADOS SE MOSTRAREM COLIDENTES - PRERROGATIVA JURÍDICA CUJA LEGITIMAÇÃO DECORRE DO POSTULADO CONSTITUCIONAL DA AMPLA DEFESA - PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (PLENO) - MAGISTÉRIO DA DOCTRINA - PEDIDO DEFERIDO. A ESSENCIALIDADE DO POSTULADO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, QUE SE QUALIFICA COMO REQUISITO LEGITIMADOR DA PRÓPRIA "PERSECUTIO CRIMINIS" . - O exame da cláusula referente ao "due process of law" permite nela identificar alguns elementos essenciais à sua configuração como expressiva garantia de ordem constitucional, destacando-se, dentre eles, por sua inquestionável importância, as seguintes prerrogativas: (a) direito ao processo (garantia de acesso ao Poder Judiciário)

rio); (b) direito à citação e ao conhecimento prévio do teor da acusação; (c) direito a um julgamento público e célere, sem dilações indevidas; (d) direito ao contraditório e à plenitude de defesa (direito à autodefesa e à defesa técnica); (e) direito de não ser processado e julgado com base em leis "ex post facto"; (f) direito à igualdade entre as partes; (g) direito de não ser processado com fundamento em provas revestidas de ilicitude; (h) direito ao benefício da gratuidade; (i) direito à observância do princípio do juiz natural; (j) direito ao silêncio (privilégio contra a auto-incriminação); (l) direito à prova; e (m) direito de presença e de "participação ativa" nos atos de interrogatório judicial dos demais litisconsortes penais passivos, quando existentes . - O direito do réu à observância, pelo Estado, da garantia pertinente ao "due process of law", além de traduzir expressão concreta do direito de defesa, também encontra suporte legitimador em convenções internacionais que proclamam a essencialidade dessa franquia processual, que compõe o próprio estatuto constitucional do direito de defesa, enquanto complexo de princípios e de normas que amparam qualquer acusado em sede de persecução criminal, mesmo que se trate de réu estrangeiro, sem domicílio em território brasileiro, aqui processado por suposta prática de delitos a ele atribuídos. O INTERROGATÓRIO JUDICIAL COMO MEIO DE DEFESA DO RÉU . - Em sede de persecução penal, o interrogatório judicial - notadamente após o advento da Lei nº 10.792/2003 - qualifica-se como ato de defesa do réu, que, além de não ser obrigado a responder a qualquer indagação feita pelo magistrado processante, também não pode sofrer qualquer restrição em sua esfera jurídica em virtude do exercício, sempre legítimo, dessa especial prerrogativa. Doutrina. Precedentes. POSSIBILIDADE JURÍDICA DE UM DOS LITISCONSORTES PENAIS PASSIVOS, INVOCANDO A GARANTIA DO "DUE PROCESS OF LAW", VER ASSEGURADO O SEU DIREITO DE FORMULAR REPERGUNTAS AOS CO-RÉUS, QUANDO DO RESPECTIVO INTERROGA-

TÓRIO JUDICIAL . - Assiste, a cada um dos litisconsortes penais passivos, o direito - fundado em cláusulas constitucionais (CF, art. 5º, incisos LIV e LV)- de formular reperguntas aos demais co-réus, que, no entanto, não estão obrigados a respondê-las, em face da prerrogativa contra a auto-incriminação, de que também são titulares. O desrespeito a essa franquia individual do réu, resultante da arbitrária recusa em lhe permitir a formulação de reperguntas, qualifica-se como causa geradora de nulidade processual absoluta, por implicar grave transgressão ao estatuto constitucional do direito de defesa. Doutrina. Precedente do STF. (STF - HC: 94601 CE, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-171 DIVULG 10-09-2009 PUBLIC 11-09-2009 EMENT VOL-02373-02)

Decisão: Trata-se de pedido liminar incidental nos autos do recurso ordinário em mandado de segurança interposto por Delta Construções S/A contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça, de relatoria do Min. Ari Pargendler, que restou assim ementado: "PROCESSO ADMINISTRATIVO. CORRUPÇÃO DE SERVIDORES PÚBLICOS IMPUTADA A EMPREITEIRA DE OBRAS PÚBLICAS. DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE PARA CONTRATAR COM O PODER PÚBLICO. 1. Competência concorrente para a prática do ato. O Ministro de Estado Chefe da Controladoria-Geral da União tem competência concorrente para instaurar processo administrativo relacionado à defesa do patrimônio público e ao combate à corrupção. 2. Declaração de inidoneidade. A declaração de inidoneidade imputada à impetrante resulta de condutas difusas de corrupção praticadas ao longo de três anos (presentes a servidores públicos: passagens aéreas, estadas em hotéis, refeições a servidores públicos). 3. Razoabilidade e proporcionalidade da punição. A promiscuidade de servidores

públicos com empresas cujas obras devem fiscalizar constitui um método sórdido de cooptação, de difícil apuração. Sempre que esta for constatada, deve ser severamente punida porque a lealdade que deve haver entre os servidores e a Administração Pública é substituída pela lealdade dos servidores para com a empresa que lhes dá vantagens. Ordem denegada, insubsistência da medida liminar, prejudicado o agravo regimental (Vol. 44, p. 83). Na petição 15910, a impetrante requer a concessão de tutela antecipada recursal para o fim de que seja suspenso o ato administrativo que declarou a recorrente inidônea, até o julgamento final do mérito do recurso ordinário, sustentando a existência do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*. No recurso ordinário, a impetrante aduz que o ato questionado é ilegal e abusivo por ter sido praticado por autoridade incompetente; ter desrespeitado os princípios da ampla defesa e do contraditório na esfera administrativa; ter violado o princípio do devido processo legal; ter desrespeitado o princípio da proporcionalidade; ter violado os princípios da isonomia e impessoalidade; e ter aplicado pena demasiadamente severa, sem razoabilidade, com base em meros indícios e sem qualquer respaldo probatório. Afirma que o processo administrativo utilizou-se apenas de “prova emprestada”, quer a colhida em sede de inquérito policial, quer a produzida unilateralmente pela autoridade coatora por meio de relatórios elaborados com base em processos administrativos nos quais a impetrante não figurou como parte. Passo a decidir o pedido liminar. Restam demonstrados os requisitos para a concessão da liminar pleiteada. Em análise preliminar, verifico a plausibilidade da alegação de que o indeferimento do pedido para produção de provas pela autoridade coatora violou os princípios do contraditório e da ampla defesa, uma vez que o processo administrativo que resultou na cominação da sanção questionada baseou-se apenas em provas produzidas sem a participação da impetrante (inquérito policial e procedimentos administrativos em que a impetrante

não era parte). O precedente desta Corte, de relatoria do Ministro Celso de Mello, explicita os requisitos para observância dos princípios da ampla defesa e do contraditório na esfera administrativa, nos seguintes termos: “RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA – DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE PARA CONTRATAR COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA (INCISOS II E III DO ART. 88 DA LEI Nº 8.666/1993) – ATO DO MINISTRO DE ESTADO DO CONTROLE E DA TRANSPARÊNCIA – PROCEDIMENTO DE CARÁTER ADMINISTRATIVO INSTAURADO PERANTE A CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO – SITUAÇÃO DE CONFLITUOSIDADE EXISTENTE ENTRE OS INTERESSES DO ESTADO E OS DO PARTICULAR – NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA, PELO PODER PÚBLICO, DA FÓRMULA CONSTITUCIONAL DO “DUE PROCESS OF LAW” – PRERROGATIVAS QUE COMPÕEM A GARANTIA CONSTITUCIONAL DO DEVIDO PROCESSO – O DIREITO À PROVA COMO UMA DAS PROJEÇÕES CONCRETIZADORAS DESSA GARANTIA CONSTITUCIONAL – PRECEDENTES – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reafirmado a essencialidade do princípio que consagra o ‘due process of law’, nele reconhecendo uma insuprimível garantia, que, instituída em favor de qualquer pessoa ou entidade, rege e condiciona o exercício, pelo Poder Público, de sua atividade, ainda que em sede materialmente administrativa, sob pena de nulidade do próprio ato punitivo ou da medida restritiva de direitos. Precedentes. Doutrina. - Assiste, ao interessado, mesmo em procedimentos de índole administrativa, como direta emanção da própria garantia constitucional do ‘due process of law’ (CF, art. 5º, LIV) – independentemente, portanto, de haver previsão normativa nos estatutos que regem a atuação dos órgãos do Estado –, a prerrogativa indisponível do contraditório e da plenitude de defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (CF, art. 5º, LV). - Abrangência da cláu-

sula constitucional do 'due process of law', que compreende, dentre as diversas prerrogativas de ordem jurídica que a compõem, o direito à prova. - O fato de o Poder Público considerar suficientes os elementos de informação produzidos no procedimento administrativo não legitima nem autoriza a adoção, pelo órgão estatal competente, de medidas que, tomadas em detrimento daquele que sofre a persecução administrativa, culminem por frustrar a possibilidade de o próprio interessado produzir as provas que repute indispensáveis à demonstração de suas alegações e que entenda essenciais à condução de sua defesa. - Mostra-se claramente lesiva à cláusula constitucional do 'due process' a supressão, por exclusiva deliberação administrativa, do direito à prova, que, por compor o próprio estatuto constitucional do direito de defesa, deve ter o seu exercício plenamente respeitado pelas autoridades e agentes administrativos, que não podem impedir que o administrado produza os elementos de informação por ele considerados imprescindíveis e que sejam eventualmente capazes, até mesmo, de infirmar a pretensão punitiva da Pública Administração. Doutrina. Jurisprudência. (RMS 28517-AgR, Relator Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, DJe 30.04.2014) Também entendo presente o requisito do periculum in mora, uma vez que a impetrante já está há mais de dois anos suportando os efeitos da sanção imposta pela CGU. Ante o exposto, defiro o pedido liminar nos termos em que postulada. Comunique-se com urgência. Após, ouça-se o Procurador-Geral da República. Publique-se. Brasília, 9 de junho de 2015. Ministro Gilmar Mendes Relator Documento assinado digitalmente. (RMS 33526, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 09/06/2015, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-112 DIVULG 11/06/2015 PUBLIC 12/06/2015)

Como se isso não fosse o bastante, o fato é que o rito do Conselho de Ética e Decoro Parlamentar do Senado Federal deveria se assemelhar ao

rito de processo penal de crimes praticados por funcionário público. Isto significa que após a apresentação da defesa prévia deve ser franqueada à defesa a oportunidade de indicar as provas que pretende produzir no curso da instrução, o que não se verificou no caso em exame.

Portanto, ainda que a defesa não tenha indicado provas a serem produzidas, por ocasião da defesa prévia, após o exame de admissibilidade da representação, deveria ter sido franqueada a oportunidade de indicar provas a serem produzidas, a exemplo do que ocorre nos procedimentos que apuram crimes praticados por funcionários públicos.

O rito aplicável à espécie deve, por analogia, obedecer à lógica dos procedimentos de crimes contra a administração, cujo encadeamento sequencial de atos observa a seguinte estruturação:

1. Denúncia;
2. Notificação do imputado para apresentar resposta preliminar;
3. Resposta preliminar da defesa (art. 514, CPP);
4. Juiz decide se recebe ou rejeita a denúncia;
5. Recebendo a denúncia, cita o réu;
6. Resposta à acusação, nos termos do art. 396-A do CPP;
7. Juiz decide se absolve sumariamente ou não (art. 397);
8. Não absolvendo, marca a audiência de instrução e julgamento.

Ou seja: no rito do processo penal que deve servir de paradigma ao procedimento administrativo disciplinar, existem duas defesas prévias: a resposta preliminar que antecede a admissibilidade da denúncia; e a resposta à acusação que a sucede. E, pois, nesta segunda oportunidade que o acusado deve indicar as provas a serem produzidas.

Aliás, o próprio Regimento Interno do Conselho de Ética do Senado abre margem a tal interpretação, quando, no seu art. 15, afirma que a defesa só será notificada após “admitida a representação”, o que sugere que as provas a serem requeridas devem suceder a admissibilidade da denúncia.

“Art. 15. **Admitida a representação**, o Presidente do Conselho de Ética e Decoro Parlamentar determinará as seguintes providências:

II – notificação do Senador, acompanhada da cópia da respectiva representação e dos documentos que a instruíram, para apresentar defesa prévia, no prazo de 10 (dez) dias úteis contados da intimação, pessoal ou por intermédio de seu gabinete no Senado Federal, observando-se o seguinte:

a) a defesa prévia deverá, se for o caso, estar acompanhada de documentos e rol de testemunhas, até o máximo de 5 (cinco), sob pena de preclusão”.

