

## Conjur – Consultor Jurídico - Entrevistas

### "Contribuinte tinha mais segurança jurídica na ditadura"

Por Alessandro Cristo e Elton Bezerra

11 de novembro 2012

Totalitarismo fiscal – ISSN 1809-2829



Decisões recentes do Supremo Tribunal Federal mostram que a corte tem se preocupado com outros elementos além da Lei Maior do país. O guardião da Constituição também tem superprotegido as portas do erário quando as demandas judiciais opõem fisco e contribuintes e tem se deixado afetar pela exposição pública ao ter seus julgamentos transmitidos ao vivo pela televisão e comentados nas notícias dos jornais. São provas disso o número de vitórias da Fazenda Nacional nas disputas tributárias e os longos e redundantes votos dos ministros mesmo em decisões unânimes ou em que a frase “acompanho o relator” economizaria horas — dias, em alguns casos — de julgamento.

A opinião é de quem advoga há 50 anos no Supremo e viu sua composição — e sua jurisprudência — mudar incontáveis vezes ao longo do tempo. “Mas nunca antes como agora”, diz o tributarista e constitucionalista **Ives Gandra da Silva Martins**. Desde sua primeira sustentação oral na corte, em 1962, Ives Gandra participou da elaboração de diversos projetos de lei no país, inclusive do trabalho da Assembleia Nacional Constituinte de 1986. Sozinho, escreveu 90 livros, além de 329 em coautoria. Pareceres foram mais de 550, com a ajuda de sua equipe, que hoje conta com oito advogados. É professor honorário das universidades San Martín de Porres, no Peru, e Austral, na Argentina. É ainda professor emérito da UniFMU e da UniFieo, e deu aulas de Direito Econômico e Constitucional durante 11 anos na Universidade Mackenzie.

No fim de outubro, o professor entregou à comissão especial do Senado encarregada de elaborar a reforma tributária seu texto de alterações

necessárias. A principal preocupação foi com o ICMS e a guerra fiscal. Sua sugestão de reduzir a 4% o imposto nas operações interestaduais já foi acatada pelo ministro da Fazenda, Guido Mantega, que anunciou na última quarta-feira (7/11) ter chegado a acordo com os estados para que a redução seja gradual.

Crítico de decisões casuísticas, o advogado reconhece que a postura adotada pelo Supremo ao julgar os réus da Ação Penal 470, o processo do mensalão, pode não ser adotada em outros casos na corte. A interpretação que dá à tolerância dos ministros em relação a provas indiciárias para condenar 25 dos 38 réus do processo é de que eles preferiram analisar o crime como algo sistêmico, e não individual. Segundo o advogado, foi uma resposta satisfatória à sociedade.

Mas não foi a primeira vez que o tribunal driblou sua própria jurisprudência. Gandra lembra que, em 1992, às vésperas de seu processo de Impeachment no Congresso, o então presidente Fernando Collor de Mello pedia ao Supremo que suspendesse a apreciação na Câmara dos Deputados até que ele tivesse acesso aos documentos e pudesse se defender. A corte, no entanto, indo contra seus próprios julgados, negou a suspensão justificando que a votação na Câmara seria de mera admissibilidade do processo, uma vez que seria o Senado quem daria a palavra final. “O ministro Moreira Alves caiu em cima de todos os ministros dizendo: ‘Ele vai perder a Presidência da República e é só um julgamento de admissibilidade?’”, lembra Ives Gandra. O advogado conta que, mais tarde, o ministro Carlos Velloso lhe explicou a decisão: “Ives, o Brasil era ingovernável. Por isso nós decidimos contra a jurisprudência”, conta. O caso foi julgado em 23 de setembro de 1992 no Mandado de Segurança 21.564, cujo relator do acórdão foi o ministro Carlos Velloso, que liderou a divergência. Nas decisões seguintes, porém, o STF continuou exigindo que houvesse conhecimento das provas quando uma pessoa se defende.

#### **Leia a entrevista:**

#### **ConJur — Como está o placar na Justiça entre contribuintes e fisco?**

**Ives Gandra da Silva Martins** — Muito ruim para os contribuintes, por uma razão muito simples: os assessores dos ministros deveriam ser concursados, como os juízes. Particpei das bancas de três concursos para a magistratura federal e estadual. Examinei 7 mil candidatos para ter menos de cem magistrados aprovados em três concursos. Sei o que um candidato passa para poder ser juiz. Mas quem decide a maior parte das questões nos tribunais superiores são os assessores. O assessor não é concursado. Não é justo que um juiz de primeira instância, cuja decisão vale menos que a decisão de um ministro, tenha um concurso duríssimo e o assessor de ministro seja apenas uma pessoa de confiança. Os ministros deveriam escolher seus assessores entre concursados.

