

irresponsabilidad” (Sánchez Viamonte, Carlos. *El poder constituyente*. Buenos Aires: Editora Omeba, p. 114. *Apud* Vanossi, Jorge Reinaldo A. *Teoría Constitucional*. 2ª ed. atual. Buenos Aires: Depalma, 2000, v. 1, p. 312, nota 45).

⁵⁶ Certamente, essa posição levanta dificuldades no tocante aos direitos das minorias, que não podem ser olvidados; mas essas dificuldades, que invariavelmente confluem para as grandes questões do Estado e do Direito, não diferem das que se apresentam na elaboração de uma Constituição.

⁵⁷ Discordamos, pois, de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que defende a interpretação restritiva das cláusulas pétreas, ao argumento de que a limitação do poder de reforma constitucional não é a regra, mas a exceção (*Significação e alcance cit. p. 17*). Ora, sob outro ângulo de análise, vê-se que essas cláusulas compõem o núcleo material da Constituição, ou seja, a própria essência desta, o que impede sejam as mesmas tratadas de forma meramente accidental.

⁵⁸ “O regular funcionamento da economia exige transparência e estabilidade, características de todo incompatíveis com práticas corruptas. A ausência desses elementos serve de desestímulo a toda ordem de investimentos, que serão direcionados a territórios menos conturbados, o que, em conseqüência, comprometerá o crescimento, já que sensivelmente diminuído o fluxo de capitais” (Garcia, Emerson. *A corrupção – uma visão jurídico-sociológica. Jus Navigandi*, Teresina, a. 8, 323, 26/05/04. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5268>>. Acesso em: 14/12/04. p. 11).

A Atual Dimensão das Garantias Constitucionais Fundamentais do Devido Processo Legal e da Ampla Defesa em Face da Nova Redação do Art. 185 do Código de Processo Penal

Leandro Bittencourt Adiers*

1. Segundo o magistério de Rafael Munhoz de Mello, amparado em Geraldo Ataliba: “toda vez que tivermos uma pessoa, seja cidadão ou não, diante do *jus puniendi* do Estado, automaticamente se desencadeia todo o chamado regime jurídico punitivo, que é consistente essencialmente num conjunto de normas jurídicas de categoria superior, porque constitucionais, institucionais, expressas e implícitas e que estabelece o estatuto de proteção à liberdade e ao patrimônio desta pessoa.”¹

2. Os princípios constitucionais fundamentais que protegem a liberdade e o patrimônio das pessoas são encontrados entre os direitos e garantias individuais e coletivos, dentre os quais avultam, com especial projeção neste estudo, o *devido processo legal* (art. 5º, LIV) e o *contraditório e a ampla defesa, com todos os recursos a ela inerentes* (art. 5º, LV), a *vedação das provas ilícitas* (art. 5º, LVI), a *informação ao acusado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência de advogado* (art. 5º, LXII), e o de que *a lei penal retroage para beneficiar o réu* (art. 5º, XL).

3. A cogência dos preceitos consagradores dos direitos e garantias individu-

*Advogado no Rio Grande do Sul

ais como requisito formal e substancial de validade do processo penal é incontroversa, conforme jurisprudência do egrégio STF, no sentido de que “ante qualquer controvérsia sobre o direito de ir e vir, há de abrir-se a Constituição Federal, observando-se normas que surgem como garantias maiores do cidadão. Extraí-se do art. 5º nela contido: a) ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (inciso LIV), (...); c) ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença condenatória (inciso LVII)” (HC 84.038/RJ, j. 15/06/04, *DJ* 23/06/04, p. 5, Rel. Min. Marco Aurélio).

4. Júlio Fabrini Mirabete, em comentário ao art. 185 do CPP, afirma, acerca do interrogatório, ser este um ato de instrução, sob a presidência do juiz, em que este indaga ao réu sobre os fatos narrados na denúncia ou queixa, dando-lhe a oportunidade para defesa, sendo “considerado na lei como meio de prova, e na doutrina também como meio de defesa” (Código de Processo Penal Interpretado, São Paulo: Atlas, 6ª ed., 1999, p. 262).

