O DIREITO DE DEFESA E SUA AMPLIDÃO

*Ives Gandra da Silva Martins*¹⁻²

INTRODUÇÃO

Tendo sido convidado, uma vez mais, pelo caríssimo amigo e mestre Paulo de Barros Carvalho, para proferir palestra no XVI Congresso Nacional de Estudos Tributários do IBET, é com muito prazer e honra que tratarei da “Tributação e direito de defesa: a importância do advogado na formação de teses jurídicas”.

Para melhor esmiuçar este tema, considero relevante enfrentar a questão da interpretação do direito, para delimitação do papel do advogado, distinguindo-o do jurista (doutrinador).

Em seguida, importante se faz a análise acerca da proteção que a Constituição Federal dedicou ao direito de defesa

1. Agradeço a contribuição de minha Assistente Ana Regina Campos de Sica, que me auxiliou na elaboração do presente artigo.

2. 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 CEU Law School- Escola de Direito.

para, por fim, compreender a dimensão deste no âmbito do direito tributário.

É, pois, o que passo a demonstrar.

O ADVOGADO E O JURISTA

O jurista é, por excelência, um estudioso. Muitas vezes está mais preocupado com a formulação de teorias do que no exame de sua praticabilidade, lembrando-se episódio, que embora digam ter ocorrido com Hegel, seria aplicável a muitas das formulações dos doutrinadores. Segundo a história, um aluno de Hegel, pai do idealismo filosófico, teria dito: “Mestre, há um profundo abismo entre as suas ideias e os fatos”, a que, olímpicamente, o filósofo respondeu: “Pior para os fatos”³.

Muitas vezes, o doutrinador parte para soluções jurídicas e formulações teóricas de pouca aplicação e formata um direito de inadequação.

Tenho para mim que são os detentores do poder que fazem de acordo com seus interesses de governança, representativa ou imposta, os parâmetros jurídicos de uma sociedade, cabendo ao jurista posteriormente formular as teorias dos fatos consumados, as quais poderão no futuro influenciar

3. Hegel, inclusive ataca a matemática, por considerar uma Ciência pobre, visto que não navega nas alturas das concepções filosóficas. Diz: “À evidência desse conhecimento defeituoso, do qual a matemática se orgulha e com o qual se arma igualmente contra a filosofia, repousa somente sobre a pobreza do seu fim e a deficiência da sua matéria. É, pois, de uma espécie tal que a filosofia tem o dever de desprezá-la. Seu fim ou conceito é a grandeza. Trata-se exatamente da relação inessencial e carente de conceito. O movimento do saber passa, por conseguinte, sobre a superfície, não toca a coisa mesma, não atinge a essência ou o conceito e, por essa razão, não é um conceber. O espaço e o uno constituem a matéria com relação à qual a matemática garante seu tesouro consolador de verdades, O espaço é o existir no qual o conceito inscreve suas diferenças como num elemento vazio e morto e no qual essas diferenças estão igualmente sem movimento e sem vida, O efetivamente real não é algo espacial, tal como é tratado na matemática. Nem a intuição sensível concreta nem a filosofia se ocupa com esse tipo de inefetividade que são as coisas da matemática. Com efeito, num tal elemento inefetivo há igualmente apenas um verdadeiro inefetivo, ou seja, proposições fixas e mortas” (Os pensadores, vol. XXX, Georg Wilhelm Friedrich Hegel, Abril cultural, São Paulo, 1974, p. 31).

CONSTRUCTIVISMO LÓGICO-SEMÂNTICO
E OS DIÁLOGOS ENTRE TEORIA E PRÁTICA

outros atos políticos na definição do caminho jurídico a ser posteriormente seguido.

O certo, todavia, é que o maior conhecimento do jurista colabora na melhor interpretação do Direito.

Neste particular cabe uma distinção entre o jurista e o aplicador do direito. O primeiro é, por excelência, o doutrinador de Direito. É o produtor da Ciência que permite orientar a conformação jurídica dos povos.

O advogado, por sua vez, não é jurista⁴. É um defensor que faz da lei o instrumento de defesa ou de ataque de seu constituinte, tirando da legislação suas melhores potencialidades a favor de seus clientes. Seu compromisso é menos com a doutrina e mais com a obtenção do resultado que objetiva.

