

Processo : **0009686-90.2019.8.08.0021**
Ação : **Procedimento Comum Cível**
Vara : **GUARAPARI - VARA DA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL, MUNICIPAL, REGISTROS PÚBLICOS E MEIO AMBIENTE**

Petição Inicial : **201901769450**
Natureza : **Fazenda Pública**

Situação : **Remetido ao TJ/TRF/STJ/STF**
Data de Ajuizamento: **25/11/2019**

Distribuição
Data : **25/11/2019 13:28**

Motivo : **Distribuição por sorteio**

Partes do Processo

Requerente

MARCIAL SOUZA ALMEIDA
19259/ES - MARCOS ANTONIO BITENCOURT DE OLIVEIRA

Requerido

CÂMARA DE VEREADORES DO MUNICÍPIO DE GUARAPARI/ES

Juiz: GUSTAVO MARCAL DA SILVA E SILVA

Decisão



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
GUARAPARI - VARA DA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL, MUNICIPAL, REGISTROS PÚBLICOS E MEIO AMBIENTE

Número do Processo: **0009686-90.2019.8.08.0021**

Requerente: **MARCIAL SOUZA ALMEIDA**

Requerido: **CÂMARA DE VEREADORES DO MUNICÍPIO DE GUARAPARI/ES**

DECISÃO

DECISÃO

Cuidam os autos de ação anulatória de ato administrativo, com pedido de tutela provisória de urgência, ajuizada por MARCIAL SOUZA ALMEIDA, em face da CÂMARA MUNICIPAL DE GUARAPARI, partes qualificadas.

Narra a inicial que: (i) a requerida, em atendimento a denúncia realizada pelo Sr. Américo Miranda dos Santos, promoveu abertura de processo administrativo (tombado sob o nº 1450/2019) para possível cassação do mandato do requerente (vereador) por ter, em tese, praticado quebra de decoro; (ii) segundo a denúncia o requerente teria praticado quebra de decoro parlamentar e crime de corrupção ao requerer vantagens financeiras para aprovação de projeto de lei que beneficiaria empresários do ramo de eventos; (iii) a denúncia está fundamentada em áudios cuja autoria é atribuída ao requerente, mesmo sem a devida comprovação; (iv) os áudios foram anexados sem demonstração de sua origem, destinatário e prova da autoria prontamente negada pelo requerente, consubstanciando prova ilícita; (v) o requerente solicitou à comissão processante a realização de prova pericial nos áudios para comprovar que não lhes pertencem; (vi) embora a comissão tenha acolhido num primeiro momento o pedido e encaminhado solicitação à Polícia Civil, antes da apresentação do resultado decidiu proceder ao julgamento pela cassação do mandato, reputando como verdadeiros os fatos apresentados na acusação e desrespeitando a produção da prova solicitada; (vii) o Procurador-Geral da Câmara reconheceu em seu parecer que se deveria aguardar a produção da prova técnica para somente após se proceder ao julgamento; (viii) não é possível a utilização de prova ilícita como fundamento para instauração de processo administrativo sancionatório; (ix) a ilicitude da prova consubstanciada nos áudios contaminou as demais provas derivadas; (x) nos processos administrativos sancionatórios é descabida a aplicação de penalidade decorrente de instrução probatória fundada em prova ilícita; (xi) o processo administrativo também está maculado por nulidade decorrente da ausência de contraditório e ampla defesa em razão da frustração da realização de prova pericial nos áudios que subsidiaram a abertura do processo e a aplicação da pena de cassação; (xii) figura como cabível o controle jurisdicional diante do ato nulo e ilegal; (xiii) a pena de cassação aplicada violou o princípio da proporcionalidade.

Com base nestes fundamentos pede o requerente a concessão de tutela provisória de urgência para suspensão dos efeitos da decisão proferida no âmbito do processo administrativo que determinou a cassação do mandato, determinando-se o restabelecimento do regular exercício de seu mandato.

A inicial foi instruída com documentos (fls. 33/778).

O despacho de fls. 780 concedeu prazo ao requerente para complementação documental apta a evidenciar alegada hipossuficiência, o que ocorreu às fls. 793/809.

É o relatório, em síntese.

