

A legitimidade do ente jurídico interessado e o Supremo Tribunal Federal

The legitimacy of the interested legal entity and the Federal Supreme Court

Henrique Eurico da Silva¹

RESUMO

A improbidade administrativa se apresenta como um dos grandes problemas da sociedade atual. A preocupação com a retidão no desempenho das funções públicas e com a correta alocação dos recursos do Estado se torna cada vez mais relevante, considerando-se que o atual modelo de Estado tem como funções garantir e fornecer os meios necessários para a fruição dos direitos fundamentais de seus cidadãos. Diante disso, o presente artigo busca descortinar os elementos que estruturam o combate à improbidade, apresentando seu sistema constitucional e os legitimados para sua utilização. Ademais, busca delimitar as bases da legitimidade processual ativa do ente jurídico interessado, vale dizer, da pessoa jurídica vítima do ato ímprobo, para o cotejo da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de sua restrição pelo legislador ordinário. A análise estará ancorada, essencialmente, nas balizas estabelecidas pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento das ADI's 7042 e 7043, de modo que se dissecará os argumentos em um e outro sentido, a fim de compreender qual a determinação implícita no texto constitucional.

Palavras-chave: improbidade administrativa; direito administrativo; direito processual civil.

ABSTRACT

Administrative improbity is one of the biggest problems in today's society. The concern with the correct performance of public functions and the correct allocation of State resources becomes increasingly relevant, considering that the current State model's functions are to guarantee and provide the necessary means for the enjoyment of fundamental rights of its citizens. In view of this, this article seeks to uncover the elements that structure the fight against misconduct, presenting its constitutional system and those legitimized for its use. Furthermore, it seeks to delimit the bases of the active procedural legitimacy of the interested legal entity, that is, of the legal entity victim of the unlawful act, for the comparison of the constitutionality or unconstitutionality of its restriction by the ordinary legislator. The analysis will be anchored, essentially, in the guidelines established by the Federal Supreme Court in the judgment of ADI's 7042 and 7043, so that the arguments will be dissected in one sense and the other, in order to understand what is the determination implicit in the constitutional text.

Keywords: administrative dishonesty; administrative law; civil procedural law.

1. Introdução

A malversação e o desprezo com os dinheiros e princípios do Estado desde muito representam perigo e obstáculo à correta e harmoniosa vida em sociedade. Não

¹ Residente Jurídico do Programa de Residência Jurídica da Procuradoria Geral do Município de São Paulo, alocado na Secretaria Municipal de Educação - SME (2022-2025). Email: henrique.eurico.re@gmail.com

foram poucas as sociedades que se ocuparam, de diversas formas, com o combate à corrupção e à improbidade administrativa, ainda que não sob essa denominação.

A evolução da estrutura e das finalidades estatais, especialmente a passagem do Estado Liberal para o Estado Social, a preocupação com a correta e eficiente administração pública foi ganhando contornos ainda mais delimitados e interessados. Acompanhando a evolução do Estado e de sua função ante os cidadãos, evoluiu, por consequência, a tutela da probidade administrativa, tema de diversos debates e estudos na sociedade atual.

Nos dias de hoje, a probidade foi alçada a patamar constitucional, sendo dever do Estado, comum a todos os entes políticos sua tutela. Tutela essa que é feita, de maneira repressiva, mediante a utilização da ação de improbidade administrativa, que busca aplicar as sanções legal e constitucionalmente previstas.

Em cumprimento aos mandamentos constitucionais, o Poder Legislativo editou a Lei 8.429/92, lei de improbidade administrativa, para regular a apuração e aplicação das sanções aos atos ímprobos. Passados quase 30 trinta anos de sua inserção no mundo jurídico, as controvérsias a respeito de sua aplicação, os abusos no manejo da ação e a ideia de uma necessária atualização, ensejaram uma profunda modificação em sua estrutura. Adiante analisaremos alguns dos aspectos modificados.

2. A Improbidade Administrativa

2.1 Noções gerais sobre a Improbidade Administrativa

A tutela da probidade na administração é tema de extrema relevância e que suscita divergências e debates, em doutrina e jurisprudência, nos seus mais diversos aspectos. A discordância se faz presente desde o conceito de probidade, seu reconhecimento como princípio constitucional, até sobre qual seria o princípio violado pelo ato ímprobo, o da probidade administrativa ou o da moralidade administrativa.

Renomadas e abalizadas vozes na doutrina compreendem a similaridade de conceito entre os princípios da moralidade e da probidade administrativa. Seriam, portanto, sinônimos para o mesmo conteúdo axiológico protegido pela Constituição, se diferenciando, apenas quando da caracterização de ato ilícito, tendo em vista que, conforme o tratamento constitucional e legal, a improbidade apresenta conceito amplo que, inclusive, engloba a imoralidade. Sustentam essa posição, por exemplo, Maria Sylvia Zanella Di Prieto (DI PIETRO, 2023) e José dos Santos Carvalho Filho (CARVALHO FILHO, 2023).

Tal dificuldade ocorre em razão de serem os princípios da moralidade administrativa e da probidade administrativa conceito jurídicos indeterminados, que não permitem uma delimitação suficientemente segura no direito positivo, ao contrário do que sucede com o princípio da legalidade.