Nem por isto lhe é dado transigir, na adulteração da lei ou da prova, na busca de resultados que o ordenamento jurídico não permite. Sua habilidade está em potencializá-lo a favor de seu cliente e não em despedaçá-lo por busca de um resultado antiético e contrário ao ordenamento jurídico.

O advogado⁵ não é, portanto, o elaborador da Ciência. É um aplicador do Direito, mas não seu criador. É o conhecedor da lei, mas não seu inspirador. É o profissional que dá estabilidade à aplicação da ordem legal, mas não seu administrador.

Já o jurista/ doutrinador, não. Sua preocupação é diversa do direito de defesa ou do aconselhamento. O jurista é um produtor de Ciência, que ganha dimensão maior, pois deve orientar a melhor interpretação do Direito, conformar os alicerces de sua produção e colaborar com os legisladores positivos e negativos que são as Casas Legislativas e os magistrados. O

4. Antonio J. Franco Campos lembra que:

“Diverso é o trabalho do intérprete jurista: é o desdobramento, esclarecimento do conteúdo de uma norma. Não se separa da “exigência lógica” (1.2.1.3), para compreender e tornar clara a manifestação do pensamento de outrem. O ato de interpretar é o momento essencial na aplicação da lei.

5. Portanto, o advogado, não é jurista, mas o pode ser, na medida em que a grande maioria dos juristas tem sua origem na classe dos advogados.

jurista é, portanto, mais do que um operador do Direito. É seu autêntico inspirador.

Por esta razão, o jurista é necessariamente um profissional voltado para a Ciência. Deve buscar conhecê-la, ganhando dimensão universal. Não pode ficar adstrito a um conhecimento limitado à própria técnica produtora da norma, mas necessariamente deve ter uma visão mais abrangente da Ciência na qual se especializou. É o instrumentalizador de todas as ciências sociais no plano da Ciência Jurídica. Deve, pois, ter uma cultura humanística que lhe permita ver no Direito presente, o Direito Universal e Intertemporal. Deve ser, pois, historiador, filósofo, economista, sociólogo, futurólogo, psicólogo, sobre não desconhecer rudimentos das Ciências Exatas.

Afinal, o Direito, em verdade, é a Ciência Universal, por excelência. Abrange todas elas. Dá-lhes a dimensão desejada por um povo em um determinado território na conformação do ordenamento aplicável naquele tempo. Se o povo desejar optar por uma economia de mercado, o direito deve ser esculpido à luz dessa preferência e o jurista que o inspira e o legislador que o produz não podem desconhecer a Economia, como Ciência, para que as normas jurídicas econômicas sejam eficientes.

Assim, o jurista que interpreta e o Judiciário que aplica, nos conflitos, tal ordenamento não podem, por exemplo, ignorar a Ciência Econômica que inspirou a produção normativa, para que a escolha de um sistema econômico pelo povo não seja deturpado ou corrompido.

Está, pois, o jurista na essência e na base do processo produtivo e aplicativo do Direito, com profunda colaboração àqueles que têm a missão -sem serem, muitas vezes, os especialistas na matéria - de produzir o Direito.

Deste modo, o jurista exerce função social de transcendental importância, pois é aquele mais habilitado a sentir as aspirações populares e lutar por inspirar a produção normativa, de um lado, e a interpretá-la, de outro, para sua adequada aplicação.

CONSTRUCTIVISMO LÓGICO-SEMÂNTICO
E OS DIÁLOGOS ENTRE TEORIA E PRÁTICA

Sua formação, portanto, não pode limitar-se apenas ao conhecimento da teoria geral do Direito e dos diversos ramos que o compõe, mas penetrar nos variados aspectos das outras ciências.

À evidência, em face do encanto que as escolas positivas do Direito exerceram no mundo, durante a primeira metade do século passado, e no Brasil até hoje, a maior parte das Faculdades de Direito não está habilitada a formação de juristas com perfil que procure, a par de sua formação acadêmica, conhecer os outros ramos das ciências sociais para complementar sua cultura, ganhando a universalidade que seu perfil científico está a exigir.

Parece-me, todavia, que o que de melhor poderia ocorrer para a formação dos juristas seria a adaptação do currículo das Faculdades de Direito a esta nova visão interdisciplinar, acrescentando-se às matérias hoje conhecidas outras trazidas das demais ciências, em visão técnica delas e não apenas de superficial complementação a cultura humanística. Não se estudaria apenas a história das teorias econômicas, por exemplo, mas os próprios fenômenos econômicos, abrangendo tal matéria o currículo de uma Faculdade Econômica, em suas vertentes de maior relevo.