Decido.

Em razão das informações e evidenciações complementares carreadas com a petição e documentos de fls. 793/809, defiro em favor do requerente o benefício da assistência judiciária gratuita (CPC/2015, art. 99, § 3º).

Cabe, no presente momento, a apreciação do pedido de concessão da tutela provisória, cujos requisitos ligam-se à probabilidade do direito e ao perigo de dano ou ao risco ao resultado útil do processo (CPC/2015, art. 300).

Após sopesar o conjunto probatório, nesta cognição ainda não exauriente, tenho que estão presentes os requisitos para a concessão da liminar.

De início, cabe pontuar, com a melhor doutrina, que a "cassação do mandato e o ato declaratório de sua extinção podem ser apreciados pelo Poder Judiciário, a teor do que dispõe o art. 5º, XXXV e LV, da CR. Cediço, é ato político-administrativo a cassação de mandato de Prefeito e Vereadores. Assim, porque é igualmente político, não quer significar a hipótese de que atos desse jaez, quanto aos seus aspectos intrínsecos, juntamente com os extrínsecos, não possam ser controlados pelo Judiciário" (JOSÉ NILO DE CASTRO, in Direito Municipal Positivo. 7. ed. rev. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 528-529).

O próprio Supremo Tribunal Federal já anotou que: "Na dicção sempre oportuna de Celso Antônio Bandeira de Mello, mesmo nos atos discricionários não há margem para que a Administração atue com excessos ou desvios ao decidir, competindo ao Judiciário a glosa cabível (discricionariedade e controle judicial)" (STF, RE 131661/ES, rel. Min. MARCO AURELIO, DJU 17.11.95, p. 39209). E diferente não poderia ser, porquanto a natureza jurídica do julgamento das infrações político-administrativas é dotada de características punitivas - especialmente no tocante à aplicação da sanção política -, sendo que a perda do mandato eletivo acarreta a perda do exercício de um verdadeiro direito político.

Assim, não há empecilho para que o Judiciário, sem adentrar no mérito discricionário do ato político, considere o aspecto formal do processo de cassação com a aplicação dos princípios constitucionais da ampla defesa, contraditório e devido processo legal. Mesmo porque, conforme salientado pelo

Ministro Celso de Mello ao votar no MS 22.494/DF: "É da essência de nosso sistema constitucional, portanto, que, onde quer que haja uma lesão a direitos subjetivos, não importando a origem da violação, aí sempre incidirá, em plenitude, a possibilidade de controle jurisdicional. A invocação do caráter interno corporis de determinados atos, cuja prática possa ofender direitos assegurados pela ordem jurídica, não tem o condão de impedir a revisão judicial de tais deliberações. Os círculos de imunidades de poder - inclusive aqueles que concernem ao Poder Legislativo - não o protegem da intervenção corretiva e reparadora do Judiciário, que tem a missão de fazer cessar os comportamentos ilícitos que vulnerarem direitos públicos subjetivos."

Superada a digressão, tenho que ostenta relevância o fundamento centrado na ilicitude da utilização instrutória no âmbito do processo administrativo de cassação dos áudios imputados ao requerente sem lastro em regular elucidação/apuração acerca de sua origem, circunstâncias da captação (meio de interceptação e local público ou privado), autenticidade/idoneidade (existência de edição, cortes ou manipulação), autoria (da interceptação e das falas registradas) e destinatário (da interlocução gravada).

A índole constitucional é contrária à utilização de provas obtidas por meios ilícitos, o que alcança não apenas o processo penal como também o processo administrativo sancionatório. Tão grande é a intensidade do repúdio a provas espúrias que o constituinte originário teve o cuidado de elencá-lo entre os direitos e as garantias fundamentais (art. 5º, inc. XVI). E o legislador ordinário, seguindo a orientação constitucional, deixou explícita também no Código de Processo Penal a inadmissibilidade da prova ilícita:

"Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais".