Entretanto, em razão do díspar tratamento constitucional, nos parece que moralidade e probidade representam conteúdos de valor de distinto, mas complementares, que se interligam e compõem o sistema de defesa do patrimônio e dos valores da Administração Pública, isso porque, de um lado, a tutela da moralidade administrativa, a despeito de ter objeto mais restrito, possui outros meios de defesa além da Ação de Improbidade, como a Ação Civil Pública e a Ação popular, enquanto a tutela da probidade, de outro lado, possui maior campo de abrangência, alcançado atos ilegais devidamente tipificados na Lei 8.429/92, como as modificações efetuadas pela Lei 14.230.

2.2 O ato de Improbidade Administrativa

Se o conceito de probidade suscita divergências e discussões doutrinárias de diversas ordens, a caracterização do ato de improbidade, por sua vez, possui bases bem mais assentadas e pacíficas, possuindo, inclusive, uma enumeração taxativa nos arts. 9º, 10 e 11.

Por praticidade podemos adotar o conceito exposto pelo Ministro Alexandre de Moraes:

Atos de improbidade administrativa são aqueles que, possuindo natureza civil e devidamente tipificados em lei federal, ferem direta ou indiretamente os princípios constitucionais e legais da administração pública, independentemente de importarem enriquecimento ilícito ou de causarem prejuízo material ao erário público. (MARQUES, 2016)

A minuciosa descrição se faz necessária em razão de o sistema de responsabilização por improbidade administrativa estar inserido no campo do direito administrativo sancionador, vale dizer, o combate aos atos corruptos e ímprobos na esfera cível é realizado por meio do exercício do poder punitivo estatal e, considerando, inclusive, a gravidade das sanções aplicáveis, essencial que haja uma correta delimitação de seus elementos objetivos e subjetivos, tais como hipóteses de ocorrência, gradatividade das sanções, estrita caracterização dos tipos etc.

Em outras palavras, para a aplicação das sanções de improbidade é preciso que se respeite alguns dos princípios constitucionais e legais que informam o campo do direito penal, tais como a tipicidade, anterioridade, intranscendência da pena, entre outros, a demonstrar uma correlação entre tais campos do direito que, em última análise, representam vertentes do mesmo poder sancionador do Estado.

2.3 Antecedentes normativos

O combate à malversação dos dinheiros públicos e à utilização do Estado, e de suas instituições e estruturas, para consecução de fins diversos do interesse público representa problema antigo e que se atualiza e evolui com o desenvolvimento da tecnologia e da sociedade. Dentre as inúmeras preocupações daqueles que organizam o estado está a proteção da probidade na Administração.

A Constituição de 1824, a despeito de impossibilitar a responsabilização do chefe da Administração, vistoso resquício absolutista da monarquia constitucional recém instituída, em seu art. 133, demonstrou uma preocupação, ainda que tímida, com a retidão daqueles que gerenciavam a atividade e os bens públicos:

Art. 133. Os Ministros de Estado serão responsáveis (...)
II. Por peita, suborno, ou concussão.(...)
VI. Por qualquer dissipação dos bens públicos. (BRASIL, 1824)

As constituições seguintes, em menor ou maior medida, também se ocuparam da proteção a retidão administrativa e dos atos daqueles detentores do poder-dever de administrar. A Constituição de 1891, por exemplo, indo além da mera responsabilização dos ministros de Estado da Carta anterior, tratou de inserir a violação a esse bem jurídico no rol crimes de responsabilidade do Presidente da República:

Art 54 - São crimes de responsabilidade os atos do Presidente que atentarem contra: (...)
6º) a probidade da administração;
7º) a guarda e emprego constitucional dos dinheiros públicos; (...) (BRASIL, 1891)

A citada disposição foi praticamente repetida na Constituição de 1934, em seu art. 57.

Da mesma forma, a Constituição de 1937 adotou dispositivo semelhante, mantendo a violação à probidade e a mazela com os dinheiros públicos como crime de responsabilidade. A sistemática de responsabilização do Presidente da República, com a prática de crime de responsabilidade, por atos de improbidade na Administração foi mantida na Constituição de 1946, art. 89, na Constituição de 1967, art. 84, bem como na Emenda Constitucional de 1969, art. 82.

A Constituição democrática de 1988, por sua vez, foi além e contemplou o combate à improbidade de forma muito mais ampla e rigorosa. A necessidade de transparência e controle dos atos da Administração, no período subsequente à ditadura militar, deu origem a todo um sistema de responsabilização dos agentes públicos, inserindo-o no mesmo dispositivo que enumera os princípios explícitos a serem observados pela Administração, além de regular diversos da estrutura organizacional do Estado e as formas de ingresso dos particulares nos cargos e funções públicos.

Além disso, a própria Constituição previu as sanções cabíveis àqueles praticantes de atos ímprobos, delegando a lei sua gradação e forma de aplicação, bem como estabeleceu textualmente sua independência frente à responsabilização penal. Ainda, assentou a imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário, em seu art. 37, § 5º (conforme tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 852475 – Tema de Repercussão Geral 897).

2.4 A ação de Improbidade Administrativa

De acordo com a lição do professor José dos Santos Carvalho Filho, a ação de improbidade administrativa tem como objetivo o:

reconhecimento judicial de condutas de improbidade na Administração, perpetradas por Administradores públicos e terceiros, e a consequente aplicação das sanções legais, com o escopo de preservar o princípio da moralidade administrativa (CARVALHO FILHO, 2023, p. 920).

