

A PROVA NEGATIVA

(Gazeta Mercantil – 29/03/2006)

Tenho pela Ministra Eliana Calmon particular apreço intelectual. Ministra séria, corajosa, com sólidos conhecimentos jurídicos, independente e cônica de seu perfil de magistrada, é, sem sombra de dúvida, das grandes expressões da magistratura brasileira.

Introduzo este artigo com a sincera afirmação acima feita pelo profundo desconforto que voto seu causou-me, como estudioso e estudante de Direito, no RESP 758.439-MG (2005/0096913-1) em que se lê: "PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO – EMBARGOS À EXECUÇÃO – IPTU – NOTIFICAÇÃO DO LANÇAMENTO – PRESUNÇÃO NÃO AFASTADA.

1) *Presume-se a notificação do lançamento dos débitos do IPTU, quando entregue o carnê para pagamento, **cabendo ao contribuinte afastá-la, mediante prova de que não recebeu, pelo correio, a cobrança do imposto.** (grifos meus)*

2) *Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, provido",*

A acrescentando, na sua decisão que: "*caberia ao contribuinte, para afastar a presunção, comprovar que não recebeu pelo correio o carnê de cobrança (**embora difícil a produção de tal prova**), o que não ocorreu neste feito"* (grifos meus).

É a própria Ministra que declara ser difícil a produção de tal prova –para mim impossível- pois ou foi entregue ao contribuinte com aviso de recebimento, de entrega ao próprio, visto que o ônus da prova deveria caber a quem declara ter entregue, ou, se não foi entregue, a produção de prova negativa, é impossível.

No tempo que comecei a advogar em 1957, a segurança jurídica era consideravelmente maior. Apenas com citação pessoal nos processos judiciais ou prova de entrega, em notificações, intimações ou outra forma inequívoca aquele chamado a juízo ou a impugnar, pagar ou atender autoridade era considerado ciente do teor, com prazo para o direito de contestar ou recorrer, passando a correr a partir de então.

A necessidade de celeridade nos processos, levou, todavia e principalmente, as autoridades tributárias a assegurar-se, nos dias atuais, do legítimo ou ilegítimo, do legal ou ilegal, pelo denominado princípio da legalidade, tendo chegado a extremos nunca antes vistos. Houve inequívoca redução dos direitos do contribuinte, da ampla defesa, do direito de se presumir a inocência, como aliás determina a Constituição Federal, no art. 5º, inciso LVII, assim redigido: "*ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*".

Ora, se para facilidade da Administração prefere ela utilizar o correio e não toma as diversas cautelas de entregar ao contribuinte as intimações para recolher tributos, não tendo como provar que entregou, não pode transferir ao contribuinte a prova de negativa de provar que não recebeu!

Se eu, pessoalmente, não receber uma correspondência que alegarem me terem entregue, não saberia como provar que não a recebi, visto que não poderia sequer apontar prova testemunhal de alguém que

Ives Gandra da Silva Martins

durante 24 hs, sem dormir, ficasse verificando a chegada ou não chegada de correspondência, sempre que o correio passasse pela minha residência e entregasse a correspondência devida.

Para mim, talvez, pela minha deficiência de percepção própria de um senil advogado de 71 anos, tal prova seria impossível e não difícil.

Conheço muito bem a preocupação com a justiça da eminente jurista e Ministra Eliana Calmon. Sou obrigado, entretanto, a interpretar, talvez por minhas naturais deficiências, que prova negativa não é difícil, mas impossível de ser feita. É muito mais fácil exigir de quem diz ter enviado e entregue, a prova de que enviou e entregou.

O episódio, todavia, leva-me a triste convicção que o avanço dos tentáculos do Estado contra o cada vez mais indefeso cidadão é uma característica do Estado Moderno. E, no Brasil, o cidadão não é cidadão, mas um mero administrado, sendo o administrador um verdadeiro senhor feudal da Idade Média. O cidadão é, neste quadro e cada vez mais, um mero escravo da gleba. Seus representantes, por serem autoridades fazem leis, sem a participação do contribuinte, quase sempre em causa própria, e depois assenhoram-se dos mais variados instrumentos de pressão para assegurar-se "direitos", muitas vezes ilegítimos.

E no campo tributário, cada vez mais me convenço que o Estado é avassalador e que o tributo é o mais importante instrumento de poder, sendo o retorno em serviços públicos apenas um efeito colateral, como pensei ter demonstrado em meu livro "Uma teoria do tributo" (Ed. Quartier Latin, 2005).

O insuperável Tobias Barreto de forma sintética e absoluta dizia que "*um país em que o povo não é tudo, o povo não é nada*". Infelizmente, no Brasil o Estado, como dizia Helmut Kuhn, é uma "*mera estrutura do poder*", razão pela qual o Poder é tudo e o cidadão é nada.

São Paulo, Março/2006.