5. A Lei 10.792/03, alterando a redação do art. 185 do CPP², passou a exigir, como elemento do justo processo legal, contato prévio do acusado com o defensor, antes do interrogatório; o parágrafo único do art. 186 afastou a possibilidade de gerar-se presunções contrárias ao acusado em razão de sua opção pelo silêncio, garantia já implícita nos incisos LIV, LV e LXII do art. 5º da CF, uma vez que o silêncio é um evidente meio de defesa, facultado ao acusado com amparo na garantia constitucional do privilégio contra a auto-incriminação, sendo descabido extrair-se presunções contrárias a quem dela se utiliza.

6. Sabe-se que as normas definidoras dos direitos fundamentais possuem aplicação imediata (art. 5º, § 1º, CF/88) e não podem ser abolidas sequer por emenda constitucional (art. 60, § 4º, IV, CF/88). Leciona Canotilho ser o primado da máxima efetividade uma das principais regras interpretativas, segundo a qual “a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê,”³ elencando, dentre outros princípios de interpretação, o da unidade da Constituição, do efeito integrador, da justeza e conformidade funcional, da concordância prática ou da harmonização e da força normativa da Constituição, devendo-se obedecer ao princípio da interpretação das leis em conformidade com a Constituição.⁴

7. Os princípios operativos antes elencados têm especial importância no caso de dúvidas a respeito dos direitos fundamentais, para que se prefira “a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais.”⁵

8. Acerca das garantias constitucionais que tutelam a liberdade do cidadão, o Ministro Themístocles Cavalcanti, em 21/02/68, julgando o HC 45.232/GB (RTJ 44:322), em pleno regime militar – negando validade à medida administrativa que

suspensão as atividades profissionais de pessoas acusadas de crime contra a segurança nacional, ponderou: “Não é preciso que esteja expressa a garantia, basta que ela decorra do sistema político e do conjunto de princípios expressos.” (*Apud* Maria R. Oliveira Lima, *Devido processo legal*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, p. 203/204).

9. Também o Ministro Gilmar Mendes reconhece na idéia de núcleo essencial um princípio decorrente do próprio modelo garantístico utilizado pelo constituinte. Referente à teoria do núcleo essencial dos direitos fundamentais, intimamente ligada ao princípio da proporcionalidade, ensina o referido ministro⁶, amparado em Konrad Hesse: “De ressaltar, porém, que, enquanto princípio expressamente consagrado na Constituição ou enquanto postulado constitucional imanente, o princípio da proteção do núcleo essencial destina-se a evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental decorrente de restrições descabidas, desmesuradas ou desproporcionais.”

10. Citando o magistério de Peter Häberle, o Ministro Gilmar Mendes narra sua idéia segundo a qual “não existe norma jurídica senão norma jurídica interpretada”, ressaltando que “o texto confrontado com novas experiências, transforma-se necessariamente em outro.” (...) No plano constitucional, esses casos de mudança na concepção jurídica podem produzir uma mutação normativa ou a evolução na interpretação, permitindo que venha a ser reconhecida a inconstitucionalidade de situações anteriormente consideradas legítimas.

11. Roberto Ferraz, lembrando a permanente necessidade de “descoberta” do sentido da Constituição, exemplifica a sua dificuldade por meio da cláusula do *due process of law*, da Constituição norte-americana, refletida em variados sistemas jurídicos, incluindo o pátrio, através da exigência de devido processo legal (A função política do Judiciário e o conteúdo político da Constituição. Roberto Ferraz, *in Revista de Doutrina da 4ª Região*, do site publicado em 17/12/04). Narra o autor:

Esse princípio não foi desde logo aplicado com base no entendimento que se empresta àquela expressão, de ampla defesa do indivíduo perante o Estado. O interessantíssimo case *Gideon v. Cochran*, de 1961, em que Clarence Earl Gideon, alcançou junto à Suprema Corte dos Estados Unidos o reconhecimento de que havia sido condenado sem o devido processo legal por não lhe ter sido garantida a assistência por advogado no processo penal em que foi condenado a 5 anos de prisão por um crime (invasão e furto) que não cometera.

