

## ***Em defesa da Democracia.***

*Luiz Fabião Guasque*

*Procurador de Justiça-RJ.*

*Viver em uma Democracia, é, basicamente, pertencer a uma organização social onde há difusão de poder e informações e repartição de decisões entre várias pessoas e instituições, de forma a alcançar o ponto comum da razão, ou seja, o verdadeiro e o justo. Sem isso, não se alcança a liberdade jurídica no Estado, que se materializa na possibilidade de poder ser igual, ter o mesmo valor no grupo, na Nação.*

*O movimento contrário: concentração de poder e descontrole de atos, expressão do totalitarismo, desenvolve a sociedade de cima para baixo, materializando o desvalor do cidadão.*

*Por isso, nos primeiros passos no estudo do Direito, o princípio básico da harmonia e independência entre os poderes, é o valor histórico para alcançar esse desiderato. Nesse sentido, todas as constituições modernas abraçaram essa valoração, dimensionando o papel do indivíduo perante o Estado, com a concepção de uma Democracia participativa, determinante de uma cidadania responsável. Se até o século XIX o cidadão tinha **direitos e garantias**, já no século XX ele passa a ter **direitos e deveres**, aumentando os direitos subjetivos de participação e controle, que agora são impostos como deveres para todos.*

*Nesse sentido, desde a revolução francesa, se atribui aos representantes do poder, maior protagonismo e responsabilidade no trato da coisa pública, pois se a igualdade é tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual, na proporção da sua desigualdade, o dever do representante do povo, dos eleitos, é maior do que o do cidadão comum, pois como representantes da soberania popular, têm mais responsabilidade.*

*Esse dever jurídico é encontrado nas Declarações de Direitos Americanas, como se verifica na da Virgínia: Art. II- Todo o poder pertence ao povo e, em consequência, dele emana. As autoridades constituídas são depositárias de sua confiança e **devem servi-lo, estando submetidas a ele todo o tempo.** Na de Massachusetts: Art. V- Como todo poder reside originalmente no povo e é dele derivado, os vários magistrados e oficiais de governo investidos dessa autoridade, seja legislativa, executiva ou judicial, **são os seus substitutos e agentes, e são sempre responsáveis perante ele.***

*Esse mesmo dever jurídico também é reconhecido por SIEYÈS no projeto de Declaração de Direitos que, na condição de deputado pela cidade de Paris e Secretário da Assembleia Nacional, entregou ao Comitê encarregado de elaboração da Constituição Francesa: “É um grande erro considerar o exercício do poder público um **direito.** É um **dever.** Os oficiais da Nação não têm, acima dos outros cidadãos, **senão maiores deveres;** não se enganem, pois estamos longe disso, que ao pronunciar essa verdade se queira depreciar o caráter do homem público. É a ideia de um grande dever a cumprir e, em consequência, de uma grande utilidade para os outros, que fez nascer e justifica as deferências e o respeito que dirigimos a esses homens”. Como expressão desses resultados simples de alcançar os artigos: XXIX: “**A constituição dos poderes públicos deve ser sempre ativa, sempre própria a cumprir a sua destinação; eles não podem jamais se desviar em detrimento do interesse social**” e XXX: “**Uma função pública jamais pode se tornar propriedade daquele que a exerce; seu exercício não é um direito, mas um dever**”.*

*Feitas essa singelas afirmações, não é difícil perceber a impossibilidade de aplicação da lei 14.230/2021, por afastar o controle*

*sobre a moralidade pública no Estado Democrático de Direito, realizada, principalmente, pelo seu guardião no Brasil: o Ministério Público.*

*Ao transformar o controle cidadão sobre a moralidade pública, previsto no artigo 37 da Constituição da República, que impõe sanções cidadãs, sobre as faculdades inerentes à cidadania, em controle repressivo criminal, com dolo do tipo e resultado danoso, o legislador derivado afronta o Estado Democrático de Direito.*

*Art. 37- A administração pública direta , indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também ao seguinte:*

*§ 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e graduação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.*

*Afirma-se isso, porque essa natureza de controle da cidadania, decorrente do dever jurídico cidadão previsto na Constituição da República: “**obedecerão**” diz a Constituição de forma imperativa, não se confunde com o sistema penal, posto que ressalvada Lei Magna: “**sem prejuízo da ação penal cabível**”.*

*Pela Constituição da República, estamos tratando de sanções inerentes ao dever cidadão, decorrente da democracia participativa com sua cidadania responsável, só possível, em virtude da restrição das sanções por improbidade aos direitos inerentes à cidadania, pela expressa previsão no artigo 15 da Constituição da República.*

*Art. 15- É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:*

...

