

STF: novos ministros, novas

Carlos Ossamu e Domingos Zamagna

Um dos juristas mais conhecidos e respeitados do País, o advogado tributarista Ives Gandra da Silva Martins tem um currículo extenso e diversos títulos. É Professor Emérito das universidades Mackenzie, UNIP, UNIFIEO, UNIFMU, do CIEE/O Estado de São Paulo, das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército - ECEME, Superior de Guerra - ESG e da Magistratura do Tribunal Regional Federal - 1ª Região; Professor Honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martin de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia); Doutor Honoris Causa das Universidades de Craiova (Romênia) e da PUC-Paraná, e Catedrático da Universidade do Minho (Portugal); Presidente do Conselho Superior de Direito da Fecomercio - SP; fundador e Presidente Honorário do Centro de Extensão Universitária - CEU/Instituto Internacional de Ciências Sociais - IICS.

Para falar sobre o desempenho recente do Supremo Tribunal Federal (STF), em particular do julgamento do Mensalão e as novas teses jurídicas que de lá saíram, Ives Gandra recebeu a reportagem do **Digesto Econômico** em seu escritório no bairro dos Jardins. Em sua opinião, o STF deixou o seu papel de Guardião da Constituição e enveredou perigosamente em terreno pantanoso, passando a ser um legislador positivo, ou seja, passou a fazer leis. Consequência disso é o conflito que vemos hoje entre o STF e o Poder Legislativo – Congresso Nacional e Senado.



Leticia Moreira/Folhapress

Ives Gandra Martins: o STF assumiu um papel de legislador positivo e passou a fazer leis.

funções, novos problemas

Ulisses Guimarães (esq.) e
Bernardo Cabral (dir.) na
Assembleia Constituinte

Luiz Novaes/Folhapress



Digesto Econômico - O Supremo Tribunal Federal tem aparecido muito na mídia, juntamente com seu presidente, o ministro Joaquim Barbosa. O senhor acha isso positivo?

Ives Gandra da Silva Martins - A minha experiência com o STF vem do início da década de 60, eu sustento perante o Supremo Tribunal há mais de 50 anos. Vi um grande número de ministros passar por lá. Até o fim do governo Fernando Henrique em 2002, todas as mudanças no STF ocorriam em um prazo de dois a três anos, o que permitia que um ministro que entrasse, em seis meses compreendesse o perfil da corte, de que forma deveria decidir. E a linha do STF, até dezembro de 2002, era a de ser um legislador negativo. O Supremo só poderia não

dar curso a leis inconstitucionais, jamais produzir a lei.

Vou contar um episódio que me parece relevante. Quando da Constituinte, entre fim de 1987 e começo de 88, o relator Bernardo Cabral, o ministro Sidney Sanches, um antigo presidente já falecido da Associação dos Magistrados Brasileiro e eu, estávamos em Brasília. E discutíamos a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, que é uma ação pela qual o Congresso não legislando, se omitindo, não impondo dispositivos considerados fundamentais em lei, deixando de regular a Constituição, poderia então o cidadão entrar, através das entidades legitimadas, no Supremo Tribunal Federal com uma ação de inconstitucionalidade por omissão, para que o STF de-

José Carlos Moreira Alves, ex-ministro do STF, dizia que o Supremo era o Guardião da Constituição.



clarasse omissão do Congresso. Saiu de lá o Artigo 103, Parágrafo 2º, que declara que em caso de ações diretas de inconstitucionalidade por omissão, o STF declarará omissão do Congresso e comunicará o mesmo que está em uma posição inconstitucional – mas caberá ao Congresso fazer a lei. Essa redação não foi dada por nós naquele momento. Naquele momento, nós só discutíamos o princípio, a redação foi dada pelos constituintes, mas o Bernardo era o relator. Lembro-me que propus que se pusesse uma sanção e um prazo de 120 dias para produzir a norma. E o ministro Sidney Sanches fez uma observação, naquele seu estilo de humor. Ele disse: Ives, imaginemos que coloquemos um prazo de 120 dias e o Congresso não venha a decidir. Você acha que eu teria condições de mandar prender 503 deputados e 81 senadores por desacato? E o argumentou convenceu a todos e terminou sem prazo e sem sanção.

O senhor disse até o fim do governo FHC. O que aconteceu com o STF no governo Lula?