No caso em exame, a dinâmica dos áudios (onde se percebe a voz de apenas um interlocutor) levanta séria suspeita de que a hipótese não configura a gravação de conversas telefônicas próprias por um dos interlocutores - cujo uso como prova o STF, em dadas circunstâncias, tem julgado lícito -, mas, sim, escuta e gravação por terceiro de comunicações telefônicas ou conversações alheias, ainda que com a ciência ou mesmo a cooperação de um dos interlocutores: essa última, dada a intervenção de terceiro, se compreende no âmbito da garantia constitucional do sigilo das comunicações telefônicas e o seu registro só se admite como prova se realizada mediante prévia e regular autorização judicial, sob pena de grave ofensa ao sigilo das comunicações assegurado em sede constitucional (CF/88, art. 5º, inc. XII).

A prova obtida mediante a escuta gravada por terceiro de conversa (telefônica ou não) alheia é patentemente ilícita em relação ao interlocutor insciente da intromissão indevida, não importando o conteúdo do diálogo assim captado. E referida ilicitude acarreta a contaminação das provas derivadas (fruits of the poisonous tree).

Considera-se, assim, inadmissível não apenas a prova obtida por meio ilícito, mas também, por derivação, as provas decorrentes do meio de prova obtido ilicitamente: "Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação (...). A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos 'frutos da árvore envenenada') repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal" (STF, RHC 90.376/RJ, j. 03.04.2007, rel. Min. Celso de Mello).

In casu, tomando em consideração o conteúdo da instrução levada a efeito e o relatório conclusivo da comissão que respaldou o julgamento em plenário, existe probabilidade e relevância no fundamento inicial de que os elementos probatórios subsequentemente produzidos (coleta de depoimentos testemunhais) apoiaram-se (fundamento causal¹) nos dados extraídos da prova comprometida pela mácula da ilicitude originária, a qual, na conjuntura descortinada, revela ter sido determinante para a produção das provas derivadas, o que, nesta cognição sumária, autoriza afastar as teorias da fonte autônoma de prova ou da descoberta inevitável. Com efeito, há fortes indícios de que as provas testemunhais utilizadas para fundamentar a condenação foram contaminadas por derivação pela ilicitude das gravações clandestinas, por terem recaído sobre pessoas, fatos e situações referidos nas conversas ilicitamente interceptadas².

Por outro lado, tendo em conta referido panorama, também assume relevância a afirmação centrada na ocorrência de cerceamento de defesa. A Constituição da República, no art. 5º, inc. LV, assegura aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, o direito ao contraditório e à ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Se assim é, não há como ignorar que a atitude adotada pela comissão, encampada pela Câmara, de encerrar a instrução e proceder ao julgamento em plenário sem aguardar o resultado da prova pericial dos áudios anteriormente deferida e, inclusive, solicitada à Polícia Civil (fls. 222), potencializa a configuração de cerceamento ao direito de defesa do requerente, haja vista não despontar a perícia, na espécie, como prova inútil, desnecessária ou meramente protelatória, vez que tem por objeto o descortinamento da autenticidade e da autoria dos áudios que nortearam a instrução.

A importância da prova e sua repercussão na higidez da apuração levada a efeito pela comissão foi identificada pelo próprio Procurador-Geral da Câmara no parecer jurídico de fls. 343/346, onde anota que "há de convir que, caso comprovado a não autoria ou 'montagem' nos áudios, pelo produto da Perícia, isso acarretará uma mudança radical no desfecho processual".

É preciso relembra, com a melhor doutrina, que o "direito à prova, manifestação do contraditório no processo, significa que as partes têm o direito de realizar a prova de suas alegações, bem como de fazer contraprova do que tiver sido alegado pela parte contrária. O destinatário da prova é o processo e não o juiz, de modo que não se pode indeferir a realização de determinada prova sob fundamento de que o julgador já se encontra convencido da existência do fato probando ou da própria questão incidental ou de mérito posta em causa" (NELSON NERY JUNIOR, in Princípios do Processo na Constituição Federal, 9ª ed., p. 207).

É importante consignar aqui que, embora não possa o Judiciário dizer se determinado ato é ou não ofensivo ao decoro parlamentar, exceto e excepcionalmente se o ato não estiver enquadrado em uma das hipóteses constitucionais ou estiver fora do conteúdo semântico mínimo da expressão constitucional decoro parlamentar³, a tipicidade dos atos indecorosos exige que, mais do que o enquadramento em alguma das hipóteses constitucionais/regimentais, ela efetivamente tenha ocorrido no mundo dos fatos. Não estão imunes ao controle os atos de cassação fundados em motivos inexistentes ou os que, embora fundados em motivos existentes, foram erroneamente qualificados ou imputados ao parlamentar.

