

**“O INSTITUTO DO *DEVIDO PROCESSO LEGAL* NA
CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E SEUS REFLEXOS
SOBRE O PROCESSO PENAL ELEITORAL: UMA ANÁLISE DA
CONSTITUCIONALIDADE DA INEXISTÊNCIA DE
INTERROGATÓRIO DO RÉU”.**

JOSÉ LUIZ DE DAVID VARGAS

**MONOGRAFIA APRESENTADA AO CURSO DE
GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL
DE SANTA CATARINA, COMO REQUISITO À OBTENÇÃO
DO GRAU DE BACHAREL EM DIREITO**

Orientador: Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues

Florianópolis
Agosto 1996

05552

26 03 03

1100034

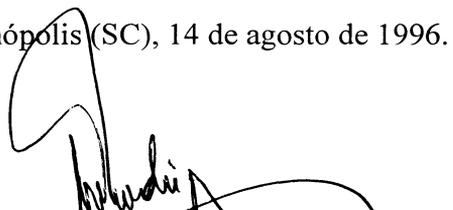
JAR/ius

L

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA-UFSC
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ
DEPARTAMENTO DE DIREITO PROCESSUAL E PRÁTICA FORENSE

A presente monografia final intitulada “O INSTITUTO DO *DEVIDO PROCESSO LEGAL* NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E SEUS REFLEXOS SOBRE O PROCESSO PENAL ELEITORAL: UMA ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DA INEXISTÊNCIA DE INTERROGATÓRIO DO RÉU” elaborada por José Luiz De David Vargas e aprovada pela banca examinadora composta pelos professores abaixo assinados, obteve aprovação com nota 7,0 (SETE), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no artigo 9º da Portaria nº 1.886/94/MEC, regulamentado na UFSC pela Resolução nº 003/95/CEPE.

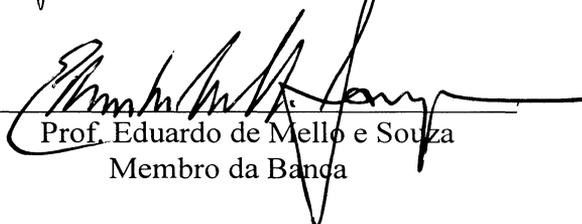
Florianópolis (SC), 14 de agosto de 1996.



Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues
Professor Orientador



Prof. José Rubens Leite
Membro da Banca



Prof. Eduardo de Mello e Souza
Membro da Banca

***“En un mundo en peligro, una ciencia
conciente y realística no puede dejar de ser, ella
misma, una ciencia peligrosa”.***

Cappelletti,Proceso,Ideologías,Sociedad.

SUMÁRIO:

INTRODUÇÃO.....	.05
I - O Devido Processo Legal.....	08
II - O Interrogatório - Meio de Defesa/Prova e demais atos processuais.....	27
III - O Artigo 359 do Código Eleitoral e o Processo Penal Eleitoral em face da Constituição Federal de 1988.....	34
CONCLUSÃO.....	51
BIBLIOGRAFIA.....	53

INTRODUÇÃO:

É inquestionável e inafastável o imediato reflexo das preceituações previstas na Carta Maior de nosso ordenamento jurídico sobre todas as leis infra-constitucionais. Isso ocorre até mesmo pela necessidade de conetividade e sincronicidade exigíveis em qualquer ordenamento. É preciso que haja uma perfeita harmonia, a exemplo de uma sinfonia, entre aquele que rege e aqueles que são regidos. Caso assim não o seja, inaudíveis serão os resultados advindos dessa desconexão.

Tendo essa imposição por premissa, os elaboradores de leis (complementares, ordinárias...) buscam, na maioria das vezes, respeitar os dispositivos constitucionais, sob pena de verem os resultados de suas atividades legiferantes desconsiderados e banidos do seio do ordenamento onde se encontravam.

Rogério Lauria Tucci, é quem não nos deixa olvidar que: “(...)situada a Carta Magna no ponto culminante da hierarquia das leis, e contendo os fundamentos políticos e institucionais de toda legislação infra-constitucional, nos seus textos - haurida ‘a seiva de que se alimentam os postulados e regras fundamentais’, - repousam numerosos dispositivos e institutos processuais”.¹ É justamente do seio desta Carta Magna que extraímos o dispositivo do *devido*

¹ LAURIA TUCCI, Rogério, *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 2.

processo legal , para então analisá-lo em seus diversos matizes em relação ao artigo 359 do Código Eleitoral Brasileiro.

Atendendo ao conselho do orientador, que propôs fosse feito um recorte para que se definissem aspectos específicos a serem analisados, buscamos efetivar esse recorte centrando a análise do presente trabalho monográfico no *princípio do devido processo legal* em consonância com o do *contraditório* e da *ampla defesa*, (não analisaremos, porém, o *princípio do juiz natural* por entendermos não estar o mesmo tão intimamente relacionado com o tema) os quais encontram-se inseridos no texto constitucional, guardados no Título II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais, Capítulo I - Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, em seu artigo 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:

.....

LIV: ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o *devido processo legal*; (grifo nosso).

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”. (grifo nosso).

A necessidade de que se reveja a questão da não aplicabilidade do ato de interrogatório do réu no processo penal eleitoral é substancial, haja vista o prejuízo evidenciado pela falta de tal prática no que diz respeito ao cerceamento dos direitos constitucionalmente assegurados ao acusado de modo

geral. Buscaremos nesse trabalho monográfico demonstrar tal necessidade e a desconexão do Código Eleitoral brasileiro com os preceitos da processualística vislumbrados na Carta Magna pátria.

O trabalho dividir-se-á em três capítulos, sendo que: no primeiro explanaremos o assunto referente às garantias assecuratórias de um processo justo e equilibrado, abordando o instituto do *devido processo legal* em seu contexto histórico-evolutivo, até se transformar nesse que é, segundo nosso entendimento, o corolário do direito processual constitucional. Num segundo capítulo, faremos a análise do ato do interrogatório e sua importância dentro do processo, como meio de efetivo exercício do direito à *ampla defesa* e do *contraditório*, para então, no terceiro, confrontarmos a ausência do interrogatório no processo penal eleitoral e a conseqüente inobservância de parte dos poderes processuais garantidos, pela constituição, ao cidadão que se vê ameaçado em sua liberdade.

I - O DEVIDO PROCESSO LEGAL:

No que se refere ao Devido Processo Legal, inspirou-se o legislador no *due process of law* inglês, e tal dispositivo exige que todas as formalidades sejam observadas, para o que a autoridade deverá ouvir o réu e lhe permitir a ampla defesa, incluindo-se o contraditório e a produção de todo tipo de prova (desde que obtida por meio lícito). Isso infere substancialmente em que sem processo e sem sentença, ou com sentença prolatada por magistrado incompetente, ninguém será privado da liberdade ou de seus bens.

A *ampla defesa* e a regra do *contraditório* se integram, completando-se os princípios que informam e que resumem no postulado da liberdade integral do homem diante da prepotência do Estado.

O princípio fundamental do processo é o do devido processo legal, expressão oriunda da inglesa *due process of law*. A constituição federal brasileira de 1988 fala expressamente que **“ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”**.

Segundo Néilson Nery Júnior, *“bastaria a norma constitucional haver adotado o princípio do due process of law para que daí decorressem todas as consequências processuais que garantiriam aos litigantes o direito a um*

*processo e uma sentença justa. É, por assim dizer, o gênero do qual todos os demais princípios constitucionais do processo são espécies”.*²

Podemos citar como sendo manifestações do “devido processo legal” o princípio da publicidade dos atos processuais, a impossibilidade de utilizar em juízo prova obtida por meio ilícito, assim como o postulado do juiz natural, contraditório, a ampla defesa e do procedimento regular.

O *devido processo legal*, sob a visão de Antônio Carlos de Araújo Cintra, é expressão pela qual: “*entende-se, com essa fórmula, o conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, de outro, são indispensáveis ao correto exercício da função jurisdicional. Garantias que não servem apenas aos interesses das partes, como direitos públicos subjetivos (ou poderes e faculdades processuais) destas, mas que configuram, antes de mais nada, a salvaguarda do próprio processo objetivamente considerado, como fator legitimante do exercício da jurisdição. Compreende, modernamente, na cláusula do devido processo legal, o direito ao procedimento adequado: não só deve o procedimento ser conduzido sob o pálio do contraditório, como também há de ser aderente à realidade social e consentâneo com a relação de direito material controvertida*”.³

No ensinamento de Luiz Guilherme Marinoni, “*Democracia é, acima de tudo, participação. A participação no poder é da essência da democracia. É essa participação que legitima o exercício do poder. A participação no poder se dá de forma indireta e direta, e em vários níveis.(...) O fundamento de*

² NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 3 ed. São Paulo: Ed. Rev. Tribunais, 1996. p. 28

³ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*, São Paulo: Ed. Rev. Trivunais, 1990, p. 78.

legitimidade do processo jurisdicional não poderia ser diferente. No processo jurisdicional, exerce-se o poder do estado. O exercício deste poder, como é óbvio, há de ser legítimo. Mas, a legitimidade do exercício do poder somente pode ser conferida pela abertura à participação. Ora, o processo jurisdicional, sem dúvida alguma, deve refletir o Estado Democrático de Direito. Assim, a idéia básica do processo deve ser a de garantir aos interessados uma participação efetiva no procedimento que vai levar à edição do ato de poder, ou seja, à decisão. Participação, porém, pressupõe informação. A informação, aliás, constitui requisito necessário para a realização do próprio direito à liberdade de expressão. A possibilidade de participação no processo jurisdicional, portanto, está vinculada à idéia da efetividade do princípio do contraditório.”⁴

Dessa forma, o procedimento em contraditório garantindo o interrogatório é uma manifestação do Estado Democrático de Direito, pois, a idéia de que a atividade jurisdicional nesse, pressupõe a efetiva participação dos cidadãos nos meios de decisão, a exemplo do processo, que vislumbra um *decisum* e sua aplicação aos que estiverem a ele submetidos.

Genericamente, o princípio do *due process of law* caracteriza-se pelo trinômio vida-liberdade-propriedade, vale dizer, tem-se o direito de tutela àqueles bens da vida em seu sentido mais amplo e genérico. Tudo o que disser respeito à tutela da vida, liberdade ou propriedade está sob a proteção da *due process clause*.