A ação de improbidade possui natureza cível e observa procedimento processual próprio, além de seguir as normas do rito comum previsto no Código de Processo Civil, no que lhe forem compatíveis, conforme a dicção do art. 17 da Lei 8.429/92.

É por meio desse instrumento legal, portanto, que se tutela, de maneira repressiva, a probidade administrativa, buscando-se a aplicação das sanções previstas na lei de improbidade.

Diversas modificações foram introduzidas na Lei de Improbidade, por força da edição da Lei 14.230/21, tais como a exclusão da possibilidade de configuração de ato de improbidade decorrente de conduta culposa e a enumeração taxativa das hipóteses de atos ímprobos violadores dos princípios da Administração Pública, por exemplo.

Uma das mais significativas, no entanto, foi a exclusão da legitimidade da pessoa jurídica interessada para a propositura da ação de improbidade, cuja análise será o objeto central deste artigo.

A redação original da Lei 8.429/92, em seu artigo 17, previa a legitimidade concorrente e disjuntiva do Ministério Público e da pessoa jurídica lesada para a repressão ao ato ímprobo pela via judicial. Vale dizer, qualquer dos legitimados poderia promover a responsabilização do agente por improbidade, pleiteando a aplicação das sanções previstas na Lei 8.429/92.

Após a reforma, até a resolução da questão pelo Supremo Tribunal Federal (ADI's 7042 e 7043), apenas o Ministério Público poderia promover tal

responsabilização judicial, restringindo o campo de agentes competentes para a perseguição dos atos que maculam a probidade administrativa. É esta restrição que nos interessa.

3. A legitimidade do ente jurídico lesado

3.1. Análise da defesa à legitimidade exclusiva do Ministério Público

As modificações da Lei 8.429/92, promovidas pela Lei 14.230/21, representaram uma expressiva mudança de paradigma na proteção constitucional da probidade, suscitando elogios e críticas de diversos setores da sociedade, especialmente no campo acadêmico. As mudanças inspiraram debates acerca de sua necessidade, correção ou até realinhamento das disposições legais com os preceitos da constituição, especialmente quanto à supressão da configuração de improbidade por conduta culposa.

No campo da legitimidade para a propositura da ação sancionatória, não foram poucas as vozes que se levantaram para corroborar o entendimento positivado pelo legislador, elencando motivos, que, ao menos de início, nos parecem muito mais relacionados à prática forense do que a uma estrutura constitucional, mas que certamente merecem análise e consideração.

Segundo assentado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento ora em análise, um dos fundamentos da legitimação exclusiva do Parquet em sede de improbidade, talvez o maior deles, seria a gravidade das sanções impostas pela lei de improbidade. Como bem salientou o Ministro Dias Toffoli:

Nesses termos, considerando que a ação de improbidade administrativa veicula uma relação jurídica entre o Estado e o cidadão, essencialmente assimétrica, entendo que o ajuizamento dessa ação — e a consequente possibilidade de imposição das severas sanções político-administrativas previstas no art. 37, § 4º da Constituição Federal — não pode estar sujeita à conveniência política do representante do ente público lesado, a qual, como se tem observado, pode sofrer os influxos de interesses partidários ou eleitorais.

(...)

De outra sorte, a opção do legislador de eleger o Ministério Público como o órgão legitimado, em caráter exclusivo, para a propositura da ação de improbidade parece privilegiar a ideia de que tais sanções sejam pleiteadas por uma instituição de Estado, permanente, autônoma e independente, a quem incumbe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, de forma a mitigar a possibilidade de que as relações políticas — sejam elas de afinidade ou aversão — subvertam o nobre intuito do instituto.

Vale dizer, a potencialidade de restrição aos direitos individuais daquele eventualmente condenado por ato ímprobo, justificaria, *per si*, a adoção de um sistema de responsabilização ainda mais restrito com a legitimidade ativa de apenas um ente, o Ministério Público. Outra não é a lição de Daniel Amorim Assumpção Neves:

Conforme já devidamente analisado no Capítulo 7, o legislador consagrou a natureza sancionatória da ação de improbidade administrativa e, mesmo que contraditoriamente, previu que esse tipo de demanda não serviria mais à tutela do patrimônio público, o que deveria ser buscado em ação civil pública. Também conforme já defendido, a aplicação das sanções previstas em lei não tutela o patrimônio público nem qualquer outra espécie de direito difuso.

Diante de tais premissas, parece razoável limitar os pedidos sancionatórios à legitimidade ativa do Ministério Público, que, eventualmente, poderá, além

deles, elaborar pedidos de outras naturezas. A pessoa jurídica interessada, por outro lado, continua legitimada à propositura da ação civil pública, por meio da qual poderá, de forma ampla e completa, tutelar o patrimônio público. (NEVES, 2022, p. 182)

É inegável que a natureza civil da ação de improbidade administrativa, somada a gravidade das sanções aplicáveis, situa referida ação no campo do direito administrativo sancionador, em que necessária a observância de procedimentos rígidos e maior influência dos direitos e garantias fundamentais, mas seria, tal gravidade, portanto, fundamento idôneo constitucionalmente à exclusão da iniciativa do ente jurídico interessado?