Daí a gravidade da supressão probatória imposta pela comissão ao requerente - sob fundamento interpretativo de convencimento quanto ao mérito da acusação -, com privação do direito de realização da prova pericial dos áudios, conectada a última à garantia constitucional da ampla defesa e ao direito de evidenciar a inexistência dos motivos invocados para a cassação ou da própria inoportunidade da autoria objeto da imputação.

Por fim, o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo decorre da própria interrupção do exercício do mandato eletivo do requerente, o que pode traduzir prejuízo irreversível caso mantidos os efeitos da cassação até o final julgamento da lide.

Não se pode perder de vista que a cassação de mandato envolve outros interesses vitais à democracia, como a liberdade de voto, pressuposto da soberania popular, e as eleições livres, que vão além da mera diplomação e posse. Assim, não são apenas interesses do parlamento que estão em jogo, mas de toda a democracia.

À luz do exposto, CONCEDO a tutela provisória de urgência para SUSPENDER os efeitos do Decreto Legislativo nº 006/2019, que decretou a perda definitiva do mandato parlamentar do requerente por cassação, e DETERMINAR a imediata recondução do requerente ao cargo eletivo para o regular exercício do seu mandato.

Para o caso de descumprimento da presente decisão fixo multa diária no importe de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), sem prejuízo da caracterização de ato de improbidade administrativa (LIA, art. 11, II) e da adoção de outras medidas de caráter coercitivo.

Intime-se para o imediato cumprimento da presente decisão sob o regime de plantão.

Como a hipótese versada nos autos não admite autocomposição, deixo de designar a audiência prevista no art. 334 do CPC/2015.

Cite-se, com observância das formalidades legais.

Apresentada contestação, a parte requerente deverá ser intimada para que se manifeste no prazo de 15 (quinze) dias, conforme os arts. 350 e 351 do CPC/2015, podendo corrigir eventual irregularidade ou vício sanável no prazo de 30 (trinta) dias, nos termos do art. 352 do CPC/2015.

Após a apresentação da impugnação, ou esgotado o prazo, as partes deverão especificar as provas que pretendem produzir, nos termos do art. 370 do CPC/2015, justificando-as, sob pena de indeferimento, conforme o art. 370, parágrafo único, do CPC/2015.

Diligencie-se.

Guarapari, 29 de novembro de 2019.

GUSTAVO MARÇAL DA SILVA E SILVA
Juiz de Direito

Dispositivo D E C I S Ã O

Cuidam os autos de ação anulatória de ato administrativo, com pedido de tutela provisória de urgência, ajuizada por MARCIAL SOUZA ALMEIDA, em face da CÂMARA MUNICIPAL DE GUARAPARI, partes qualificadas.

Narra a inicial que: (i) a requerida, em atendimento a denúncia realizada pelo Sr. Américo Miranda dos Santos, promoveu abertura de processo administrativo (tombado sob o nº 1450/2019) para possível cassação do mandato do requerente (vereador) por ter, em tese, praticado quebra de decoro; (ii) segundo a denúncia o requerente teria praticado quebra de decoro parlamentar e crime de corrupção ao requerer vantagens financeiras para aprovação de projeto de lei que beneficiaria empresários do ramo de eventos; (iii) a denúncia está fundamentada em áudios cuja autoria é atribuída ao requerente, mesmo sem a devida comprovação; (iv) os áudios foram anexados sem demonstração de sua origem, destinatário e prova da autoria prontamente negada pelo requerente, consubstanciando prova ilícita; (v) o requerente solicitou à comissão processante a realização de prova pericial nos áudios para comprovar que não lhes pertencem; (vi) embora a comissão tenha acolhido num primeiro momento o pedido e encaminhado solicitação à Polícia Civil, antes da apresentação do resultado decidiu proceder ao julgamento pela cassação do mandato, reputando como verdadeiros os fatos apresentados na acusação e desrespeitando a produção da prova solicitada; (vii) o Procurador-Geral da Câmara reconheceu em seu parecer que se deveria aguardar a produção da prova técnica para somente após se proceder ao julgamento; (viii) não é possível a utilização de prova ilícita como fundamento para instauração de processo administrativo sancionatório; (ix) a ilicitude da prova consubstanciada nos áudios contaminou as demais provas derivadas; (x) nos processos administrativos sancionatórios é descabida a aplicação de penalidade decorrente de instrução probatória fundada em prova ilícita; (xi) o processo administrativo também está maculado por nulidade decorrente da ausência de contraditório e ampla defesa em razão da frustração da realização de prova pericial nos áudios que subsidiaram a abertura do processo e a aplicação da pena de cassação; (xii) figura como cabível o controle jurisdicional diante do ato nulo e ilegal; (xiii) a pena de cassação aplicada violou o princípio da proporcionalidade.