O chamativo é que a Suprema Corte norte-americana não reconhecia o direito à assistência de advogado como direito individual constitucionalmente protegido senão aos acusados que arriscassem a pena capital ou àqueles que pertencessem a minorias ou tivessem particular dificuldade em defender-se,

como os analfabetos, nessa última hipótese. Condenado, Gideon, um mecânico de automóveis sem qualquer iniciação jurídica, estruturou seu recurso à Suprema Corte desde a biblioteca da prisão na Flórida em que se encontrava, baseando-se em que não teria tido o *due process of law*, ainda que contrariamente ao entendimento então dominante.

12. O caso citado é referido como exemplo de como o sentido da Constituição é algo a ser continuamente analisado, construído e desvelado, uma vez que aquele princípio, que já havia sido interpretado pela Suprema Corte americana, ainda estava longe de alcançar a sua atual dimensão, cujos limites presentes não são necessariamente imutáveis, podendo a cláusula constitucional sofrer novas projeções e hipóteses de incidência, sempre *pro libertatis* ante a cláusula implícita que veda o retrocesso.

13. Novamente valemo-nos do magistério de Roberto Ferraz, quando pontifica que “a principal mudança que ocorre na Constituição, sem mudança de texto, é aquela que ocorre no entendimento de qual seja seu significado. Assim, as principais mudanças ocorrem em nós, intérpretes, quando alcançamos significados antes obscuros a nossas mentes limitadas. Incrivelmente não se enxergava a necessidade de defesa por advogado nos Estados Unidos, até 1962, não obstante a cláusula do *due process* encontrar-se na Constituição daquele país desde a Emenda 5, de 1791.”

14. O precedente citado nos remete a considerações interessantes para o presente estudo. O fato de o acusado ter sofrido um processo penal formalmente válido à luz da legislação que regravava o procedimento à época dos fatos e da condenação não foi impedimento para que a Suprema Corte decretasse a anulação do processo, reconhecendo que o acusado teve violados os seus direitos e garantias fundamentais do devido processo legal, do efetivo contraditório e da ampla defesa. Avulta, então, a ligação da exigência da defesa técnica com o devido processo legal e com a ampla defesa.

15. Poder-se-ia indagar: a nova redação do art. 185 do CPP, ao exigir entrevista prévia à audiência entre acusado e defensor, de forma reservada, criou uma nova garantia ao acusado, ou apenas veio a explicitar uma garantia que estava implícita na cláusula constitucional do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa?

16. Tratando-se de explicitação do que era implícito, a ausência de contato prévio com o defensor, e/ou deste com o processo, inteirando-se da denúncia e das provas, gera a nulidade do processo. Caso queira-se ver tais prerrogativas como uma inovação legal, há que se referir o princípio da retroatividade da lei mais benéfica, aplicável de imediato e sempre que não houve trânsito em julgado da sentença condenatória, único momento em que cessa a presunção de inocência

(art. 5º, LVII, CF/88).

17. A nova redação do art. 185 do CPP evidencia que o devido processo legal não é atendido sem facultar-se ao acusado entrevista prévia e reservada com o seu defensor, expressão da garantia constitucional.

18. Tipificar uma conduta implica avaliar e qualificar juridicamente os fatos. Tal prática não prescinde nem do conhecimento nem do uso da devida técnica jurídica. Conveniente, então, especular se um acusado, sem conhecimento técnico, tem condições de defender-se de uma imputação, uma vez que não conhece os elementos integrativos do tipo penal e, ao pretender defender-se, poderá estar gerando sua auto-incriminação.