Todavia, a defesa não foi instada a tanto, após a admissão da representação por parte do Conselho. Fato é que o feito em exame está completamente eivado de inversões tumultuárias. Vejamos algumas amostras:

- Num primeiro momento, o Conselho delibera pela produção de provas *ex officio*; depois revoga tal deliberação, com o propósito deliberado de frustrar a produção probatória por parte da defesa;
- Num primeiro momento, o Conselho defere a expedição de ofício para o STF para o compartilhamento de prova; depois revoga tal deliberação;
- Num primeiro momento, o Conselho abre prazo de cinco dias para que a defesa se manifeste sobre as provas carreadas; depois cancela tal deliberação;

Diante de um quadro de tantas idas e vindas, de tantos sobressaltos e reviravoltas, como se garantir a tão almejada segurança jurídica? Urge que o Conselho ordene o feito, sob pena de se malferir direitos e garantias individuais constitucionalmente asseguradas na Magna Carta.

Seja como for, de qualquer maneira, o cancelamento da oitiva de testemunhas que já haviam sido convocadas por parte do Conselho, com o propósito único de evitar que a defesa também pudesse acessar a prova, revela, *data venia*, a má-fé processual com que Sua Excelência, o Relator, vem se pautando na condução dos trabalhos. Tal situação só reforça a suspeição já outrora ventilada alhures e aqui reafirmada.

Nem se alegue, contudo, que o cancelamento da convocação das testemunhas por parte do Conselho faria cair por terra o direito da defesa.

Em absoluto!

Isto porque o *fato gerador* do direito já se consagrara anteriormente, sob o manto da preclusão *pro judicato*. Assim, pouco importa se, depois de consagrado o fato gerador do direito, o Conselho o revogou. Com efeito, a ulterior revogação do fato gerador do direito não faz cair por terra o direito já gerado anteriormente pela convocação das testemunhas *ex officio*, por parte do Conselho.

– IX –

PRELIMINARMENTE

Cerceamento de Defesa: Revogação de Direito Adquirido

Na última sessão, o Conselho de Ética e Decoro Parlamentar do Senado Federal deliberou no seguinte sentido: *em primeiro lugar*, foi reanalisado o pleito defensivo de traslado das cópias do Inquérito Policial nº 4.170, em trâmite perante o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Voltando atrás do que já tinha decidido³, o Conselho de Ética acabou por indeferir referido pedido. Tal decisão fere não apenas um direito já adquirido pela defesa, mas, muito mais do que isto, os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório. Mas não é só!

³ O deferimento de tal pleito consta das notas taquigráficas da última sessão: “A defesa entrou com um requerimento anteriormente solicitando que fosse pedida a gravação e cópia dos autos. **Esta casa o acatou e fez uma solicitação ao Supremo Tribunal Federal.** Esses documentos ainda não chegaram”.

Em segundo lugar, o já mencionado Conselho, novamente, reavaliou outro pleito defensivo que já tinha sido deferido, no sentido de que fosse aberto prazo de cinco dias, após o traslado das cópias, para que a defesa se manifestasse sobre os documentos juntados⁴. Igualmente, esse direito já adquirido pela defesa foi vilipendiado pela decisão do Conselho de Ética.

Ocorre que, e aqui reside a nulidade indigitada nesta preliminar, a decisão do Conselho de Ética configura um ilícito formal, de modo que a sua perpetuação no tempo e no espaço *in casu* implica a consubstanciação de terna nulificante no feito em questão.

À partida, tanto o traslado das cópias, como a manifestação no prazo de cinco dias, eram direitos já adquiridos pela defesa no bojo da instrução do feito administrativo. Tratavam-se, portanto, de requerimentos já analisados pelo Conselho de Ética e que, ante o seu deferimento, já haviam incorporado o “*patrimônio jurídico*” da defesa do Senador representado.

Dessa forma, a deliberação ocorrida na última sessão, a qual “casou” tais direitos já adquiridos pela defesa, atinge frontalmente o que dispõe o art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição. Isso porque, *data máxima veni- a*, o Conselho não pode *sponte propria* revogar pleitos já deferidos no bojo da instrução, sobretudo quando tais pleitos não foram requeridos nem pela parte representante, nem pelo próprio Conselho – mas sim pela defesa.

⁴ Da mesma forma, o deferimento deste segundo pleito consta das notas taquigráficas da última sessão: “Naquela hora, nós demos prazo para eles: **a partir da recepção desses documentos, a defesa teria 5 dias para se manifestar**”.

Em seguida, o Conselho de Ética não pode reapreciar e rediscutir matéria a respeito da qual ele já se manifestou. Dúvida não há de que, *in casu*, o Conselho de Ética já havia avaliado os dois requerimentos probantes formulados pela defesa – manifestando-se favoravelmente ao seu deferimento. Dessa forma, tal matéria já era tema vencido na liturgia processual que conduz o feito originário – de modo que a sua reavaliação na última sessão ofendeu a denominada preclusão consumativa *pro judicato* e, consequentemente, o Princípio da segurança jurídica. Ora, que confiança pode-se ter nas decisões do Conselho de Ética – sabendo-se que elas podem, a todo instante, ser alteradas e revogarem direitos já adquiridos pelas partes?

Finalmente, a liturgia processual até então estabelecida no feito, antes da última sessão, atendia – sem dúvida – aos cânones constitucionais da ampla defesa e do contraditório. *A uma*, porque tornava o interrogatório o último ato de instrução do feito, tal qual estabelece o Código de Processo Penal, diploma processual que se aplica à liturgia processual levada a efeito perante o Conselho de Ética. *A duas*, porque previa que a oitiva do acusado se daria em momento posterior à juntada de tais documentos aos autos, e em momento ulterior à manifestação da defesa sobre os documentos que serão acostados ao encarte processual.

Portanto, diante da ausência do traslado das cópias requeridas, não se pôde realizar a oitiva do Senador representado na sessão aprazada para

o dia 26/04/2016. Insistir no interrogatório do Senador Delcídio do Amaral sem a prévia juntada dos documentos em questão ofendeu não só um direito já adquirido pela defesa, como também uma decisão já prolatada pelo próprio Conselho de Ética.

Sublinhe-se que não se trata, nem de longe, de manobra protelatória da defesa. Ao revés! A juntada prévia de tais documentos é *conditio sine qua non* para que todo o Conselho pudesse realizar, da maneira mais adequada possível, a oitiva do Senador representado, em homenagem aos princípios da ampla defesa e do contraditório.

De um lado, a defesa poderia, em posse de tais cópias, preparar-se para o interrogatório do acusado – aquilatando todos os documentos que versam sobre os fatos que são objeto da representação que pesa contra o Senador DELCÍDIO DO AMARAL.

De outro lado, o Conselho de Ética poderia, da mesma forma, em posse de tais documentos, realizar um interrogatório exauriente do Senador representado, cotejando - inclusive - as declarações que serão prestadas pelo Senador com os documentos que serão acostados aos autos. Cotejamento este que é imperioso para que os Parlamentares membros desse Conselho possam *ou* formar suas convicções sobre a (im)procedência da representação, *ou* alterar convicções que já tenham sido previamente formadas.

Mas não é só!

Como se isto tudo não fosse o bastante, há um **fato novo** que, de outro viés, impossibilitou da mesma forma a oitiva do Senador representado no dia 26/04/2016. No bojo dos autos nº 4.170, em trâmite perante o STF, foi atravessada petição por parte da Procuradoria Geral República requerendo o sobrestamento de tal procedimento, para que sejam realizadas diversas diligências, dentre elas o aditamento da denúncia ofertada em desfavor do Senador ora representado.

Tal aditamento, além de alterar a narrativa fática constante da incoativa, será lastreado em novos documentos e depoimentos – cujo conteúdo nem a defesa, nem o Conselho de Ética tiveram acesso até o presente momento.

Tendo em vista a umbilical conexão temática existente entre o inquérito nº 4.170, em trâmite perante o Pretório Excelso, e a representação 01/2015, em trâmite perante o Conselho de Ética – é imperioso que aguardemos o aditamento da mencionada denúncia para somente então interrogarmos o Senador representado. Isto porque tal aditamento poderá versar sobre fatos novos, os quais serão relevantes para a formação da convicção dos Senadores membros do Conselho de Ética.

Além disso, tal aditamento será lastreado em documentos novos, cujo conteúdo é desconhecido por parte da defesa e por parte dos inte-

grantes do Colegiado no parlamento. Conteúdo desconhecido que pode, entretantes, influenciar diretamente na condução do interrogatório do representado, por parte do Conselho de Ética, e na formação do convencimento dos Senadores integrantes daquele Colegiado.

Nem se alegue – até porque de todo incabível – que o sobrestamento do feito judicial não acarreta necessário sobrestamento do feito administrativo, porque as esferas são independentes. De fato, são. Todavia, malgrado à independências das esferas (judicial e administrativa), o substrato empírico que as preenche é um fato mundano uno e indivisível, de sorte que não pode ser um para a esfera judicial e outro para a esfera administrativa. Aqui, não é a independência das esferas que está em jogo. Não é disso que se cuida. É que, tendo sido deferido o traslado de peças da esfera judicial para a esfera administrativa, a remessa das provas deve, necessariamente, trazer a inteireza do que lá se contém, o que implica o aguardo da devolução dos autos por parte da PGR, com o aditamento da denúncia que há de vir. Lembre-se que o feito judicial não foi sobrestado *sine die*, sem que houvesse uma perspectiva breve de retomada de seu andamento. Em absoluto! O sobrestamento teve prazo definido: 30 dias. E o termo *ad quem* do prazo expira dia 30 de abril, próximo vindouro. Portanto, o que a Defesa pediu não foi uma espera indefinida de um evento incerto.

Tudo somado, podemos dizer que a decisão prolatada na última sessão é nula por várias razões: *a uma*, ela fere um direito já adquirido pela defesa, pois revoga requerimento de produção probatória formulado

pela defesa e já deferido por esse Conselho; *a duas*, porque ela desrespeita a preclusão consumativa *pro judicato*, vez que o Conselho já tinha analisado tal questão; *a três*, porque ela faz menoscabo dos princípios da ampla defesa e do contraditório, pois altera a liturgia processual até então estabelecida, a qual colocava o interrogatório como último ato de instrução do presente feito; *a quatro*, porque deve-se aguardar a retomada do andamento do feito em juízo, com o iminente aditamento da denúncia.

Por derradeiro, como se isso tudo não fosse o bastante, a Lei nº 9.784/99, que regulamenta Procedimento Administrativo no âmbito da administração pública federal, cuja aplicação subsidiária ocorre por normativo do art. 26-B do Código de Ética Parlamentar, disciplina, em seu art. 37, que o interessado tem o direito de acessar documentos aos quais se reporta na administração pública.

Primeiramente, é de se convir que a Lei nº 9.784/99 aplica-se subsidiariamente ao rito administrativo por força do que dispõe o art. 26-B do Código de Ética:

Art. 26-B. Aplicar-se-ão, subsidiariamente, ao processo disciplinar parlamentar, a **Lei no 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (Lei de Processo Administrativo)**, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), e a Lei no 5.869, de 11 do de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), no que for cabível.

A seu turno, os arts. 37 e 38 da Lei nº 9.784/99 estabelece que é direi-

to do acusado acessar provas documentais inerentes às imputações que lhe recaem:

Art. 37. Quando o interessado declarar que fatos e dados estão registrados em documentos existentes na própria Administração responsável pelo processo ou em outro órgão administrativo, o órgão competente para a instrução proverá, de ofício, à obtenção dos documentos ou das respectivas cópias.

Art. 38. O interessado poderá, na fase instrutória e antes da tomada da decisão, juntar documentos e pareceres, requerer diligências e perícias, bem como aduzir alegações referentes à matéria objeto do processo.

§ 1º Os elementos probatórios deverão ser considerados na motivação do relatório e da decisão.

A propósito, Excelência, o §2º do art. 38 deixa claro que somente serão indeferidas as provas ilícitas, impertinentes, desnecessárias ou protelatórias – o que, definitivamente, não se enquadra em nenhuma das hipóteses em exame:

§ 2º Somente poderão ser recusadas, mediante decisão fundamentada, as provas propostas pelos interessados quando sejam ilícitas, impertinentes, desnecessárias ou protelatórias.

Com efeito, o traslado dos elementos probatórios, sobretudo da mídia contendo a gravação do diálogo entabulado pelo Senador representado com seus interlocutores constitui prova de capital relevância e pertinência para a exata compreensão da imputação que pesa.

Aliás, o que se tem no procedimento administrativo é apenas um documento apócrifo que se autodenomina de “degravação”, sem qualquer lastro empírico que lhe preencha. Sem embargo, a materialidade restaria altamente comprometida e esvaziada na hipótese de não ser deferido o traslado de gravação, porque não se tem segurança quanto ao teor do que efetivamente foi dialogado pelo Senador representado.

Ademais, o art. 17 do Regimento Interno do Conselho de Ética e Decoro Parlamentar dispõe:

Art. 17-A. iniciado o processo disciplinar, o Conselho procederá às diligências e à instrução probatória que entender necessárias, assim como as requeridas pelo representante ou denunciante, pelo representado ou denunciado e pelo relator e pelos demais membros do Conselho, mediante a intimação prévia do representado ou denunciado, que poderá ser feita por intermédio de seu gabinete no Senado Federal, para, querendo, acompanhar os atos.