Estou convencido que o direito é cada vez mais a Ciência da Estabilização do mundo do futuro. Os romanos utilizaram-no, pela primeira vez na história, como instrumento de conquista, garantindo aos povos conquistados a segurança de seu ordenamento jurídico. Os povos modernos, mais do que tê-lo como instrumento de conquista, devem adotá-lo como instrumento de estabilização das crises internacionais e territoriais e para isto a colaboração do jurista de formação multidisciplinar é de imprescindível presença.

**O DIREITO DE DEFESA NA CONSTITUIÇÃO
FEDERAL**

Uma das características mais relevantes do Estado Democrático de Direito diz respeito ao direito de defesa⁶, que, de rigor, não existe nas ditaduras. Um Estado Democrático de Direito, como mencionado no início do texto supremo brasileiro, deve garantir o direito de defesa, para mostrar o mais relevante sinal de que o Estado não é apenas uma organização com um ordenamento jurídico, mas que este ordenamento jurídico é, efetivamente, democrático.

Eis, pois, a disposição do artigo:

“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” (grifos meus).

Qualquer restrição dos direitos assegurados pela Carta Magna em 05/10/1988, que venha a ser realizada pela legislação

6. Coordenei com Marcos da Costa um livro intitulado “A importância do direito de defesa para a democracia e a cidadania” (Ed, OAB/DF e OAB/SP, 2017), com a colaboração dos seguintes autores: Alberto Zacharias Toron, Américo Masset Lacombe, Ana Regina Campos de Sica, Angela Vidal Gandra da Silva Martins, Antonio Cláudio Mariz de Oliveira, Amoldo Wald, Carmen Silvia Valio de Araujo Martins, Claudio Pacheco Prates Lamachia, Cristiano Ávila Maronna, Dircêo Torrecillas Ramos, Elias Mattar Assad, Fábio Tofic Simantob, Fernanda Marinela, Ives Gandra da Silva Martins, José Bernardo Cabral, Juliana Abrusio, Kiyoshi Harada, Lenio Luiz Streck, Leonardo Rodrigues Garbin, Luiz Flávio Borges D’Urso, Marco Aurélio Florêncio Filho, Marcos da Costa, Marilene Talarico Martins Rodrigues, Maurício Ávila Prazak, Pierpaolo Cruz Bottini, Regina Beatriz Tavares da Silva, René Ariel Dotti, Ricardo Breier, Ricardo Luiz de Toledo Santos Filho, Roberta de Amorim Dutra, Ruy Martins Altenfelder Silva, Samantha Ribeiro Meyer-Pflug Marques, Tales Castelo Branco e Tatiany Ramalho.

CONSTRUCTIVISMO LÓGICO-SEMÂNTICO
E OS DIÁLOGOS ENTRE TEORIA E PRÁTICA

infraconstitucional posterior é, a meu ver, de manifesta inconstitucionalidade, pois torna a amplitude do direito de defesa algo mais acanhado, menos extenso, menos democrático.

Tanto assim o é que, no artigo 5º “caput”, está a “segurança jurídica” como um dos cinco princípios fundamentais da Lei Maior:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)” (grifos meus)⁷.

O aspecto que mais me impressiona, todavia, no que diz respeito ao dispositivo mencionado, é não se ter dado a ele a relevância que o Constituinte lhe atribuiu no seguinte inciso:

“Art. 5º. (...)

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

(...)”⁸.

7. Cretella critica a formulação lingüística, que neste meu texto também aparece, ao dizer: “Nos dois passos da Constituição, podemos observar os vocábulos “assegurar a segurança”, o que reflete a falta de cuidado com a linguagem e o estilo do diploma mais importante e significativo da Nação Brasileira. Garantir a segurança é, de fato, garantir o exercício das demais liberdades, porque a vis inquietativa impede o homem de agir” (grifos meus) (Comentários à Constituição 1988, volume I, Ed. Forense Univer., 1989, p. 185).