A partir de 2003 – enfatizando que até então a função do STF era de legislador negativo, nunca fazer a lei – muitos ministros foram se aposentando, em um mês se aposentaram três, o que representou uma necessidade de preencher os quadros do Supremo com muita rapidez. Isso fez com que os ministros não tivessem, digamos, aquela escola anterior de uma tradição do Supremo de legislador negativo. Tivemos uma mudança muito rápida na era Lula – quando falo era Lula e Dilma, são dez anos – em que o Supremo foi mudado algumas vezes por eles. Tivemos uma alteração sem que os mais velhos pudessem exercer uma influência sobre os novos, mas todos eles grandes juristas. O próprio ministro (José Antônio Dias) Tofolli, que eu às vezes critico, li um trabalho dele muito bom sobre Hans Kelsen. Todos eles são grandes juristas, mas não houve, digamos, aquela ambientação que havia no passado. No passado havia, por exemplo, um ministro, que em minha opinião foi o maior ministro do Supremo, o José Carlos Moreira Alves, que dizia que o Supremo era o Guardião da Constituição (mas Moreira Alves era o guardião do Supremo). Vale dizer que ele não permitia disfunções. Essa mudança rápida levou, em determinado momento, que os ministros do Supremo sentissem que eles

tinham também uma função legislativa. Quando o Congresso for omissivo, nós vamos legislar em seu lugar. Isso levou à incineração do Artigo 103, Parágrafo 2º. Se eles podem legislar, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão do Congresso passa a ser inútil, eles passaram a ter poderes legislativos. A meus ver, de modesto constitucionalista, são poderes inconstitucionais, eles são os guardiões da Constituição e não poder substitutivo do Poder Legislativo. Eles têm de guarda a Constituição e não mudá-la.

O senhor poderia exemplificar isso?

Eles mudaram em diversos casos, por exemplo, no caso do governador da Paraíba Cássio Cunha Lima, que foi cassado e o STF deu posse ao segundo colocado, José Maranhão. Se o governador eleito e o vice são cassados, a Constituição manda que haja uma nova eleição, se o fato ocorrer nos dois primeiros anos; e eleição indireta, se ocorrer nos dois últimos anos. Em nenhum lugar está escrito que o candidato derrotado é quem deve assumir. Então, eles legislaram. A fidelidade partidária foi discutida na Constituinte e os partidos não quiseram levar a diante, apesar de Tancredo Neves ser eleito por quebra da fidelidade partidária, talvez por isso eles não quiseram. Se decidiu na Constituinte que cada partido definiria de que forma iria regular a fidelidade partidária, é o que está no Artigo 17. Mas vem o Supremo e diz que a fidelidade partidária tem de ser aplicada em todos os partidos. O STF foi legislador positivo. No caso das células tronco, o que ocorre é que, pela primeira vez a Constituição fez menção de que deveria haver uma inviolabilidade do direito à vida. As Constituições anteriores falavam de inviolabilidade dos direitos concernentes à vida. Esta não, ela fala do direito à vida. A vida começa na concepção, está no Artigo 2º do Código Civil, todos os direitos do nascituro são garantidos desde a concepção. Isso está no Tratado Internacional dos Direitos Humanos, que o Brasil assinou. A concepção é o zigoto, a primeira célula. Mas vem o Supremo e dá a interpretação que a inviolabilidade do direito à vida é garantida ao cidadão que nasceu. Então, temos um conflito entre a decisão do Supremo e o Código Civil. Isso significa que o Código Civil deveria ser lido da seguinte forma: Todos os direitos



Na Constituição, casamento tem de ser entre um homem e uma mulher, mas o STF novamente legislou e mudou isso.

do nascituro são garantidos, menos o da vida. O que é uma contradição evidente. Novamente, o Supremo legislou.

Outro exemplo é o casamento gay: o relator da Constituinte foi o Bernardo Cabral. Ele declarou que será uma entidade familiar a união entre um homem e uma mulher, fazendo o Estado tudo para transformar em casamento. Como tudo no Brasil pode acontecer, o Bernardo Cabral disse: "Vamos colocar que tem de ser entre um homem e uma mulher, senão, é capaz de eles inventarem". E o Supremo vem e diz: realmente, tem de ser entre homem e mulher, mas dada as circunstâncias, pode ser entre dois homens ou duas mulheres. Novamente o STF legislou. Para união gay existem vários projetos e Emendas Constitucionais tramitando no Congresso. Eles desconhecem as atividades legislativas do Congresso e passaram a legislar.