Art. 17-C. Em caso de produção de prova testemunhal, o Presidente deverá conduzir os trabalhos e estabelecer a forma de sua execução.

Art. 17-J. Quando esta Resolução, o Regimento interno do Senado Federal ou norma subsidiária prescreverem determinada forma, sob pena de nulidade, sua decretação não poderá ser requerida pela parte que lhe deu causa.

Parágrafo único. Quando houver forma prescrita, sem cominação de nulidade, o Conselho considerará válido o ato se, realizado de outro modo, atingir a sua finalidade.

Portanto, como se vê, é direito do acusado acessar a prova de feito conexo que tramita na esfera do judiciário, para que o feito administrativo não incorra no paradoxo de julgar uma base empírica inverídica ou parcialmente insubsistente.

Por fim, o art. 17-E do Regimento Interno prevê o seguinte:

“Art. 17-E. A Mesa, o representante ou denunciante e o representado ou denunciado poderão requerer a juntada de documentos novos em qualquer fase do processo, até o encerramento da instrução, desde que pertinentes à matéria suscitada na representação ou denúncia.

Note-se bem. O art. 17-E do Regimento Interno vincula a juntada de documentos novos a uma única condição: desde que pertinentes à matéria suscitada na representação ou denúncia!

Ora, Excelência!

No caso em tela, é inegável que o traslado da íntegra do inquérito que tramita perante o STF tem pertinência com a matéria suscitada na representação. Aliás, a própria representação, reconhecendo a pertinência do traslado de tais documentos, requereu no item “d” do pedido da peça inicial que fosse fornecida “cópia do Relatório da denominada ‘Operação Lava

Jato' da Polícia Federal e demais documentos integrantes do mencionado relatório, relativamente ao Representado, façam parte integrante das razões de pedir e fundamentos da presente Representação".

Daí, a necessidade, a pertinência e a relevância do compartilhamento das provas. Tanto que a própria representação assim o admite. De duas, uma: ou bem se compartilham as provas; ou, na falta de tal compartilhamento, que se archive, de uma vez por todas, esta malsinada representação, por absoluta debilidade instrutória!

– X –

PRELIMINARMENTE

Cerceamento de Defesa: Indeferimento de Perícia

Na esteira da nulidade acima ventilada, é de se reconhecer também o cerceamento de defesa pelo indeferimento da perícia sobre a gravação, a fim de se verificar eventuais edições ou cortes que porventura pudessem existir na mídia que contém o indigitado diálogo.

Na ocasião em que a defesa requereu a perícia sobre a gravação, o Conselho havia deliberado no sentido de que fosse trasladada a mídia contendo o diálogo referido. Nesta oportunidade, o pedido de perícia foi indeferido, sob o argumento de que teria precluído o direito de pleitear a prova:

“O SR. TELMÁRIO MOTA – Eu, *data venia* dos advogados de defesa, Sr. Presidente, o senhor pode ver que está precluso, por conta de que a própria defesa, quando fez a defesa prévia, reconheceu que aquela fala era do Senador, que os cortes não tinham acontecido, porque não foi questionado. Então, não tem fato novo”.

Com todo o respeito, o argumento não merece prosperar. Diferentemente do que restou argüido pelo Senador Relator, o requerimento da prova pericial não tem oportunidade preclusiva na defesa prévia. Neste sentido, os arts. 17-E e 17-F que devem ser interpretados sistematicamente prevêm a seguinte disposição:

“Art. 17-E. A Mesa, o representante ou denunciante e o representado ou denunciado poderão requerer a juntada de documentos novos em qualquer fase do processo, até o encerramento da instrução, desde que pertinentes à matéria suscitada na representação ou denúncia.

Art. 17-F. Se necessária a realização de perícia, o Conselho, em decisão fundamentada, designará perito, que poderá ser de órgão externo ao Senado Federal”.

Note-se que o Regimento Interno não faz qualquer ressalva à produção da prova pericial. Ao revés. Se o art. 17-F sofrer uma interpretação sistemática com o art. 17-E pode-se dizer que “*em qualquer fase do processo*”, a prova pode ser requerida. Portanto, o indeferimento da prova pericial, sob o argumento da preclusão, é de todo incabível ao presente caso.

– XI –

PRELIMINARMENTE

Cerceamento de Defesa: Supressão de Interrogatório

Na sessão realizada no dia 30 de março próximo passado, o Colendo Conselho de Ética do Senado houve por bem deliberar acerca da petição aviada pela defesa na manhã da mesma data.

Na ocasião, o enfrentamento dos requerimentos deslindou-se da seguinte forma, em síntese:

- (a) foi indeferida a suspensão do trâmite da representação até o vencimento da licença médica;
- (b) foi cancelada a oitiva das testemunhas convocadas de ofício pelo Conselho;
- (c) foi indeferida a abertura de prazo para apresentação do rol de testemunhas por parte da defesa;
- (d) foi deferida a expedição de ofício ao STF para o traslado de cópia autenticada da mídia original de gravação encartada aos autos de inquérito 4170;
- (e) foi deferida a expedição de ofício ao STF para o traslado de cópia integral dos autos de inquérito 4170;
- (f) foi indeferida a prova pericial sobre a mídia de gravação;

(g) foi indeferida a abertura de prazo à defesa para apresentação de quesitos e assistente técnico.

Na mesma oportunidade, o Conselho decidiu pela necessidade do interrogatório do representado, abrindo quatro alternativas à defesa, a saber:

- (a) o comparecimento presencial do Senador representado para se fazer interrogar;
- (b) o deslocamento de uma comitiva do Conselho até o local onde se encontra o Senador representado a fim de interrogá-lo;
- (c) o interrogatório por vídeo conferência do representado;
- ou
- (d) o prosseguimento do feito sem interrogatório, em seus ulteriores termos.

Ocorre que, à míngua do exaurimento da instrução e das diligências a serem superadas, nenhuma das alternativas apresentadas pelo Conselho permite superar a intransponível contingência processual que impede o prosseguimento do feito. Explica-se.

A propósito, saliente-se que o Diploma Penal Adjetivo, o qual se aplica subsidiariamente aos procedimentos administrativos disciplinares,

estatui no cânone do seu artigo 564, inciso III, alínea *e*, que a falta do interrogatório constitui nulidade absoluta do feito.

“Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos:
III – por falta das fórmulas ou dos termos seguintes:
e) a citação do réu para ver-se processar, **o seu interrogatório**, quando presente, e os prazos concedidos à acusação e à defesa”.

Portanto, o atropelo que se impôs à vertente litúrgia processual, o qual amputou o principal ato de defesa durante a instrução do presente procedimento, é ilegal e ofensivo à Constituição, na medida em que a garantia da ampla defesa resta altamente estremecido! Tal providência ofende, portanto, normas de diversos escalonamentos:

(a) a Constituição Federal, porque ofensiva à ampla defesa, art. 5º, inciso LV, da Magna Carta;

(b) a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, pois desrespeita o que dispõe o art. 8 de tal diploma legal;

(c) o Código de Processo Penal, pelas razões supra declinadas; e

(d) o próprio Regimento Interno do Conselho de Ética do Senado, vez que menospreza o disposto no parágrafo único do artigo 17-B.

A propósito, há diversos precedentes que consagram o interrogatório como meio indisponível de defesa:

MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PARCIALMENTE ANULADO. INQUÉRITO ADMINISTRATIVO. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. DEPOIMENTOS TESTEMUNHAIS REALIZADOS SEM A INTIMAÇÃO DO INDICIADO. AUSÊNCIA DE INTERROGATÓRIO. NULIDADES INSANÁVEIS. IMPOSSIBILIDADE DE APROVEITAMENTO DOS ATOS. SEGURANÇA CONCEDIDA. - O Processo Administrativo Disciplinar n. 23079/002005/98-82 foi parcialmente anulado, tendo sido aproveitados os atos praticados até o relatório conclusivo circunstanciado, quais sejam instalação dos trabalhos, inquirição de testemunhas e juntada de provas, restando os demais atos invalidados. - Nos termos da Lei n. 8.112/90, o próprio inquérito administrativo, que integra o processo disciplinar, prevê a observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa. - In casu, a comissão processante instaurou o inquérito e promoveu a tomada de depoimentos e diligências sem a devida intimação do servidor, o que ofende o previsto no art. 156 da Lei n. 8.112/90. O impetrante nem mesmo foi interrogado, consoante dispõe o art. 159 da Lei n. 8.112/90, sem contar que o mandado de citação para defesa foi assinado pela secretária da comissão, em desacordo com o previsto no art. 161, § 1º, da mesma lei. - Nesse contexto, não poderia a autoridade impetrada, ainda que visando à celeridade do processo administrativo, reaproveitar aqueles atos, uma vez que eivado de vícios acarretadores de ofensa à ampla defesa e ao contraditório. Segurança concedida a fim de reconhecer a nulidade do processo administrativo disciplinar n. 23079/002005/98-82 e, conseqüentemente, do ato

demissório (Portaria n. 324, de 22.2.2001) para a devida re-integração do servidor nos quadros da Universidade Federal do Rio de Janeiro. (STJ - MS: 7466 DF 2001/0046337-1, Relator: Ministro ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), Data de Julgamento: 25/03/2015, S3 - TERCEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 07/04/2015)

RÉU PRESO. AUSÊNCIA DE INTERROGATORIO. DEFICIÊNCIA DE DEFESA. PROVIMENTO EM PARTE DO RECURSO. (STF - RHC: 59790 MG, Relator: SOARES MUNOZ, Data de Julgamento: 04/06/1982, PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 25-06-1982)

Decisão: Trata-se de agravo interposto contra decisão de inadmissibilidade de recurso extraordinário que impugna acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. No recurso extraordinário, interposto com fundamento no art. 102, III, "a", do permissivo constitucional, sustenta-se violação ao art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal (eDOC 2, p. 10-14). A defesa aduz o cerceamento de defesa, ante a ausência de interrogatório, devendo ser decretada a nulidade da intimação realizada pelo oficial de justiça. O Tribunal a quo negou trânsito ao recurso extraordinário, por entender que a alegada ofensa constitucional, se existisse seria reflexa ou indireta, além de invocar o óbice das Súmulas 279 e 284/STF (eDOC 2, p. 40-41). É o relatório. Decido. O recurso não merece prosperar. Inicialmente, registre-se que o acórdão rejeitou a preliminar de nulidade, ante a ausência de interrogatório, nos seguintes termos: "Conforme se depreende dos autos, o acusado, apesar de pessoal e devidamente citado (fls. 78vº), não foi encontrado para intimação (fls. 116) e, por ter deixado de comuni-

car novo endereço, acabou declarado revel (fls. 121 e 132). Cumpre destacar que o Oficial de Justiça esteve no local onde o réu fora citado em duas ocasiões, não o encontrando, assim como manteve contato com duas pessoas no local, as quais sequer o conheciam (fls. 116). Assim, tendo sido dado ao apelante conhecimento acerca da ação penal proposta e havendo alteração de residência, ainda que por determinado período, constituía seu dever comunicar ao Juízo processante o novo local onde poderia ser encontrado e intimado, sob pena de o feito seguir sem a sua presença, tudo nos termos do que preceitua o artigo 367, do Código de Processo Penal. Diante disso, agiu com acerto o nobre magistrado de primeiro grau, sendo importante destacar, ainda, que, após a decretação, em audiência de instrução, da revelia do apelante, o seu defensor constituído nada suscitou ou esclareceu a respeito e, na oportunidade que teve para se manifestar, por memorial, permaneceu inerte nesse sentido, vindo, somente agora, em grau recursal, arguir nulidade absoluta por ausência de elementos para que fosse declarado seu cliente revel e por desídia do Oficial de Justiça, o que, como já sublinhado, não se verificou. Não há que se falar, assim, em nulidade por cerceamento de defesa, uma vez que, garantido o direito de audiência, o acusado demonstrou desinteresse em acompanhar a instrução, bem como se defender, devendo arcar com as consequências de sua ausência.” (eDOC 1, p. 227-228). Nota-se, portanto, que o acórdão recorrido, ao examinar o art. 367 do Código de Processo Penal, entendeu não haver cerceamento de defesa no caso dos autos, devido à prescrição legal da obrigação do acusado, depois de citado, de informar eventual mudança de endereço ao juízo. Assim, verifica-se que a matéria debatida pela turma recursal restringe-se ao âmbito infraconstitucional, de modo que a ofensa à Constituição, se existente, seria reflexa ou indireta, o que inviabiliza o processamento do presente recurso. Ainda que assim não fosse, verifica-se que o defensor constituído fez-se presente durante a instrução e

não arguiu tal preliminar de nulidade. Ante o exposto, conhecimento do presente agravo para negar-lhe provimento (art. 544, § 4º, II, a, do CPC). Publique-se. Int.. Brasília, 10 de outubro de 2014. Ministro Gilmar Mendes Relator Documento assinado digitalmente (ARE 841677, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 10/10/2014, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-201-PUBLIC 15/10/2014