19. O acusado que depõe em juízo sem que lhe tenha sido assegurado entrevista prévia e reservada com seu defensor, e assegurado a este o acesso aos autos, a fim de que tenha acesso à denúncia e às provas que sustentam a imputação, não teve garantida a plena defesa nem o devido processo legal, que pressupõe a possibilidade de aconselhamento, o qual somente será efetivo e eficaz se procedido por detentor de conhecimento técnico.

20. Segundo José Carlos Barbosa Moreira, “para afirmar ou para negar a ocorrência de tal ou qual figura jurídica, necessariamente se interpreta a lei. Interpretação é o procedimento pelo qual se determina o sentido e o alcance da regra de Direito, a sua compreensão e a sua extensão. Dizer que ela abrange ou não abrange certo acontecimento é, portanto, interpretá-la.” (*Temas de Direito Processual* – Segunda Série, Saraiva, São Paulo, 1980, p. 235).

21. Acerca da qualificação jurídica dos fatos, lê-se: “Embora tradicionalmente se distinga ‘questão de fato’ da questão de saber se ‘o que aconteceu (fato) se subsume à norma jurídica (direito), por vezes, uma situação de fato somente pode ser descrita com as expressões da ordem jurídica. Assim, para que se possa perguntar, com sentido, pela existência de um acontecimento, é preciso que esse acontecimento seja apreciado, interpretado e valorado de forma jurídica” (cf. Karl Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*, 2ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, p. 295/296). Dessa forma, “a interpretação ou capitulação dos fatos, penetra na órbita da qualificação jurídica dos fatos, conforme a assertiva de Gabriel Marty de que *tout problème de qualification est question de droit*’ (*La distinction du fait et du droit*, Recueil Sirey, Paris, 1929, p. 204/205).” (cf. REsp 418.713/SP, 2ª Turma do STJ, j. 20/05/03, Rel. Ministro Franciulli Neto).

22. Se é correto dizer que “quando se qualifica erroneamente um fato há, em consequência, aplicação incorreta da lei” (José Garcia Medina, *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2000, p. 306), não menos correto afirmar que, desconhecendo-se as consequências

jurídicas, ou a qualificação jurídica dos fatos, poucas chances terá o acusado de defender-se da imputação ou de avaliar os prejuízos que lhe possam advir de suas declarações. Daí a lição de José Afonso da Silva no sentido de que a ausência de compreensão do sentido dos esquemas genéricos, o Direito escrito, invocados no processo e que orientam aquelas condutas e lhe servem de guia na interpretação das várias intencionalidades objetos do seu juízo, configuram erro de direito. (*in Do recurso extraordinário no Direito Processual brasileiro*, Revista dos Tribunais, São Paulo, p. 131).

A subsunção da defesa técnica no devido processo legal e ampla defesa

23. O STJ, como exemplificam os seguintes arestos, já teve oportunidade de assentar que o princípio dispositivo sucumbe ante o da ampla defesa, ao passo que o defensor, detentor de conhecimento técnico, detém melhores condições que o acusado de aquilatar os efeitos de uma sentença condenatória, assim como a possibilidade de êxito de um recurso, ou mesmo qual a melhor medida a ser adotada.

Na hipótese de conflito entre a vontade do réu e a de seu defensor, no que tange à interposição de recurso, tendo em vista a renúncia do acusado ao direito de recorrer, prevalece a vontade do defensor, constituído ou nomeado, em razão do conhecimento técnico para avaliar as conseqüências da não-impugnação da decisão penal condenatória. Hipótese em que vigora o princípio da ampla defesa, a despeito do princípio da disponibilidade, considerando-se que o acusado não tem condições de proceder à devida avaliação de uma sentença condenatória, bem como de suas conseqüências, não podendo decidir acerca da necessidade da interposição de recurso. HC 30.757/SP, 5ª Turma do STJ, j. 16/12/03, DJ 25/02/04, p. 202, Rel. Ministro Gilson Dipp.

Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (CF, art. 5º, LV). A ampla defesa, como na letra da CF/88, abrange a autodefesa e a defesa técnica, devendo prevalecer, no caso de recusa do réu, a vontade do defensor quanto à interposição do recurso, detentor que é de conhecimentos técnicos indispensáveis à aferição da melhor medida adotada em favor do imputado. Ordem concedida no HC 33.720/SP, 6ª Turma do STJ, j. 10/08/04, DJ 25/10/04, p. 394, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido.

Existindo conflito entre a vontade do réu e a do seu defensor quanto à interposição de recurso, prevalece a manifestação técnica do defensor, porquanto este tem melhores possibilidades de avaliar as condições de êxito da impugnação. REsp 153.362/DF, 5ª Turma do STJ, j. 07/04/98, DJ 11/05/98, p. 142, Rel. Ministro Édson Vidigal.

Consoante o entendimento firmado pelo STJ, existindo conflito de vontades entre o réu e seu defensor quanto à eventual interposição de recurso,

prevalece a vontade deste, em razão de seu conhecimento técnico. Ordem concedida no HC 26370/SP, 5ª Turma do STJ, j. 04/11/03, *DJ* 1º/12/03, p. 377, Rel. Ministra Laurita Vaz.

24. O interrogatório do acusado é meio de prova e de defesa. O silêncio pode ser um meio de defesa a ser aconselhado pelo defensor quando, em contato com o acusado, perceber que o mesmo está num estado emocional que lhe impede avaliar com clareza sua situação, ou detém baixo discernimento, dificuldade de entender as elementares do tipo imputado, ou que o mesmo poderá auto-incriminar-se em razão de suas limitações culturais ou intelectuais, podendo vir, até, a agravar sua situação diante do depoimento prestado.

25. A possibilidade de orientação ou esclarecimento do acusado não prescinde de um contato deste com o seu defensor, prévio à audiência e reservado, possibilitando-se, ainda, que o defensor tenha acesso à denúncia e aos documentos que a instruem, podendo valorar e qualificar devidamente todos os dados disponíveis. Sem isto, viola-se o *due process of law*.

26. Não se trata de aferir o requisito formal da presença do defensor no interrogatório, muitas vezes entendida desnecessária em razão de o defensor não poder interferir no ato, mas sim da possibilidade de aconselhamento prévio, fornecido por quem esteja tecnicamente qualificado para proceder à qualificação jurídica dos fatos e orientar o acusado no que tange às conseqüências de suas declarações e quanto às condições para a configuração das elementares do tipo imputado.

27. O privilégio contra a auto-incriminação, além da previsão constitucional contida no art. 5º, LXII, da CF/88, encontra-se previsto no art. 8º, II, g, do Pacto de San José da Costa Rica, incorporado ao ordenamento jurídico nacional em 1992, dispondo que “toda pessoa tem direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada”, ao passo que a nova redação do art. 186 do CPP explicita a garantia de que o silêncio não pode ser interpretado desfavoravelmente ao acusado.

28. Ora, o acusado somente poderá optar conscientemente pelo silêncio, ou pelo “privilégio contra a auto-incriminação” (“direito público subjetivo de estrutura constitucional assegurado a qualquer pessoa pelo art. 5º, LXII, da Carta Política”, cf. voto do Ministro Celso de Mello no HC 79.589/DF, STF, Rel. Ministro Octávio Gallotti, se tiver sido técnica e corretamente aconselhado e esclarecido, previamente, de sua situação e das conseqüências jurídicas das declarações que pretende prestar em juízo. Sem tal possibilidade, agride-se as garantias fundamentais do devido processo legal e da ampla defesa, lembrando-se que, segundo a doutrina, o acusado sequer tem o dever de dizer a verdade (Luiz Régis Prado, *Curso de Direito Penal Brasileiro*, Parte Especial, v. 4, São Paulo: RT, 2001, p. 653). Só o aconselhamento técnico poderá fornecer os subsídios necessários à es-

colha consciente do acusado quanto aos meios de defesa aos quais irá recorrer.