8. Manoel Gonçalves Ferreira Filho ensina:

“Ampla Defesa. O princípio do contraditório traz em si um dos aspectos da ampla defesa – livre debate e livre produção de provas. O texto, porém, volta à ampla defesa porque o direito de defesa é imprescindível para a segurança individual. É um dos meios essenciais para que cada um possa fazer valer sua inocência quando injustamente acusado. Segundo o texto em estudo, se assegura “ampla defesa”. Isto significa que o legislador está obrigado, ao regular o processo criminal, a respeitar três pontos: velar para que todo acusado tenha o seu defensor; zelar para que tenha ele pleno conhecimento da acusação e das provas que a alicerçam; e possam ser livremente debatidas essas provas ao mesmo tempo que se ofereçam outras (o contraditório propriamente). O primeiro ponto obriga o Estado a oferecer, ao acusado que não tenha recursos, advogado gratuito e a não permitir que se pratique ato processual sem a assistência de defensor. O segundo proscribe os processos secretos que ensejam o

Como se percebe, o dispositivo cuida de dois tipos de processos, a saber: o administrativo e o judicial. Como nas ditaduras, a defesa é cerceada, limitada ou inexistente, o constituinte decidiu, após o artigo 5º inciso LIV, explicitar que o devido processo legal implicaria, necessariamente, o direito à defesa, nos seguintes termos:

“LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;”

Não satisfeito, todavia, em declarar que o direito à defesa estava garantido, acrescentou um adjetivo de densidade ôntica inquestionável, ao declarar que não se trata de qualquer tipo de defesa, mas de ampla defesa.

Vale dizer, o constituinte de 1988 assegurou o mais sagrado direito de um regime democrático, qual seja, o do império da lei, segundo o qual ninguém pode ser condenado em um julgamento sem o direito à ampla, a extensa, e a absoluta possibilidade de defesa.

Em outras palavras: uma restrição imposta por norma inferior atinge a garantia petrificada, intangível, imodificável, inflexível do artigo 5º inciso LV da Lei Suprema. Assim, por “ampla”, há de se entender dois aspectos relevantes.

O primeiro deles é que se garante, não a mera defesa formal, mas a defesa ampla, sem limitações à produção de provas e ao pleno exercício por parte de quem é acusado de qualquer lesão ao patrimônio público, privado ou à vida. A latitude da

arbitrio (cf. Barbalho, Constituição Federal brasileiro, p. 436). O último propicia a crítica dos depoimentos e documentos, bem como dos eventuais exames periciais que apóiam a acusação. Igualmente confere à defesa recursos paralelos aos da acusação para o oferecimento de provas que infirmem o alegado contra o réu.

Pela Constituição, foi o princípio claramente estendido ao processo administrativo, evidentemente de natureza disciplinar. Em face do direito anterior, não era indiscutida essa extensão, todavia, como aponta Ada Pellegrini Grinover, havia jurisprudência que anulava processos administrativos em que não se deram condições de defesa ao acusado (grifos meus) (O processo em sua unidade — II, cit., p. 64-5)” (Comentários à Constituição Brasileira de 1988, vol. I, Ed. Saraiva, 2000, p. 66/7).

CONSTRUCTIVISMO LÓGICO-SEMÂNTICO
E OS DIÁLOGOS ENTRE TEORIA E PRÁTICA

defesa supera os meros aspectos formais, para assegurar, em sua substância, a garantia constitucional.

O segundo aspecto diz respeito a ter tornado clausula pética o direito de defesa existente nas leis em vigor em 5 de outubro de 1988, que foram recepcionadas pela Constituição, em relação a todos os brasileiros, aos estrangeiros aqui residentes e, de forma implícita, também aos não residentes. Desta forma, todos os instrumentos do direito de defesa então existentes nos processos administrativos e judiciais, não poderiam ser mais retirados.

O adjetivo “ampla” tem, portanto, dentro do contexto constitucional, uma relevância fantástica, porque exalta o regime democrático, não incluindo qualquer limitação, resguardando toda a amplitude de defesa possível⁹.

Em cumprimento à ampla defesa, à evidência, o legislador infraconstitucional poderia alargar o direito de defesa muito além daquilo que a legislação, à época, permitia ao acusado.

Em nenhuma hipótese poderia, entretanto, reduzir tal direito, sob o risco de a ampla defesa tornar-se MENOS AMPLA, com o que o princípio constitucional —clausula pética por força do § 4º inciso IV do art. 60 da Lei Suprema—seria tisonado, maculado, ferido, para não dizer, numa linguagem mais agressiva, estuprado, como vem ocorrendo há décadas.