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. AUSÊNCIA DE INTERROGATÓRIO. RÉU PRESO. PEDIDO EXPRESSO EM SEDE DE ALEGAÇÕES FINAIS DEFENSIVAS. NULIDADE. 1. De início, não se ignora a circunstância de que o paciente, devidamente citado, não fora inicialmente interrogado única e exclusivamente por responsabilidade sua, visto que se evadira da prisão, ao que parece, um dia antes da data marcada para o ato processual. De outro lado, também não se desconhece não estar devidamente esclarecido em que data o paciente acabou por ser novamente preso, isto é, se poucos dias antes da prolação da sentença ou há meses anteriormente a ela. 2. Contudo, é incontroverso que o paciente foi novamente capturado e que o Defensor dativo, nas alegações finais, pugnará pelo seu interrogatório, informando que o acusado estaria recolhido, há cinco meses, no 50º DP, em São Paulo. 3. Diante desse quadro, impunha-se ao magistrado, antes de prolatar a sentença, ao menos diligenciar no sentido de constatar se o paciente estava recolhido no mencionado estabelecimento, providenciando, conforme o caso, o seu interrogatório. 4. Em que pese a gravidade das acusações, os princípios do devido processo legal e da ampla defesa não podem ser vulnerados, notadamente na espécie, em que houve pedido expresso da defesa, nas alegações finais, para que fosse interrogado o acusado, noticiando o local onde estava preso. 5. Ordem concedida para decretar

a nulidade da sentença, no tocante ao ora paciente, que deverá ser interrogado previamente, na ação penal aqui tratada. (HC 67.988/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 16/12/2010, DJe 01/02/2011)

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ORDINÁRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) CITAÇÃO. ATENDIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. CONSTRANGIMENTO. AUSÊNCIA. (3) AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. INTIMAÇÃO PESSOAL. AUSÊNCIA. CERTIFICAÇÃO DO DIRETOR DO PRESÍDIO DE CIENTIFICAÇÃO DO PACIENTE, QUE VIERA A SER SOLTO DIAS ANTES DA AUDIÊNCIA. AUSÊNCIA NO ATO PROCESSUAL. DECRETO DE REVELIA. AUSÊNCIA DE INTERROGATÓRIO. NULIDADE. RECONHECIMENTO. ORDEM NÃO CONHECIDA. HABEAS CORPUS EXPEDIDO DE OFÍCIO. 1. Tem-se como imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso ordinário. 2. Não há falar em nulidade da citação, devidamente efetuada por meio de mandado, cujos termos de cumprimento encontram-se certificados pelo oficial de justiça. 3. A intimação do réu no processo penal dá-se por meio de mandado, conforme dicção do artigo 370 c.c. o artigo 351 do Código de Processo Penal. Evidencia nulidade a presunção de ciência do paciente que, solto dias antes da audiência de instrução e julgamento, teria sido, segundo informações do Diretor do Presídio, cientificado da data do ato processual; marcante, ademais, o prejuízo para o paciente que, ausente do ato processual, teve a revelia decretada, sendo inviabilizada a colheita de seu interrogatório. 4. Ordem não co-

nhecida, expedido habeas corpus de ofício para, desconstituindo o trânsito em julgado, reconhecer a nulidade da ação penal n. 2182/07, da 1.^a Vara do Foro Distrital de Hortolândia, Comarca de Sumaré/SP, a fim de se refazer a audiência de instrução e julgamento, com a intimação pessoal do paciente, o qual deverá ser solto, se por outro motivo não estiver preso. (HC 177.807/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 15/08/2013, DJe 26/08/2013)

Portanto, a liturgia processual que suprimiu a garantia individual da autodefesa cristalizada no interrogatório é inconstitucional, inconveniente, ilegal e antirregimental! O interrogatório vincula-se ao direito de audiência e, por sua vez, à autodefesa. Neste sentido, PAULO RANGEL leciona:

“O interrogatório, no rito processual ordinário que estamos estudando, não é mais o primeiro ato da instrução criminal como era, em verdadeiro prejuízo ao exercício do direito de defesa.

O interrogatório, de acordo com a Lei nº 11.719/2008, passa a ser um verdadeiro meio de defesa, pois o réu é ouvido após a oitiva das testemunhas de acusação e defesa (...). Trata-se de providência de suma importância, dentro da estrutura acusatória do processo penal, onde quanto menos houver intervenção do juiz, maior será a garantia de sua imparcialidade (...).”

E prossegue o ilustrado autor:

“O interrogatório é uma autodefesa, pois é o próprio acusado que se defende da imputação do fato narrado na de-

núncia. É também chamado de defesa material, pois, no interrogatório, o acusado rechaça a violação ao direito material narrado na denúncia”

(RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 548).

Com efeito, somente depois de coligido em sua integralidade o arcabouço probatório é que o Senador representado teria condição de se defender contra eventuais provas que tivessem sido amealhadas no bojo do vertente procedimento.

Em suma, o não cumprimento das diligências processuais supra declinadas, as quais devem anteceder o interrogatório do acusado, impediram que o Senador fosse ouvido perante o Conselho de Ética, configurando-se verdadeira inversão tumultuária do processo!

A ampla defesa se desdobra em duas vertentes: a defesa técnica exercida pelos advogados que patrocinam o Senador representado; e a autodefesa esgrimida pelo próprio Senador representado. A supressão do interrogatório mutilou a ampla defesa, na medida em que amputa uma das pilastras sobre as quais se arrima o dogma constitucional.

Ora, Excelência! Todo processo deve ter uma cadência, um ritmo. A demora excessiva não é desejada, sob pena de atraso. Contudo, a velocidade demasiado acelerada é igualmente nefasta, quando não ainda mais devastadora, na medida em que permite o atropelo, o açodamento e a pre-

cipitação ínsitos aos julgamentos sumários, tão (ou mais) perniciosos quanto a morosidade excessiva.

O que a Defesa pretende é a cadência exata, cada evento a seu tempo, sem atropelos às garantias individuais da ampla defesa e do contraditório. O interrogatório do Senador representado não pode ser suprimido pela ânsia de um justicamento prematuro, em manifesto vilipêndio às garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório. Urge que o Conselho delibere chamando o procedimento à ordem, para que os ritos procedimentais aplicáveis à espécie sejam obedecidos.

Fato é que o Ministro CELSO DE MELLO, no Mandado de Segurança nº 34.155/DF decidiu que o interrogatório é meio de defesa e que o representado deveria ter sido interrogado, com o encerramento da instrução probatória:

“Com o encerramento da instrução probatória, portanto, deverá ocorrer, agora, a tomada de depoimento pessoal (interrogatório) do ora impetrante, na linha do que esta Suprema Corte tem julgado, considerada a natureza jurídica do interrogatório como meio de defesa daquele que sofre uma acusação, seja esta penal ou administrativa.

Com efeito, o interrogatório, ainda que qualificável como fonte de prova, em face dos elementos de informação que dele emergem, constitui inquestionável meio de concretização do direito de defesa do réu ou, como na espécie do representado”.

Como se vê, muito embora tenha sido denegada a liminar, a decisão monocrática de Sua Excelência o Ministro Celso de Mello contem um importante *obiter dictum*, no sentido de que é imperioso que se proceda ao interrogatório do representado.

A supressão do interrogatório constitui cerceamento de auto-defesa do representado. Cabe salientar que a instrução só pode ser declarada encerrada depois de “produzidas as provas”, conforme preconiza o art. 17-I do Regimento Interno. A indagação que se faz é: quais as provas foram produzidas? Nenhuma! Portanto, urge que a instrução seja reaberta para que sejam produzidas as provas outrora deferidas e posteriormente revogadas, para que, somente depois disso, o Senador Representado seja interrogado e, aí, sim, se encerre a instrução com a abertura de prazo para alegações finais.

– XII –

PRELIMINARMENTE

Inversão Tumultuária do Procedimento: Precipitação da Votação

“Tudo tem o seu tempo determinado, e há tempo para todo propósito debaixo do céu:

há tempo de nascer e tempo de morrer;
tempo de plantar e tempo de arrancar o que se plantou;
tempo de matar e tempo de curar; tempo de derribar e tempo de edificar;

tempo de chorar e tempo de rir; tempo de prantear e tempo de saltar de alegria; tempo de espalhar pedras e tempo de ajuntar pedras; tempo de abraçar e tempo de afastar-se de abraçar; tempo de buscar e tempo de perder; tempo de guardar e tempo de deitar fora; tempo de rasgar e tempo de coser; tempo de estar calado e tempo de falar; tempo de amar e tempo de aborrecer; tempo de guerra e tempo de paz”.

(Eclesiastes 03:01-08)

A morosidade é tão nociva quanto a precipitação. Celeridade processual não significa atropelo de garantias. Corrigir a dilação do processo não é atropelar a liturgia sagrada dos ritos. As formalidades processuais e os direitos do acusado não constituem entrave à Justiça, mas sim garantia do cidadão. É, pois, no vértice dessa dialética entre a celeridade e as garantias do cidadão que oscila o paradoxo do *devido processo legal*. Conciliar a velocidade do processo com a garantia dos ritos é o mister do ordenamento formal. Ao contrário do que se tem propalado, celeridade do processo e garantias individuais não se afastam. Atraem-se. Não se destoam. Afinam-se. Com efeito, a marcha processual deve obedecer a uma cadência exata, a um ritmo preciso. A rapidez excessiva é tão prejudicial quanto a lentidão demasiada. Esta atravanca a cadência dos ritos; aquela atropela o ritmo do processo. Quando essa cadência é retardada, o processo constitui um entrave; quando esse ritmo é desenfreado, a marcha processo se degradingola em atropelos de direitos e garantias. Daí porque Jean PRADEL vaticina:

“La célérité n’est pas la précipitation, qui est un grand mal (...) la célérité vise à Donner au processus pénal un rythme aussi rapide que possible sans porter atteinte aux principes fondamentaux de l’ordre juridique, comme la présomption d’innocence ou les droits de la défense (...) célérité ou rapidité n’est ainsi en rien péjorative. D’ailleurs, le dictionnaire Robert, ou verb ‘célérité’ renvoie ou verb ‘diligence’” (PRADEL, Jean. *La célérité de la procédure pénale en droit compare*. In *Revue Internationale de Droit Pénal*. Toulouse: França, Érès, 3^o e 4^o trimestres, 1995, vol. 66, n^{os}, 3 e 4, p. 323).

No caso em tela, o que a Defesa pretende é apenas e tão somente, o respeito a garantias individuais no bojo de procedimento administrativo de processo de cassação perante o Conselho de Ética e Decoro Parlamentar em trâmite no Senado Federal.

Há tempo para tudo debaixo do céu. Retardar a marcha processual é morosidade; antecipá-la é precipitação. O julgamento precipitado é tão (ou mais) nocivo quanto o atrasado. O que a Defesa pretende é ordenar o feito que se encontra eivado de inversões tumultuárias e açodamentos que precipitam etapas e suprimem garantias já sufragadas anteriormente.

Na sessão de 26 de abril de 2016, esse Colendo Conselho de Ética houve por bem deliberar no sentido de declarar encerrada a instrução, nos termos do que dispõe o art. 17-I do Regimento Interno (Resolução nº 20/1993). Além disso, na mesma ocasião, a Defesa já saiu intimada a apresentar suas alegações finais, no prazo de 03 (três) dias úteis.

Entretantes, ocorre que o Conselho já aprou a próxima reunião para o dia 03 de maio de 2016 (terça-feira, vindoura), tendo sido veiculado na imprensa que o objeto da reunião seria a votação do parecer do relator.



The screenshot shows the homepage of the Folha de S. Paulo newspaper. The main headline is "Delcídio falta a depoimento e Conselho marca votação para terça" (Delcídio fails to appear for deposition and Council marks vote for Wednesday). The article is part of a section titled "petrolão" (Lava Jato). Other visible elements include a navigation menu, a search bar, and a sidebar with related news items like "Prioridades de Temer são trazer 'PSDB inteiro' e 'começar a reempregar'" and "Senador tucano 'dribla' PT e deve ser o relator do impeachment".

Precisamente aí, reside o objeto de controvérsia suscitado neste petítório. É que as disposições regimentais prevêm a seguinte concatenação de eventos:

“Art. 17-I. Produzidas as provas, o relator declarará encerrada a instrução, **intimará o representado ou denunciado para apresentar suas alegações finais no prazo de 3 (três) dias úteis e, após isso, entregará relatório que será apreciado pelo Conselho no prazo de 10 (dez) dias úteis.**”

§ 1º Recebido o relatório, a Secretaria do Conselho o desdobrará em duas partes, disponibilizando para divulgação apenas a primeira parte, descritiva, ficando a segunda parte, que consiste na análise e no voto do relator, sob sigilo até sua leitura em reunião pública.

§ 2º O parecer poderá concluir pela procedência da representação ou pelo seu arquivamento, oferecendo-se, na primeira hipótese, o Projeto de Resolução apropriado para a declaração da perda do mandato.”