Ressalte-se, ainda, que há, na doutrina, quem entenda que a gravidade de tais sanções é tamanha que determina uma aproximação ainda mais intrincada entre direito sancionador e direito penal, ao ponto de afastar a natureza cível da referida responsabilização. Esse é o posicionamento, por exemplo, do Ministro Gilmar Mendes, exposto tanto no julgamento das ADI's 7042 e 7043, quanto em obra doutrinária:

Salientei essa superposição de regimes de responsabilidade em voto proferido no julgamento da Reclamação n. 2.138 (acórdão publicado no DJe de 18/04/2008):

Em verdade, manifestei-me há muito sobre o tema, cujo estudo, em coautoria com o professor Arnaldo Wald, publicado em março de 1997 no jornal Correio Braziliense – Competência para julgar improbidade administrativa -. (...) Naquele estudo de 1997, firmou-se posicionamento no sentido de que as ações de improbidade ajuizadas contra as referidas autoridades deveriam observar a regra de competência fixada no artigo 102, I, c, da Constituição. Registrou-se, ainda, que tal prerrogativa constitucional de foro decorreria não em razão de qualquer suspeição contra o juiz de primeiro grau, mas, fundamentalmente, em decorrência do significado da decisão no quadro político-institucional. Afirmou-se, ademais, que a simples possibilidade de suspensão de direitos políticos, ou a perda de função pública, isoladamente consideradas, seria suficiente para demonstrar (...) o forte conteúdo penal, com incontestáveis aspectos políticos da ação de improbidade. Nesse ponto, seguindo a doutrina, observou-se que a sentença condenatória proferida nessa peculiar ação civil é dotada de efeitos que, em alguns aspectos, superam aqueles atribuídos à sentença penal condenatória, sobretudo na perspectiva do equilíbrio jurídico institucional. Tal observação, registrou-se, daria razão àqueles que entendem que, sob a roupagem da ação civil de improbidade, o legislador acabou por elencar, na Lei 8.429/92, uma série de delitos que, teoricamente, seriam crimes de responsabilidade e não crimes comuns. Lembrou-se, também, que muitos dos ilícitos descritos na Lei de Improbidade configuram, igualmente, ilícitos penais, que podem dar ensejo à perda do cargo ou da função pública, como efeito da condenação, como fica evidenciado pelo simples confronto entre o elenco de atos de improbidade, constante do art. 9º da Lei 8.429/92, com os delitos contra a Administração. Tal coincidência, afirmou-se, (...) evidenciaria a possibilidade de incongruências entre as decisões na esfera criminal e na ação civil com sérias consequências para todo o sistema jurídico. Decorridos mais de cinco anos da publicação do referido estudo, podemos verificar hoje que as reflexões ali colocadas jamais poderiam ser consideradas meras especulações abstratas. Multiplicam-se as ações de improbidade ajuizadas em Primeira Instância, com o propósito de afastar de suas funções autoridades que gozam de prerrogativa constitucional de foro. Hoje, tenho a firme convicção de que os atos de improbidade descritos na Lei 8.429 constituem autênticos crimes de responsabilidade.

Essa constatação da gravidade do regime sancionatório dos atos de improbidade administrativa estimulou, ao longo das últimas décadas, o aperfeiçoamento (pelas vias jurisprudencial e legislativa) da estrutura

processual do regime da improbidade administrativa. Nesse sentido, a Lei 13.420/2021 afirmou o caráter sancionatório da norma, **apartando-a definitivamente** das ações civis, tanto em relação à principiologia quanto no que concerne à finalidade dos institutos. (MENDES; WALD, 1998, grifo do autor)

No entanto, não nos parece que a gravidade das sanções aplicáveis possua o condão de justificar a legitimação exclusiva, onde a própria Constituição não o fez.

Até porque, como bem ressaltado nos debates do julgamento em questão, especialmente pelo Ministro, ora aposentado, Ricardo Lewandowski, a aplicação, ou não, das sanções e sua gradação ficará, a cargo do juiz competente para causa, não diferindo em sua análise a pessoa jurídica responsável pela propositura da ação.

Outra relevante justificativa seria a premente necessidade de se impedir a utilização desvirtuada, abusiva e política da ação de improbidade. Pelos debates registrados nas notas taquigráficas, é de fácil percepção a preocupação e o incômodo dos julgadores com a possibilidade de ajuizamento de ações cujas sanções podem chegar até a perda do cargo ou função pública e suspensão dos direitos.

Apesar de louvável a preocupação demonstrada pelos ministros, novamente nos parece ser um motivo de ordem muito mais pragmática do que propriamente de interpretação dos preceitos incutidos na carta constitucional. A norma constitucional, ao prever as sanções aplicáveis aos atos ímprobos não se ocupou, nem haveria de se ocupar, da possibilidade de má utilização do instrumento constitucional.

Além de, *prima facie*, não nos parecer de ordem constitucional, a própria lei de improbidade tratou de sancionar, com regime ainda mais severo, a utilização indevida da ação. A Lei 8.429/92, em seu art. 19, criminalizou a denúncia caluniosa no âmbito das ações de improbidade administrativa.

Ainda mais, além de haver rigorosa repreensão à perversão da denúncia por improbidade, novamente, a procedência dos pedidos, vale dizer, a aplicação das sanções decorrerá da determinação do juiz da causa. Haverá, portanto, a atuação de julgador imparcial e equidistante que verificará todos os aspectos da ação, garantindo, em tese, a correta aplicação das determinações legais e constitucionais.