#### **ConJur — Mas boa parte dos assessores são procuradores, que também são concursados.**

**Ives Gandra** — Mas são procuradores da Fazenda Nacional, cidadãos cuja função é defender a Fazenda. São licenciados, viram assessores de ministro e depois voltam a ser procuradores. Eles nunca vão perder a função de

advogados da Fazenda. O resultado é que a esmagadora maioria das decisões nos tribunais superiores é contra os contribuintes. Com o acúmulo de processos, os ministros quase sempre são obrigados a seguir a opinião de seus assessores. Além disso, muitos que entram em concursos vêm das carreiras públicas. Até que se desvistam da sua roupagem anterior, sua tendência é continuar raciocinando com os mesmos padrões que tinham quando estavam nas funções. Nos concursos de que participei para a magistratura, o número de candidatos na segunda fase que vinham do serviço público era incomensuravelmente maior do que dos que vinham da advocacia. Percebia nas entrevistas que os vieses eram próprios de quem estava exercendo uma função. A grande maioria dos candidatos não tinha vocação para a magistratura. Todos eles tinham prestado concurso para procurador, delegado, membro do Ministério Público. O que o pessoal quer é segurança de que não terá mais problema até o fim da vida. Eu compreendo que, em um mundo competitivo, a advocacia tem altos e baixos. O poder público dá uma segurança econômica que não se tem na advocacia. Eu admiro os advogados porque eles não fizeram concurso público, resolveram enfrentar a vida com todos os riscos. Mas isso não é um desmerecimento a quem faz concurso, senão, não participaria de bancas. O problema é que, para ser assessor e decidir lá em cima, basta ser amigo do desembargador ou do ministro. Quem exerce uma função, não pode se licenciar para ser assessor. Eu já fui convidado para ser desembargador, na época em que era o tribunal quem convidava. Recusei, porque tenho vocação para ser advogado. Eu respeito a magistratura, mas eu seria um magistrado ruim.

**ConJur — Ao julgar questões bilionárias, que colocam em lados opostos contribuintes e o fisco, os ministros se impressionam com o impacto de suas decisões no erário?**

**Ives Gandra** — Pode ser que sim. No caso do crédito-prêmio do IPI, por exemplo, foi um escândalo. O governo orientou de uma forma e depois mudou para se beneficiar. O Supremo criou uma verdadeira “Guerra dos Emboabas” contra os contribuintes. Na Guerra dos Emboabas, os reinóis ofereceram aos paulistas a vida em troca da rendição. Eles se renderam e foram todos fuzilados. Então, o fisco diz: “Sigam essa orientação”. Todos seguiram. Daí o fisco diz: “Vocês, contribuintes brasileiros, não perceberam que o fisco não é confiável. Agora, terão de pagar aquilo que nós garantimos que vocês não deveriam pagar”. E o Supremo diz que o fisco tem razão. Em matéria tributária, a necessidade de recursos para o erário não conhece princípios.

**ConJur — A Justiça não existe para tratar de modo desigual os desiguais? Ou seja, proteger os mais fracos?**

**Ives Gandra** — Tenho uma profunda admiração pela ministra Ellen Grace [aposentada do Supremo]. Quando ela foi pedir aumento para o Judiciário, como presidente do Supremo, os jornais criticaram, a OAB criticou. Ela respondeu: “Mas nós garantimos ao erário R\$ 13 bilhões”. A Ordem lembrou que isso não é garantir nada ao erário, é fazer justiça. Eu conheço a Ellen, é uma mulher excepcional, uma jurista, minha amiga pessoal. Mas o episódio mostra um pouco a mentalidade quando se trata de matéria tributária. Nesse particular, se nós analisarmos o que era o Supremo Tribunal Federal na década de 1980 e começo dos anos 1990, em comparação com esses últimos anos, vamos constatar que, no Supremo, o erário quase sempre tem razão.

Excepcionalmente não tem. Mesmo na época do regime militar havia, em matéria tributária, mais segurança jurídica do que hoje.

**ConJur — Quais foram as principais batalhas perdidas e vencidas?**

**Ives Gandra** — O crédito-prêmio do IPI foi uma batalha inacreditável que se perdeu. A Cofins sobre o faturamento de profissionais liberais foi outra, assim como a isenção e a alíquota zero do IPI. O Supremo sempre declarou que a isenção gerava crédito, até que mudou. A questão da penhora online de contas bancárias para garantir execuções fiscais é outro problema. O Código de Processo Civil diz claramente que a cobrança deve ser feita da forma menos onerosa para o contribuinte. Ele cita bens como garantia. Mas a Justiça tem feito da forma mais fácil para o erário. A penhora online prevalece mesmo que arrebeste a empresa, que a deixe sem dinheiro para pagar funcionários. Há ainda a questão do alcance da repetição de indébitos, que era de dez anos, mas que de repente se transformou em cinco. Se nós analisarmos, nenhum grande tema tributário teve vitória do contribuinte. Basta o valor ser grande que o contribuinte não ganha.