E mais à frente prossegue o Regimento Interno:

“Art. 17-O. Na reunião de apreciação do parecer do relator, o Conselho observará os seguintes procedimentos, nessa ordem:

I – anunciada a matéria pelo Presidente, dar-se-á a palavra ao relator, que procederá à leitura do relatório;

II – será concedido o prazo de 20 (vinte) minutos, prorrogável por mais 10 (dez), ao representado ou denunciado e/ou seu procurador para defesa oral, sendo-lhe facultada a entrega prévia de memoriais escritos aos membros do Conselho;

III – será a palavra devolvida ao relator para leitura do seu voto;

IV – a discussão do parecer terá início, podendo cada membro do Conselho usar a palavra, durante 10 (dez) minutos improrrogáveis, após o que será concedido igual prazo aos Senadores que não integram o Conselho;

V – o Conselho passará à deliberação, que se dará em processo de votação nominal;

VI – o resultado final da votação será publicado no Diário do Senado Federal.

§ 1º É facultado ao representado ou denunciado pedir a palavra pela ordem para esclarecer sucintamente a matéria em discussão.

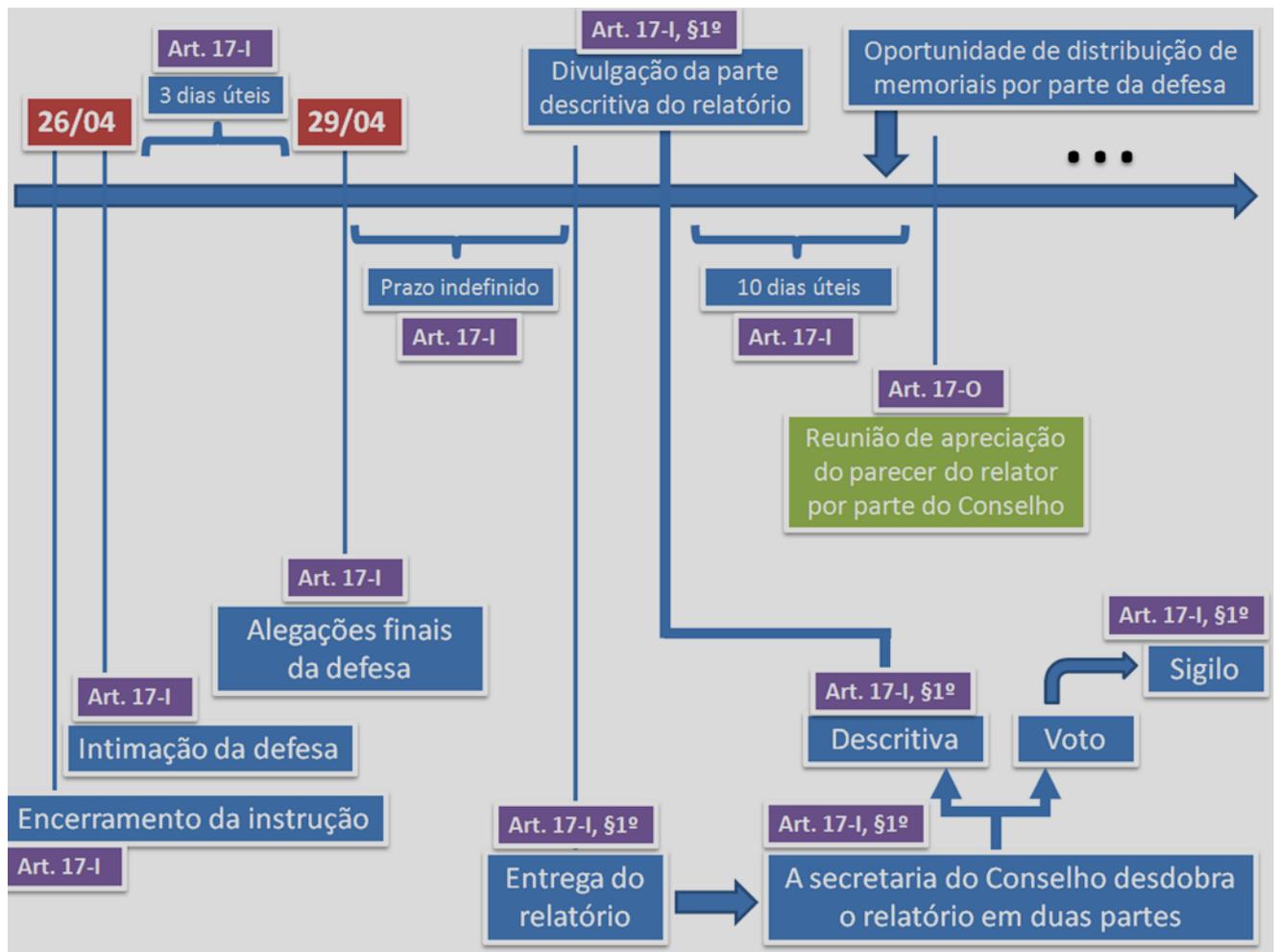
§ 2º Em caso de pena de perda do mandato, o parecer do Conselho de Ética e Decoro Parlamentar será encaminhado à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania para exame dos aspectos constitucional, legal e jurídico, o que deverá ser feito no prazo de 5 (cinco) sessões ordinárias.

§ 3º Concluída a tramitação no Conselho de Ética e Decoro Parlamentar e na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, será o processo encaminhado à Mesa e, uma vez lido no Expediente, será publicado no Diário do Senado Federal e distribuído em avulsos para inclusão em Ordem do Dia.

Como se vê, a previsão regimental estabelece um sequenciamento de atos processuais muito claro:

1. Declaração de encerramento da instrução;
2. Intimação da defesa;
3. Três dias úteis;
4. Alegações finais da defesa;
5. Entrega do relatório;
6. Desdobramento do relatório em parte descritiva e voto;
7. Divulgação da parte descritiva do relatório
8. Dez dias úteis;
9. Reunião de apreciação do parecer do relator por parte do Conselho;

Esquemáticamente, se o procedimento tivesse de ser representado por uma seta do tempo, o sequenciamento de atos poderia, a título ilustrativo, seguir o seguinte fluxograma, conforme representado no diagrama abaixo, o qual se pede venia para colacionar ao vertente petitiório:



Ocorre que a imprensa veiculou que a reunião de votação do parecer do relator já ocorreria no próximo dia 03 de maio, terça-feira vindoura. Segundo matéria veiculada no jornal FOLHA DE S. PAULO, o presidente

“convocou para a próxima terça-feira (3), a votação do relatório de Telmário Mota na comissão”.

Pode ter sido um equívoco da imprensa? Pode! Até porque a ata de deliberação do Conselho não acusou, oficialmente, qual seria o objeto da reunião apazada para o dia 03 de maio. Simplesmente mencionou que *“foi convocada a 10ª reunião de 2016 do Conselho de Ética e Decoro Parlamentar para o dia 03 de maio, às 14h30”*, sem, contudo, explicitar o objeto da aludida reunião. Daí, a incerteza. Tudo indica que a reunião pretenda ter por objeto o que restou veiculado na imprensa: a votação do parecer de sua Excelência, o Senador Relator. Pode ser, contudo, que a reunião pretenda ter por objeto, apenas, a entrega do relatório. Todavia, pelo que se depreende do Regimento Interno, para a entrega do relatório, não é necessária a convocação de nova reunião. Mesmo porque se trata de ato que compõe parte sigilosa (o voto), devendo a secretaria do Conselho proceder à fragmentação do relatório, conforme estatui o art. 17-I, §1º, do Regimento Interno. Daí se concluir que a entrega do relatório é mero ato administrativo *“interna corporis”* do Relator frente à secretaria do Conselho, sem a necessidade de convocação de reunião para tanto.

Seja como for, a reunião apazada para o dia 03 de maio, terça-feira vindoura, parece carente de um objeto específico. Das hipóteses cogitáveis, tem-se três alternativas:

Primeiro, se o seu escopo consiste na votação do parecer do relator, conforme propalado pela imprensa, estar-se-ia suprimindo importantes etapas que devem anteceder-lo, tais como (i) a cisão do parecer em duas partes, (ii) a divulgação da parte descritiva do relatório e (iii) a oportunidade de a defesa distribuir memoriais aos senadores que compõem o Conselho, conforme franqueia o art. 17-0, inciso II, além dos (iv) dez dias úteis que devem distar entre a divulgação da parte descritiva do relatório e a reunião. Por maior que fosse a celeridade, seria cronologicamente impossível concentrar todas essas diligências na segunda-feira. E mesmo que, em tese isso fosse possível, a defesa não teria tempo hábil, nem prazo razoável, para, após acessar a parte descritiva divulgada pela secretaria do Conselho, poder distribuir memoriais aos membros do Conselho, cerceando-se, assim, o disposto no art. 17-O, inciso II, do Regimento Interno. Nem se alegue, aqui, que se trata de mera “faculdade” da defesa. Trata-se, sim, de *facultas agendi*, em face da qual se contrapõe um dever jurídico de lhe ser franqueada tal oportunidade. É, pois, a defesa que opta pelo direito ou não de exercer tal faculdade; e não o Conselho que decide se franqueia ou não tal faculdade, como poderiam imaginar os mais precipitados.

Segundo, se o seu escopo consiste na entrega do relatório, parece-nos inócuo o seu propósito, já que a entrega do relatório, pelo que se despreende do Regimento Interno, é ato administrativo do Relator perante a Secretaria do Conselho.

Terceiro, o Conselho pode ter pretendido dar vazão ao que restou decidido pelo Supremo Tribunal Federal, em decisão monocrática da lavra do eminente Ministro Celso de Mello (MS 34.155/DF):

“Com o encerramento da instrução probatória, portanto, deverá ocorrer, agora, a tomada de depoimento pessoal (interrogatório) do ora impetrante, na linha do que esta Suprema Corte tem julgado, considerada a natureza jurídica do interrogatório como meio de defesa daquele que sofre uma acusação, seja esta penal ou administrativa. Com efeito, o interrogatório, ainda que qualificável como fonte de prova, em face dos elementos de informação que dele emergem, constitui inquestionável meio de concretização do direito de defesa do réu ou, como na espécie do representado”.

Como se vê, muito embora tenha sido denegada a liminar, a decisão monocrática de Sua Excelência o Ministro Celso de Mello contem um importante *obiter dictum*, no sentido de que é imperioso que se proceda ao interrogatório do representado. Daí porque, talvez, pode ser que a reunião aprazada para o dia 03 de maio de 2016 tenha por objeto a colheita do interrogatório do Senador Representado. Mas, nesta hipótese, então, o prazo para apresentação de alegações finais deveria ser reaberto somente após tal ato.

A título de conclusão, resumidamente temos o seguinte panorama, sobre o escopo da reunião aprazada para o dia 03 de maio, vindouro:

- (a) se o seu escopo é a votação do parecer do relator, como tem sido propalado pela imprensa, a reunião não pode ser realizada, sob pena de se malferir dispositivos regimentais, em atropelo a etapas que devem anteceder tal reunião;
- (b) se o seu escopo é a entrega do parecer do relator, não há necessidade porque se trata de ato administrativo *interna corporis*, perante a Secretaria do Conselho, para cisão do parecer em duas partes e posterior divulgação da parte descritiva;
- (c) se o seu escopo é o interrogatório do Senador representado, na linha do que sugeriu o *obter dictum* contido na decisão monocrática do MS 34.155/DF, então, deve ser cancelada a abertura de prazo para alegações finais da defesa, para que tal prazo seja reaberto futuramente.

Feita a petição a V. Ex^a, foi decidido, ontem, que a reunião do dia 03 de maio terá por objeto exatamente o que a imprensa vinha divulgando, ou seja, a votação do parecer do relator. Ora, Excelência! É de todo precipitado que, atropelando-se importantes etapas do procedimento administrativo, o Conselho já se lance à votação do parecer do relator.

Com isso, a defesa terá suprimido um dos mais importantes direitos: o de distribuir memoriais aos Senadores do Conselho, depois de di-

vulgada a parte descritiva do relatório, a ser entregue à Secretaria do Conselho. Diante do exposto, a Defesa requer seja cancelada a reunião aprazada para o dia 03 de maio, vindouro.

Somente depois que o relator entregar seu relatório à Secretaria do Conselho e depois que a Secretaria do Conselho dividir o relatório na parte descritiva e no voto e depois que for divulgada a parte descritiva é que se poderá aprazar a próxima reunião, para que a defesa possa ter acesso à parte descritiva e exercite sua faculdade de distribuir memoriais.

Cabe salientar que o prazo de 10 dias úteis não é definido no Regimento Interno com a expressão antecedente de “até” 10 dias úteis. Não. O Regimento Interno, em seu art. 17-I estabelece taxativamente que entre a disponibilização da parte descritiva do relatório e a reunião de votação deve haver necessariamente dez dias úteis.

É diferente, por exemplo, da locução contida no art. 15-A do Regimento Interno, no qual consta a expressão de “até 05 dias úteis” para apresentação do relatório preliminar, podendo ser menos do que isto. No art. 17-I, não! Em vez da expressão “até”, o dispositivo é categórico em fixar o prazo taxativo. Ora, a lei não tem palavras inúteis!