Como o senhor vê esta questão de legislador positivo?

O Supremo passou a tomar medidas do legislativo sem mandato. Entre os três poderes, o Judiciário é um poder técnico, é escolhido, ou por concurso ou eleito por uma pessoa só, o presidente da República. O Poder Executivo é o que representa a maioria da nação. O Congresso representa a totalidade da nação, pois tem situação e oposição. Se o Congresso não está querendo aprovar uma lei, ele está sentindo o que o povo quer. Um congressista, quando não aprova uma lei, ele pensa no seu eleitorado. Quando o Supremo diz: nós, que não fomos eleitos por 130 milhões de brasileiros, mas por uma pessoa só, de acordo com a sua preferência pessoal, vamos decidir em nome dos representantes de 130 milhões. Neste ponto, o que começamos a perceber é que, apesar deles serem grandes ministros, eles não tiveram aqueles breques necessários que os mais antigos fariam. Moreira Alves não deixaria isso ocorrer. Se falarmos com os antigos ministros, todos eles teriam uma concepção diferente.

Qual a sua opinião sobre o julgamento do Mensalão?

Esse legislar positivamente no Supremo é que tem provocado problemas, como exemplo, em relação ao Mensalão. Acho que do ponto de vista de mídia e do ponto de vista dos costumes políticos, o Mensalão foi muito importante. Dá a nítida impressão para o povo que os maus costumes políticos

foram contestados e que serão punidos. Pela primeira vez na história, 40 participantes foram processados, e a grande maioria punida. Do ponto de vista político, sociológico, estou convencido que foi um bem para o Brasil. Do ponto de vista estritamente jurídico, falando como jurista, é uma mudança que nunca teria acontecido no Supremo até 2002. Haveria algumas condenações, mas não aquelas com base na teoria do Domínio do Fato. Qual é a matéria que sempre regeu do Direito Penal? Como vai tirar a liberdade de um cidadão, que tem direito a defesa, a dúvida não beneficia a sociedade, a dúvida beneficia o acusado. Isso é pacífico em Direito Penal, que é a teoria *In Dubio Pro Reo*.

No caso do ex-presidente Fernando Collor, que foi afastado, Moreira Alves foi o relator e não encontrou nexo causal do ponto de vista jurídico. Collor foi condenado politicamente. Não se viu nexo causal entre aquela Elba que ele ganhou e benefícios que o governo tenha feito de qualquer forma para a Fiat. Razão pela qual, não havendo nenhum processo, ele absolveu e o Supremo acompanhou por unanimidade.

Agora, colocando de lado a teoria do *In Dubio Pro Reo* e passaram para a teoria do Domínio do Fato, que a meu ver, do ponto de vista jurídico, passamos a ter uma teoria que traz insegurança jurídica. Por exemplo: alguém tem um empregado, que cometeu um crime e o patrão desconhece. Pela teoria do Domínio do Fato, como o patrão é conhecedor do que ocorre em sua casa, ele é corresponsável na parte penal, não na parte civil. Em Direito Penal, a teoria do Domínio do Fato pode levar pessoas que não tenha conhecimento do crime a ser considerado criminoso. No Direito Penal, há um princípio de que tem de haver prova contundente, ou indícios extremamente contundentes.

Por que traz insegurança jurídica?

Enquanto o Collor foi beneficiado pelo *In Dubio Pro Reo*, contra o José Dirceu não há prova nenhuma – abaixo dele sim, o Genuino, o Delúbio Soares e o João Paulo Cunha receberam dinheiro. Mas em relação ao José Dirceu, não havia provas materiais, então eles aplicaram a teoria do Domínio do Fato. Não estou tomando posição, estou apenas mostrando que entre o



Contra José Dirceu não havia provas materiais, então eles aplicaram a teoria do Domínio do Fato.