**ConJur — Qual é a grande discussão tributária atualmente?**

**Ives Gandra** — Uma delas trata do sigilo bancário. Sou advogado da CNC [*Confederação Nacional do Comércio*] no caso. O Vicente Greco Filho é advogado da CNI [*Confederação Nacional da Indústria*]. Nossa Ação Direta de Inconstitucionalidade é de 2001, com pedido de medida cautelar. Durante esses 11 anos, se quebrou o sigilo bancário de tudo quanto é forma. As teorias do fato consumado, que afirmam ter de se manter uma situação causada por um fato inconstitucional que perdurou durante muito tempo, terminam infelizmente impactando as decisões. Por isso, quando for sustentar, vou pedir efeitos prospectivos para a decisão.

**ConJur — Existe sigilo fiscal de pessoa jurídica?**

**Ives Gandra** — Não. A empresa tem que apresentar todas as suas operações. No balanço, tem que estar tudo lá. Pessoa física é diferente, o sigilo fala do direito à privacidade individual. Eu nunca defendo o sigilo da empresa, eu defendo o sigilo do cidadão. É o que está garantido na Constituição.

**ConJur — A decisão do Supremo quanto à inconstitucionalidade de incentivos fiscais dados à margem do Confaz pelos estados tem preocupado empresas que se beneficiaram seguindo a lei...**

**Ives Gandra** — ...com o conhecimento de que ela era inconstitucional.

**ConJur — Com o conhecimento?**

**Ives Gandra** — É claro. Porque se a lei tinha que ser aprovada com a autorização do Confaz e foi aprovada sem essa autorização, todos tinham o conhecimento. Não é possível uma grande empresa investir em um lugar sem estudar a lei, sem ter assessoria jurídica.

**ConJur — Existia uma norma autorizadora. É justo que a empresa tenha que recolher retroativamente?**

**Ives Gandra** — Não. O estado deu anistia. Mas continuar o regime é uma indecência. Tenho a impressão de que os efeitos prospectivos vão ser dados pelo Supremo. Estou na comissão do Senado que estuda a reforma tributária.

Entregamos o texto no dia 30 de outubro. Nós trabalhamos na comissão do Senado como sendo isso mais viável. Não propusemos nada, porque o assunto está na órbita do STF.

**ConJur — O fisco já teve uma grande vitória no caso da inclusão do ICMS na base de cálculo da Cofins ao levar a discussão para a Ação Declaratória de Constitucionalidade 18, tirando o foco do recurso extraordinário que já tinha seis votos a favor dos contribuintes. Qual a probabilidade de os ministros que já votaram alterarem sua posição?**

**Ives Gandra** — Tive um caso que discutia se um membro do Tribunal de Alçada oriundo do quinto constitucional concorria para o Tribunal de Justiça nas vagas do quinto ou da magistratura. O Supremo, por sete votos a quatro, decidiu que o empossado já era magistrado. Daí os magistrados de todo o Brasil foram ao Supremo, três meses depois. Fui chamado pelo presidente da OAB, José Roberto Batochio, para fazer a sustentação oral. Era o único advogado no Plenário. Só havia desembargadores. Senti-me como um torcedor do Santos na torcida do Corinthians. Fiz a sustentação, mas vi os ministros começarem a mudar seus votos. Perdi por sete a quatro. O ministro Moreira Alves votou a meu favor, na linha do que sustentei sobre segurança jurídica. Não era justo um tribunal mudar sua orientação, sendo que dois ou três meses antes havia decidido dois casos de outra forma, com a mesma composição. O Moreira Alves esbravejou: “Os senhores estão dando uma decisão corporativista”. Foi com violência. Mas eu perdi. Então, às vezes, as pressões fazem diferença.

**ConJur — Como o senhor avalia as discussões tributárias em relação ao preço de transferência?**

**Ives Gandra** — Os critérios adotados para se fazer a média de preços criam uma margem artificial. É como na substituição tributária do ICMS. Eu não ter direito a recuperar o valor recolhido no começo da cadeia se o meu preço de pauta inicial foi superior ao preço de venda final. Cria-se a pauta: seu produto vai valer 20. Então, você terá de pagar, por antecipação, 18% de ICMS sobre o valor. Mas eu não consigo vender senão por 17 ou 18. Brinquei até em um artigo meu, dizendo que o Supremo conseguiu a alíquota “mais ou menos”. É “mais ou menos” 18% na substituição tributária.