Direito à liberdade, por exemplo, significa liberdade de opinião, de imprensa e de religião. O progresso mais notável da Suprema Corte americana, quanto à aplicação da cláusula *due process* aos casos concretos que lhe

⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil: o acesso à justiça e os institutos fundamentais do direito processual*. São Paulo: Ed. Rev. Tribunais, 1993. p. 159.

chegaram a julgamento, é relativo à extensão da privacidade ao conceito de direito à liberdade. A concepção dos processualistas pátrios veremos adiante.

O direito constitucional no sistema do *common law* é de reconhecida reputação, principalmente quanto à respeitabilidade e eficácia da incidência dos preceitos insculpidos naquele sistema jurídico. Isso se deveu, em grande parte, à firmeza e determinação com que a Suprema Corte dos Estados Unidos, por exemplo, vem agindo desde a entrada em vigor da Carta da Filadélfia, de 1787. A corte, ordinariamente, vem interpretando a *cláusula due process* de sorte a solucionar o caso concreto que lhe foi submetido a julgamento, ao mesmo tempo em que fixa regras e padrões para casos semelhantes futuros.

O Supremo Tribunal Federal brasileiro, criado à moda da Suprema Corte americana, consoante nitidamente se percebe do magistério de Rui Barbosa, autor do anteprojeto da constituição republicana de 1891, não lhe seguiu a tradição, nem a forma de funcionamento.

As semelhanças mais evidentes entre as duas cortes, levada em consideração à época em que foi criado o STF no Brasil, se revela no controle da constitucionalidade das leis e atos normativos. No direito americano, não há até hoje o controle abstrato difuso, em tese, pela via da ação direta, mas somente o concentrado, por via de exceção. No direito brasileiro, esse sistema, sem previsão para o controle abstrato, foi copiado tal como funciona no direito norte americano, aqui vigorando por muitos anos. Somente em 1965, com o advento da emenda constitucional nº 16, de 26 de novembro, é que se instituiu a ação direta de declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo.

O STF não seguiu a tradição da suprema corte americana, porque tem agido, desde a sua criação, como órgão praticamente de terceiro ou quarto grau de jurisdição, olvidando de seu mister maior, que é o de dar eficácia e sentido à

Constituição Federal, tal como ocorre nos Estados Unidos pela ação da Suprema Corte.

A interpretação normativa a ser observada em casos futuros, como salutarmente ocorre nos Estados Unidos, não é realizada pelo nosso STF.

A cláusula *due process of law* não indica somente a tutela processual, como à primeira vista pode parecer ao intérprete menos avisado. Tem sentido genérico e sua caracterização dá-se de forma bipartida, pois há o *substantive due process* e o *procedural due process*, para indicar a incidência do princípio em seu aspecto substancial, atuando no que respeita ao direito material, e, de outro lado, a tutela daqueles direitos por meio do processo judicial ou administrativo.

O conceito de “devido processo” foi-se modificando no tempo, sendo que a doutrina e a jurisprudência alargaram o âmbito de abrangência da cláusula, de sorte a permitir interpretação elástica, o mais amplamente possível, em nome dos direitos fundamentais do cidadão.

O devido processo legal se manifesta em todos os campos do direito, em seu aspecto substancial. No direito administrativo, por exemplo, o princípio de legalidade nada mais é do que manifestação da cláusula *substantive due process*. Os administrativistas identificam o fenômeno do *due process*, muito embora sob outra roupagem, ora denominando-o de garantia da legalidade e dos administrados, ora vendo nele o postulado da legalidade.

No direito privado prevalece o princípio da autonomia da vontade com a conseqüente liberdade de contratar, de realizar negócios e praticar atos jurídicos. Podem praticar quaisquer atos, mesmo que a lei não os preveja, desde que não atentem contra normas de ordem pública ou contra os bons costumes: o que não é proibido é permitido. É o que se denomina de princípio da *atipicidade*

dos negócios jurídicos privados. No direito administrativo isso não se pode verificar: a administração somente pode agir *secundum legem*, vale dizer, não podem praticar atos nem celebrar negócios jurídicos atípicos: somente o que é permitido pela lei pode ser objeto da atividade administrativa.

No dizer de Nery Junior, na concepção do devido processo legal, em sentido processual, vislumbramos no direito processual americano, a cláusula significando o dever de propiciar-se ao litigante: “a) *comunicação adequada sobre a recomendação ou base da ação governamental*; b) *um juiz imparcial*; c) *a oportunidade de deduzir defesa oral perante o juiz*; d) *a oportunidade de apresentar provas ao juiz*; e) *a chance de reperguntar às testemunhas e de contrariar provas que forem utilizadas contra o litigante*; f) *o direito de ter um defensor no processo perante o juiz ou tribunal*; e, g) *uma decisão fundamentada, com base no que consta dos autos*”.⁵

Ainda no dizer desse autor, “além desses elementos essenciais, o princípio do devido processo legal no direito processual americano possui outras consequências adicionais, *verbis* : a) *o direito a processo com a necessidade de haver provas*; b) *o direito de publicar-se e estabelecer-se conferência preliminar sobre as provas que serão produzidas*; c) *o direito a uma audiência pública*; d) *o direito à transcrição dos atos processuais*; e) *julgamento pelo tribunal do júri*; f) *o ônus da prova, que o governo deve suportar mais acentuadamente do que o litigante individual*.”⁶

É nesse sentido, unicamente processual, que a doutrina brasileira tem empregado, ao longo dos anos, a locução “devido processo legal”, como se pode verificar, da enumeração que se fez das garantias dela oriundas, conforme nos ensina, ainda, Nery Junior, *verbis*: a) *direito à citação e ao conhecimento*

⁵ NERY JUNIOR, op. cit., p. 38.

⁶ NERY JUNIOR, op. cit., p. 38.

do teor da acusação; b) direito a um rápido e público julgamento; c) direito ao arrolamento de testemunhas e à notificação das mesmas para comparecimento perante os tribunais; d) direito ao procedimento contraditório⁷; e) direito de não ser processado, julgado ou condenado por alegada infração às leis *ex post facto*; f) direito à plena igualdade entre acusação e defesa; g) direito contra medidas ilegais de busca e apreensão; h) direito de não ser acusado nem condenado com base em provas ilegalmente obtidas; i) direito à assistência judiciária, inclusive gratuita; e, j) privilégio contra a auto-incriminação.⁸

Nos ensina, ainda, Nery Junior, que: “Especificamente quanto ao processo civil, já se afirmou ser manifestação do *due process of law*: a) a igualdade das partes; b) garantia do *jus actionis*; c) respeito ao direito de defesa; e, d) contraditório.”⁹

Resumindo o que foi dito sobre esse importante princípio, verifica-se que a cláusula *procedural due process of law* nada mais é do que a possibilidade efetiva de a parte ter acesso à justiça, deduzindo pretensão e defendendo-se do modo mais amplo possível, isto é, de ter *his day in court*, na denominação genérica da Suprema Corte dos Estados Unidos.

Acreditamos ser inexata a afirmação de Nery Junior de que bastaria a Constituição Federal de 1988 ter enunciado o princípio do devido processo legal, e o *caput* e a maioria dos incisos do artigo 5º seria absolutamente despicienda.¹⁰ De todo modo, a explicitação das garantias fundamentais

⁷ Com relação a esse dispositivo constitucional, falamos, em separado, adiante.

⁸ NERY JUNIOR, op. cit., p. 39.

⁹ NERY JUNIOR, op. cit., p.40.

¹⁰ É necessário que façamos alusão ao ponto de vista de nosso orientador com referência a essa tão absoluta afirmação por parte de Nery Junior. Para Horácio Wanderlei Rodrigues, a garantia da Inafastabilidade do Poder Judiciário ou da Indeclinabilidade da Jurisdição compreendida em sua extensão como o acesso à justiça, o direito à ação e à defesa é, na verdade, tão importante quanto a do Devido Processo Legal, senão mais, portanto, não podendo ser olvidada. Parece-nos ser uma questão relacionada a forma de abordar o assunto. Para Nery Junior, a importância se dá no momento em que a relação jurídica já está formada, ou seja, o processo em andamento; enquanto que Horácio Wanderlei Rodrigues

derivadas do devido processo legal, como preceitos desdobrados nos incisos do artigo 5º, Constituição Federal, é uma forma de enfatizar a importância dessas garantias, norteando a administração pública, o legislativo e o judiciário para que possam aplicar a cláusula sem maiores indagações.

Colocando-se, para os interessados, a par ou à margem do direito à *jurisdição*, o *ônus de demandar*, é certo que o adimplemento deste, com a propositura da ação, origina a formação do processo, que, segundo entendemos, se apresenta como instrumento, técnico e público, de realização de justiça pelos órgãos jurisdicionais.

Isso significa, outrossim, que o processo consiste, precipuamente numa garantia outorgada pela Carta Maior à efetivação do direito subjetivo (material e público) à jurisdição.

E, por via de consequência, que, constitucionalmente assegurado a todos os integrantes da sociedade (a teor do artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal: *ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*), se impõe sua consideração como encartado no *due process of law*.

Trata-se, em vernáculo, devido processo legal, de difundida locução mediante a qual se determina a imperiosidade, num proclamado ***Estado de Direito***, de :

a) elaboração regular e correta da lei, bem como sua razoabilidade, senso de justiça e enquadramento nas preceituações constitucionais (substantive due process of law, segundo o desdobramento da concepção norte-americana);

faz uma análise mais essencial, preocupando-se com aquilo tudo que ocorre antes de se ver o processo em marcha, ou seja, a garantia de ver apreciada toda e qualquer lesão ou ameaça a direito do cidadão.

b) aplicação judicial das normas jurídicas (não só da lei, como tal própria e estritamente concebida, mas, por igual, de toda e qualquer forma de expressão do direito), através do instrumento hábil à sua interpretação e realização, que é o “processo” (judicial process); e,

c) assecuração, neste, de paridade de armas entre as partes, visando à igualdade substancial.¹¹

Aproveitamos da oportunidade, tendo em vista o tangenciamento no parágrafo anterior da locução Estado de Direito, para explicitarmos seu conceito segundo a concepção kelseniana: “*uma ordem jurídica relativamente centralizada segundo a qual a jurisdição e a administração estão vinculadas às leis - isto é, às normas gerais que são estabelecidas por um parlamento eleito pelo povo com ou sem a intervenção de um chefe de Estado que se encontra à testa do governo -, os membros do governo são responsáveis pelos seus atos, os tribunais são independentes e certas liberdades dos cidadãos, particularmente a liberdade de crença e de consciência e a liberdade de expressão do pensamento, são garantidas*”.¹² Segundo Kelsen, “*um Estado não submetido ao Direito é impensável*”.