aspecto positivo político da imagem que o Supremo passou e o aspecto da insegurança jurídica, porque se a teoria do Domínio do Fato pegar, ninguém mais, na função do poder público, vai estar garantido, porque se ele tem o domínio do fato, ele é quem escala as pessoas. Se levarmos essa teoria às últimas consequências, no caso do Mensalão, quem deveria ser condenado? O José Dirceu ou o ex-presidente Lula? Então, eles levaram a teoria do Domínio do Fato pela metade. Isto é que me dá certa intranquilidade, apesar de reconhecer um mérito grande dos ministros do Supremo – tenho livros escritos com muitos deles, com o Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, tenho uma grande admiração por todos, o que não modifica a minha impressão de que, com esta elasticidade de Poder Legislativo que eles se dão – e é um Poder Legislativo do qual não se pode recorrer. Quando o Congresso faz uma lei inconstitucional, posso recorrer ao Supremo, quando o Supremo faz a lei, não tenho a quem recorrer. Essa lei dos governadores, em que o Supremo pôs o candidato derrotado na Paraíba, a quem recorrer, se foi o próprio Supremo quem determinou?

É esta nova posição do STF que o tem levado à mídia?

Eu considero que esta nova linha do Supremo extremamente perigosa. Tenho um profundo respeito pelo Supremo, pelos seus ministros, mas o perfil hoje é completamente diferente do que há 56 anos, quando comecei advogar. Por isso ele está tanto na mídia. Antigamente, o Supremo falava nos autos. Nos velhos tempos do Supremo, nunca vi ministro antecipar voto, dar entrevistas fazendo considerações. Essa mudança de perfil tem levado o Supremo à mídia, criado conflitos com o Legislativo, que percebeu que o Supremo está legislando e está reagindo. A meu ver, se o Legislativo levasse às últimas consequências esse conflito de invasão de competências, eles teriam, pelo Artigo 49, Inciso 11 da Constituição, o direito de brechar (essas decisões do Supremo) e se por acaso o Supremo não quisesse, eles poderiam recorrer às Formas Armadas – o Artigo 142 diz que, a pedido de qualquer Poder, para manter a ordem e a lei, o Poder pode recorrer às Forças Armadas.

Hoje vivemos em um terreno movêdiço nas relações entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo, decorrente, a meu ver,

desta tendência do Supremo de considerar que nos vácuos legislativos, eles têm de substituir o Poder Legislativo, competência que, para mim, eles não têm. A Constituição diz que os Poderes são harmônicos e independentes.

Alguém pode se aproveitar dessa desarmonia?

Tenho a impressão que no momento ninguém pode se aproveitar. O Congresso não é uma força unida; no Supremo, vemos que os próprios ministros têm essa tendência, mas publicamente têm divergências que os jornais exploram; e o Executivo não sabe dialogar nem com um, nem com o outro, basta ver as derrotas sucessivas da presidente Dilma no Legislativo. Vários ministros do Supremo que condenaram os mensaleiros foram indicados pelo Lula. Isso significa que há certa desconexão entre os perfis que vão para o Supremo, para o Legislativo e para o Executivo.

Isso provoca uma instabilidade institucional na medida em que se percebe que os poderes não são nem tão harmônicos e nem tão independentes, já que um começa a invadir a competência do outro.

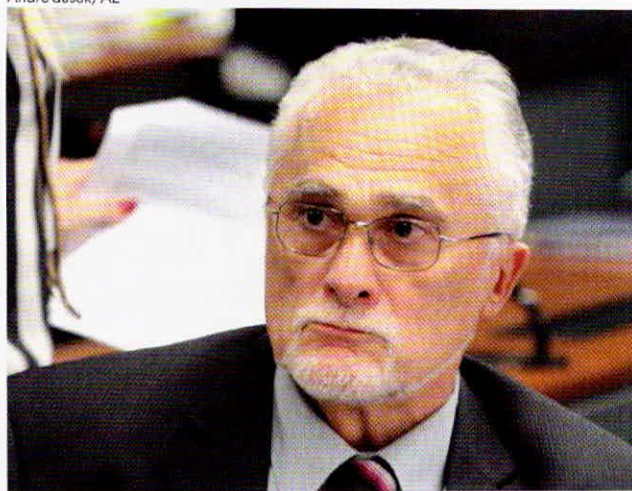
Essa tendência de o Supremo legislar, é um caminho sem volta, será assim daqui para frente?