Com base nestes fundamentos pede o requerente a concessão de tutela provisória de urgência para suspensão dos efeitos da decisão proferida no âmbito do processo administrativo que determinou a cassação do mandato, determinando-se o restabelecimento do regular exercício de seu mandato.

A inicial foi instruída com documentos (fls. 33/778).

O despacho de fls. 780 concedeu prazo ao requerente para complementação documental apta a evidenciar alegada hipossuficiência, o que ocorreu às fls. 793/809.

É o relatório, em síntese.

Decido.

Em razão das informações e evidenciações complementares carreadas com a petição e documentos de fls. 793/809, defiro em favor do requerente o benefício da assistência judiciária gratuita (CPC/2015, art. 99, § 3º).

Cabe, no presente momento, a apreciação do pedido de concessão da tutela provisória, cujos requisitos ligam-se à probabilidade do direito e ao perigo de dano ou ao risco ao resultado útil do processo (CPC/2015, art. 300).

Após sopesar o conjunto probatório, nesta cognição ainda não exauriente, tenho que estão presentes os requisitos para a concessão da liminar.

De início, cabe pontuar, com a melhor doutrina, que a "cassação do mandato e o ato declaratório de sua extinção podem ser apreciados pelo Poder Judiciário, a teor do que dispõe o art. 5º, XXXV e LV, da CR. Cediço, é ato político-administrativo a cassação de mandato de Prefeito e Vereadores. Assim, porque é igualmente político, não quer significar a hipótese de que atos desse jaez, quanto aos seus aspectos intrínsecos, juntamente com os extrínsecos, não possam ser controlados pelo Judiciário" (JOSÉ NILO DE CASTRO, in Direito Municipal Positivo. 7. ed. rev. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 528-529).

O próprio Supremo Tribunal Federal já anotou que: "Na dicção sempre oportuna de Celso Antônio Bandeira de Mello, mesmo nos atos discricionários não há margem para que a Administração atue com excessos ou desvios ao decidir, competindo ao Judiciário a glosa cabível (discricionariedade e controle judicial)" (STF, RE 131661/ES, rel. Min. MARCO AURELIO, DJU 17.11.95, p. 39209). E diferente não poderia ser, porquanto a natureza jurídica do julgamento das infrações político-administrativas é dotada de características punitivas - especialmente no tocante à aplicação da sanção política -, sendo que a perda do mandato eletivo acarreta a perda do exercício de um verdadeiro direito político.

Assim, não há empecilho para que o Judiciário, sem adentrar no mérito discricionário do ato político, considere o aspecto formal do processo de cassação com a aplicação dos princípios constitucionais da ampla defesa, contraditório e devido processo legal. Mesmo porque, conforme salientado pelo Ministro Celso de Mello ao votar no MS 22.494/DF: "É da essência de nosso sistema constitucional, portanto, que, onde quer que haja uma lesão a direitos subjetivos, não importando a origem da violação, aí sempre incidirá, em plenitude, a possibilidade de controle jurisdicional. A invocação do caráter interno corporis de determinados atos, cuja prática possa oferecer direitos assegurados pela ordem jurídica, não tem o condão de impedir a revisão judicial de tais deliberações. Os círculos de imunidades de poder - inclusive aqueles que concernem ao Poder Legislativo - não o protegem da intervenção corretiva e reparadora do Judiciário, que tem a missão de fazer cessar os comportamentos ilícitos que vulnerarem direitos públicos subjetivos."