9. Celso Bastos esclarece:

“Portanto, a ampla defesa não é aquela que é satisfatória segundo os critérios do réu, mas sim aquela que satisfaz a exigência do juízo”, continuando: “Com efeito, além de tornar certo que o preceptivo se volta aos litigantes em processo judicial, conferiu igual destinação aos envolvidos em processos administrativos. Essa inclusão foi extremamente oportuna porque veio consagrar uma tendência que já se materializava em nosso direito, qual seja: a de não dispensar essas garantias aos indiciados em processos administrativos. Embora saibamos que as decisões proferidas no âmbito administrativo não se revestem do caráter de coisa julgada, sendo passíveis portanto de uma revisão pelo Poder Judiciário, não é menos certo, por outro lado, que já dentro da instância administrativa podem perpetrar-se graves lesões a direitos individuais, cuja reparação é muitas vezes de difícil operacionalização perante o Judiciário.

Daí por que essa preocupação em proteger o acusado no curso do próprio processo administrativo é muito vantajosa, mesmo porque, quanto melhor for a decisão nele alcançada, menores serão as chances de uma renovação da questão diante do Judiciário” (Comentários à Constituição do Brasil, 2º vol., Ed. Saraiva, 2004, p. 288/9).

O DIREITO DE DEFESA NO ÂMBITO TRIBUTÁRIO

Em matéria tributária, a intangibilidade do direito de defesa é ainda mais relevante. Neste sentido, tenho para mim que o artigo 150 inciso I¹⁰ da Constituição Federal não é apenas repetitivo do art. 5º inc. II¹¹, mas explicitador de que ao Fisco cabe a espada da imposição, nos estritos limites do que a Constituição lhe permite, e, ao contribuinte, defender-se com o escudo da lei suprema para que não seja obrigado a submeter-se a exigências indevidas.

Pretende o Fisco, todavia, suprir as omissões legislativas por interpretações econômicas, superativas da lei formal, que não cabe em direito tributário.

Ora, sendo o tributo uma norma de rejeição social¹², deve o Fisco respeitar, rigorosamente, o disposto na legislação para exigir os tributos constitucionalmente devidos, não podendo jamais desconsiderar, superar, eliminar as formas legais e legitimamente adotadas pelo contribuinte, para fazer prevalecer outra, à sua escolha, que implique maior arrecadação.

Ainda assim, as restrições ao direito de defesa multiplicam-se de forma avassaladora, inclusive com projetos de lei de perfil nitidamente totalitários, como, por exemplo, os que autorizam a penhora prévia e leilão de bens do pretense devedor do Fisco, mesmo antes da execução, sem levar em conta que, frequentemente, as execuções são julgadas insubsistentes.

Tais procedimentos que inexistiam no direito positivo à época da promulgação da Constituição Federal, tornam não apenas menos ampla, mas impossível, a defesa do contribuinte atuado¹³.

10. Que dispõe nos seguintes termos: “*Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça; (...)*”.

11. Segundo o qual “*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*”.

12. Teoria da Imposição Tributária, Ed. LTR, 2ª. ed., 1998.

13. A Lei 8630/80, que regula a execução fiscal, a meu ver, não poderia a partir de

CONSTRUCTIVISMO LÓGICO-SEMÂNTICO
E OS DIÁLOGOS ENTRE TEORIA E PRÁTICA

Quero, neste ponto, destacar, uma vez mais, o artigo 5º inciso LV da Lei Suprema que, a meu ver, na Ordem Tributária tem sido sucessivamente pisoteado, como direito e garantia, com inexplicável resistência do Poder Judiciário em dar-lhe a plenitude que os constituintes pretendiam ofertar-lhe num regime democrático.

Com efeito, a ação cautelar fiscal torna, de rigor, indisponíveis bens do contribuinte – muitas vezes necessários para sobreviver, muitas empresas tendo desaparecido por força desta indisponibilidade – enquanto ainda estavam discutindo administrativamente, o que vale dizer, reduziu fantasticamente após a Constituição de 1988, a ampla defesa do inciso LV.

A não concessão de certidão negativa de débito antes de encerrado o processo administrativo é outro procedimento admitido pela Justiça, sendo também elemento deletério, mas indispensável para que uma empresa possa continuar a trabalhar e até mesmo para gerar, quando incontroverso o direito à imposição, os tributos devidos.