A reação dos constitucionalistas tem sido grande e o Supremo tem percebido que tem havido conflitos desnecessários com o Poder Legislativo. Os próprios ministros que lá estão, os mais jovens, eles vão ficar até os 70 anos e terão tempo de refletir. Cada vez que o pêndulo vai muito longe, ele termina voltando. Eu tenho a sensação que o tempo vai auxiliar a voltar. É uma fase especial, cujo ponto culminante foi exatamente o julgamento do Mensalão.

E essa grande exposição na mídia, quais as consequências?

Isso é uma posição pessoal minha: acho que a televisão, transmitindo o processo do Mensalão, de um lado foi positiva, pois permitiu que todos acompanhassem, mas de outro foi ruim. Cada ministro, para cada voto, se sentiu na obrigação de dar uma aula de Direito. Quando comecei a advogar, na década de 60, o relator trazia seu voto, se o ministro estava

José Genuíno (ao lado) e Delúbio Soares receberam dinheiro do Mensalão, há provas quanto a este fato.



de acordo, acompanhava o relator. No Mensalão, mesmo estando de acordo, o ministro dava uma aula de Direito. Com isso, houve muita demora.

Eu vi discussões homéricas entre Cordeiro Guerra e Moreira Alves em decisões, mas quando terminava a sessão os dois saíam abraçados para jantar. Perante a televisão é diferente, ganha outra conotação, não é apenas uma "raiva técnica". Há momentos em que, o fato de ter palco, ninguém quer ficar inferiorizado, o que é humano.

O que o senhor pode falar sobre o atual presidente do STF, ministro Joaquim Barbosa?

É uma das pessoas mais cultas que eu conheço, de uma cultura indiscutível, fala diversos idiomas, é um humanista, conhece literatura, conhece música, filosofia etc. Mas a sensação que eu tenho é que, com todo talento que ele tem, ele ainda não tirou inteiramente a roupagem do Ministério Público. Sendo do Ministério Público, a sua função era acusar. Agora, ele tem que fazer o papel de magistrado. Poucos magistrados no Brasil possuem a cultura do ministro Joaquim Barbosa, que é um mérito impressionante pela sua origem humilde, pelas dificuldades que passou. Mas o seu temperamento, muitas vezes, o trai, temperamento este que decorre de suas funções no Ministério Público. Hoje, o seu maior inimigo não são os outros, é ele mesmo.

Qual a sua expectativa em relação ao julgamento do Mensalão?

O grande tema que será discutido sobre o Mensalão é o chamado Crime da Quadrilha. É o ponto mais complicado, em que se pressupõe que se tivesse toda uma armação. Esse será o ponto crucial a ser discutido no Supremo. Os outros crimes, tenho impressão de que eles adotaram uma linha que dificilmente irão mudar. A questão da quadrilha é uma prova difícil, dizer que todos eles se reuniam. Esse vai ser o ponto que será mais debatido. E com dois novos ministros participando, há possibilidade de alteração. Esses debates devem ocorrer agora em agosto. Acho que este ano ainda deve ter solução, agora que o Supremo está completo, quando todos estiverem preparados, o ministro Joaquim Barbosa deve colocar na pauta o exame dos embargos que foram apresentados.



Lula Marques/Folhapress

O caso Battisti foi diferente do Mensalão, não é mesmo?

No caso do Cesare Battisti, aconteceu o inverso no Supremo: no momento que o Supremo declarou que ele deveria ser deportado para a Itália, o Lula não poderia ter dito que o manteria aqui, o Supremo deveria ter exigido que fosse deportado. O Supremo abdicou do seu direito de decidir, deixando nas mãos do Executivo. Houve muitas críticas dos constitucionalistas sobre isso. Ele foi condenado na Itália por crime comum, não um crime político. O Supremo não poderia abrir mão, esta era uma competência exclusiva dele.

Em palestra na ACSP, o ex-ministro Ayres Britto disse que somente agora se começa a perceber a grandeza da atual Constituição. O senhor compartilha dessa opinião?

Escrevi, juntamente com o Celso Bastos, 15 volumes comentando toda a Constituição, são mais de 12 mil páginas. Com todos os problemas que tivemos, nunca mais se falou em ruptura institucional, há um equilíbrio de poderes. No momento em que há um vácuo de poder, cada poder tem força suficiente para que não haja uma desfiguração. Isso o que o Carlos Ayres Brito disse é uma verdade, agora é que estamos descobrindo muitas coisas desta Constituição. **■**