Retroatividade da lei mais benigna art. 5º, XI, CF/88

29. De qualquer sorte, ainda que não se queira ver na nova redação do art. 185 do CPP uma mera explicitação do conteúdo já integrante da garantia do devido processo legal e da ampla defesa, garantias fundamentais de aplicação imediata e máxima efetividade, de se referir a garantia constitucional fundamental da retroatividade da lei mais benigna (art. 5º, XI, CF), aplicável inclusive em fase recursal, conforme orientação do STJ: “Conforme entendimento desta Corte, é possível a retroação da lei mais benigna, ainda que o processo se encontre em fase recursal” (REsp 636.701/SP, 5ª Turma do STJ, j. 04/11/04, DJ 13/12/04, p. 430, Rel. Ministro Félix Fischer); “Tratando-se de norma penal mais benéfica, deve retroagir aos fatos anteriores à sua vigência, de acordo com o art. 5º, XI, da CF/88. Precedentes do STF e desta Corte” (HC 36.199/SP, 5ª Turma do STJ, j. 17/02/05, DJ 07/03/05, p. 294, Rel. Ministro Gilson Dipp).

Conclusões

30. O cotidiano forense é prenhe de casos em que o acusado comparece para interrogatório desacompanhado de advogado, sendo-lhe imediatamente nomeado defensor que apenas acompanha o depoimento, sem estar inteirado da denúncia e do contexto fático e probatório, não tendo oportunidade de oferecer qualquer orientação ou esclarecimento prévio ao acusado. Também não é incomum, nas audiências posteriores, que não compareça o defensor que acompanhou o acusado em seu depoimento, sendo imediatamente nomeado, para cada solenidade, no momento do próprio ato, novo defensor, novamente sem conhecimento da denúncia ou do contexto fático e probatório, impossibilitando uma atuação eficiente em prol do acusado, ou, no mínimo, minorando em muito suas chances de executar um bom trabalho.

31. Viu-se que o modelo constitucional brasileiro é “garantista”, motivo pelo qual as garantias sequer precisam estar explícitas, podendo decorrer dos valores e princípios que dão base e sentido ao ordenamento. As garantias do devido processo legal e da ampla defesa, assim como da retroatividade da lei mais benigna, estão expressas no catálogo de direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal, tendo por norte hermenêutico máximo a dignidade da pessoa humana, que tem na liberdade, simultaneamente direito fundamental e da personalidade, uma de suas maiores expressões.

32. Os direitos e garantias individuais têm aplicação imediata e aspiram a

uma máxima efetividade, orientando uma interpretação “conforme a Constituição” na qual afasta-se a eficácia de preceitos que mostram-se antinômicos em contraste com a Carta Magna. A Constituição pode sofrer “mutações sem alteração de texto”, pela “descoberta” de novos alcances e extensões, ou “construção” de novos sentidos em vista da evolução legislativa e jurisprudencial, que preenchem com novos conteúdos as garantias constitucionais, ou lhes dão maior alcance, de modo a permitir-lhe efetividade e concretização. Uma decisão judicial ou uma lei infraconstitucional não “criam” ou “inauguram” um direito fundamental, mas “desvelam” e dão “expressão” a seus conteúdos implícitos, explicitando-os.

33. A observância das garantias fundamentais mostra-se como pressuposto de validade do processo penal, seja em sentido formal, seja em seu sentido material. A regra do art. 185, § 2º, do CPP, constitui-se em mera explicitação de uma implícita garantia constitucional, aplicando-se a todas as hipóteses em que não tenha ocorrido o trânsito em julgado da decisão condenatória à época de seu advento, seja pelo princípio da aplicação imediata (art. 5º, § 1º, CF, seja pela retroatividade da lei mais benigna, art. 5º, XL, CF/88). Nos demais casos, com base no princípio da isonomia, pedra angular do regime democrático, cabível a revisão criminal⁷ ou *habeas corpus* para declaração da nulidade, sob pena de configurar-se discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais, o que a lei deve inibir e punir (art. 5º, XLI, CF/88).