Apresenta-se, ademais relativamente ao processo judicial, como um conjunto de elementos indispensáveis para que esse possa atingir, devidamente, sua já aventada finalidade compositiva de litígios (em âmbito extrapenal) ou resolutória de conflitos de interesses de alta relevância social (no campo penal).

E consubstancia-se, sobretudo, como igualmente visto, numa garantia conferida pela Magna Carta inglesa, objetivando a consecução dos direitos

¹¹ LAURIA TUCCI, op. cit., p. 64.

¹² KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Batista Machado. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991, p. 328.

denominados *fundamentais*, através da efetivação do direito ao processo, materializado num procedimento regularmente desenvolvido, com a imprescindível concretização de todos os seus respectivos corolários, e num *prazo razoável*.

Com relação ao contraditório e à ampla defesa, no nosso entendimento desobservados quando da não garantia, pelo Código Eleitoral, do interrogatório do réu, lembramos que, com o advento da Constituição Federal de 1988, o constituinte preferiu adotar uma postura mais analítica e explicitou esses e tantos outros direitos, a fim de que dúvidas não pairassem a respeito da extensão e da seriedade com a qual o indivíduo passou a ser tratado. Resultou dessa técnica ou opção redacional que os juristas passaram a ter uma preocupação maior em definir os direitos dos litigantes e dos acusados. É interessante notar que alguns direitos considerados positivados e plenamente exigíveis hoje eram vistos como *de lege ferenda* na ordem constitucional passada.

O entrelaçamento do exercício da ampla defesa com o do contraditório é tão gritante que não se pode imaginar a existência de um sem o outro. É certo que o direito de defesa assenta-se na possibilidade que o litigante tem de se opor ao que contra ele se afirma. Costuma dizer o processualista Joaquim Canuto Mendes de Almeida que “*a primeira peça da defesa reside na acusação*”¹³. Partindo-se dessa afirmação tem-se que o contraditório começa a ser exercido quando o litigante toma ciência dos fatos e tudo o mais que contra ele é imputado. Com efeito, só depois de ter tomado conhecimento do teor da acusação é que o litigante ou acusado pode pensar em se defender. É por isso que teve muita razão o processualista recém mencionado quando afirmou ser a

¹³ MENDES DE ALMEIDA, Joaquim Canuto. *Princípios fundamentais do processo penal*, São Paulo: Ed. Rev. Tribunais, 1973, p. 53.

denúncia, ou no caso de processo cível a petição inicial, como a primeira peça da defesa. E tanto é assim que as leis processuais exigem do seu autor que se formule uma peça apta, muito mais preocupadas com garantir o exercício do direito à defesa do que com o sucesso da pretensão posta em juízo. Podemos concluir, assim, que para se garantir a defesa deve haver redobrado cuidado com a peça inicial dos processos, em especial nos de cunho punitivo. Não basta que se dê à parte conhecimento do teor da acusação, mas é fundamental que não se sonegue ao litigante qualquer elemento no qual ela se baseia.

O passo seguinte, na trilha do contraditório, será alcançado pelo litigante no prazo para o exercício da contraposição. Não é suficiente o chamamento da parte em juízo para tomar conhecimento das acusações. É necessário, para que o contraditório se realize, que ela disponha de tempo para recolher dados, informações, elementos e provas com os quais poderá contraditar e defender-se das imputações formuladas.

Nesse passo convém lembrar que o prazo para o exercício da defesa não pode ser tão exíguo que não a garanta, nem tão longo que adie demais o desfecho do processo. Deve-se observar, o quanto possível, o princípio do tratamento igualitário dos litigantes. Em suma, para o exercício do contraditório, é fundamental que a parte seja informada de tudo quanto lhe acusarem, tenha tempo para preparar sua reação e tenha a oportunidade de contraditar os fatos e atos a ela atribuídos (com o interrogatório do réu, sem dúvida alguma, propicia-se essa oportunidade). Essas considerações, que obviamente referem-se ao início do processo, aplicam-se a todos os demais momentos processuais, quando outros elementos serão juntados e provas produzidas, de tal sorte que à parte litigante adversa deve-se garantir informação, prazo e oportunidade para responder, como já referimos. Igual

direito deve ser assegurado quando se trate de manifestar o inconformismo em relação a alguma decisão interlocutória ou terminativa do processo. À primeira vista, pode parecer que o assunto da ampla defesa já se encontra esgotado, pois falamos na necessidade do conhecimento do conteúdo da acusação, prazo para preparação e oportunidade para oferecimento da contrariedade ou defesa. Contudo, só isso não basta, mais se exige para que o direito à defesa abandone o seu caráter formal e assumam ares de realidade. Deveras, não basta ao litigante tomar conhecimento dos fatos e provas contidas na acusação para ficar apto a defender-se. É necessário que, sabendo dos fatos a ele atribuídos, tome, também, ciência das implicações e reflexos desses fatos no mundo jurídico. E essa orientação só pode ser dada por quem se encontre tecnicamente preparado para tanto, ou seja, por quem haja obtido formação jurídica no curso de direito e seja advogado. Em razão disso a Constituição Federal de 1988 considerou o advogado indispensável à administração de justiça e confere-lhe imunidade quando no exercício da profissão.

Tal dispositivo, portanto, não foi erigido ao nível constitucional com intuito, mas visou assegurar às partes o exercício pleno da defesa aos seus direitos, convencidos os constituintes de que a sua realização só se alcança desde que formulados por um técnico.

Sendo o processo a manifestação, no mundo moderno, de um direito da pessoa humana, eis porque as constituições interessam-se em discipliná-lo, a fim de impedir que leis mal elaboradas possam levar à sua desnaturação, com o conseqüente prejuízo dos direitos subjetivos que deve amparar.

Celso Ribeiro Bastos, nos fala em tutela constitucional do processo e que tem o seguinte conteúdo:

*“A existência de um processo contemplado na própria Constituição. Em seguida, a lei deve instituir este processo, ficando-lhe vedada qualquer forma que torne ilusória a garantia materializada na Constituição. Qualquer lei que burle este propósito é inconstitucional. Finalmente, devem existir meios efetivos de controle da constitucionalidade das leis a fim de anular estas tentativas de desnaturação”.*¹⁴

Na observação de Frederico Marques, *“essas garantias encontram sua síntese na exigência constitucional do devido processo legal, ou processo justo, que as leis de processo estão obrigadas a adotar”*.¹⁵ Segundo o mesmo processualista, *“preceitos destinados a assegurar os direitos do acusado se encontravam aceitos como parte integrante das Constituições ou das proclamações dos direitos do homem, antecipando-se, neste passo, às hodiernas sobre o processo civil”*.¹⁶

Por isso mesmo, na leitura da obra de Celso Ribeiro Bastos, diz que *“na Itália a Corte Constitucional vem se exercendo sério controle sobre o Código de Processo Penal de 1930, expungindo-o de tudo o que possa estar em contradição com a Constituição que elaboraram, os italianos, em 1948”*¹⁷. Através disso, vem a referida Corte, reformando, sensivelmente, o processo penal italiano.

No dizer de Celso Ribeiro Bastos, *“o direito ao devido processo legal é mais uma garantia do que propriamente um direito; e que visa o mesmo a proteger a pessoa contra a ação arbitrária do Estado. O princípio se caracteriza pela sua excessiva abrangência e quase que se confunde com o*

¹⁴ BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra, *Comentários à Constituição do Brasil*, São Paulo: Saraiva, 1989, p.260.

¹⁵ MARQUES, José Frederico, *Tratado de direito processual penal*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1990. v.1, p.151-2

¹⁶ MARQUES, op. cit., p. 152

¹⁷ BASTOS e MARTINS, op. cit., p. 261

Estado de Direito. Com a instauração deste foi que todos passaram a se beneficiar da proteção da lei contra o arbítrio do Estado”¹⁸.

O princípio do *devido processo legal* desdobra-se em uma série de outros direitos, protegidos de maneira específica pela Constituição. Esclarece o constitucionalista, Celso Ribeiro Bastos, que a enunciação de tal dispositivo na Carta Constitucional não é de nenhuma forma inútil, pois tem permitido o florescer de toda uma construção doutrinária e jurisprudencial que tem procurado agasalhar o réu contra toda e qualquer sorte de medida que inferiorize ou impeça de fazer valer as suas autênticas razões.

O *devido processo legal* denomina o princípio constitucional que garante ao indivíduo ser processado nos termos de normas jurídicas anteriores ao fato ensejador do processo. Pelo princípio do *devido processo legal* (*due process of law*), qualquer impositação que atinja a liberdade ou os bens de uma pessoa, deve estar sujeita ao crivo do Poder Judiciário, que atuará mediante juiz natural, *em processo contraditório que assegure às partes a ampla defesa*. O princípio do devido processo legal acha-se consagrado no item LIV do art. 5º da Constituição Federal, assim: **“Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”**. Tal dispositivo é complementado pelo item LV, do mesmo artigo, que estabelece: **“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”**.

Observa José Frederico Marques, que *“o exercício da jurisdição deve operar-se através do devido processo legal, garantindo-se ao litigante julgamento imparcial, em procedimento regular onde haja plena segurança para o exercício da ação e do direito de defesa. Se a lei permitisse ao juiz*

¹⁸ BASTOS e MARTINS, op. cit., p. 262.

*compor litígio inquisitorialmente, sem a participação dos interessados, não haveria tutela jurisdicional, e sim atuação unilateral do Estado para impor sua vontade aos interessados. Juiz e jurisdição, para atuarem, pressupõe sempre o devido processo legal; e, agora, por imposição expressa e categórica do artigo 5º, LIV, da Constituição a qual solenemente proclama que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.*¹⁹

O princípio do devido processo legal desdobra-se em vários direitos, dentre os quais o direito à citação, valendo lembrar a advertência do artigo 214 do CPC, de que para a validade do processo é indispensável a citação inicial do réu; direito a julgamento fundado em provas obtidas licitamente, direito a juiz natural, vale dizer, juiz competente e regularmente investido nas funções judiciárias; direito ao duplo grau de jurisdição e direito à coisa julgada.

Numa abordagem histórica, o instituto em tela tem sua origem na Magna Carta do rei João Sem terra, datada de 1215, que esclarecia a certeza de ninguém ser despojado de sua vida, de sua liberdade ou propriedade senão em virtude do devido processo legal (art. 39).