*V - improbidade administrativa, nos termos do art. 37 da Constituição da República.*

*Não é possível sua equiparação com o sistema penal, pois não estamos no âmbito da restrição da liberdade individual, mas das faculdades da cidadania, posto que o controle se destina ao aperfeiçoamento da democracia, com a superposição de uma função sobre a outra, comezinho princípio de Estado Democrático de Direito, que exige que os Poderes exerçam, um sobre o outro, mútuo contraste e vigilância.*

*Dito isso, sua inconstitucionalidade é flagrante por afirmar que :*

*“o mero exercício da função ou desempenho de competências públicas, sem comprovação de ato doloso com fim ilícito, afasta a responsabilidade por ato de improbidade”*

*, posto que iguala as tutelas repressiva penal e de controle da moralidade pública, e por consequência, esvazia a última.*

*Desta forma, se estabelece verdadeiro desequilíbrio entre as funções essenciais do Estado Democrático de Direito, pois o Executivo, que se forma e governa por coalizão através de maioria parlamentar, impede o controle do Judiciário sobre a moralidade pública, imposto como dever imperativo na Constituição, para um controle que exige dolo do tipo e resultado danoso, que nos termos do sistema penal, tem o dolo como regra e a culpa como exceção.*

*Art. 18- Diz – se o crime :*

*I- Doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo;*

*II-Culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.*

*Parágrafo único- Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.*

*Se no sistema do Código Penal a regra é o dolo, e a exceção a culpa, na Constituição da República a regra é o dever jurídico constitucional de vinculação do agente público aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, pois a tutela é a finalidade do interesse público no agir do responsável pela sua efetividade.*

*Nesse sentido, a equiparação com a tutela de bens jurídicos como a vida, o patrimônio, a incolumidade pública etc, igualando o controle da moralidade com ações de apropriação de dinheiro público, fraude, desvio de recursos, sonegação fiscal e formação de quadrilha, dentre outras, não se confunde com a defesa do regime democrático.*

*Art.127- O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.*

*Portanto, com a equiparação realizada com a lei, se impede a defesa do regime democrático, atentando contra o mezinho princípio da independência e harmonia entre os poderes.*

*E o que é pior, inviabiliza a ação do seu defensor: Ministério Público, prejudicando o pacto de Democracia da Constituição cidadã de 1988.*

*Essa intenção de esvaziamento se materializa na redação do parágrafo 2º do artigo 23 da lei inconstitucional, onde a pretensão ao impossível escancara o véu da impunidade ao pretender, na difícil prova do desvio de finalidade que :*

*“o inquérito civil para apuração do ato de improbidade será concluído no prazo de 365 (trezentos e sessenta e cinco) dias corridos, prorrogável uma única vez por igual período, mediante ato fundamentado submetido à revisão da instância competente do órgão ministerial, conforme dispuser a respectiva lei orgânica”*

*Portanto, em vista do esvaziamento do controle da independência e harmonia entre os poderes em um Estado Democrático de Direito, que comete ao Ministério Público a sua defesa, a alternativa que me parece viável no sistema, é a observância da Constituição da República de 1988 e da jurisprudência consolidada após 30 anos pelo Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que os deveres jurídicos do artigo 37 da Constituição da República têm prazo prescricional de 5 anos, que exigem o **dolo genérico**, ou seja, a vontade livre e consciente de não observá-los e o **dano presumido ao erário**, que é imprescritível, nos termos do parágrafo 5º do mesmo artigo 37:*

*§ 5º- A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.*

*Por estas razões fundamentais, o Ministério Público não tem como aplicar a lei, pois flagrantemente contrária a Democracia que se pretende desenvolver e aperfeiçoar no século XXI, pois impede a defesa do regime ao seu guardião, desequilibrando o controle entre as funções essenciais da nossa República, que como mito de igualdade, expressa a ideia de que a “coisa pública”, pertence a todos.*

*Assim, só nos resta provocar a inconstitucionalidade incidental quando do ajuizamento das ações de controle da moralidade pública, **sob pena de se atentar contra a Democracia e a importância da superposição do Poder Judiciário em relação ao controle da finalidade do interesse público, através do defensor da ordem jurídica e do regime democrático: o Ministério Público.***

*Se o caminho até aqui foi difícil, exigindo muito sangue, suor e lágrimas do povo brasileiro, na luta pelo reconhecimento do valor de todos, indistintamente, o patamar Democrático de garantia de controle sobre como está sendo usado o dinheiro do contribuinte, exige das instituições que se ergueram para o aperfeiçoamento da Democracia no Brasil, mais protagonismo na defesa das conquistas que o Estado Democrático de Direito nos proporcionou, pois **como nos demonstra a lei 14.230/2021, nem sempre o Direito do Estado é expressão de um Estado de Direito.***