**ConJur — Quais serão as mudanças propostas no texto da reforma tributária da comissão do Senado?**

**Ives Gandra** — Nós definimos, em lei complementar, o que é benefício, o que é isenção, o que é incentivo fiscal. Definimos os três, porque está na Constituição que tem que ter uma definição. Quanto ao Confaz, mantivemos a unanimidade para aprovação de benefícios, mas abrimos uma única exceção, que será para incentivos de fábrica, que podem ser aprovados por dois terços do Conselho. Mas o incentivo mínimo nunca poderá ficar abaixo de 4% nas operações interestaduais e durar mais de oito anos. Na proposta de emenda constitucional, chegamos às alíquotas de ICMS em um regime de semidestino. Todas as alíquotas seriam uma única no Brasil inteiro, de 4%. Com isso, o estado que recebe a mercadoria vai receber 14% do imposto. Já vai haver um benefício natural, mas elimina-se a guerra fiscal. E criamos uma figura penal. Um governador que mandar um projeto de incentivo tributário sem aprovação do Confaz pode estar sujeito a reclusão de quatro anos.

**ConJur — Os planejamentos tributários são as novas teses da moda?**  
**Ives Gandra —** São arriscados. Sempre trazem um risco que pode levar uma empresa, depois de quatro, cinco ou seis anos bem, de repente ficar inviabilizada. O que deveria se fazer é pressão sobre o Congresso Nacional por um sistema mais racional. Se nós simplificássemos o sistema tributário, não precisaríamos de planejamento tributário.

**ConJur — É ilegítimo eu diminuir meu tributo como forma de melhorar meu resultado?**

**Ives Gandra —** Eu não disse isso. Eu acho que é legítimo. Só que, com a mentalidade dominante hoje no Brasil, é arriscado.

**ConJur — Uma lei antielisiva é necessária?**

**Ives Gandra —** Sou contrário. Toda lei antielisiva dá um campo de arbítrio fiscal monumental. Por que não passou a Medida Provisória 66? Porque praticamente deixava o fiscal com direito de desconfiar e multar. Se eu tenho, no Direito Tributário, o princípio da tipicidade fechada, da estrita legalidade, da reserva absoluta de lei fiscal, como vou admitir o palpite fiscal para quebrar esses três princípios?

**ConJur — Ter uma norma não daria um pouco mais de segurança em vez de deixar como está?**

**Ives Gandra —** As autuações têm um campo grande de defesa, enquanto que as normas são taxativas.

**ConJur — O que o senhor achou da decisão do Conselho Nacional de Justiça de anular um concurso para juízes em São Paulo devido à avaliação subjetiva dos candidatos?**

**Ives Gandra —**Nós fazemos o exame da postura ética. Esse é um exame feito nas entrevistas pessoais, que ao contrário do que o CNJ disse, é importantíssimo para que o examinador perceba a estabilidade emocional do candidato. O CNJ diz que tem que ser público, mas digo que é preciso ser individual. Aquele cidadão, vitaliciado, vai ficar até os 70 anos no cargo e pode fazer um mal muito grande com suas decisões. A avaliação psíquica do candidato é fundamental para verificarmos sua estabilidade. No último exame da magistratura federal, examinamos cada candidato em entrevista pessoal por duas horas e meia.

**ConJur — As mesmas perguntas eram feitas a todos?**

**Ives Gandra —**Não. Variávamos sempre. Porque, senão, eles saíam e falariam nos cursinhos. Todo o processo, a ficha corrida, tudo isso nós temos. Mas temos que fazer uma avaliação da estabilidade emocional daquele que vai ser julgador.

**ConJur — Em artigo publicado na *Folha de S.Paulo* em 2011, o senhor criticou a interpretação que hoje se dá a fatos ocorridos durante o regime militar, investigados pela Comissão da Verdade. Em sua opinião, a Lei de Anistia enterrou as situações para ambos os lados da luta até mesmo para a descoberta da verdade?**

**Ives Gandra —** A Comissão da Verdade não se propôs a examinar os crimes praticados pelos terroristas contra os militares. No artigo da *Folha*, eu falo dos

Borgs, um povo fictício da série Star Trek. Ele tinha um comando central, uma rainha, e todos os povos de outros planetas que eram conquistados se transformavam em metade humanos e metade máquinas, sob o comando dessa rainha. Ou seja, havia duas saídas para os derrotados: eram assimilados ou aniquilados. Típico das ditaduras. Em regimes totalitários não há direito de defesa. Quem não pensa igual é perseguido, pode ser morto. São exemplos o nazismo, o comunismo e o fascismo. A Comissão da Verdade só quer ver um lado, é uma teoria que não admite contestação. E as democracias só existem quando há contestação. Quando digo que a democracia precisa de oposições, falo de uma oposição forte, porque o poder tende a ultrapassar e superar todos aqueles que se opõem a ele. E só com posições fortes é que se pode ter aquilo que John Rawls chama de “teorias não abrangentes”. As teorias abrangentes não são democráticas. Quando digo: “A verdade está comigo e ninguém pode ter uma verdade”, minha intenção, se eu estiver no poder, é fazer com que ela prevaleça e ninguém adote. As teorias não abrangentes, aquelas que admitem o respeito com quem pensa diferentemente, são aquelas que permitem a democracia.