Já o direito norte-americano, teve sua constituição emendada em 1791 para que se introduzisse na mesma a avaliação de punições *without due process of law*, limite este imposto aos Estados pela Emenda XIV, que reza: “*Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitas à sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado em que residem. Nenhum Estado fará ou executará qualquer lei restringindo os privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos, nem privará qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade sem processo legal regular, nem negará a qualquer pessoa dentro de sua jurisdição a igual proteção das leis*” (destaque

¹⁹ MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 1990, v. 1, p. 80-1.

nosso). Atualmente, o *due process of law*, no direito americano, tem aplicação prática em várias hipóteses.

Os tratadistas mais modernos vêm no *devido processo legal* mais do que uma garantia subjetiva do indivíduo, uma tutela do próprio processo. Por isso mesmo, cada vez se consolida mais a idéia de que sobre os interesses unilaterais das partes, respeitáveis sem dúvida, sobrepairá no entanto um de maior amplitude, que é o da tutela do próprio processo. Consoante lição de Ada Pellegrini Grinover: “*Desse modo, as garantias constitucionais do devido processo legal convertem-se, de garantias exclusivas das partes, em garantias da jurisdição e transformam o procedimento em um processo jurisdicional de estrutura cooperatória, em que a garantia de imparcialidade da jurisdição brota da colaboração entre partes e juiz. A participação dos sujeitos no processo não possibilita apenas a cada qual aumentar as possibilidades de obter uma decisão favorável, mas significa cooperação no exercício da jurisdição. Para cima e para além das intenções egoísticas das partes, a estrutura dialética do processo existe para reverter em benefício da boa qualidade da prestação jurisdicional e da perfeita aderência da sentença à situação de direito material subjacente*”.²⁰

De início, como assevera o inciso LIV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 dizendo que “**ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal**”, cabe ressaltar ser esta a primeira e mais genérica manifestação técnico-jurídica do *due process of law*, correspondente ao estabelecimento da garantia constitucional em si mesma considerada²¹.

²⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini, *Processo constitucional em marcha*. São Paulo: Ed. Rev. Tribunais, 1985, p.8, ítem 2.

²¹ LAURIA TUCCI, Rogério, op. cit., p.75.

Na busca do entendimento difundido daquilo que significa esse dizer constitucional a respeito do processo, num proclamado Estado de Direito, convém traduzi-lo em :

a) *processo legislativo de elaboração da lei previamente definido e regular, bem como razoabilidade e senso de justiça de seus dispositivos, necessariamente enquadrados nas preceituações constitucionais (substantive due process of law, segundo o desdobramento da concepção norte-americana: a face substancial do devido processo legal mostra-se na aplicação, ao caso concreto, de normas preexistentes, que “não sejam desarrazoadas, portanto intrinsecamente injustas”)*;

b) *aplicação das normas jurídicas, sejam do ius positum , sejam de qualquer outra forma de expressão do direito, por meio de instrumento hábil à sua interpretação e realização, que, como visto, é o **processo** (judicial process): o denominado substantive due process of law reclama, para sua plena efetivação, um instrumento hábil à determinação exegética das preceituações disciplinadoras dos relacionamentos jurídicos entre os membros da comunidade; e,*

c) *assecuração, no processo, de **paridade de armas** entre as partes que o integram como seus sujeitos parciais, visando à determinação de igualdade substancial: esta somente será atingida quando, ao equilíbrio de situações, preconizado abstratamente pelo legislador, corresponder a realidade processual.*²²

Cabe fazermos menção de um ponto de vista adotado pelo professor Horácio Wanderlei Rodrigues, sendo que o mesmo: *“faz opção por compreender a garantia do devido processo legal principalmente como*

²² LAURIA TUCCI, op. cit., p.64-5.

garantia ao procedimento legal adequado e à correta constituição da relação jurídica processual. É, nesse sentido, garantia acessória da garantia de acesso à justiça, e não a principal garantia processual prevista em nível constitucional".²³ Porém, com a devida permissão, não esposamos, neste trabalho, tal posicionamento, apesar de, ao deixarmos de fazê-lo, não nos alinharmos ao seu criterioso pensamento jurídico.

Inobstante o acima referido, cumpre-nos o dever de relacionar a questão do acesso à justiça com o tema central deste trabalho monográfico. A expressão que vem sendo usada pela doutrina brasileira recente é a do “*acesso à ordem jurídica justa*”.

Portanto, torna-se imprescindível a lembrança de lapidar lição que nos é dada na obra *Teoria Geral do Processo*, onde nos ensinam que “*acesso à justiça não se identifica, pois, com a mera admissão ao processo, ou possibilidade de ingresso em juízo. (...) para que haja o efetivo acesso à justiça é indispensável que o maior número possível de pessoas seja admitido a demandar e a defender-se adequadamente (inclusive em processo criminal), sendo também condenáveis as restrições quanto a determinadas causas (pequeno valor, interesses difusos); mas, para a integralidade do acesso à justiça, é preciso isso e muito mais. (...) O acesso à justiça é, pois, a idéia central a que convege toda a oferta contitucional e legal desse princípios e garantias. Assim, (a) oferece-se a mais ampla admissão de pessoas e causas ao processo (universalidade da jurisdição), depois (b) garante-se a todas elas (no cível e no criminal) a observância das regras que consubstanciam o devido processo legal, para que (c) possam participar intensamente da formação do convencimento do juiz que irá julgar a causa (princípio do contraditório), podendo exigir dele a (d)*

²³ RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Elementos de Teoria Geral do Processo*, inédito, p. 45.

*efetividade de uma participação em diálogo -, tudo isso com vistas a preparar uma solução que seja justa, seja capaz de eliminar todo resíduo de insatisfação. Eis a dinâmica dos princípios e garantias do processo, na sua interação teleológica apontada para a pacificação com justiça”.*²⁴

Com vistas a esse pensamento, podemos dizer que o *acesso à ordem jurídica justa* permitirá a plena atuação dos princípios inerentes ao *devido processo legal*, sendo que para isso, a oralização deverá ser implementada dentro do processo em questionamento, e, o interrogatório é um instrumento dessa oralização, portanto, o ato do interrogatório é meio de realização do acesso à justiça bem como do devido processo legal. É pacífica, também, a idéia de que a tendência moderna de que se sumarize o rito processual não poderá, sob nenhum pretexto, implicar em sumarização do direito de defesa.

Passemos, então, à abordagem de um ponto de conflito, em nossa opinião, do tipo real, entre uma lei ordinária e esses princípios constitucionais analisados. Estudaremos o artigo 359 do Código Eleitoral e sua peculiar desconformidade com os princípios processuais garantidos na Constituição.

²⁴ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido R. *Teoria Geral do Processo*. 12ª ed. rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 1996, p.34.

II. O INTERROGATÓRIO - MEIO DE DEFESA/PROVA E DEMAIS ATOS PROCESSUAIS:

O ato processual do interrogatório repousa suas origens na V Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América quando através do *privilege against self-incrimination* ficou, pois, assegurada a garantia da liberdade de consciência do acusado submetido a interrogatório. No dizer de Ada Pellegrini Grinover, “no clima de prevalência do método acusatório, começa-se a assegurar ao acusado a possibilidade de, conscientemente, tornar-se árbitro exclusivo sobre o ‘se’ e o ‘como’ de suas respostas”.²⁵ Sendo que passou-se a ter no interrogatório, ou seja, nas declarações espontâneas do réu submetido a interrogatório declarações para que o juiz tome conhecimento de notícias e elementos úteis para a descoberta da verdade. Não sendo, porém, para esta finalidade que o interrogatório está pre-ordenado. “O interrogatório pode constituir fonte de prova, mas não meio de prova: não está ordenado *ad veritatem quaerendam*”.²⁶ Mas, foi somente em 1897 que a França introduziu o princípio em sua legislação processual penal, sendo que na Alemanha o princípio foi expressamente consagrado apenas a partir do ano de 1965.

Segundo Mirabete, devemos considerar que, “*perante a nossa legislação, o interrogatório do acusado é meio de prova*”²⁷. Mas, como se

²⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996. p.343.

²⁶ GRINOVER, op. cit., p. 344.

²⁷ MIRABETE, Júlio Fabrini. *Processo Penal*. 2 ed., São Paulo: Atlas, 1992, p.456.

observa agudamente na doutrina, não se pode ignorar que é ele, também, ato de defesa, pois não há dúvida de que o réu pode dele valer-se para se defender da acusação, apresentando alibi, dando a sua versão dos fatos, etc. No mesmo sentido Hélio Tornagui²⁸; E. Magalhães Noronha²⁹ e José Frederico Marques³⁰, podendo o réu valer-se do direito de permanecer calado, e o seu silêncio não pode ser interpretado em seu prejuízo. O interrogatório judicial é hoje conceituado não só como uma peça de defesa, mas também como meio de prova³¹.

Ada Pellegrini Grinover diz que “o réu, sujeito da defesa, não tem obrigação nem dever de fornecer elementos de provas que o prejudiquem. Pode calar-se ou até mentir. Ainda que se quisesse ver no interrogatório um meio de prova, só o seria em sentido meramente eventual, em face de faculdade dada ao acusado de não responder. A autoridade judiciária não pode dispor do réu como meio de prova, diversamente do que ocorre com as testemunhas; deve respeitar sua liberdade, no sentido de defender-se como entender melhor, falando ou calando-se, e ainda advertindo-o da existência da faculdade de não responder. Por isso é que CORDEIRO afirma, categoricamente, que a única arma do interrogante é a persuasão (...) Como bem aponta GREVI, do silêncio ou da mentira do réu, não podem deduzir-se presunções que superem a presunção de inocência”.³²

A mesma jurista, diz o seguinte: “O retorno ao direito ao silêncio, em todo o seu vigor, sem atribuir-lhe nenhuma consequência desfavorável, é uma exigência não só da justiça mas sobretudo da liberdade. O único prejuízo que

²⁸ TORNAGUI, Hélio. *Curso de direito penal*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 509.

²⁹ NORONHA, E. Magalhães. *Curso de direito processual penal*. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 107

³⁰ MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 321.

³¹ REVISTA DOS TRIBUNAIS, nº 491, 1976, p. 362.

³² GRINOVER, Ada Pellegrini. *Interrogatório do réu e direito ao silêncio*. São Paulo: Ciência Penal, v.1., 1976, p. 15.

*do silêncio pode advir ao réu é o de não utilizar a faculdade de autodefesa que se lhe abre através do interrogatório. Mas quanto ao uso desta faculdade, o único árbitro deve ser sua consciência, cuja liberdade há de ser garantida em um dos momentos mais dramáticos para a vida do homem e mais delicado para tutela de sua dignidade”.*³³

Suprimido o interrogatório do réu, configura-se o prejuízo presumido à defesa, ocorrendo nulidade absoluta³⁴, salvo hipótese de inimputabilidade; o exercício, por parte do réu, do direito de calar, recusando-se a prestar declarações; ou quando o réu é revel. Ensinam-nos os catedráticos, nos bancos acadêmicos, que o interrogatório tem a tríplice finalidade de permitir ao juiz o conhecimento da personalidade do indiciado, transmitir-lhe a versão que este, sincera ou tendenciosamente dá ao fato, e verificar suas reações, diante da minuciosa notícia sobre a acusação.