Além disso, vale destacar que não é possível, ou ao menos recomendável, que o legislador retire a legitimidade para o desempenho de um poder-dever constitucionalmente atribuído por um juízo, *a priori*, de eventual possibilidade de desvirtuamento do manejo das ações de improbidade.

Passemos então à análise do sistema de constitucional de tutela da probidade e os legitimados a provocar a atuação do Poder Judiciário para aplicação das sanções pertinentes.

3.2 Panorama Constitucional de legitimação do ente jurídico interessado

Para compreender o sistema constitucional de combate à improbidade não se pode desconsiderar, também, os elementos políticos que influenciaram o processo de elaboração das normas constitucionais. De grande importância, no ponto, são os comentários de Manoel Gonçalves Ferreira Filho destacando que “a revolta do povo brasileiro contra a corrupção nos escalões governamentais e administrativos” (FERREIRA FILHO, 1997, p. 253).

Referido sistema constitucional nasce, portanto, da necessidade de maior proteção e controle sobre os atos e procedimentos públicos, a fim de legitimar os atos da Administração a partir da observância dos princípios e normas constitucionais.

É nesse espírito que a Constituição de 1988, logo em seu art. 23, que trata das competências comuns (também chamadas materiais) aos entes políticos, situa a

incumbência de guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservação do patrimônio público.

Em outras palavras, é atividade típica da Administração a proteção das instituições democráticas e do patrimônio público, seja ele material ou imaterial (como é o caso da probidade).

Delimitado, portanto, um dos primeiros pilares da legitimidade das pessoas jurídicas lesadas para a promoção da responsabilização dos agentes ímprobos. Em realidade, a proteção das instituições e do patrimônio público se apresenta como um poder-dever da Administração, intimamente ligado ao princípio da indisponibilidade do interesse público, do qual não podem se abster os agentes públicos, que devem empregar todas as formas lícitas, necessárias e adequadas para a consecução de tal fim.

Complementarmente, a Constituição de 1988 dispensou um capítulo (capítulo VII) para estruturar e regulamentar os aspectos objetivos e subjetivos da Administração Pública, situando no caput do art. 37 o princípio da moralidade como de observância obrigatória, ampliando, portanto, o espectro de cuidado que havia sido dispensado pelas Constituições que a antecederam, conforme a narrativa histórica apresentada.

Ainda mais, a carta magna fez expressa menção aos atos de improbidade, inclusive elencando as sanções possíveis. Outra vez a Constituição foi inovadora, prevendo também de maneira expressa o princípio da probidade e as consequências à sua violação.

Aqui importante pontuar o que destacado pelo Ministro André Mendonça, quando do julgamento das ADI's 7042 e 7043:

No que tange ao primeiro ponto, eu queria, em reforço também ao que já colocado pelo eminente Ministro Alexandre de Moraes, consignar que a defesa da probidade constitui um princípio constitucional, como nós já havíamos trazido, na última sessão, quando discutíamos o julgamento anterior. Ele é uma derivação ou uma qualificação do próprio princípio da moralidade administrativa. Não é sem razão que ele integra o próprio art. 37, senão no caput, no âmbito do § 4º, até para trazer uma melhor especificidade às consequências de uma infração à moralidade administrativa qualificada. Dentro dessa perspectiva, o art. 37, caput, ao se referir aos princípios da Administração Pública, diz que essa mesma Administração deverá, imperativamente, obedecer a esses princípios. Se ela deve obedecer, ela deve prevenir; se ela deve prevenir, ela deve zelar – como faz-se referência também ao art. 23, inc. I, que todos os entes da Federação devem zelar pela Constituição, pelas leis e pelo patrimônio público. E leia-se, por óbvio, sob a minha perspectiva, patrimônio público em sua ampla extensão, até porque não haveria razão de haver um ente da Administração Pública que tivesse que defender e zelar o patrimônio público numa extensão que não correspondesse à integralidade do que venha a ser patrimônio público. Ou seja, não é simplesmente o patrimônio mensurável financeiramente, este também, não são só os bens públicos, é o patrimônio público em toda a sua magnitude. Em função desse mandamento constitucional, especifica-se no § 4º do art. 37 a indispensável garantia da probidade administrativa. (...) Até porque, não fosse da Administração Pública, esse dispositivo teria que estar no rol do art. 129, que trata das atribuições do Ministério Público. Está no capítulo próprio da Administração Pública, porque o primeiro agente, ou o primeiro ente, ou o primeiro órgão que deve fazer valer essa persecução do ilícito é a própria Administração Pública.

A interpretação dos dispositivos constitucionais, portanto, sem olvidar da compreensão sistêmica, não pode desconsiderar as relações lógicas contidas no texto, como sua alocação em capítulos ou sua separação. Tal escolha não representa apenas

aspectos de coesão textual, mas, também, *in casu*, a ideia do legislador quanto a pertinência das relações entre determinada matéria.

Reforça tal compreensão o fato de que, em momentos diversos, o texto constitucional reafirmou o poder-dever da Administração em zelar pelas instituições e por seu patrimônio. A administração pública é a primeira destinatária dos comandos relativos ao combate à improbidade.