**ConJur — No julgamento do processo do mensalão, com alta exposição na mídia, os ministros se mostraram mais receptivos, para condenar, a elementos que não teriam o mesmo efeito em outros processos?**

**Ives Gandra** — Houve duas teses que se chocaram. Uma delas é o *in dubio pro reo*. Nessa tese clássica, a segurança do processo penal não é uma segurança da sociedade, é uma segurança do criminoso. A ação penal não foi feita para proteger a sociedade, mas para proteger o acusado. Se o julgador não estiver convicto, não deve condenar. É a tese que todos os réus defenderam. De outro lado, temos a tese do crime externo. A nação, como sociedade, viu circular dinheiro que ninguém sabe para onde foi, com pessoas bem definidas, mesmo sem nexos causal, ou seja, eu dei o dinheiro para você me fazer aquele favor. Mas a verdade é que esse dinheiro até hoje não foi explicado. De onde veio e onde foi parar? A tese que fragilizou o mensalão foi a do Caixa 2. Eles admitiram ter praticado um crime, mesmo que já prescrito. Oras, se eu recebo um dinheiro para fazer campanha eleitoral e vou pagar quem vai fazer minha campanha eleitoral, eu não sei a quem paguei? A tese do Caixa 2 teve um problema de não se saber para onde foi o dinheiro. Ela entrou como uma tentativa de fazer com que a prescrição eliminasse o processo, mas fragilizou como crime sistêmico. Principalmente porque o presidente Lula deu três versões diferentes. Na primeira, disse: “Fui traído.” Na segunda, disse: “Todo mundo faz.” Na terceira, disse que não houve mensalão. O próprio presidente auxiliou a não haver uma defesa consistente e começou a prevalecer a tese do crime sistêmico. A nação ficou estarrecida de ver tanta gente vinculada ao governo, a um partido político, e não se saber de onde veio e para onde foi o dinheiro. Evidentemente foi um choque entre a tese do crime individual e a do crime conjunto sistêmico contra a nação, contra a sociedade. O Supremo preferiu seguir por essa segunda linha, que traz um problema: se, no futuro, for aplicado o mesmo entendimento a todo crime contra a ordem pública, vamos ter uma insegurança maior no Direito. A decisão, todavia, vai mudar os costumes políticos no Brasil.

**ConJur — O que o senhor acha da transmissão dos julgamentos pela TV Justiça?**

**Ives Gandra** — Do ponto de vista de universalização do conhecimento, foi positivo. Fiz minha primeira sustentação no Supremo Tribunal Federal em 1962. Vi toda a evolução nesses 50 anos. Os julgamentos eram bastante rápidos. O ministro relatava e os outros ou estavam de acordo ou não. Ninguém precisava demonstrar conhecimento. A TV Justiça, tornando todos os ministros artistas de televisão, os obriga automaticamente a terem de justificar cada voto. Mesmo nos assuntos mais sem transcendência. Muitos deixaram de falar apenas nos autos e anteciparam votos. A própria imprensa constantemente diz que ministro tal não é competente e que foi indicado por amizade. O ministro quase tem obrigação de mostrar que merece estar ali.

**ConJur — A decisão final no mensalão servirá para balizar outros casos?**

**Ives Gandra** — Às vezes, alguns julgamentos podem não sinalizar uma jurisprudência. Não sei se isso vai acontecer. Mas pode ser que, nesse caso, aconteça algo semelhante ao que aconteceu com o presidente Fernando Collor. Quando Collor pediu adiamento da votação de seu Impeachment na Câmara dos Deputados, que ocorreria às vésperas de uma eleição, alegou não ter tido acesso aos documentos para formular sua defesa. O Supremo Tribunal Federal, contra toda a sua jurisprudência, com três votos contrários, dos ministros Ilmar Galvão, Moreira Alves e acho que Luiz Otávio Gallotti, declarou que ele poderia ser julgado pela Câmara dos Deputados sem o conhecimento dos documentos, porque aquilo era apenas um julgamento de admissibilidade, e que quem iria julgar definitivamente seria o Senado. Foi um absurdo. O ministro Moreira Alves caiu em cima de todos os ministros dizendo: “Ele vai perder a Presidência da República e é só um julgamento de admissibilidade?” Ele tem o direito de se defender conhecendo os termos da acusação. Mas o Supremo, contra toda a sua jurisprudência, permitiu que o Collor fosse afastado. O ministro Carlos Velloso, que votou a favor da continuidade do processo, disse: “Ives, o Brasil era ingovernável. Por isso nós decidimos contra a jurisprudência”. Nas decisões seguintes, porém, o STF continuou exigindo que houvesse conhecimento das provas para que a pessoa se defenda.