O Supremo Tribunal Federal, em acórdão da lavra do Ministro Djaci Falcão, reproduzido na RTJ, manifesta-se pela nulidade absoluta do feito em face da ausência de interrogatório: *“Em primeiro lugar, não vejo como se possa ter por culpa uma defesa em que o acusado não foi ouvido. Em segundo lugar, o interrogatório não é somente uma peça de defesa, mas uma franca oportunidade de obtenção de prova”*³⁵, como adverte o Sr. Ministro Francisco Campos, na Exposição de Motivos do Código de Processo de 1939: *“Ora, o interrogatório poderá fornecer ao juiz elementos de convicção relativos à personalidade do delinquente, as circunstâncias do crime, etc., refletindo-se tais elementos na razão de decidir”*³⁶. No mesmo sentido, RT 196³⁷.

³³ GRINOVER, op. cit., p. 111.

³⁴ JULGADOS DO TRIBUNAL DE ALÇADA CRIMINAL DE SÃO PAULO, nº 90, 1987, p. 221.

³⁵ REVISTA TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Brasília :Imprensa Nacional, n 71, 1985. p.31.

³⁶ CAMPOS, Francisco, na Exposição de Motivos do Código de Processo Civil brasileiro de 1939.

³⁷ REVISTA DOS TRIBUNAIS, nº 196, 1962, p. 64.

O acórdão transcrito na RT 667³⁸ menciona que, no processo penal, a autodefesa, somada à defesa técnica, formam a unidade defensiva. Como se vem asseverando, a autodefesa prevalece no ato do interrogatório (artigo 188 do Código de Processo Penal). Falhou, pois, um pressuposto de validade do processo (artigo 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal). A falta de interrogatório, de outra sorte, não provoca tão só a presunção de prejuízo, mas séria vacilação quanto à justeza da decisão judicial condenatória.

Aplica-se o CPP quanto ao ato do interrogatório ser um ato personalíssimo do juiz, não intervindo o Ministério Público e a defesa, havendo a oralidade do procedimento e a formação de perguntas conforme o artigo 188 do Código de Processo Penal, devendo o réu menor de 21 anos ser acompanhado de curador.

A conduta do réu no interrogatório é a enumerada pelos processualistas penais: poderá calar-se, confessar os fatos narrados na denúncia, reconhecendo e admitindo a imputação que lhe é feita, sendo a confissão divisível e retratável, bem como negá-los, indicando, se for o caso, a quem imputa a prática do crime e todos os demais fatos pormenores que conduzam a elucidação dos antecedentes e circunstâncias da infração.

No que se refere ao meio de defesa, o interrogatório é a forma indicada para propiciá-la, assegurando-se ao acusado o efetivo direito à defesa elencado na nossa Constituição Federal de 1988. Inclusive foi o direito à defesa remodelado com o advento da nova Constituição, explanando-se consideravelmente com o intuito de fazer cessar o intervencionismo tentacular do Estado, assim considerado segundo o autoritarismo que prejudicava, até então, a relação entre os indivíduos e o órgão jurisdicional. O direito à defesa é

³⁸ REVISTA DOS TRIBUNAIS, nº 667, 1991, p. 289.

um dos direitos principais a cujo serviço está predisposto o processo, como meio, técnica, instrumento e garantia constitucional especial.

Entendido o direito à defesa como um dos direitos fundamentais a serem garantidos pelo processo, resulta que o exercício da defesa haveria de manifestar-se, idealmente, no bojo do processo, segundo normas previamente editadas; contudo, se faltam tais normas, nem por isto poderá o acusado ser privado pelo Poder Público do direito à defesa.

Entendemos que com o advento da Constituição Federal de 1988, não poderá haver nenhum procedimento previsto em lei infra-constitucional que não vislumbre o interrogatório do réu como forma de lhe assegurar o pleno exercício de sua defesa.

Nesse aspecto é Jessé Torres Pereira Júnior quem nos ensina, em lapidar lição: *“Todo conceito jurídico indeterminado é suscetível de concretização pelo juiz, como é o conceito de boa-fé, como é o conceito de bons costumes, como é o conceito de ordem pública e tantos outros” - incluído o conceito do direito à ampla defesa, acrescentamos nós - “com os quais estamos habituados a lidar em nossa tarefa cotidiana. Tenho, particularmente, tendência forte a entender que a norma constitucional se presume, por assim dizer, auto-aplicável. O ônus da prova de que ela não é auto-aplicável cabe a quem nega a auto-aplicabilidade. Em princípio, a Constituição é feita para atuar, e não para permanecer em estado de hibernação até que o legislador ordinário se incumba de lhe dar efetividade através da edição de outra norma”*.³⁹

Consideramos seja a ampla defesa, bem como o contraditório (ensejadores do interrogatório), dispositivos auto-aplicáveis a todos os processos, sejam eles instrumentos de qualquer que seja a esfera de

³⁹ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres, *O direito à defesa na Constituição de 1988*, Rio de Janeiro: Renovar, 1991. p. 28.

competência material (civil, penal, administrativo...), e por isso mesmo são elementos imprescindíveis à boa condução de um processo que se diz merecedor de ser recepcionado pelo dispositivo maior da processualística constitucional pátria, qual seja, o *devido processo legal*.

Questionamos, agora, o entrelaçamento do ato processual do interrogatório e sua relação com a prova elaborada no processo onde venha a ser realizado. É pacífica a idéia de que o interrogatório se presta, dentre outras coisas, a colaborar na concepção fática pelo julgador além, é claro, de atuar na formação de seu livre convencimento; isso porque atua como indicador dos elementos racionais que irão edificar, na mente do julgador, a sua persuasão racional.

Também é fartamente evidenciada a importância das provas no processo, sendo, portanto, essencial que se lhe demos uma noção mais definida e objetiva. Conceitualmente, podemos dizer que:

*“Prova é o complexo dos motivos que produz certeza”.*⁴⁰

*“Prova é todo meio que produz um conhecimento certo ou provável acerca de qualquer coisa”.*⁴¹

Sendo que a prova tem por objetivo a verdade, toda a sentença para ser tida por justa deve ser a expressão fiel da verdade.

“A palavra prova é tomada no processo penal sob dois aspectos distintos: como o que se comprova em juízo e como o meio utilizado para tal.

⁴⁰ MITTERMAYER, Karl Joseph Anton. *Tratado de la prueba en materia criminal*. 9. ed. Madrid: Reus, 1959. p. 93.

⁴¹ FLORIAN, Eugenio. *De las pruebas penales*. Bogotá: Temis. 1976. v. 1, p. 43

*Tomando ou o sentido amplo ou restrito , é sempre vista como via que transmite ao espírito alguma coisa”.*⁴²

Logicamente, o interrogatório do réu, na medida em que é visto como meio de produção de prova ao processo, vem a ajudar nos esclarecimentos para que a sentença, que é a criação de norma jurídica aplicável ao caso concreto, seja justa e bem elaborada.

Se é certo que o interrogatório do réu é elemento necessário à obtenção de provas hábeis a substanciar o convencimento do juiz, ao mesmo tempo que é instrumento de defesa, a propiciar ao acusado a oportunidade de fazer valer o seu direito à ampla defesa, a fim de ver suas alegações inseridas no universo contextual do processo, resta, então, evidenciada a sua imprescindibilidade a todos processos criminais e demais tipos de processos condenatórios.

Sendo assim, estamos convencidos de que não apenas o interrogatório mas também os demais atos processuais, deverão estar centrados e norteados pelos dispositivos constitucionais assecuratórios do seu pleno desenvolvimento, em todas espécies de processo, isso em função da necessária unidade lógico-formal do ordenamento jurídico, matéria que trataremos no próximo capítulo.

⁴² TORRES DE VASCONCELOS, Anamaria Campos. *Prova no Processo Penal : justiça como fundamento axiológico*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992. p. 47.

III. O ARTIGO 359 DO CÓDIGO ELEITORAL E O PROCESSO PENAL ELEITORAL EM FACE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988:

O artigo de que tratamos, artigo 359 do Código Eleitoral brasileiro, determina que, “ **sendo recebida a denúncia e citado o infrator, terá o mesmo prazo de 10 (dez) dias para contestá-la, podendo, na referida contestação, juntar documentos que ilidam a acusação e arrolar as testemunhas que houver por bem**”.

Após o interrogatório, é aberto o prazo de 10 (dez) dias para o réu contestar a denúncia, podendo juntar documentos que ilidam a acusação e arrolar testemunhas: essa a melhor interpretação do artigo 359 do Código Eleitoral, tendo em vista o artigo 5º da Constituição Federal de 1988, incisos LIV, LV e LXIII.

Com a contestação, devem ser arguidas, sob pena de preclusão, a nulidade por incompetência de juízo, exceções de impedimentos e suspeição, juntada de documentos, rol de testemunhas e solicitadas as diligências que a defesa julgar conveniente. Vemos, assim, que a contestação se assemelha à defesa prévia do CPP.

Depois da apresentação da contestação, os autos devem ser conclusos ao juiz eleitoral, que apreciará a prova pedida pelas partes e, se for o caso,

designará audiência; posteriormente, as partes apresentarão as suas alegações e o juiz prolatará a sentença (Código Eleitoral art. 360 e 361).

Examinando-se a doutrina sobre o assunto, nota-se que os autores, via de regra, se posicionam no sentido de não ser cabível o interrogatório do réu no processo-crime eleitoral, mas tão-só a apresentação de contestação. Nesse sentido é a opinião de Joel J. Cândido⁴³. Pinto Ferreira limita-se a transcrever o artigo 359 nas páginas 395 e 397⁴⁴. A obra de Fávila Ribeiro⁴⁵ posiciona-se no sentido de que não há interrogatório do réu, nem a oportunidade de sua realização no processo penal eleitoral. Paulo Lúcio Nogueira⁴⁶, diz que o acusado só será interrogado se requerer.

O Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul, em vários acórdãos, manifestou que a falta de interrogatório do réu não constitui cerceamento de defesa, segundo verifica-se, v.g., no Processo n. 13/94⁴⁷.