Se, de um lado, num dispositivo (art. 15-A), o Regimento Interno se vale da expressão “até” e, de outro lado, noutro dispositivo (art. 17-I) o Regimento Interno furta-se de valer-se da mesma locução, uma razão há

de existir: é que o prazo fixado no art. 17-I é uma prerrogativa de antecedência da defesa, que não pode ser abreviado, sob pena de se asfixiar o tempo que a Defesa terá para distribuir memoriais e se preparar para a defesa oral na reunião.

Portanto, diante do exposto, a defesa requer digne-se V. Ex^a em cancelar a reunião aprazada para o próximo dia 03 de maio.

– XIII –

PRELIMINARMENTE

*Cerceamento de Defesa: Falta de Acesso ao Iminente Aditamento da
Denúncia no STF e às Provas que a Instruem*

No curso do procedimento, durante as diversas reuniões do Conselho, por reiteradas vezes, foi dito e repetido a velha cantilena, decantada em verso e prosa, de que há independência das esferas, que o processo perante o STF não poderia influenciar no procedimento administrativo do parlamento.

Teoricamente, não se discute: em tese, realmente, não se ignora que o princípio da independência das esferas define que a solução administrativa perante o Parlamento esteja imune do deslinde perante o Poder Judiciário.

Contudo, o fato é que existe uma imbricação inextrincável entre

uma esfera e outra. Não é por outra razão que a própria representação, em diversas passagens, faz alusões ao que decidiu o Poder Judiciário. Ao longo do seu relato, a representação remete-se ao que restou decidido pelo Supremo Tribunal Federal, no bojo das investigações, como sendo as razões de agir da representação, louvando-se de reminiscências aos arestos da Suprema Corte. Assim, consignou a representação:

“De acordo com a Procuradoria-Geral da República, em seu requerimento protocolado perante o Supremo Tribunal Federal no dia 24 de Novembro de 2015, registrado sob o n. 4039, sob a Relatoria do Ministro Teori Zavascki, o qual deu origem a prisão cautelar do ora REPRESENTADO, o membro do *Parquet*, baseou-se nos seguintes fatos (...)”

(...)

“Diante deste lamentável quadro, o Ministro Relator Teori Zavascki, do Supremo Tribunal Federal, nos autos da Ação Cautelar n. 4039/4036, não teve outra alternativa senão determinar a prisão cautelar do referido Senador da República, *in verbis*: (...)”

(...)

“Cumprir registrar que no mesmo dia da efetivação da ordem de prisão a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal referendou, por unanimidade, a Decisão anteriormente proferida pelo Relator, por seus próprios fundamentos, determinando em suas razões de decidir, a remessa dos autos ao Senado Federal para que resolvesse sobre a prisão, conforme previsto no art. 53, §2º da Constituição Federal...”

Como se vê, além da alusão remota, a representação transcreve *ipsis literis* trechos inteiros de decisões do Supremo Tribunal Federal.

Justamente por isso, pelo fato de a *acusação na esfera administrativa* estar intimamente calcada sobre a *acusação na esfera judiciária*, é que a Defesa pleiteou acesso e traslado da íntegra do material investigativo que tramita perante o Supremo Tribunal Federal.

E tal providência, judiciosa que é, foi deferida, num primeiro momento, por parte do Conselho. Mas, de repente, sem que houvesse nenhum fato novo que justificasse a alteração da decisão, o Conselho houve por bem revogar o deferimento do ofício ao STF para o traslado das provas.

O primeiro fundamento invocado para a revogação do deferimento do ofício ao STF para o traslado das provas consiste no fato de que a defesa tem acesso ao que tramita perante o STF, de modo que não constituiria cerceamento de defesa. O argumento é parcialmente verdadeiro. Isto porque, no atual momento, os autos encontram-se sobrestados com remessa externa ao MPF para fins de aditamento da denúncia, com prazo que vai expirar dia 30 de abril, próximo. A perspectiva de superveniência de um iminente aditamento altera substancialmente o mérito da questão, dado que, embora as esferas sejam independentes, a base empírica dos fatos é sempre a mesma. E mais: o vindouro aditamento haverá de estar lastreado em elementos probatórios que emprestem justa causa à demanda, o que

pode provocar uma grande reviravolta no deslinde da causa, mesmo na esfera administrativa.

O segundo fundamento para a revogação do deferimento da providência requerida consiste na invocação do princípio da independência das esferas. É curioso. Parece que, em determinados momentos, existem dois pesos e duas medidas:

de um lado, quando a acusação formula a representação invoca elementos do Poder Judiciário, inclusive louvando-se de transcrições literais e carreando como documentação anexa votos e decisões do STF, aí, parece existir comunicação entre as esferas;

de outro lado, quando a defesa pretende acessar os elementos integrais que foram seletivamente pinçados pela parte representante, aí, a comunicação entre as esferas cede lugar à independência entre os poderes.

Ora, ora! Se a acusação invoca elementos do Poder Judiciário para se arrimar na formulação da representação, é mister que a Defesa também possa acessar a íntegra do mesmo material. Para acusação tudo; para a defesa nada!

MÉRITO

Da Improcedência das Imputações

Nestor Cerveró e Fernando Soares urdiram plano para fazer colaboração processual simultânea (e “casada”), ou seja, comungaram esforços e dividiram confidências objetivando conseguir elaborar um projeto de colaboração visando um acordo com o MPF.

Diga-se que para isso iniciaram tratativa com o MPF, entregaram documentos e textos sinóticos (anexos) com a informação e o conteúdo de sua eventual delação premiada. Impende dizer, desde já, que ambos imputavam ao investigado Delcídio do Amaral eventuais desvios de conduta. Após analisar a documentação e entrevistar Nestor Cerveró e Fernando Soares, o Ministério Público Federal, conforme se depreende das fls. 142 da denúncia feita perante o STF, “entendeu por bem celebrar acordo de colaboração premiada com Fernando Antônio Falcão Soares, mas não com Nestor Cerveró”.

Portanto, quem obstruiu a colaboração de Nestor Cerveró, com todo o respeito, foi o próprio Ministério Público Federal, que preteriu-o, em favor de Fernando Soares. Ora, essa decisão ocorreu muito antes da malsinada reunião gravada por Bernardo Cerveró. Ou seja, o MPF omitiu relevante fato do Excelso STF, preferindo fazer crer que, por obra e arte de Delcídio do Amaral, Nestor Cerveró estava resistindo a fazer a colaboração.

Com as devidas vênias, Nestor Cerveró, desde o início, mencionou expressamente a pessoa de Delcídio do Amaral. Ocorre, porém, que Nestor Cerveró só tinha, como só tem, frágeis informações e, por isso, a sua colaboração não foi aceita pelo MPF, que preferiu Fernando Soares, que tinha informações concretas sobre o deputado Eduardo Cunha.

Portanto, evidente que a indigitada reunião tratava de verdadeiros devaneios estimulados por truques cênicos, em uma armadilha engendrada contra o investigado Delcídio do Amaral. Como se já consignou acima, a colaboração de Nestor Cerveró já havia sido descartada. Portanto, o conteúdo daquela conversa era absolutamente ineficaz a embaraçar ou obstaculizar algo cujo objeto era impossível de se realizar. Lembramos que a aceitação da colaboração é ato exclusivo do MPF.

É relevante destacar que a única diferença na propositura do acordo por parte de Nestor Cerveró entre o momento em que o MPF negou e o momento em que o MPF aceitou o acordo é, exclusivamente, a gravação. Tanto que o próprio advogado afirmou que a única forma de se conseguir o acordo seria gravar a reunião, conforme se extrai das declarações de Bernardo:

“que a PGR só aceitou a [colaboração] de Fernando Baiano e rejeitou a de Nestor Cerveró, porque as informações eram obsoletas; que a notícia ‘caiu como uma bomba’; que, pouco depois da rejeição da PGR, em reunião no escritório dos advogados Alessi Brandão e Beno Brandão, o segundo

diz ao depoente que ele e seu pai estavam sendo ‘enrolados’, que era pouco provável que lhe fosse concedido *habeas corpus* e que **sua melhor chance de conseguir um acordo de colaboração premiada consistia em gravar reuniões** que revelassem que o Senador Delcídio Amaral estava oferecendo dinheiro para que Nestor Cerveró não fizesse acordo dessa espécie”.

A denúncia perante o STF menciona que Nestor Cerveró “sempre teve relevantes aportes probatórios”. Ora, que “relevantes aportes probatórios” eram esses? Não existia “relevante aporte probatório” nenhum! Tanto que o Ministério Público Federal recusou o acordo com Nestor Cerveró. E justamente por faltar esses “aportes probatórios” que Bernardo resolveu gravar a conversa com o Senador.

Pouco precisaria ser dito para se verificar a absoluta ineficácia do meio e a total impropriedade do objeto. Neste contexto, algumas considerações merecem ser sopesadas:

Em primeiro lugar, há que se ter em mente o fato de que Nestor Cerveró e sua família já tinha decidido, de forma irreversível, pelo propósito de entabular o acordo de colaboração premiada; mesmo que, num primeiro momento, tal propósito tenha sido rechaçado pelo MPF.

Em segundo lugar, qualquer tentativa externa de obstrução desta decisão estaria fadada ao insucesso, já que não depende de terceiros a celebração do acordo.

Em terceiro lugar, o fato de Bernardo estar, adrede preparado com gravadores, para captar o áudio das conversas supostamente conspiratórias, torna o acontecimento um ato preparatório impunível, uma pantomima inútil, encenada sob o diáfano cenário da preparação, que jamais teria o condão de lograr êxito, não só por ineficácia absoluta do meio, como também por impropriedade do objeto. As próprias declarações de Nestor Cerveró são elucidativas a respeito:

“Que então o declarante, decidido pela colaboração premiada, mesmo contra a posição de Edson Ribeiro, constituiu para essa finalidade o escritório dos advogados Alessi e Beno”.

Mais adiante, Nestor Cerveró mostra que, ainda que se admitisse como verídicos os fatos narrados na denúncia, tudo não passou de uma tentativa inidônea, em face de seu firme propósito já decidido de fazer o acordo de colaboração:

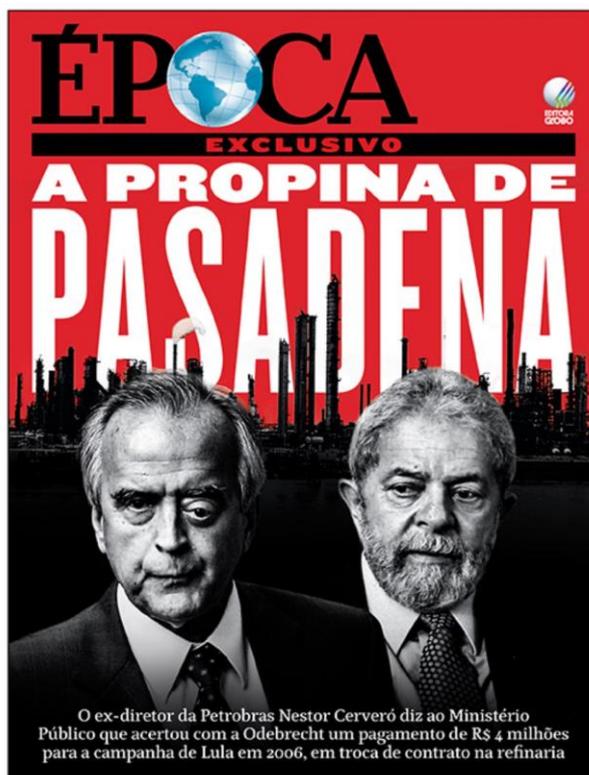
“Que foi oferecido um auxílio financeiro para que o declarante ficasse em silêncio e não envolvesse ninguém; Que, na visão do declarante, o que eles queriam é que ele figurasse numa posição análoga à de Marcos Valério no Mensalão, suportando a prisão por alguns anos em troca de ajuda financeira e eventuais auxílios políticos para melhorar sua situação; Que o declarante resolveu não atender aos objetivos de Delcídio do Amaral e Edson Ribeiro; Que sabe que Bernardo Cerveró recentemente se reuniu com ambos para verificar a situação”.

Ou seja, quando da reunião gravada e reproduzida na denúncia do MPF perante o STF, Nestor Cerveró já havia confeccionado e entregue os anexos ao Ministério Público Federal. Os famigerados anexos 1, 6 e 10 já estavam de posse do Ministério Público Federal. O que Bernardo fez foi iludir o Senador sob a inverídica ilação de que seria possível estancar essa entrega, que, a bem da verdade, já estava consumada. Ou seja, a esta altura, qualquer tentativa seria em vão, não só por ineficácia do meio, como por impropriedade do objeto: os anexos já haviam sido entregues muito antes da reunião.

E a prova disto é a matéria da Revista Época, veiculada já em setembro de 2015, dando conta de que Nestor Cerveró tentava incriminar Delcídio do Amaral, apesar da fragilidade de suas alegações!