Essa destinação, inclusive, tem relação com a proteção daquilo que chamado de interesse público secundário, ou seja, os interesses da própria instituição enquanto pessoa jurídica. Alerta-se que não se está aqui descurando da dimensão da probidade administrativa como direito fundamental, assim como a classificam diversos autores (FREITAS, 2009; BERTONCINI, 2007; etc.), mas ressaltando uma dupla concepção da probidade no ordenamento brasileiro, posto que para alcançar ao interesse público primário, a Administração deve, necessariamente, concretizar o interesse público secundário.

Esse interesse público, nos dizeres de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Assim, independentemente do fato de ser, por definição, encarregado dos interesses públicos, o Estado pode ter, tanto quanto as demais pessoas, interesses que lhe são particulares, individuais, e que, tal como os interesses delas, concebidas em suas meras individualidades, se encarnam no Estado enquanto pessoa. Estes últimos não são interesses públicos, mas interesses individuais do Estado, similares, pois (sob prisma extrajurídico), aos interesses de qualquer sujeito. Similares, mas não iguais. Isto porque a generalidade de tais sujeitos pode defender estes interesses individuais, ao passo que o Estado, concebido que é para a realização de interesses públicos (situação, pois, inteiramente diversa da dos particulares), só poderá defender seus próprios interesses privados quando, sobre não se chocarem com os interesses público propriamente ditos, coincidam com a realização deles. Tal situação ocorrerá sempre que a norma donde defluem os qualifique como instrumentais ao interesse público e na medida em que o sejam, caso em que sua defesa será, *ipso facto*, simultaneamente para a satisfação deles. (MELLO, 2010, p.66)

Outro não é caso, por meio da ação de improbidade a pessoa jurídica interessada tutela seu patrimônio, material ou imaterial, concretizando interesses da coletividade e o direito fundamental à probidade.

Portanto, apesar, de a Constituição atribuir ao Ministério Público (art. 129, III) legitimidade para a proteção do patrimônio público e social, tal dispositivo deve ser interpretado a luz das demais determinações constitucionais.

Ainda, há expressa disposição constitucional afastando a legitimação exclusiva do Parquet para o manejo das ações cíveis de proteção ao patrimônio público e demais interesses tutelados pelo ente (art. 129, § 1º).

Essa interpretação pode ser evidenciada, inclusive, pela previsão do art. 18 da Lei 8.429/92, com as modificações incluídas pela Lei 14.230/21, determinando o ressarcimento e a perda ou reversão de valores ilicitamente adquiridos em favor da pessoa jurídica lesada, ressaltando, em seu § 1º, que a liquidação do dano e cumprimento da sentença, quanto ao ressarcimento, é de competência da própria pessoa jurídica vítima. Entendimento ancorado na vedação constitucional supracitada.

Ilustrativamente, a petição inicial da ADI 7043 subsidiou seus argumentos com expressivas estatísticas que denotam a proatividade, a eficiência e a relevância da atuação da Advocacia Pública Federal no combate à improbidade:

63. No que diz respeito às ações de improbidade ajuizadas pela AGU,

somente em 2018, o Grupo Permanente de Atuação Proativa, vinculado ao já mencionado Departamento de Patrimônio e Probidade, propôs 4.345 ações e arrecadou R\$ 461,91 milhões ao erário. Ante os excelentes resultados, foi aberto processo seletivo para até 60 Advogados da União reforçarem a equipe do Grupo Permanente, que já contava com cerca de 100 membros.

64. Em 2019, a instituição cobrou cerca de R\$ 4,1 bilhões em 200 ações contra agentes ímprobos. No ano anterior, 2018, o montante havia alcançado R\$ 713 milhões.

65. Ademais, após a criação da Equipe de Trabalho Remoto Probidade Administrativa (ETR Probidade) no âmbito da Procuradoria-Geral Federal (PGF), órgão vinculado à Advocacia-Geral da União, a quantidade de ações de improbidade ajuizadas teve um considerável incremento: o período 2016-2020 registrou, em média, 571% mais ações de improbidade do que no período 2002-2015.

66. Em relação ao significativo incremento, importante pontuar ainda que, segundo informações trazidas na peça vestibular da ADI nº 7.043/DF, entre os anos de 2016 e 2021 foram instaurados, apenas na PGF, 2.708 Procedimentos de Instrução Preliminar (PIPs), por força do envio de informações das entidades federais representadas pela PGF. Isso representa uma média de 451,3 procedimentos insaturados por ano.

67. Por outro lado, tais procedimentos preliminares ensejaram o ajuizamento de 1.060 ações de improbidade administrativa, correspondendo a 39% do volume total de PIPs insaturados, o que demonstra a seriedade e a cautela no cumprimento do dever de controle e persecução do ato de improbidade administrativa pelos órgãos federais, através da atuação da Advocacia-Geral da União e da Procuradoria-Geral Federal.

No âmbito do Município de São Paulo, segundo informações obtidas por meio do Sistema Eletrônico de Informação ao Cidadão - e-SIC e disponíveis na página da Procuradoria-Geral do Município na rede social Instagram, entre 2017 e 2023 foram ajuizadas mais de 160 ações de improbidade administrativa pelo Departamento de Procedimentos Disciplinares – PROCED, o que corresponde a persecução de aproximadamente R\$ 545 milhões aos cofres públicos.

A título de comparação, o Ministério Público, no período compreendido entre 2018 e 2022, ajuizou, em todo o Estado de São Paulo 2.174, segundo informações obtidas pelo Sistema Eletrônico de Informação ao Cidadão - e-SIC.

