

A TESE DO CRIME EXTERNO

O tributarista e constitucionalista Ives Gandra Martins, sempre ativo e de prontidão, deixa bem claro que tem profunda admiração pela segurança, afirmando que, no processo do mensalão,



houve duas teses que se chocaram. Uma delas é o *in dubio pro reo*, uma tese clássica, em que a segurança do processo penal “não é uma segurança da sociedade, mas uma segurança do criminoso”. Ou seja, a ação penal não foi feita para proteger a sociedade, “mas para proteger o acusado”.

Para ele, “se o julgador não estiver convicto, não deve condenar” – 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 nexo 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”. Para ele, no entanto, a tese que fragilizou o mensalão foi a do Caixa 2, porque eles admitiram ter praticado um crime, mesmo já prescrito”.

Ives Gandra fala também sobre o final do mensalão: “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 STF, contra toda a sua jurisprudência, com três votos contrários, dos ministros Ilmar Galvão, Moreira Alves e Luiz Otávio Galotti, 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”.

Vale a pena ler Ives Gandra.

- Como está o placar na Justiça entre contribuintes e fisco?

- Muito ruim para os contribuintes, por uma razão muito simples: os assessores dos ministros deveriam ser concursados, como os juízes. Participei das bancas de três concursos para a magistratura federal e estadual. Examinei sete mil candidatos para ter menos de 100 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.

- Mas boa parte dos assessores são procuradores, que também são concursados.

- 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.

- 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?

- 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.

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

- 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.

- Qual é a grande discussão tributária atualmente?

- 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.

- Existe sigilo fiscal de pessoa jurídica?

- 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.

- 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...

-... com o conhecimento de que ela era inconstitucional.

- Com o conhecimento?

- 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.

- Existia uma norma autorizadora. É justo que a empresa tenha que recolher retroativamente?

-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.

- Como o senhor avalia as discussões tributárias em relação ao preço de transferência?

- 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.

- Quais serão as mudanças propostas no texto da reforma tributária da comissão do Senado?

- 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.

- Os planejamentos tributários são as novas teses da moda?

- 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.

- Uma lei antielisiva é necessária?

- 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?

- 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?

- 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.

- As mesmas perguntas eram feitas a todos?

- Não. Variávamos sempre. Porque, senão, eles sairiam e fariam 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.

- A decisão final no mensalão servirá para balizar outros casos?

- 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.

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

- 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.

- E quanto ao duplo grau de jurisdição?

- 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.

- O Supremo Tribunal Federal tem usurpado a função do legislador?

- 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.

- Há problemas na indicação de ministros do Supremo?

- 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.

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

- Ele é um cidadão absolutamente contra os contribuintes. Mas é um bom jurista. Coerente.

- Qual é o papel da advocacia brasileira?

- 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.

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

- 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.

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

- 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.

- Quem foi sua maior influência no Direito?

- 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.

- Quando se deu o interesse pelo Direito Tributário?

- 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.

- Há direitos sem normas, então?

- 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.

- O que são direitos naturais?

- 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.

- Qual é o nível de fragilidade das normas?

- 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.