Sobre o acesso aos documentos, cabe esclarecer que a Revista Época já havia publicado, na edição número 901, a integralidade da colaboração de Nestor Cerveró, **com expressa menção a Delcídio do Amaral**, sendo certo que a Revista Veja também publicou cópia dos anexos da referida colaboração. Ou seja: tais documentos já haviam caído em domínio público.

Portanto, o fato de terem sido apreendidas, em poder de Delcídio do Amaral e de seu assessor, anotações e cópias das colaborações não quer dizer absolutamente nada. Tais documentos já haviam caído em domínio público com os vazamentos na imprensa! Vejamos:



A matéria da Revista Época desvelou que a colaboração de Nestor Cerveró, que houvera sido recusada pelo MPF, não poupava Delcídio do Amaral. Cronologicamente, a sucessão de eventos não deixa dúvidas:

Num primeiro momento, Nestor Cerveró se consorciou com Fernando Soares para, juntos, fazerem um acordo de colaboração premiada com o Ministério Público Federal.

Num segundo momento, o Ministério Público Federal, de posse dos anexos apresentados pelos potenciais colaboradores, elege o acordo de

Fernando Soares como de maior interesse e recusa os anexos que pactuariam a colaboração de Nestor Cerveró.

Num terceiro momento, a Revista Época, em setembro de 2015, divulgou o teor dos anexos de Nestor Cerveró, evidenciando que o candidato à colaboração já havia levado a conhecimento do Ministério Público Federal fatos supostamente comprometedores a respeito de Delcídio do Amaral. Isso era irreversível! Os reflexos jurídicos de tal fato repercutem na absoluta impossibilidade do objeto: não é possível refrear o que já foi entregue.

Outro dado importante neste contexto é que o Ministério Público Federal já havia fechado acordo de colaboração premiada com Fernando Soares, o qual também havia delatado Delcídio do Amaral.

Ocorre que esses anexos, que já haviam sido divulgados pela Revista Época, desde setembro de 2015, não discrepam das imputações que o colaborador prestaria mais tarde, em novembro de 2015. Abaixo seguem várias tabelas comparativas, onde a Defesa demonstra, ponto a ponto, que o teor da colaboração de Nestor Cerveró já havia sido vazado pela Revista Época, muito antes da reunião referida na denúncia:

NOMEAÇÃO DE NESTOR CERVERÓ	
REVISTA ÉPOCA Setembro de 2015	NESTOR CERVERÓ Novembro de 2015
Delcídio do Amaral “era o principal padri-	“Que Zeca do PT conversou com Delcídio

<p>nho de Cerveró no primeiro mandato de Lula. Foi ele quem indicou Cerveró ao cargo de diretor internacional em 2003”.</p>	<p>do Amaral; Que ambos intercederam perante José Dirceu para nomeação do declarante para a diretoria internacional da Petrobrás”.</p>
---	--

A revista também divulgou detalhes do que houvera sido pactuado na reunião em 2006. As minúcias batem perfeitamente: não só no local, como nos participantes da reunião – prova de que os anexos já haviam caído em domínio público, mediante vazamento na imprensa!

REUNIÃO EM 2006 ENTRE NESTOR CERVERÓ, DELCÍDIO DO AMARAL, RENATO DUQUE E RICARDO PESSOA	
<p>REVISTA ÉPOCA Setembro de 2015</p>	<p>NESTOR CERVERÓ Novembro de 2015</p>
<p>“Em 2006, logo após aquele almoço, Cerveró relata que se reuniu com Duque, o empresário Ricardo Pessoa, dono da construtora UTC, e o senador petista Delcídio Amaral, então candidato a governador de Mato Grosso do Sul, em sua sala na sede da Petrobrás, no Rio de Janeiro”.</p>	<p>“Que em seguida houve uma reunião na sala do declarante na Petrobrás, com Ricardo Pessoa, Delcídio do Amaral e Renato Duque”.</p>

Outro ponto de interessante coincidência entre o relato da Revista e o que mais tarde viria a ser declarado por Nestor Cerveró diz respeito ao conteúdo do que foi tratado na reunião, em sua sala, em 2006. A menos que a Revista tivesse qualquer dom premonitório, a revelação dois meses antes, só pode demonstrar dois fatos: primeiro, os anexos de Cerveró não poupavam Delcídio do Amaral; e segundo, já haviam caído em domínio público.

CONTEÚDO DO QUE FOI AJUSTADO NA REUNIÃO EM 2006	
<p>REVISTA ÉPOCA Setembro de 2015</p>	<p>NESTOR CERVERÓ Novembro de 2015</p>
<p>“Nesse encontro, segundo Cerveró, ficou acertado que a UTC, por influência tam-</p>	<p>“Na reunião ficou decidido que a UTC de Ricardo Pessoa, ingressaria em parte das</p>

bém de Delcídio, se juntaria à Odebrecht nas obras de modernização de Pasadena”.	obras do REVAMP da refinaria de Pasadena”.
--	--

A doação da empreiteira UTC para a campanha do PT em 2006 também é outro ponto de convergência.

DOAÇÃO DA UTC PARA A CAMPANHA DE 2006	
REVISTA ÉPOCA Setembro de 2015	NESTOR CERVERÓ Novembro de 2015
“Nas eleições de 2006, a empreiteira de Ricardo Pessoa doou R\$ 800 mil para a campanha de Delcídio a governador, na qual o petista saiu derrotado”.	“Que se acertou que a UTC adiantaria uma propina (...) para a campanha de 2006, cuja destinação seria definida pelo Senador Delcídio do Amaral”.

A geração de US\$ 15 milhões de propina decorrentes da compra da Refinaria de Pasadena também é outra coincidência entre a matéria da Revista Época e as declarações que, mais tarde, Nestor Cerveró viria a prestar perante o Ministério Público Federal. Vejamos:

VALOR DA PROPINA NA COMPRA DA REFINARIA DE PASADENA US\$ 15 MILHÕES	
REVISTA ÉPOCA Setembro de 2015	NESTOR CERVERÓ Novembro de 2015
“Cerveró afirma que a compra de Pasadena rendeu US\$ 15 milhões em propina”.	“Que, em relação a esses dois negócios, foi acertado o pagamento de U\$ 15 milhões de dólares de propina para funcionários da Petrobrás e da Astra Oil”.

Tudo isso só demonstra que a revista Época tivera acesso aos anexos de Nestor Cerveró. E que ele jamais poupou imputações a Delcídio do Amaral. Essas coincidências entre a matéria veiculada em setembro e os termos de declaração, prestados em novembro, só indicam que o material apreendido em poder de Delcídio e de seu assessor já havia caído em domínio público.

Ademais, Nestor Cerveró, em nenhum momento, isentou Delcídio de qualquer participação. Isto prova que os anexos rechaçados e os anexos aceitos só diferem em único aspecto: o tempo. E, claro, a gravação clandestina que foi engendrada. A propósito, a coincidência entre os anexos originários e os anexos definitivos atinge outros parlamentares também. Vejamos:

POLÍTICOS DO PMDB: JADER BARBALHO E RENAN CALHEIROS	
REVISTA ÉPOCA Setembro de 2015	NESTOR CERVERÓ Novembro de 2015
“...e envolve no esquema a área internacional além de outros funcionários da Petrobras, senadores como Delcídio do Amaral, do PT, líder do governo no Senado, o presidente da Casa, Renan Calheiros, e Jader Barbalho, ambos do PMDB”.	“Que após as eleições foi feito um novo jantar na casa de Jader Barbalho, em Brasília da qual participaram o declarante e Renan Calheiros, além do próprio Jader Barbalho; Que os políticos do PMDB haviam recebido a propina acordada”.

A riqueza de detalhes da matéria mostra também que José Carlos Bumlai intermediou uma reunião de Nestor Cerveró perante Michel Temer, em seu escritório, em São Paulo. Vejamos:

JOSÉ CARLOS BUMLAI INTERMEDIOU ENCONTRO ENTRE NESTOR CERVERÓ E MICHEL TEMER	
REVISTA ÉPOCA Setembro de 2015	NESTOR CERVERÓ Novembro de 2015
“Bumlai acompanhou Cerveró num encontro no escritório de Temer, num casarão localizado no centro de São Paulo. Procurado, Temer confirmou a reunião, mas negou qualquer ação para manter Cerveró no cargo”.	“Que também esteve com Michel Temer em São Paulo, que era presidente do PMDB; Que essa reunião ocorreu no escritório de Michel Temer em São Paulo e foi viabilizada por José Carlos Bumlai (...); Que Michel Temer elogiou o declarante mas disse que não poderia contrariar a bancada do PMDB na Câmara dos Deputados”.

A contratação do Navio Sonda Vitória 10000 também não discrepa nem mesmo nos mais minudentes detalhes. Vejamos:

SOBRE A CONTRATAÇÃO DA SCHAHIN PARA OPERAR O NAVIO SONDA VITÓRIA 10000	
REVISTA ÉPOCA Setembro de 2015	NESTOR CERVERÓ Novembro de 2015
“Bumlai ficou amigo de Cerveró após a operação de contratação da sonda Vitória 10000, que liquidou uma dívida de R\$ 50 milhões da campanha do PT com o banco Schahin, um negócio intermediado por Bumlai”.	“Que Bumlai tinha uma dívida de agradecimento com o declarante em razão da atuação do declarante para favorecer a contratação da Schahin para operar a sonda Vitória 10000; Que essa contratação serviu para a quitação de dívida do PT, da qual Bumlai era fiador, para com o banco Schahin”.

Ainda que seja fato público, a substituição de Jorge Zelada por Nestor Cerveró, em 2008, é reveladora do pano de fundo que motivou a mudança das peças no tabuleiro: a impossibilidade de Nestor Cerveró conseguir arcar com a exigência de uma propina de US\$ 700 mil mensais. Os dois quadros comparativos abaixo mostram essa coincidência:

SUBSTITUIÇÃO DE NESTOR CERVERÓ POR JORGE ZELADA	
REVISTA ÉPOCA Setembro de 2015	NESTOR CERVERÓ Novembro de 2015
“Cerveró acabou capitulando diante das investidas da bancada do PMDB – e foi substituído por Jorge Zelada ainda em 2008”.	“Que então o declarante não conseguiu se manter no cargo, tendo sido substituído, em março de 2008, por Jorge Zelada”.

PAGAMENTO DE US\$ 700 MIL POR MÊS COMO PROPINA PARA MANUTENÇÃO DE NESTOR CERVERÓ NA DIRETORIA INTERNACIONAL DA PETROBRÁS	
REVISTA ÉPOCA Setembro de 2015	NESTOR CERVERÓ Novembro de 2015
“Cerveró foi avisado de que um grupo de deputados queria substituí-lo na Diretoria Internacional da Petrobras pelo lobista João Augusto Henriques, ligado ao PMDB	“Que no segundo semestre de 2007 começa um movimento da bancada mineira do PMDB na câmara (...) para destituir o declarante da diretoria internacional da

<p>– aquele mesmo que denunciou a propina no contrato da Odebrecht de 2010. Para evitar essa troca, Cerveró deveria fazer o pagamento mensal de US\$ 700 mil para a bancada de 50 deputados do PMDB”.</p>	<p>Petrobrás e nomear em seu lugar João Augusto Resende Henriques (...); minutos depois Rodolfo retornou e disse que o deputado federal Vicente afirmou que poderia aceitar a permanência do declarante na diretoria internacional da Petrobras, se o declarante pagasse US\$ 700 mil dólares por mês”.</p>
---	---

A participação espúria de José Lima Neto na presidência da BR Distribuidora também foi esmiuçada pela Revista Época, já em setembro de 2015, dois meses antes das declarações prestadas por Nestor Cerveró:

JANTAR PARA PACTUAR A DIVISÃO DE PROPINAS NA BR DISTRIBUIDORA	
REVISTA ÉPOCA Setembro de 2015	NESTOR CERVERÓ Novembro de 2015
<p>“Nesse jantar, segundo Cerveró, ficou estabelecida a divisão das propinas da BR de acordo com o interesse de cada partido ou político”.</p>	<p>“Que nessa reunião, Lima e o declarante explicaram aos demais qual seria o potencial de arrecadação de propina da BR Distribuidora”.</p>

Comparativamente, os *anexos rechaçados* e os *anexos aceitos* são idênticos. O que os diferencia é, unicamente, um elemento externo: a gravação. Que funcionou como “*bala de prata*”, para que o Ministério Público Federal aceitasse o acordo.

No máximo, poder-se-ia cogitar a hipótese de uma tentativa inidônea, porque o *iter criminis* não atingiria a consumação, se o colaborador já estava decidido a aderir ao acordo e se Bernardo estava monitorando a situação com um gravador.

A partir do momento em que Nestor Cerveró se decide irreversivelmente pelo acordo, contratando novos advogados, qualquer tentativa de obstrução processual resta inócua, porque o método exigiria bilateralidade. A obstrução só ocorreria se Nestor aceitasse; mas, como já estava previamente rejeitada tal hipótese, tratou-se, apenas, de induzir o Senador em erro, para cair numa cilada, planejada. Tanto que o próprio Bernardo afirma em seu termo:

“que o depoente não queria, de forma nenhuma, ajuda financeira em troca da liberdade de seu pai”.