**ConJur — Alguns réus do mensalão cogitaram recorrer da condenação no Supremo à OEA. Isso faz sentido?**

**Ives Gandra** — Faz sentido para eles. Mas o resultado é nenhum. O que o Supremo decidir não pode ser mudado lá fora. Quanto a crimes praticados no Brasil, o Supremo Tribunal Federal tem a última palavra.

**ConJur — E quanto ao duplo grau de jurisdição?**

**Ives Gandra** — Na prática, nós não temos duplo grau em tudo o que existe na Justiça. Nos Juizados Especiais, por exemplo, não temos duplo grau. Há o Supremo, mas é preciso haver uma boa justificativa para o recurso. O duplo grau de jurisdição é ter direito a um segundo julgamento. No Supremo, o duplo grau é admitido em Embargos Infringentes. Quer dizer, se eu tiver quatro votos, posso recorrer para o próprio tribunal, apresentando novos argumentos.

**ConJur — A prerrogativa de foro causa essa distorção nas ações originárias no Supremo?**

**Ives Gandra** — Não causa, porque cada sistema jurídico é adaptado à realidade do país. Não existe uma norma internacional que diga: “Os países que não adotarem o duplo grau de jurisdição nós vamos obrigar a fazê-lo”. No

Brasil, não temos corte constitucional. Quando da Constituinte, fiz um roteiro para 66 deputados. Como sugestão, dividi o Poder Judiciário em três: um Poder Judiciário da administração de Justiça; um Poder Judiciário Constitucional, que seria uma corte constitucional com cortes de derivação, inclusive; e um Poder responsabilizador da administração pública, que seriam os Tribunais de Contas. Os Tribunais de Contas como um ramo do Judiciário e não do Legislativo. E todos com nomeações com o mesmo rigor do Poder Judiciário. Então, teríamos uma Corte Responsabilizadora, uma Corte de Administração de Justiça e uma Corte Constitucional. Não aceitaram. Preferiram uma corte que é constitucional de um lado e última instância da administração de Justiça de outro, além de instância primária originária de administração, quando julga senadores, deputados ou o presidente. O problema é que os ministros ficam com o trabalho acumuladíssimo. A Suprema Corte Americana tem 200, 300 ou 400 processos por ano. Aqui, temos 100 mil processos por ano.

**ConJur — O Supremo Tribunal Federal tem usurpado a função do legislador?**

**Ives Gandra** — Sim. A toda hora o Supremo muda as regras. Hoje nós temos insegurança jurídica. Sou contra o ativismo judicial. O Supremo diz que eles estão apenas interpretando o vácuo legislativo. Mas nos casos de fidelidade partidária, família homossexual, aborto de feto anencéfalo e uso de células embrionárias em pesquisas científicas eles inovaram em relação à lei e à Constituição. Antigamente, quando eu interpretava a lei, dizia que a jurisprudência do Supremo sobre o caso era tal e a lei diz tal coisa. Hoje, digo ao cliente: “A lei diz isso, mas eu não sei como o Supremo vai decidir”. Porque a corte pode fazer uma lei diferente. Por exemplo, o caso de candidato cassado. A Constituição diz que se isso ocorrer em até dois anos depois da eleição, o novo pleito é direto. Se depois desse prazo, é indireto. Onde é que está na Constituição que o candidato derrotado, aquele que o povo não quis, é quem vai assumir? Outro exemplo: a Constituição fala em família de homem e mulher. Onde é que está escrito dois homens? Ela diz que homem e mulher é que podem constituir uma unidade familiar, e não homem, mulher e qualquer outro tipo. Se pessoas do mesmo sexo querem ter uma relação, podem ter. Mas não são uma família, não têm o *status*, o rótulo familiar. Mas podem ter garantias de qualquer espécie previdenciária. O conceito de família como base da sociedade para gerar prole e dar continuidade à sociedade foi o que se pretendeu na Constituição.