No mesmo sentido o Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina, no Acórdão 10.745, de vinte de março de 1991, Relator Desembargador Napoleão Xavier do Amarante.

A jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, transcrita nos julgados do TSE, em que foi relator o Ministro Carlos Velloso, Acórdão n. 11.552 - 4º Classe - Agravo, DJU de dezoito de novembro de 1994, apresenta a seguinte ementa:

*“CONSTITUCIONAL.PROCESSUALPENAL.PENAL.ELEITORAL.ACUSADO:
INTERROGATÓRIO - Código eleitoral, art. 359.*

⁴³ CÂNDIDO, Joel José. *Direito eleitoral brasileiro*. 4 ed. Baurú: Edipro, 1994, p. 320.

⁴⁴ FERREIRA, Pinto. *Código eleitoral comentado*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 395-7.

⁴⁵ RIBEIRO, Fávila. *Direito eleitoral*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988. p. 541.

⁴⁶ NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Curso completo de processo penal*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 167.

⁴⁷ REVISTA DO TRE/RS. proc. n° 13/94. Relator Aramis Nassif.

“I- Não viola o princípio do devido processo legal o fato de não prover o Código Eleitoral, no citado art. 359, o interrogatório do acusado. É que o Código Eleitoral, no citado art. 359, assegura ao acusado o prazo de 10 (dez) dias para contestar a denúncia, podendo juntar documentos que ilidam a acusação e arrolar as testemunhas que tiver.

*“II- Agravo não provido”.*⁴⁸

Em tal decisão, restou vencido o Ministro Marco Aurélio de Mello, dizendo que a autodefesa consubstancia-se em uma garantia do acusado, ao lado da defesa executada por profissional da advocacia. O fato de o Código Eleitoral prever um certo rito para a ação penal eleitoral não afasta a aplicação subsidiária do Código de processo penal no que dispõe, expressamente, sobre a obrigatoriedade de audição do acusado.

O Ministro Jesus Costa Lima, embora acompanhasse o relator, manifestou-se no sentido de que *“se o réu solicitar, nada impede que o Juiz o interrogue ao modo preconizado pela Lei de imprensa”*⁴⁹.

Referiu-se ao artigo 45, III, da Lei n. 5.250/67, no qual o réu pode ser interrogado antes da oitiva da testemunha.

Se desconsiderarmos as ponderações já feitas, no sentido de que no processo-crime eleitoral o réu deve ser interrogado por força dos referidos dispositivos da Constituição Federal, mesmo assim é possível ocorrer o interrogatório do acusado, pois o Juiz é o destinatário da prova e pode determinar a oitiva de ofício do réu, ocasião em que ele pode valer-se do direito constitucional de calar.

⁴⁸ JULGADOS DO TSE, n 09, 1994. p.13.

⁴⁹ JULGADOS DO TSE, op. cit., p.18.

Evidente está que a forma de procedimento não contempla o interrogatório do réu no processo penal eleitoral, assegurando ao acusado o prazo de dez dias para contestar a denúncia, podendo, na referida contestação, juntar documentos e arrolar testemunhas que tiver para ilidir a acusação.

“O processo é constituído de uma série de atos que se realizam e se desenvolvem no tempo e destinados a aplicação da lei penal ao caso concreto”⁵⁰.

Segundo Mirabete⁵¹, de acordo com as formas com que se apresentam e os princípios que os informam, são três os sistemas processuais: o inquisitivo, o acusatório e o misto, sendo que o adotado por nosso ordenamento processual penal é o acusatório. Aponta referido autor que são características do sistema acusatório, embora não exclusivos e nem sempre essenciais ao sistema, os princípios do estado de inocência, do *contraditório*, da verdade real, da oralidade, da publicidade, da obrigatoriedade, da oficialidade, da indisponibilidade do processo, do juiz natural e da *iniciativa das partes*.

É ainda o mesmo autor quem nos ensina que processo, em sentido estrito, se distingue de procedimento, ou rito processual, que é a sucessão, o ordenamento, a concatenação dos atos processuais do processo (*interrogatório*, ouvida de testemunhas, perícias, etc).

Vamos, pois, analisar a instrução criminal e concluímos, imediatamente, que trata-se de ato ou de fase processual que se destina a recolher os elementos probatórios a fim de aparelhar o juiz para o julgamento. No momento em que o Ministério Público, através de seu representante legal, faz o oferecimento da denúncia ou o ofendido a queixa, o juiz receberá ou não a inicial. Em caso de recebimento da denúncia ou da queixa, **“designará dia e**

⁵⁰ MIRABETE, Júlio Fabrini, *Processo Penal*. 2 ed.. São Paulo, Atlas, 192.

⁵¹ MIRABETE, op. cit., p. 455.

hora para o interrogatório, ordenando a citação do réu e a notificação do Ministério Público e, se for o caso, do querelante ou do assistente” (art. 394 do CPP). Será assim, o réu ou o querelado, citado de acordo com as normas pertinentes, sendo cientificado do dia em que deve comparecer a Juízo para interrogatório.

Apesar da lei não dizer expressamente qual o prazo que deve ser observado para a realização do interrogatório, estabeleceu-se, na doutrina e jurisprudência, que deve ser ouvido o quanto antes, considerando-se não ser possível deixar ao injustificável arbítrio do juiz a designação para tanto. Na obra, já mencionada, de Mirabete⁵², o mesmo considera como sendo de oito dias o prazo para a realização do interrogatório, pelo menos nos casos que tratem de réu preso. É ele próprio quem diz dever-se levar em consideração, em caso de réu solto, a necessidade de diligências as vezes demoradas, como a expedição de precatória ou edital para a citação, o que torna impossível a obediência a tais prazos, além das dificuldades normais quanto ao acúmulo de serviço nas varas e comarcas, da preferência para processos de réu preso e tantas outras.

Para os casos onde o réu seja devidamente citado e mesmo assim deixe de comparecer na data designada para seu interrogatório, o juiz então decretar-lhe-á sua revelia, nomeando-lhe defensor dativo.

Na hipótese de não se concluir a citação até a data marcada para o interrogatório, o juiz deve designar nova oportunidade a fim de que seja ela providenciada e realizado o interrogatório. Disso se infere, naturalmente, a tamanha importância que representa, para o pleno transcorrer do processo, a

⁵² MIRABETE, op. cit., p. 456.

oportunidade do interrogatório do réu; tanto para ele próprio quanto para a formação da convicção do ente julgante.

Estando, pois, validamente citado o acusado, surge a figura do réu, completando-se a relação jurídica processual em seus pólos ativo e passivo. É nesse momento que se encerra a fase postulatória do processo, dando-se início à instrução criminal. Eis que, é justamente *o interrogatório do réu* que lhe dá início, ao qual podem estar presentes o Ministério Público, o querelante, em caso de queixa-crime, o assistente, se já admitido, o defensor constituído pelo acusado, ou o defensor dativo, se já nomeado pelo juiz e quando for o caso. Para o interrogatório, a presença de advogado constituído é facultativa, tendo em vista o fato de que não poderá o mesmo intervir diretamente nessa fase do processo, razão pela qual seu não acompanhamento ao feito não ensejará a nulidade do processo.

As regras acima referidas são válidas para o processo de crime comum, pois o crime eleitoral possui nuances que lhe são próprias quanto a sua forma de condução processual. Porém, a aplicação subsidiária do Código de Processo Penal é incontestável.

As infrações penais definidas no Código Eleitoral são de ação pública (art. 355). Assim sendo, a ação é exercida pelo Ministério Público e se inicia pela denúncia. Contudo a *notitia criminis* poderá ser comunicada à Justiça Eleitoral por qualquer cidadão que dela tiver conhecimento.

O artigo 356 do Código Eleitoral é claro. As infrações penais são sempre de ação pública. Determina ainda a legislação eleitoral:

“Todo cidadão que tiver conhecimento de infração penal deste Código deverá comunicá-la ao juiz eleitoral da zona onde a mesma se verificou.

§ 1º: Quando a comunicação for verbal, mandará a autoridade judicial reduzi-la a termo, assinado pelo apresentante e por duas testemunhas, e a remeterá ao órgão do Ministério Público local, que procederá na forma deste Código.

§ 2º: Se o Ministério Público julgar necessários maiores esclarecimentos e documentos complementares ou outros elementos de convicção, deverá requisitá-los diretamente de quaisquer autoridades ou funcionários que possam fornecê-los”.

Como bem esclarece Antônio Tito Costa: *“sendo procedimento de ação pública, não é admissível, no processo penal eleitoral a intervenção da vítima ou do ‘queixoso’ considerado como tal aquele que tenha levado à autoridade judiciária o conhecimento do fato criminoso. Dada a natureza do processo a ação penal é reservada exclusivamente, ao Ministério Público. Assim, tanto o queixoso como o notificante do crime, ou a vítima são considerados parte legítimas para intervir no processo, em qualquer de suas fases, e em qualquer instância”*.⁵³

O procedimento a ser observado nos casos de processos crimes eleitorais são os seguintes, e a matéria está regulada pelo artigos 357 a 364 do Código Eleitoral Brasileiro: (in verbis)

“Art. 357. Verificada a infração penal, o Ministério Público oferecerá a denúncia dentro do prazo de 10 dias.

§ 1º. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia requer o arquivamento da comunicação o juiz no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa da comunicação ao Procurador Regional, e este oferecerá a denúncia,

⁵³ COSTA, Antônio Tito, Recursos em Matéria Eleitoral, 4 ed., São Paulo: Saraiva, 1990, p. 114.

designará outro promotor para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.

§ 2º. A denúncia conterà a exposição do fato criminoso com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-los, a classificação do crime e, quando necessário, o rol de testemunhas.

§ 3º. Se o órgão do Ministério Público não oferecer a denúncia no prazo legal, representará contra ele a autoridade judiciária, sem prejuízo da apuração da responsabilidade penal.

§ 4º. Ocorrendo a hipótese prevista no parágrafo anterior, o juiz solicitará ao Procurador Regional a designação de outro promotor, que, no mesmo prazo, oferecerá a denúncia.

§ 5º. Qualquer eleitor poderá provocar a representação contra o órgão do Ministério Público se o juiz, no prazo de dez dias, não agir de ofício.

Art. 358 . A denúncia será rejeitada quando:

I - o fato narrado evidentemente não constituir crime;

II- já estiver extinta a punibilidade, pela prescrição ou contra causa;

III- for manifesta a ilegitimidade da parte ou faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal.

Parágrafo único: Nos casos do n. II, a rejeição da denúncia não obstará ao exercício da ação penal, desde que promovida por parte legítima ou satisfeita a condição.