Todavia, apesar de já ter tomado a decisão de celebrar o acordo, passou a controlar o acordo o próprio pai, conforme fica claro no minuto 00:40, às fls. 24 do termo de gravação:

BERNARDO: Eu entrei nesse processo mais para o final, nas primeiras reuniões eu tava. Falei não, eu preciso ajudar aqui pra conduzir até porque a gente passou a conversar. Mas...

Isso mostra claramente que se tratava de um agente provocador, como escopo previamente deliberado no sentido de iludir o Senador, mediante *falsa representação da realidade*, meio enganoso de prova.

Se a própria denúncia admite que Fernando Soares se apropriou dos anexos de Nestor Cerveró, fazendo antes o acordo com o Ministério Público Federal, qualquer tentativa de estancamento da colaboração esta-

ria fadada inexoravelmente ao insucesso, por total ineficácia do meio e absoluta impropriedade do objeto.

Aqui, importante frisar: não foi o Senador Delcídio quem ofereceu ajuda financeira. Foi a família que pediu. Quase uma extorsão. A bem da verdade, o Senador Delcídio já havia se distanciado, respeitando a decisão do velho amigo em optar pelo caminho do acordo. Tanto é que no minuto 27:14, às fls. 19, do Termo de Degravação feito pelo Ministério Público Federal consta:

DELCÍDIO – É, aí e eu procurei o Edson, a gente entende que você tava e nós também nos distanciamos quando vocês deram o sinal também, nós.

BERNARDO – Sim.

DELCÍDIO – **Ficamos de longe até em função do que tava acontecendo lá, e o próprio as próprias ações do Nestor e nós procuramos respeitar, por isso que nós distanciamos, né, por que nesse momento quem.**

EDSON – É, foi até pedido do Bernardo.

DELCÍDIO – Pedido de vocês. Quem tem a temperatura das coisas melhor que isso, são vocês...”.

Tanto que Bernardo Cerveró, em seu termo de declarações lavrado no dia 19 de novembro de 2015, às 15h45m, na Procuradoria da República no Rio de Janeiro, deixou bem claro:

“Que o depoente teve a impressão de que esse comentário era um blefe do Senador; que o depoente teve a impressão de que **95% dos comentários sobre movimentação política eram blefes**”.

Diante do acima exposto, resta provado que o conteúdo da gravação feita ao arrepio da lei e na mais abjeta clandestinidade é delirante e fantasioso. O investigado Delcídio do Amaral tem uma biografia sem jaça, jamais pretendeu obstruir ou embaraçar a investigação e que repita-se a exaustão era impossível, pela ineficácia do meio e pela impropriedade do objeto.

Mas, já que é para esclarecer a verdade, que ela venha à tona! Já que o conteúdo da colaboração premiada de DELCÍDIO DO AMARAL já teve o seu sigilo levantado, é possível esclarecer alguns fatos oportunos a respeito das circunstâncias em que se passaram os fatos objeto da imputação vertida na representação.

Passemos a alguns esclarecimentos oportunos:

NESTOR CERVERÓ sempre manteve um bom relacionamento com DELCÍDIO DO AMARAL, valendo-se da ajuda deste em momentos críticos, o que ocorreu em inúmeras situações pretéritas.

Para contextualizar os fatos, deve-se ter em mente todo um histórico de acompanhamento do atendimento a NESTOR CERVERÓ, desde as primeiras denúncias envolvendo a compra da Refinaria de Pasadena.

Como um primeiro ponto, pode-se mencionar que o assessor DIOGO acompanhou NESTOR CERVERÓ no depoimento prestado perante o

Senado, na primeira CPI da Petrobras e na Comissão de Fiscalização e Controle. O próprio DELCÍDIO DO AMARAL alertou CERVERÓ sobre a gravidade do problema no dia em que o Jornal Estadão publicou uma matéria bastante dura em relação a NESTOR CERVERÓ.

Mas, CERVERÓ, indiferente, preferiu sair de férias para a Alemanha. Quando o cenário se complicou e NESTOR CERVERÓ foi demitido da BR DISTRIBUIDORA, DELCÍDIO DO AMARAL foi procurado nos escritórios da FSB no Leblon, no Rio, no dia 07/07/2014.

Neste dia, às 16h, DELCÍDIO DO AMARAL foi visitar FRANCISCO BRANDÃO, o “Chiquinho”, dono da FSB, na casa dele (em anexo existe base documental disso). O escritório é bem perto. A própria PATRÍCIA (esposa de NESTOR) ligou para a MAIKA (esposa de DELCIDIO), no auge da crise de Pasadena, pedindo “apoio”.

Uma simples quebra de sigilo telemático e telefônico bastaria para provar esse histórico que demonstra que a iniciativa de procura partiu da família CERVERÓ. Tudo isso demonstra que DELCÍDIO DO AMARAL sempre teve uma relação de bastante proximidade com a família e sempre estendeu a mão para a família! Muito antes da Lava-jato!

Com o passar do tempo, a forma de abordagem feita pela família de CERVERÓ se alterou. Em um primeiro momento, a família solicitou o pagamento, pela Petrobras, dos honorários do advogado EDSON RIBEIRO.

Talvez, a PETROBRAS tenha feito apenas um pagamento. Em virtude das dificuldades no recebimento de valores da Petrobras, começaram os primeiros sinais de chantagem explícita! Vários contatos foram feitos com as seguintes abordagens: “A família está a zero...” “Precisa de algum apoio...”.

À época, DELCIDIO DO AMARAL não tinha como atender às “solicitações”, porque estava devendo muito em função da campanha eleitoral de 2014.

É aí que entra em cena um personagem decisivo de toda a história: o ex-presidente LULA! Foi ele quem pediu expressamente a DELCIDIO DO AMARAL para “ajudar” BUMLAI porque, supostamente, ele estaria implicado nas delações de FERNANDO SOARES e NESTOR CERVERÓ.

DELCIDIO, vendo a oportunidade de ajudar a família do NESTOR, aceitou interceder. O total recebido pela família de NESTOR foi de R\$ 250.000,00, financiados pela família BUMLAI, por interferência do ex-presidente LULA.

Toda a prova que a Defesa requereu que fosse trasladada do STF para o Conselho de Ética demonstraria que DELCÍDIO DO AMARAL jamais foi o articulador disso tudo.

Ao contrário! DELCÍDIO DO AMARAL foi explorado para benefícios de terceiros: de um lado, de LULA para proteger a família do amigo BUMLAI; de outro lado, de BERNARDO CERVERÓ que o atraiu por truques cênicos para criar a “*cama de gato*” e conseguir o trunfo da sua colaboração do pai.

Por outro viés, é importante ressaltar que a instrução não logrou êxito em produzir NENHUMA PROVA!! Absolutamente nada foi produzido no curso da instrução. A defesa bem que tentou. Mas todas as provas requeridas lhe foram tolhidas, apesar de serem relevantes e pertinentes à espécie.

Seja como for, fato é que nenhuma testemunha, nenhuma perícia, nenhuma diligência, absolutamente nada foi carreado aos autos em termos de provas. A única frágil base probatória é um documento, além de apócrifo, anônimo, que se autodenomina de “degravação”. Mas nem a gravação que poderia lhe servir de base de confrontação não foi coligida aos autos.

Em suma, pela absoluta debilidade instrutória do procedimento, outra solução não resta senão a de proclamar a absolvição do ora representado! Com efeito, o ônus da prova incumbe a quem alega. Num sistema acusatório de base democrática, se a acusação não demonstra cabalmente a hipótese eleita na exordial, impõe-se a absolvição.

– XV –

ALTERNATIVAMENTE

Da Eventual Aplicação da Sanção Disciplinar

O art. 7º do Regimento Interno prevê um escalonamento de sanções disciplinares que vai, desde a advertência (pena mínima) até a perda do mandato (pena máxima).

Essa modulação da penalidade sofrida deve se balizar de acordo com critérios de proporcionalidade na dosimetria da reprimenda disciplinar. A aplicação da pena máxima só tem cabimento quando todos os vetores de calibragem da reprimenda forem desfavoráveis ao representado.

Fazendo uma analogia com o sistema trifásico de dosimetria da pena, do direito penal, o art. 59 do Código Penal estabelece oito circunstâncias judiciais que servem de critérios para a fixação da pena base. Assim, quando todas as oito circunstâncias judiciais são favoráveis ou neutras ao sentenciado, a pena base resta fixada no mínimo legal. De outro giro, contudo, o inverso não é verdadeiro: quando todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal são consideradas desfavoráveis, a pena base não é fixada em seu patamar máximo, mas sim no termo médio, porque existem, pela frente, ainda outras duas fases da dosimetria da pena, que vão levar em consideração eventuais agravantes (segunda etapa) e possíveis majorantes (terceira etapa).

Portanto, ainda que se admitisse, apenas para efeitos de argumentação, *ad argumentandum tantum*, a remota hipótese de que a representação fosse (não é!) procedente, mesmo assim, a eventual reprimenda não poderia alcançar o seu patamar extremo de perda do mandato.

Existem alternativas menos gravosas, tais como a advertência, a censura ou até a perda temporária do exercício do mandato, que poderiam se substituir à medida extrema de perda do mandato.

Afinal, o Senador Delcídio do Amaral não foi surpreendido em ato de corrupção, nem se locupletou de dinheiro público ou algo do gênero. Sua conduta, ainda que pudesse ser tida como inadequada, não pode chegar a ponto de ensejar a cassação de seu mandato, por quebra do decoro.

– XVI –

DO PEDIDO

Diante de tudo quanto restou sobejamente demonstrado, requer-se:

- (a) preliminarmente, seja declarada a nulidade *ab initio* do procedimento, por inépcia da representação;

- (b) preliminarmente, seja declarada a nulidade *ab initio* do procedimento por falta de materialidade, tendo em vista a prova anônima carente de qualquer lastro de corroboração;
- (c) preliminarmente, seja declarada a suspeição do relator e de todos os integrantes do Conselho que publicamente anteciparam juízos de valor sobre o mérito da causa em julgamento, sobretudo do Senador Randolfe Rodrigues, que subscreveu moção de apoio à representação, que integrou a petição inicial, com a consequente declaração de nulidade de todos os atos *ab initio*;
- (d) preliminarmente, seja declarada a nulidade da gravação, por se tratar de meio enganoso de prova;
- (e) preliminarmente, seja declarada a nulidade *ab initio* do procedimento, com o necessário encaminhamento do feito à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, para análise preliminar das questões constitucionais suscitadas pela Defesa;
- (f) preliminarmente, seja declarada a nulidade *ab initio* do procedimento, tendo em vista que boa parte de sua tramitação ocorreu sob período em que o Representado esteve sob licença médica;
- (g) preliminarmente, seja convertido o feito em diligência reabrindo-se a instrução para oitiva de testemunhas, com a consequente abertura de prazo para que a defesa apresente rol de testemunhas;
- (h) preliminarmente, seja declarada a nulidade da decisão que revogou direito adquirido pela Defesa, convertendo-se o feito em diligência, para que seja expedido ofício ao STF para o traslado integral das

- provas contidas nos autos n. 4170, inclusive de cópia autenticada da gravação da mídia contendo o diálogo;
- (i) preliminarmente, após o traslado da mídia digital contendo a gravação do diálogo envolvendo o Senador Delcídio do Amaral, seja deferida prova pericial sobre a mídia;
 - a. com o deferimento da prova pericial, seja aberto prazo à defesa para a apresentação de quesitos;
 - b. com o deferimento da prova pericial, seja aberto prazo à defesa para a indicação de assistente técnico;
 - (j) preliminarmente, seja declarada a nulidade consistente no cerceamento de defesa, pela supressão do interrogatório do Senador Representado, apazando-se data para que o mesmo seja ouvido perante esse Conselho de Ética e, posteriormente, seja reaberto prazo à defesa para alegações finais;
 - (k) preliminarmente, seja cancelada a reunião apazada para o dia 03 de maio de 2016, tendo em vista se tratar de data prematura para a votação do parecer do relator;
 - (l) preliminarmente, seja reaberta a instrução para que se aguarde o iminente aditamento da denúncia perante o STF, com a publicização de provas novas que haverão de instruir a novel peça exordial da PGR;
 - (m) no mérito, seja julgada improcedente a representação, com a consequente absolvição do Senador Representado;



(n) alternativamente, na remota hipótese de ser considerada procedente a representação, seja-lhe imposta reprimenda diversa da perda do mandato, previstas no art. 7º, alíneas “a”, “b” ou “c”;

Nestes termos,

Pede deferimento.

FIAT JUSTITIA ET PEREAT MUNDUS!

De Curitiba/PR, para Brasília/DF, 29 de Abril de 2016.

ANTONIO AUGUSTO FIGUEIREDO BASTO
OAB/PR 16.950

LUÍS GUSTAVO RODRIGUES FLORES
OAB/PR 27.865

ADRIANO BRETAS
OAB/PR 38.524

TRACY JOSEPH REINALDET
OAB/PR 56.300

RAUL AMARAL JUNIOR
OAB/CE 13.371