34. Por fim, transcreve-se precedente (MC no HC 84.373-5/BH) no qual a ausência de contato entre acusado e defensor foi considerado, pelo Ministro Cezar Peluso, do egrégio Supremo Tribunal Federal, motivo de nulidade do processo por violação ao princípio do devido processo legal, trazendo, ainda, importantes lições quanto aos pressupostos processuais e a legitimação da prisão preventiva.

Notas:

¹ Sanção Administrativa e o Princípio da Legalidade. *Revista Trimestral de Direito Público*, 30, São Paulo: Malheiros, p. 148.

² “Art. 185: O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado.

§ 1º O interrogatório do acusado preso será feito no estabelecimento prisional em que esse se encontrar, em sala própria, desde que sejam garantidas a segurança do juiz e auxiliares, a presença do defensor e a publicidade do ato. Inexistindo a segurança, o interrogatório será feito nos termos do CPP.

§ 2º Antes da realização do interrogatório, o juiz assegurará o direito de entrevista reservada do acusado com seu defensor.

Art. 186, parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa”.

³ Canotilho, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1992, p.233).

⁴ Canotilho, op. cit. p. 232/236.

⁵ Canotilho, op. cit., p. 233.

⁶ Voto-vista do Min. Gilmar Mendes no HC 82.959-7-SP, Rel. Min. Marco Aurélio, veiculado no *site* do STF.

⁷ Na ação rescisória, o CPC traz o requisito de demonstração de “violação a literal disposição de lei”, já tendo o STJ manifestado que “a expressão ‘violar literal disposição de lei’, contida no inciso V do art. 485 do CPC deve ser compreendida como violação do direito em tese, e abrange todo o texto estrito do preceito legal, como a idéia de manutenção da integridade do ordenamento jurídico que não se consubstancie, numa determinada norma legal, mas que dela possa ser extraída, a exemplo dos princípios gerais de Direito” (REsp 329.267/RS, 3ª Turma do STJ, j. 26/08/02, DJ 14/10/02, p. 225, Rel. Min. Nancy Andrighi). O Min. Franciulli Neto expressou que “A interpretação do art. 485, inciso V, do CPC, deve ser ampla e abarca a analogia, os costumes e os princípios gerais de Direito (art. 4 da LICC)” (AR 822/SP, 1ª Seção do STJ, j. 26/04/00, DJ 28/08/00, p. 50). O formalismo deve vir em proteção à liberdade, e não em detrimento deste valor fundamental. Desta forma, a exigência de violação de texto expresso da lei, contida nos requisitos da revisão criminal, deve abarcar também os princípios gerais de Direito e os conteúdos explícitos e implícitos dos direitos e garantias fundamentais.

Tópicos Jurídicos

A Prática do *Drawback* nas Relações Internas e Internacionais

Luís Gustavo Bregalda Neves*

Rafael de Mamede Oliveira Ramos da Costa Leite**

Hodiernamente o governo vem estudando a possibilidade de redução da carga tributária com o escopo de atrair investimentos de ordem internacional. No âmbito interno, entretanto, uma prática conhecida vem sendo engendrada por empresários brasileiros, que é conhecida como *drawback*.

Cumpre-nos descerrar, por primeiro, o conceito de tal instituto. Pela definição de De Plácido e Silva, em seu vocabulário jurídico, *drawback*, do Inglês, é uma palavra composta de *draw* (tirar) e *back* (outra vez), designando assim o sistema tributário adotado nas importações, para criação de *direitos de compensação* aos produtores com a reversão ou restituição dos impostos pagos pela *matéria-prima*, uma vez transformada em produtos ou mercadorias, que se destinem à exportação. E finaliza dizendo “...mostra-se uma verdadeira restituição de impostos cobrados sobre a matéria-prima, quando importada, desde que, transformada em outro produto, se destine à exportação”.

* Juiz estadual em São Paulo.

** Advogado tributarista.