Art. 359 . *Recebida a denúncia e citado o infrator, terá este o prazo de 10 (dez) dias para contestá-la podendo juntar documentos que ilidam a acusação e arrolar as testemunhas que tiver. (grifo nosso)*

Art. 360 . Ouvidas as testemunhas da acusação e da defesa e praticadas as diligências requeridas pelo Ministério Público e deferidas ou ordenadas pelo juiz, abrir-se-á o prazo de 5 (cinco) dias a cada uma das partes - acusação e defesa - para alegações finais.

Art. 361 . Decorrido este prazo, e conclusos os autos ao juiz dentro de quarenta e oito horas, terá o mesmo 10 (dez) dias para proferir a sentença.

Art. 362 . Das decisões finais de condenação ou absolvição cabe recurso para o Tribunal Regional, a ser interposto no prazo de 10 (dez) dias.

Art. 363 . Se a decisão do Tribunal Regional for condenatória, baixarão imediatamente os autos à instância inferior para a execução da sentença, que será feita no prazo de 5 (cinco) dias, contados da data da vista ao Ministério Público.

Parágrafo único : Se o órgão do Ministério Público deixar de promover a execução da sentença, serão aplicadas as normas constantes dos parágrafos 3º, 4º e 5º do artigo 357.

Art. 364 . No processo e julgamento dos crimes eleitorais e dos comuns que lhes forem conexos, assim como nos recursos e na execução, que lhes digam respeito, *aplicar-se-á, como lei subsidiária ou supletiva, o Código de Processo Penal*”⁵⁴ (grifo nosso).

Em substituição à *notitia criminis*, feita pelo cidadão, isto é, a comunicação da infração pelo cidadão, o processo para a apuração do crime eleitoral pode ter o seu ponto inicial de impulsão com o próprio inquérito policial. Mais segurança inclusive pode ser concedida à parte ofendida. Nesse

⁵⁴ CÓDIGO ELEITORAL BRASILEIRO. LEI n. 4.737, de 15 de julho de 1965 (Texto Consolidado).

sentido, as decisões do Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo através dos Acórdãos 29.959⁵⁵ e 54.776⁵⁶.

É de lembrar que o juiz substituto não é pessoa competente para apreciar e conhecer o crime eleitoral.

Proferida a decisão pelo juiz competente, da decisão final de condenação ou de absolvição cabe recurso para o Tribunal Regional Eleitoral, a ser interposto no prazo de 10 (dez) dias (artigo 362).

Se a decisão do Tribunal Regional for condenatória, baixarão imediatamente os autos a instância inferior para execução da sentença, que será feita no prazo de 05 (cinco) dias, contados da data da vista ao Ministério Público. Caso o órgão do Ministério Público não promova a execução da sentença, aplicar-se-ão as normas previstas nos parágrafos 3º, 4º e 5º do artigo 357.

Os órgãos competentes para o processo e julgamento dos crimes eleitorais são evidentemente os juízes eleitorais, os Tribunais Regionais Eleitorais e o Tribunal Superior Eleitoral, exceto os juízes substitutos que são incompetentes, pois para que pudessem atuar no julgamento, também deveriam ter acompanhado a instrução do feito.

É de ressaltar que os Tribunais Regionais Eleitorais têm ainda competência para, originariamente, processar e julgar os crimes eleitorais cometidos pelos juízes eleitorais (Código Eleitoral, artigo 29, inciso I). Não é o Tribunal de Justiça do Estado que processa e julga o juiz eleitoral, pelo crime eleitoral que este comete.

Ademais, o Tribunal Superior tem competência para processar e julgar originariamente os crimes eleitorais e os crimes comuns conexos, quando da

⁵⁵ BOLETIM ELEITORAL TRESP. nº 11.

⁵⁶ DIÁRIO OFICIAL DO ESTADO DE SÃO PAULO. 13 de maio de 1965.

autoria dos seus próprios juízes e dos juízes dos Tribunais Regionais, salvante os magistrados de foro privativo, como os Ministros do Superior Tribunal Eleitoral e os desembargadores dos Tribunais de Justiça (Código Eleitoral, artigo 22, alínea “d”).

No que diz respeito às custas processuais a matéria está regulada simultaneamente pelo Código de Processo Penal e pelo Código Eleitoral.

Nos recursos criminais eleitorais, a parte vencida é obrigada ao pagamento das custas (CPP, art. 804), mas, segundo o artigo 373, inciso VIII, do Código Eleitoral **“são isentos de selo os requerimentos e todos os papéis destinados a fins eleitorais e é gratuito o reconhecimento de firma pelos tabeliães, para os mesmos fins”**.

Esclarece ainda o artigo 373, parágrafo único: **“Nos processos-crime e nos executivos fiscais referentes à cobrança de multas serão pagas as custas nos termos do Regimento de Custas de cada Estado, sendo as devidas à União pagas através de selos federais inutilizados nos autos”**. Está porém extinta a cobrança pelo selo.

A falta de preparo (pagamento de custas) implicará deserção do recurso ou renúncia à diligência solicitada (CPP, art. 806, § 2º).

A Constituição Federal promulgada em 05 de outubro de 1988, no seu artigo 5º, inciso LIV, estabelece que ninguém será privado de liberdade e de seus bens sem o devido processo legal. Já no inciso LV, diz que aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados a ampla defesa e o contraditório, com os meios e recursos a eles inerentes. O inciso LXIII estabelece a autodefesa no processo crime, dizendo que o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.

Consagra, assim, a Carta Magna, os princípios do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e da autodefesa; logo, o artigo 359 do Código Eleitoral está em desacordo com tais princípios, porque o interrogatório é um meio de defesa do réu, é a oportunidade que ele tem de manter contato com o juiz, apresentar a sua versão dos fatos e defender-se da imputação descrita na denúncia.

O princípio do devido processo legal, elencado no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal de 1988, busca proteger a pessoa contra a razão arbitrária do Estado, assegurando a defesa em juízo. Qualquer questão que atinja a liberdade ou bens de alguém deve ser submetida ao crivo do Poder Judiciário, através de um juízo natural, com um processo contraditório que assegure a ampla defesa, segundo a forma estabelecida em lei.

No dizer de J. Cretella Jr , *“devido processo legal é aquele em que todas as formalidades são observadas, em que a autoridade competente ouve o réu e lhe permite a ampla defesa, incluindo-se o contraditório e a produção de todo o tipo de prova, desde que obtida por meio lícito”*⁵⁷.

Celso Ribeiro Bastos ,diz que: *“ a enunciação do princípio no texto constitucional tem permitido o florescer de toda um construção doutrinada e jurisprudencial que tem procurado agasalhar o réu contra toda e qualquer sorte de medida que o inferiorize ou o impeça de fazer valer as suas autênticas razões”*⁵⁸.

Pelo princípio do contraditório, assegura-se à pessoa contra quem se propõe a ação penal, direito de defesa, assegurando-se ao réu tomar conhecimento do teor da acusação que lhe é imputada, para poder se pronunciar sobre a mesma e fazer a contra prova; logo, qualquer ato praticado por uma

⁵⁷ CRETELLA JR., José. *Comentários à Constituição de 1988*. São Paulo: Forense, 1989, p.530.

⁵⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 209.

parte deverá ser submetido ao crivo da outra. Para Tourinho Filho a finalidade é evitar que o “*réu possa ser condenado sem ser ouvido*”⁵⁹. Assim, de acordo com tal princípio, a defesa não pode sofrer restrições.

Já o princípio da ampla defesa se compõe com o do contraditório; por tal princípio, impõem-se à autoridade processante assegurar o acesso a todos os meios e recursos que digam respeito à defesa, sob pena de nulidade, quando for ato essencial ao respectivo processo com o livre debate e a livre produção de provas, sendo um meio essencial à livre segurança individual para que a pessoa em litígio possa fazer valer a sua inocência, quando injustamente acusada. Pinto Ferreira diz que: “ *direito de ampla defesa e cláusula constitucional due process of law exigem a bilateralidade, permitindo o contraditório nos procedimentos penais. Ninguém deve ser condenado sem ser ouvido, nemo inauditus damnari debet*”.⁶⁰

O princípio da autodefesa está elencado no artigo 5, inciso LXIII, o qual assegura ao preso, como um todo, o direito de permanecer calado, entendendo-se a palavra “preso” como acusado. “*O interrogatório do réu constitui , eventualmente, um meio de prova, erigindo-se ao nível de meio de defesa, sendo lícito ao acusado valer-se do direito ao silêncio*”⁶¹. Há, portanto, o máximo respeito à inviolabilidade do direito de defesa pelo ordenamento processual penal brasileiro, em face de tal dispositivo, pois há uma garantia ao réu consubstanciada na autodefesa, ao lado da defesa exercida por profissional da advocacia, as quais formam a unidade defensiva.

⁵⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 49

⁶⁰ FERREIRA, Pinto. *Código Eleitoral Comentado*. 3 ed., São Paulo: Saraiva, 1991. p. 180.

⁶¹ BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra, *Comentários à Constituição do Brasil*, São Paulo: Saraiva, 1989, p. 295.

*“Por ampla defesa, deve-se entender o asseguramento que é feito ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer”.*⁶²

A não-designação de audiência para interrogatório do réu, com a devida venia, enseja a nulidade do processo crime eleitoral, após o recebimento da denúncia, conforme o artigo 564, inciso III, do Código de Processo Penal, já que se aplica o referido diploma subsidiariamente ao Código Eleitoral, nos termos do art. 364 do Código Eleitoral, que dispõe: **“no processo e julgamento dos crimes eleitorais e dos comuns que lhe forem conexos, assim como nos recursos e na execução que lhes digam respeito, aplicar-se-á, como lei subsidiária ou supletiva, o Código de Processo Penal”**.

Em face dos princípios constitucionais já referidos, o interrogatório do réu se faz necessário, sob pena de cometer-se uma violação ao seu direito constitucional do devido processo legal, do contraditório, e da ampla defesa.

Buscaremos agora, nas páginas que se seguem, abordar a questão desse conflito de norma infra-constitucional (artigo 359 do Código Eleitoral brasileiro) em relação à ditames da Carta Maior (devido processo legal, contraditório e ampla defesa) segundo uma versão interpretativa e de análise estrutural do ordenamento hierarquizado.

Primeiramente, urge salientar que todo ordenamento exige uma *unidade* e também *coerência* entre as normas que dele fazem parte. Assim sendo, a Lei 4.737/65, integrante do ordenamento jurídico brasileiro, está sujeita à coerência e unidade do mesmo. Nesse sentido, a lição de Bobbio, nos ensinando que: *“Se um ordenamento é composto de mais de uma norma, disso advém que os principais problemas conexos com a existência de um*

⁶² BASTOS e MARTINS. op. cit., p. 266.