Superada a digressão, tenho que ostenta relevância o fundamento centrado na ilicitude da utilização instrutória no âmbito do processo administrativo de cassação dos áudios imputados ao requerente sem lastro em regular elucidação/apuração acerca de sua origem, circunstâncias da captação (meio de interceptação e local público ou privado), autenticidade/ideoneidade (existência de edição, cortes ou manipulação), autoria (da interceptação e das falas registradas) e destinatário (da interlocação gravada).

A índole constitucional é contrária à utilização de provas obtidas por meios ilícitos, o que alcança não apenas o processo penal como também o processo administrativo sancionatório. Tamanha é a intensidade do repúdio a provas espúrias que o constituinte originário teve o cuidado de elencá-lo entre os direitos e as garantias fundamentais (art. 5º, inc. LVII). E o legislador ordinário, seguindo a orientação constitucional, deixou explícita também no Código de Processo Penal a inadmissibilidade da prova ilícita:

"Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais".

No caso em exame, a dinâmica dos áudios (onde se percebe a voz de apenas um interlocutor) levanta séria suspeita de que a hipótese não configura a gravação de conversas telefônicas próprias por um dos interlocutores - cujo uso como prova o STF, em dadas circunstâncias, tem julgado lícito -, mas, sim, escuta e gravação por terceiro de comunicações telefônicas ou conversações alheias, ainda que com a ciência ou mesmo a cooperação de um dos interlocutores: essa última, dada a intervenção de terceiro, se compreende no âmbito da garantia constitucional do sigilo das comunicações telefônicas e o seu registro só se admite como prova se realizada mediante prévia e regular autorização judicial, sob pena de grave ofensa ao sigilo das comunicações assegurado em sede constitucional (CF/88, art. 5º, inc. XII).

A prova obtida mediante a escuta gravada por terceiro de conversa (telefônica ou não) alheia é patentemente ilícita em relação ao interlocutor insciente da intromissão indevida, não importando o conteúdo do diálogo assim captado. E referida ilicitude acarreta a contaminação das provas derivadas (fruits of the poisonous tree).

Considera-se, assim, inadmissível não apenas a prova obtida por meio ilícito, mas também, por derivação, as provas decorrentes do meio de prova obtido ilicitamente: "Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação (...). A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos 'frutos da árvore envenenada') repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal" (STF, RHC 90.376/RJ, j. 03.04.2007, rel. Min. Celso de Mello).

In casu, tomando em consideração o conteúdo da instrução levada a efeito e o relatório conclusivo da comissão que respaldou o julgamento em plenário, existe probabilidade e relevância no fundamento inicial de que os elementos probatórios subsequentemente produzidos (coleta de depoimentos testemunhais) apoiaram-se (fundamento causal1) nos dados extraídos da prova comprometida pela mácula da ilicitude originária, a qual, na conjuntura descortinada, revela ter sido determinante para a produção das provas derivadas, o que, nesta cognição sumária, autoriza afastar as teorias da fonte autônoma de prova ou da descoberta inevitável. Com efeito, há fortes indícios de que as provas testemunhais utilizadas para fundamentar a condenação foram contaminadas por derivação pela ilicitude das gravações clandestinas, por terem recaído sobre pessoas, fatos e situações referidos nas conversas ilicitamente interceptadas.

Por outro lado, tendo em conta referido panorama, também assume relevância a afirmação centrada na ocorrência de cerceamento de defesa. A Constituição da República, no art. 5º, inc. LV, assegura aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, o direito ao contraditório e à ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Se assim é, não há como ignorar que a atitude adotada pela comissão, encampada pela Câmara, de encerrar a instrução e proceder ao julgamento em plenário sem aguardar o resultado da prova pericial dos áudios anteriormente deferida e, inclusive, solicitada à Polícia Civil (fls. 222), potencializa a configuração de cerceamento ao direito de defesa do requerente, haja vista não despontar a perícia, na espécie, como prova inútil, desnecessária ou meramente protelatória, vez que tem por objeto o descortinamento da autenticidade e da autoria dos áudios que nortearam a instrução.