**ConJur — E o que fazer diante da omissão do Legislativo?**

**Ives Gandra** — Veja o artigo 103, parágrafo 2º, da Constituição. Nas ações diretas de inconstitucionalidades por omissão, quando o Congresso Nacional não faz a lei, cabe ao Supremo Tribunal Federal comunicar o Poder Legislativo que ele tem que fazer a lei, sem prazo e sem sanção. Quando o Supremo diz: “Eu vou fazer”, está incinerando o artigo 103, parágrafo 2º. Isso eu discuti com o Bernardo Cabral [*senador relator da Constituinte*], com Sidney Sanches, ministro do STF e com Odyr Porto, presidente da AMB, na hora de se escrever a Constituição. Eu queria inserir prazo. Mas Sanches disse: “Ives, você acha que eu teria condição de mandar prender 513 deputados e 81 senadores se eu desse um prazo e eles não fizessem a lei?” Quer dizer, no vácuo, cabe ao

Supremo continuar pressionando para eles fazerem, mas ele mesmo não pode fazer.

**ConJur — Isso não compromete a discricionariedade do magistrado?**

**Ives Gandra** — O magistrado não tem discricionariedade. Ele é legislador negativo. Quem é legislador positivo é quem foi eleito pelo povo. Eu não posso substituir 130 milhões de eleitores por um eleitor. O Supremo tem um único eleitor, que é o presidente da República. O Congresso Nacional, por pior que seja, tem 130 milhões de eleitores. O pior intérprete do Direito é o que põe na lei o que ele gostaria que ela tivesse, e tira da lei o que está nela, porque não lhe agrada. Eu tenho criticado meus amigos do Supremo, que são grandes juristas, certamente muito melhores do que eu, exatamente por esse ativismo judicial. O ativismo gera insegurança jurídica. E esse ativismo judicial começou na era Lula. A mudança na composição foi muito rápida. Antigamente, as mudanças levavam dois, três anos, o que dava tempo de o novo ministro se adaptar à forma de pensar do Supremo. Quando você tem 12 ministros indicados como na era Lula, sendo que oito deles ainda estão na ativa, é um negócio complicado.

**ConJur — Há problemas na indicação de ministros do Supremo?**

**Ives Gandra** — Eu apresentei uma proposta na Constituinte que não foi aceita pelo Bernardo Cabral. Três instituições apresentariam seis nomes cada uma, e nós chegaríamos a 18 nomes. Seis seriam indicados pelos tribunais superiores — dois pelo TST, dois pelo STJ e dois pelo STF —; seis pelo Ministério Público; e seis pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Com o quinto constitucional, oito vindo da magistratura, isso seria muito mais justo. Porque o presidente teria o poder de escolha, mas entre 18 nomes de quem trabalha com Direito, para não acontecerem indicações políticas. Eu conheço, em 55 anos na advocacia, um único caso de rejeição, pelo Congresso, de um indicado para o Tribunal Superior do Trabalho pelo presidente Itamar Franco. É tudo formal.

**ConJur — Como tributarista, o que o senhor achou da indicação do ministro Teori Zavascki para o Supremo?**

**Ives Gandra** — Ele é um cidadão absolutamente contra os contribuintes. Mas é um bom jurista. Coerente.

**ConJur — Qual é o papel da advocacia brasileira?**

**Ives Gandra** — A advocacia é a instituição mais importante da democracia. Só na democracia existe o direito de defesa, que é o direito mais sagrado da advocacia. As outras instituições podem conviver com a ditadura, a advocacia não. Considero os delegados também muito importantes, porque dão início ao processo penal. Por isso tenho defendido a equiparação da carreira às demais carreiras jurídicas.

**ConJur — Com a nova Lei de Lavagem de Dinheiro, o advogado tem a obrigação de entregar o cliente em caso de constatação de crime?**

**Ives Gandra** — A nossa lei da Ordem é especial e essa nova Lei de Lavagem é uma lei geral. Lei especial não é revogada por lei geral. É só ler o artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil. Nós temos uma lei que diz que o advogado,

e os escritórios, são invioláveis no exercício de sua função, conforme o artigo 133 da Constituição.

**ConJur — Boa parte dos seus poemas são para sua esposa, Ruth, também advogada. Ela o auxilia no trabalho?**

**Ives Gandra** — Ela foi minha sócia. Agora não advoga, mas ainda revê meus pareceres. A parte gramatical, porque o pior revisor é o autor. Geralmente eu mando o parecer para o cliente e digo: “Depois mando a versão definitiva.” Ela faz a revisão final até hoje. Eu a conheci na faculdade. Fiz faculdade enquanto trabalhava com meu pai em uma perfumaria. No quinto ano, disse que não iria continuar. Foi meu irmão quem continuou o negócio do meu pai. Daí comecei a advogar e estou advogando até hoje. Advogado em tempo integral.