*ordenamento são os que nascem das relações das diversas normas entre si. (...) Todo ordenamento jurídico, unitário e tendencialmente (se não efetivamente) sistemático, pretende também ser completo”.*⁶³

Partimos, então, desse pressuposto, para analisarmos a construção escalonada do ordenamento, o qual possui como ponto alto na pirâmide hierárquica a sua Carta Constitucional. Existem, portanto, normas superiores e normas inferiores, sendo que essas dependem daquelas. Nessa esteira concluímos, com plena convicção, que se a estrutura ordenamental é hierárquica, devendo haver uma correspondência lógico-estrutural entre normas diversamente integradas nessa escala, deverá a inferior recepcionar os elementos norteadores daquela que se lhe encontra mais acima. Isso posto, mostra-se redundante a necessidade de que o Código Eleitoral e seus artigos se moldem ao disposto na Constituição Federal e não o contrário.

No que diz respeito à interpretação sistemática, primeiramente convém ressaltarmos do que trata tal matéria, o ato de interpretar, no dizer de Carlos Maximiliano: “*Interpretar é explicar, esclarecer; dar o significado de vocábulo, atitude ou gesto; reproduzir por outras palavras um pensamento exteriorizado; mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão; extrair, de frase, sentença ou norma, tudo o que na mesma se contém*”.⁶⁴

Já a forma interpretativa que se presta a analisar o problema do tema desta monografia é a interpretação sistemática, a qual consiste em comparar o dispositivo sujeito a exegese, com outros do mesmo repositório ou de leis diversas, mas referentes ao mesmo objeto. É também Carlos Maximiliano que nos ensina: “*Por umas normas se conhece o espírito das outras. Procura-se*

⁶³ BOBBIO Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*, 1 ed., São Paulo: Polis; Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1989. p. 38.

⁶⁴ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 15º ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p.9.

*conciliar as palavras antecedentes com as consequentes, e do exame das regras em conjunto deduzir o sentido de cada uma. Em toda ciência resultado do exame de um só fenômeno adquire presunção de certeza quando confirmado contrastado pelo estudo de outros, pelo menos dos casos próximos, conexos; à análise sucede a síntese; do complexo de verdades particulares, descobertas, demonstradas, chega-se até a verdade geral”.*⁶⁵

Convém citarmos conceito dado por Norberto Bobbio à interpretação sistemática: “ *Chama-se ‘interpretação sistemática’ aquela forma de interpretação que tira os seus argumentos do pressuposto de que as normas de um ordenamento, ou, mais exatamente, de uma parte do ordenamento (...) constituam uma totalidade ordenada (...), e, portanto, seja lícito esclarecer uma norma obscura ou diretamente integrar uma norma deficiente recorrendo ao chamado ‘espírito do sistema’, mesmo indo contra aquilo que resultaria de uma interpretação meramente literal”.*⁶⁶

Exposta a realidade do que seja o processo sistemático de interpretação, partimos para aquilo que é comum a todo o conjunto de regramento processual no que diz respeito à defesa do indivíduo quando ameaçado em sua liberdade e lá encontraremos a oportunidade do interrogatório ao réu a lhe assegurar um dos meios necessários para que efetivamente realize sua mais ampla e irrestrita defesa, como o é no Código de Processo Penal, onde se encontram dispositivos aplicados subsidiariamente ao Código Eleitoral brasileiro.

Fazemos então uma visão panorâmica do caso em tela e notamos que ao se efetuar uma leitura sistematizada do dispositivo legal, vislumbramos nele a necessidade da realização do interrogatório do réu no processo-crime eleitoral, sob pena de, assim não o sendo, representar efetivo prejuízo à defesa do réu e à

⁶⁵ MAXIMILIANO, op. cit., p. 128.

⁶⁶ BOBBIO, op. cit., p. 76.

produção de provas em juízo. Como já visto anteriormente, o interrogatório é a oportunidade de o acusado propiciar elementos referentes a sua defesa, na medida em que ele, melhor do que ninguém, conhece a realidade dos fatos; e, ainda, auxiliar nesse evento com a produção de provas para a devida orientação da convicção do juiz do caso.

Se esses direitos, de defesa e produção da prova oral em juízo, não lhe são permitidos, prejuízo evidente restará estabelecido no que diz respeito às garantias processuais asseguradas pela Constituição Federal de 1988, quais sejam o do devido processo legal, por resguardar em seu alcance o da ampla defesa e do contraditório. Esses, por seu turno, para que se realizem completamente, carecem da oportunidade de defesa e produção de prova, o que haveria de estar possibilitado pelo interrogatório, equivocadamente ausente nessa lei conflitante com o sistema onde se acha inserida.

CONCLUSÃO:

Apesar do posicionamento majoritário da doutrina e da jurisprudência em interpretar o artigo 359 do Código Eleitoral, tal qual está escrito (não possibilitando o interrogatório ao réu e simplesmente abrindo prazo para sua contestação à denúncia), há um equívoco uma vez que essa norma não foi recepcionada pela Constituição Federal da forma como está redigida.

Sendo que a Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 (texto consolidado), é a que estabelece o procedimento a ser observado nos casos de cometimento de crimes eleitorais, fica evidenciado o fato de que se a mesma fosse hoje reelaborada, essa inobservância ao preceito constitucional do devido processo legal, compreendendo no seu universo também o do contraditório e da ampla defesa, inseridos pelo constituinte de 1988, seria fundamento mais do que suficiente para ensejar sua declaração de inconstitucionalidade.

É elementar a necessidade de que o réu possa manifestar-se oralmente na fase inicial do processo, através do seu interrogatório, a fim de que possa, nesse momento e não *a posteriori*, alegar sua defesa, e mesmo cientificar-se do conteúdo acusatório que contra ele está sendo imputado.

Notórios são os eventos em que esse procedimento de ouvir o acusado é momento de desfazimento da convicção equivocada do representante do Ministério Público e mesmo do juiz do caso, que frente aos esclarecimentos prestados, por quem melhor pode fazê-los, mudam o curso da ação. A partir desses esclarecimentos prestados pelo réu, procuram o devido arquivamento do

feito ou mesmo a instauração de outro, direcionando o pólo passivo da ação de maneira adequada a quem de fato foi o autor do ato delituoso.

Podemos cogitar, ainda, da ocorrência do vexame judicial ao qual se submete o acusado inaudito, expondo-se ao processo criminal para o qual não contribuiu em seu objeto ensejador e, somente após transcorrido prazo considerável, vê seu nome isentado das acusações que lhe foram enganadamente imputadas.

Nesse prisma, somos pela designação do interrogatório do réu antes da apresentação de sua contestação e da oitiva das testemunhas que lhe serão favoráveis, pois a peça contestatória só poderá ser elaborada por quem tenha o devido conhecimento técnico bem como a habilitação necessária para exercê-lo, ou seja, um advogado.

Concluindo, o Juiz, após o recebimento da denúncia, portanto, deve, invés de citar o réu para oferecer contestação no processo-crime eleitoral, designar, desde logo, audiência de interrogatório e, após, isso, abrir prazo para contestação, pois o artigo 359 do Código Eleitoral deve ser melhor interpretado, em face do advento da Constituição Federal de 1988, considerando-se o disposto no artigo 5º, incisos LIV, LV e LXIII.

BIBLIOGRAFIA:

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 9ed.rev., São Paulo: Malheiros, 1994.

BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1989.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 1 ed., São Paulo: Polis; Brasília: Universidade de Brasília, 1989.

CÂNDIDO, Joel José. **Direito Eleitoral Brasileiro**. 4. ed. Baurú: Edipro, 1994.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 12^a ed. rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 1996.

COSTA, Antônio Tito. **Recursos em Matéria eleitoral**. 4 ed. São Paulo: Ed. Rev. Tribunais, 1992.

CRETELLA JR., José. **Comentários à Constituição de 1988**. São Paulo: Forense, 1989.

FERREIRA, Pinto. **Código Eleitoral Comentado**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

FLORIAN, Eugenio. **De las pruebas penales**. Bogotá: Temis. 1976.

GRINOVER, Ada Pelegrini. **Interrogatório do réu e direito ao silêncio**. São Paulo: Ciência Penal , v. 1, p.13-31, 1976.

- GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo constitucional em marcha.** São Paulo: Ed. Rev. Tribunais, 1985.
- GRINOVER, Ada Pelegrini. **O processo em evolução.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.
- JARDIM, Torquato. **Introdução ao direito eleitoral positivo.** Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1994.
- JULGADOS DO TRIBUNAL DE ALÇADA CRIMINAL DE SÃO PAULO. São Paulo, v.21, n.90, p.221, abr./jun. 1987.
- JULGADOS DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Brasília, n.9. P. 13, nov. 1994.
- LAURIA TUCCI, Rogério e CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Devido Processo Legal e Tutela Jurisdicional.** São Paulo: Rev. Tribunais, 1993.
- LAURIA TUCCI, Rogério. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro.** São Paulo:Saraiva, 1993.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil.** São Paulo: Ed. Rev. Tribunais, 1993.
- MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Processual Penal.** São Paulo: Saraiva, 1990.
- MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito.** 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- MENDES DE ALMEIDA, Joaquim Canuto. **Princípios fundamentais do processo penal.** São Paulo: Ed. Rev. Tribunais, 1973.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo Penal.** São Paulo: Atlas, 1991.
- MITTERMAYER, Karl Joseph Anton. **Tratado de la prueba em materia criminal.** 9 ed. Madrid: Reus, 1959.

- NERY JUNIOR, Nélon. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 3 ed. rev. e aum. - São Paulo: Rev. Tribunais, 1996.
- NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Curso completo de processo penal**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 1986.
- NORONHA, E. Magalhães. **Curso de direito processual penal**. 23.ed. São Paulo:Saraiva, 1995.
- PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres, **O Direito à defesa na Constituição de 1988**. Rio de janeiro: Renovar, 1991.
- REVISTA DE PROCESSO, n . 74., abril-junho, Rev. Tribunais, 1990.
- RIBEIRO, Fávila. **Direito eleitoral**. 3 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1988.
- TORNAGHI, Hélio. **Curso de direito penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.
- TORRES DE VASCONCELOS, Anamaria Campos. **Prova no Processo Penal: justiça como fundamento axiológico**, Belo Horizonte: Del Rey, 1992.
1990.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. São Paulo: Saraiva.