Assim sendo, restringir a proteção da probidade apenas ao Ministério Público representaria violação a eficiência do sistema de proteção da probidade, constitucionalmente delimitado, considerando que em diversos casos ainda seria necessária a participação do ente jurídico lesado, mesmo que este não detenha legitimidade para promover tal responsabilização.

Necessário, ademais, consignar que, conforme assentado no voto condutor do Ministro Alexandre de Moraes (ADI's 7042 e 7043), a restrição a legitimidade ativa da pessoa jurídica interessada, em última análise, incorre em violação ao princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º XXXV), ao impedir que a parte lesada recorra ao Poder Judiciário para repressão ao ato lesivo:

Nesse contexto, portanto, conforme assentei na decisão concessiva da medida cautelar, além de configurar uma espécie de monopólio inexistente sequer nas ações penais públicas, em razão da instituição da ação penal subsidiária no rol de direitos e garantias fundamentais (CF, art. 5º, LIX), **a supressão da legitimidade ativa das pessoas jurídicas interessadas para a propositura da ação por ato de improbidade administrativa representa uma grave e inconstitucional limitação ao amplo acesso à jurisdição (CF, art. 5º, XXXV), com ferimento ao princípio da eficiência (CF, art. 37, caput) e significativo retrocesso quanto ao imperativo constitucional de combate à**

improbidade administrativa, e, no limite, um **injustificável obstáculo ao exercício de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios** para “zelar pela guarda da Constituição” e “conservar o patrimônio público” (CF, art. 23, I).

Portando, dois problemas (ao menos) se põem à legitimidade exclusiva do Ministério Público nas ações de improbidade administrativa: a obstaculização da competência (poder-dever) de proteção das instituições e do patrimônio público e maculação do princípio da inafastabilidade da jurisdição.

A Constituição demonstrou imponente zelo e preocupação com a retidão de conduta no interior da Administração, instituindo um sistema pluriparticipativo de repressão aos atos de improbidade, de modo que seria, no mínimo, incongruente a restrição subjetiva desse sistema por parte do legislador ordinário.

Cabe aqui ressaltar que não há, no texto constitucional, qualquer menção a exclusividade do Parquet na defesa do patrimônio e na repressão dos atos ímprobos, o que há, na verdade, é o expresse afastamento de tal restrição, conforme disposto no § 1º do art. 129 “A legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei”.

Ainda, não se pode, é claro, na esteira da defesa do interesse público secundário, desconsiderar o papel da Advocacia Pública, função essencial à justiça, na tutela dos interesses dos entes administrativos, por meio de representação, judicial ou extrajudicial, consultoria e assessoramento do Poder Executivo (art. 131, CF).

Essa restrição importaria, portanto, em violação à autonomia dos órgãos da Advocacia Pública, tendo em vista a subtração de uma de suas prerrogativas de ação, subordinando a realização de sua função constitucional a atuação de instituição.

Tal esvaziamento foi, inclusive, destacado em trecho do voto, já citado, do Ministro André Mendonça, invocando a necessidade de observância da teoria dos poderes implícitos no que diz respeito à atuação da pessoa jurídica lesada, cuja transcrição se faz necessária:

47. Afinal, (i) se, conforme dispõe o art. 23, inc. I, da CRFB, aos entes públicos é outorgada a competência administrativa comum para “zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público”; e (ii) se a defesa da probidade está inserida no § 4º do art. 37 da Constituição ou, mais precisamente, no seu Capítulo VII, que trata da “Administração Pública”: está implícito que de tal atribuição devem ressaír os instrumentos necessários à sua concretização, tais como o ajuizamento da correspondente ação de improbidade administrativa.

48. Quanto ao ponto, rememora-se ainda, por pertinente, relevante observação feita pelo e. Ministro Alexandre de Moraes em passagem final da decisão cautelar proferida, chamando a atenção para a sistemática constitucional relativa à titularidade da própria ação penal pública. 49. Nesse ponto, a Constituição foi expressa ao reservar como única função judicial privativa ao Ministério Público a ação penal pública (art. 129, inc. I). A contrario sensu, todas as demais ações públicas, de qualquer natureza, por força da Constituição, não são privativas ao Parquet. 50. Ainda, importante notar que, mesmo quanto ao manejo da ação penal pública, em relação à qual o Parquet é o seu privativo “dominus litis”, a Constituição expressou como direito fundamental que “será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal” (art. 5º, inc. LIX). Ora, se até mesmo no âmbito penal, no tocante ao qual a Constituição da República preconiza a atuação privativa do Ministério Público enquanto dominus litis (art. 129, inc. I), assegura-se à vítima — se inerte o Parquet — a garantia fundamental de acionar o Poder Judiciário na busca da prestação de tutela de

natureza penal, legitimando-a para o ajuizamento da medida processual adequada — no caso, pelo manejo da ação penal privada subsidiária da pública (art. 5º, inc. LIX); não há como afastar da vítima direta do ato ímprobo a legitimidade para postular em juízo a respectiva responsabilização adequada pelo ilícito, o que, in casu, se dá pelo manejo da ação de improbidade administrativa. Portanto, é inconstitucional excluir-se a legitimidade ativa do ente público vítima do ato de improbidade administrativa.