**ConJur — Quem foi sua maior influência no Direito?**

**Ives Gandra** — Na faculdade, fui aluno do Miguel Reale. Para mim, foi o maior jurista no Brasil, o maior filósofo. Tive alguns privilégios, como, por exemplo, ter fundado junto com ele a Academia Internacional de Direito e Economia. Eu o sucedi na Academia Brasileira de Filosofia. Ele votou em mim para entrar na Academia Paulista de Letras. Esteve também presente na minha entrada na Academia Paulista de História. E fizemos alguns livros juntos, quatro ou cinco livros. Ele era muito meu amigo e foi, de longe, o professor que mais me influenciou na vida, porque era filósofo e jurista.

**ConJur — Quando se deu o interesse pelo Direito Tributário?**

**Ives Gandra** — Quando comecei na advocacia. Houve a mudança da lei do imposto de consumo, com a introdução do princípio da não cumulatividade. Achava que todo mundo tinha que começar da estaca zero. Então, comecei nessa área, porque teve uma mudança total do sistema em 1958. Comecei na área tributária e fiquei nela até hoje. Tive bons amigos. Os nomes que me impressionaram foram Rubens Gomes de Souza, Gilberto de Ulhoa Canto, Carlos da Rocha Guimarães e Alcides Jorge Costa. Todos elaboraram o Código Tributário Nacional.

**ConJur — O senhor é muito próximo do professor Paulo de Barros Carvalho, um dos maiores teóricos vivos do Direito no país. Mas ambos têm entendimentos diferentes sobre fatos e normas jurídicas. Quais são essas diferenças?**

**Ives Gandra** — São as duas grandes vertentes do Direito. A teoria do Paulo consolida uma linha muito mais voltada à linguagem como expressão como diferenciadora dos sistemas jurídicos, o que vale dizer: a lógica jurídica é uma lógica que deve ser cristalina. Lourival Villanova foi a grande expressão desse pensamento e o Paulo hoje, indiscutivelmente, é a maior expressão no Brasil dessa linha. Há outra linha, que é a minha, a da tridimensionalidade, do Miguel Reale. Talvez por essa razão é que nós nos damos tão bem o Paulo e eu, porque temos essa, não divergência, mas, digamos, vertentes diferentes. Reale foi meu professor, escrevemos cinco livros juntos e diversos pareceres. Nós entendemos que o fato jurídico é que é o relevante. A norma é importante, porque representa a dicção, uma compreensão, mas o Direito é fundamentalmente o fato compreendido e transformado em norma. A teoria tridimensional do Direito parte do princípio, na formulação do Reale, de que os fatos em um determinado momentos são “jurisdicizados”. E nessa

“jurisdiscização” dos fatos jurídicos há uma valoração por parte da autoridade que vai fazer o Direito, que cria a norma. Portanto, a dicção normativa é importante, mas apenas representa os fatos que foram gerados. Então, eu tenho fato, valor e norma. No momento em que surge uma nova norma, ela regulamenta um fato, que, em função das tensões das realidades humanas, provoca uma nova tensão, uma nova norma, que cria um novo fato, que cria uma nova norma e, por isso, o Direito é dinâmico.

**ConJur — Há direitos sem normas, então?**

**Ives Gandra** — Na prática, temos situações e sujeitos e relações entre eles. Há direitos que nascem com a própria pessoa, o que chamamos de direitos naturais. Não é o Estado quem cria esses direitos naturais. O direito à vida, por exemplo, é seu. Você nasceu com ele. O Estado pode deturpar o seu direito, retirá-lo, mas ele nasce com você. Na nossa linha jusnaturalista e tridimensionalista, damos muita importância ao fato sociológico e ao fato gerado.

**ConJur — O que são direitos naturais?**

**Ives Gandra** — A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi escrita por um jusnaturalista, um cidadão que pensava como nós, que há direitos inalienáveis que nascem com cada ser humano e todos têm que respeitar. O maior deles é o direito à vida, à dignidade humana.

**ConJur — Qual é o nível de fragilidade das normas?**

**Ives Gandra** — O Direito protege uma sociedade, mas só existe em um regime democrático enquanto há força na situação e na oposição. Se eu tenho um regime democrático com forças que se digladiam sem que uma liquide a outra, tenho um Direito que pode ser estável, porque vai sempre decorrer das tensões da sociedade democrática, que se vai alternar no poder. Sempre que um poder não tem oposição à altura, atropela a lei, faz o que bem entende. Estamos vivendo, na América Latina, por exemplo, um processo de inversão da democracia, visto na Venezuela, na Bolívia, no Equador. Sem oposição válida, eles vão atropelando e modificando a lei da forma que querem. Na Argentina, viola-se, por exemplo, direitos de imprensa, porque não há oposição. O poder não conhece princípios. Quem quer o poder o quer para ficar no poder. As democracias se fragilizam e o próprio Direito tem mudado de acordo com os interesses do detentor do poder.