A importância da prova e sua repercussão na higidez da apuração levada a efeito pela comissão foi identificada pelo próprio Procurador-Geral da Câmara no parecer jurídico de fls. 343/346, onde analisa que "há de convir que, caso comprovado a não autoria ou 'montagem' nos áudios, pelo produto da Perícia, isso acarretará uma mudança radical no desfecho processual".

É preciso relembrar, com a melhor doutrina, que o "direito à prova, manifestação do contraditório no processo, significa que as partes têm o direito de realizar a prova de suas alegações, bem como de fazer contraprova do que tiver sido alegado pela parte contrária. O destinatário da prova é o processo e não o juiz, de modo que não se pode indeferir a realização de determinada prova sob fundamento de que o julgador já se encontra convencido da existência do fato probando ou da própria questão incidental ou de mérito posta em causa" (NELSON NERY JUNIOR, in Princípios do Processo na Constituição Federal, 9ª ed., p. 207).

É importante consignar aqui que, embora não possa o Judiciário dizer se determinado ato é ou não ofensivo ao decoro parlamentar, exceto e excepcionalmente se o ato não estiver enquadrado em uma das hipóteses constitucionais ou estiver fora do conteúdo semântico mínimo da expressão constitucional decoro parlamentar³, a tipicidade dos atos indecorosos exige que, mais do que o enquadramento em alguma das hipóteses constitucionais/regimentais, ela efetivamente tenha ocorrido no mundo dos fatos. Não estão imunes ao controle os atos de cassação fundados em motivos inexistentes ou os que, embora fundados em motivos existentes, foram erroneamente qualificados ou imputados ao parlamentar.

Daí a gravidade da supressão probatória imposta pela comissão ao requerente - sob fundamento interpretativo de convencimento quanto ao mérito da acusação -, com privação do direito de realização da prova pericial dos áudios, conectada a última à garantia constitucional da ampla defesa e ao direito de evidenciação da inexistência dos motivos invocados para a cassação ou da própria ocorrência da autoria objeto da imputação.

Por fim, o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo decorre da própria interrupção do exercício do mandato eletivo do requerente, o que pode traduzir prejuízo irreversível caso mantidos os efeitos da cassação até o final julgamento da lide.

Não se pode perder de vista que a cassação de mandato envolve outros interesses vitais à democracia, como a liberdade de voto, pressuposto da soberania popular, e as eleições livres, que vão além da mera diplomação e posse. Assim, não são apenas interesses do parlamento que estão em jogo, mas de toda a democracia.

À luz do exposto, CONCEDO a tutela provisória de urgência para SUSPENDER os efeitos do Decreto Legislativo nº 006/2019, que decretou a perda definitiva do mandato parlamentar do requerente por cassação, e DETERMINAR a imediata recondução do requerente ao cargo eletivo para o regular exercício do seu mandato.

Para o caso de descumprimento da presente decisão fixo multa diária no importe de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), sem prejuízo da caracterização de ato de improbidade administrativa (LIA, art. 11, II) e da adoção de outras medidas de caráter coercitivo.

Intime-se para o imediato cumprimento da presente decisão sob o regime de plantão.

Como a hipótese versada nos autos não admite autocomposição, deixo de designar a audiência prevista no art. 334 do CPC/2015.

Cite-se, com observância das formalidades legais.

Apresentada contestação, a parte requerente deverá ser intimada para que se manifeste no prazo de 15 (quinze) dias, conforme os arts. 350 e 351 do CPC/2015, podendo corrigir eventual irregularidade ou vício sanável no prazo de 30 (trinta) dias, nos termos do art. 352 do CPC/2015.

Após a apresentação da impugnação, ou esgotado o prazo, as partes deverão especificar as provas que pretendem produzir, nos termos do art. 370 do CPC/2015, justificando-as, sob pena de indeferimento, conforme o art. 370, parágrafo único, do CPC/2015.

Diligencie-se.

Guarapari, 29 de novembro de 2019.

GUSTAVO MARÇAL DA SILVA E SILVA
Juiz de Direito