A conformação de responsabilidade à luz de teoria própria do direito do trabalho e não veiculada em lei especial, mas por meros atos administrativos ou por jurisprudência “interna corporis” de “grupos de empresas” tem sido outro fator a reduzir a ampla defesa a sua expressão quase nenhuma, o mesmo acontecendo com a adoção do parágrafo único do artigo 116 do CTN, que, apesar de nunca regulado por legislação ordinária, é fartamente empregado pela Receita Federal como forma de coagir o contribuinte a pagar o que deve e o que não deve¹⁴.

A penhora “*on line*”, preferida como primeira hipótese e não como a última, à falta de outros bens, tem constituído outra das restrições ao direito do contribuinte.

05/10/88 ser alterada para reduzir o direito de defesa do pagador de tributos que sustenta os detentores do poder.

14. O § único do artigo 116 do CTN tem a seguinte dicção: “Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária. (Incluído pela L.c. nº 104, de 2001)”.

Atos normativos da Receita e da Procuradoria da Fazenda Nacional prescindem do Poder Judiciário para constringer bem antes da execução fiscal. A inscrição dos nomes no Cadin passou a ser utilizada como forma de impedir o contribuinte de acessar o mercado financeiro, ele que suporta uma carga tributária, não para o desenvolvimento da nação mas, principalmente, para sustentar uma burocracia esclerosada, que não é esquecida pela Receita Federal.

No CARF, o voto de qualidade do presidente das Câmaras – sempre da Receita Federal — vale duas vezes, a segunda para condenar em caso de dúvida, ou seja, de empate, o contribuinte, pisoteando-se o artigo 112 do CTN.

Estabeleceu-se um prêmio de produtividade para os funcionários públicos que atuam no CARF desde que julguem a favor da Fazenda. Imagine admitir-se que magistrado receba prêmio por decidir a favor da Fazenda!!! Jamais nenhum magistrado admitiria tal afronta política, hoje adotada pelo CARF, cuja imparcialidade que poderia ser atingida a partir da composição paritária, resta esvaziada pelo voto de qualidade.

Enfim, o princípio da ampla defesa, que só poderia ser ampliado após 05/10/1988, tem sido constantemente reduzido à luz de toda a legislação produzida, em matéria tributária, após aquela data.

Tal contrassenso que gera tamanha insegurança jurídica, decorrente da legislação redutora de direitos à ampla defesa, ainda não foi atalhada pela Justiça, cuja reticência é cada vez mais preocupante, levando a uma instabilidade crescente e a um acesso cada vez mais limitado do pagador de tributos ao judiciário.

Vive o cidadão sufocado, numa República que presta serviços públicos sofríveis, nada obstante a enormidade da carga tributária. Tal diagnóstico negativo, todavia, é adensado por outro elemento de gravidade ainda maior, qual seja, o protagonismo do Poder Judiciário e da Suprema Corte.

Quanto mais protagonismo judicial tivermos, mais insegurança e mais se fragiliza a democracia, pois invade o

CONSTRUCTIVISMO LÓGICO-SEMÂNTICO
E OS DIÁLOGOS ENTRE TEORIA E PRÁTICA

Judiciário à competência legislativa, tendo sempre a última palavra sobre o que decidir legislar.

Como um velho professor de direito, é com tristeza, que vejo o país transformar-se em uma Federação na qual o direito do contribuinte inexistente, apesar de, na Constituinte, ter eu defendido a tese de que o tributo é uma norma de rejeição social, em parte destinada ao Estado prestador de serviços e, em parte, a sustentar também a corrupção, endêmica em todos os espaços geográficos e em todos os períodos históricos, e, ainda a assegurar, os privilégios dos detentores do poder.

CONCLUSÃO

O melhor intérprete da lei é sempre o doutrinador, aquele especialista que se aprofundou no estudo do Direito em geral e está mais habilitado para examinar o texto legal do que o operador, ou seja, o advogado, o magistrado ou membro do Ministério Público.

Aliás, poder-se-á dizer que a última palavra sempre será dita pelo Judiciário, mas muitas das suas decisões lastreiam-se nas lições apreendidas pelos doutrinadores, sendo estes, portanto, os intérpretes científicos do Direito. São eles os formuladores das grandes teses do direito, muitas vezes, à luz da observação da regulação determinada pelos detentores do poder.

Por outro lado, numa democracia, a Advocacia representa o direito maior da sociedade: a garantia do exercício do direito de defesa quando o Poder está em jogo, algo inexistente nas ditaduras. O advogado é, pois, um defensor que faz da lei o instrumento de defesa de seu constituinte.

Ora, um país onde os direitos fundamentais não são respeitados pelo Estado, assemelha-se a uma ditadura, por mais que a lei seja aprovada “formalmente” pelos parlamentares eleitos pelo povo, visto que o direito de defesa e o direito a ter assegurado o que garantida está pela Constituição, erigem-se nos grandes pilares de um Estado de Direito Democrático.

Portanto, o advogado é sim elemento essencial na formação de teses jurídicas perante os tribunais; não com a finalidade de produzir uma ciência, mas sim para garantir o exercício da verdadeira Democracia.

Assim, por nunca ter querido deixar de advogar e consciente de que o advogado defende não só os seus clientes, mas também as instituições, finalizo este breve artigo reproduzindo o Decálogo do Advogado, que redigi para meus alunos da Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie, no início da década de 80:

“1. O Direito é a mais universal das aspirações humanas, pois sem ele não há organização social. O advogado é seu primeiro intérprete. Se não considerares a tua como a mais nobre profissão sobre a terra, abandona-a porque não és advogado.

2. O direito abstrato apenas ganha vida quando praticado. E os momentos mais dramáticos de sua realização ocorrem no aconselhamento às dúvidas, que suscita, ou no litígio dos problemas, que provoca. O advogado é o deflagrador das soluções. Sê conciliador, sem transigência de princípios, e batalhador, sem tréguas, nem leviandade. Qualquer questão encerra-se apenas quando transitada em julgado e, até que isto ocorra, o constituinte espera de seu procurador dedicação sem limites e fronteiras.

*3. Nenhum país é livre sem advogados livres. Considera tua liberdade de opinião e a independência de julgamento os maiores valores do exercício profissional, para que não te submetas à força dos poderosos e do poder ou desprezes os fracos e insuficientes. O advogado deve ter o espírito do legendário **El Cid**, capaz de humilhar reis e dar de beber a leprosos.*

4. Sem o Poder Judiciário não há Justiça. Respeita teus julgadores como desejas que teus julgadores te respeitem. Só assim, em ambiente nobre a altameiro, as disputas judiciais revelam, em seu instante conflitual, a grandeza do Direito.

5. Considera sempre teu colega adversário imbuído dos mesmos ideais de que te reveste. E trata-o com a dignidade que a profissão que exerces merece ser tratada.

6. O advogado não recebe salários, mas honorários, pois que os primeiros causídicos, que viveram exclusivamente da profissão, eram de tal forma considerados, que o pagamento de seus serviços representava honra admirável. Sê justo na determinação do valor

CONSTRUCTIVISMO LÓGICO-SEMÂNTICO
E OS DIÁLOGOS ENTRE TEORIA E PRÁTICA

de teus serviços, justiça que poderá levar-te a nada pedires, se legítima a causa e sem recursos o lesado. É, todavia, teu direito receberes a justa paga por teu trabalho.

7. Quando os governos violentam o Direito, não tenhas receio de denunciá-los, mesmo que perseguições decorram de tua postura e os pusilânimes te critiquem pela acusação. A história da humanidade lembra-se apenas dos corajosos que não tiveram medo de enfrentar os mais fortes, se justa a causa, esquecendo ou estigmatizando os covardes e os carreiristas.

8. Não percas a esperança quando o arbítrio prevalece. Sua vitória é temporária. Enquanto, fores advogado e lutares para recompor o Direito e a Justiça, cumprirás teu papel e a posteridade será grata à legião de pequenos e grandes heróis, que não cederam às tentações do desânimo.

9. O ideal da Justiça é a própria razão de ser do Direito. Não há direito formal sem Justiça, mas apenas corrupção do Direito. Há direitos fundamentais inatos ao ser humano que não podem ser desrespeitados sem que sofra toda a sociedade. Que o ideal de Justiça seja a bússola permanente de tua ação, advogado. Por isto estuda sempre, todos os dias, a fim de que possas distinguir o que é justo do que apenas aparenta ser justo.

*10. Tua paixão pela advocacia deve ser tanta que nunca admitas deixar de advogar. E se o fizeres, temporariamente, continua a aspirar o retorno à profissão. Só assim poderás, dizer, à hora da morte: **“Cumprir minha tarefa na vida. Restei fiel à minha vocação. Fui advogado”**.*