A lógica é inegável, se a Constituição, como dito anteriormente, atribuiu à Administração a defesa do patrimônio público e das instituições, também lhe conferiu os meios necessários para tanto. Em outras palavras, se a Constituição determina à Administração combater a improbidade administrativa, também lhe conferiu, por consequência, a legitimidade para reprimir judicialmente os atos ímprobos.

Isso considerado, a restrição do rol de legitimados nas ações de improbidade, portanto, se afigura, no mínimo, incompatível com as determinações constitucionais vigentes, desvirtuando um sistema que se pretende plural e complementar, que prevê formas de atuação diversas e integrantes na tutela da probidade na Administração. Salutar é a conclusão exposta pelo Ministro Alexandre de Moraes no julgamento das ADI's 7042 e 7043:

Não se desconhece que a norma constitucional em questão [art. 129, § 1º] deixa certa margem de conformação ao legislador infraconstitucional para a disciplina e regulamentação da legitimação desses terceiros (o que, como abordarei na sequência, não significa, em absoluto, a inexistência de um dever de coerência e racionalidade nesse exercício, buscando eficiência sistêmica no combate à corrupção e proteção ao patrimônio público em sentido amplo). A toda evidência, contudo, sua redação revela um comando impeditivo à previsão de exclusividade por parte do Ministério Público nas ações civis por ato de improbidade administrativa, impondo, assim, a necessidade de alguma espécie de concorrência de atuação.

Existem, outrossim, aspectos de ordem processual que revelam a incompatibilidade entre a previsão de legitimidade exclusiva do Ministério Público nas ações de improbidade e a sistemática da legitimidade enquanto pressuposto processual, o que será abordado no tópico seguinte.

3.3 Aspectos de Teoria Geral do Processo

Outras questões se põem quanto a compatibilidade ou incompatibilidade da restrição subjetiva promovida pela Lei 14.230/2021, essas de ordem processual e que evidenciam a necessidade de legitimação do ente jurídico lesado no combate à improbidade, a luz de uma eventual relação processual.

A primeira delas é o interesse de agir, que nada mais representa do que a exigência de socorro ao poder judiciário em busca da satisfação do interesse material (bem ou direito pleiteado).

O interesse de agir é caracterizado pelo binômio necessidade-utilidade/adequação. A necessidade seria, portando, a configuração da via judiciária como a única forma de resolução do conflito de interesses que afeta o direito material. Já a utilidade, por sua vez, diz respeito a possibilidade de a via processual fornecer o resultado pretendido pelo autor.

Em outras palavras, a parte apenas possuirá interesse processual caso tenha que, necessariamente, se utilizar da via judicial, e, ademais, possa, dessa forma, obter o provimento pleiteado.

No ponto, são elucidativos os comentários de Humberto Theodoro Júnior:

A primeira condição da ação é o interesse de agir, que não se confunde com o interesse substancial, ou primário, para cuja proteção se intenta a mesma ação. O interesse de agir, que é instrumental e secundário, surge da necessidade de obter por meio do processo a proteção ao interesse substancial.²⁰⁷ Entende-se, dessa maneira, que há interesse processual “se a parte sofre um prejuízo, não propondo a demanda, e daí resulta que, para evitar esse prejuízo, necessita exatamente da intervenção dos órgãos jurisdicionais”.²⁰⁸

Localiza-se o interesse processual não apenas na utilidade, mas especificamente na necessidade do processo como remédio apto à aplicação do direito objetivo no caso concreto, pois a tutela jurisdicional não é jamais outorgada sem uma necessidade, como adverte Allorio.²⁰⁹ Essa necessidade se encontra naquela situação “que nos leva a procurar uma solução judicial, sob pena de, se não o fizermos, vermo-nos na contingência de não podermos ter satisfeita uma pretensão (o direito de que nos afirmamos titulares)”.²¹⁰ Vale dizer: o processo jamais será utilizável como simples instrumento de indagação ou consulta acadêmica. Só o dano ou o perigo de dano jurídico, representado pela efetiva existência de uma lide, é que autoriza o exercício do direito de ação. Falta interesse, portanto, se a lide não chegou a configurar-se entre as partes, ou se, depois de configurada, desapareceu em razão de qualquer forma de composição válida.²¹¹

O interesse processual, a um só tempo, haverá de traduzir-se numa relação de necessidade e também numa relação de adequação do provimento postulado, diante do conflito de direito material trazido à solução judicial. (THEODORO JUNIOR, 2023, p. 197)

Disso resulta que o processo não deve, apenas, ser necessário e útil, mas, também, deve ser o meio mais adequado para o provimento que se pretende, ou seja, o meio processual escolhido deve ser o que melhor se amolda satisfação do bem da vida reclamado, observando-se, ainda, os direitos fundamentais daquele reclamado.

Isso posto, não há como se negar a existência, em tese, de interesse de agir por parte do ente jurídico lesado. A pessoa jurídica interessada é aquela que sofreu o dano decorrente do ato ímprobo, seja em seu patrimônio material ou imaterial, tem o dever constitucional de zelo de tal patrimônio e necessita da ação de improbidade para aplicação de sanções legal e constitucionalmente previstas.

Portanto, tem a necessidade, visto que a aplicação das sanções ao ato de improbidade apenas pode ocorrer pela via judicial, tem a utilidade, a repressão aos atos ímprobos deve ser feita mediante a tutela judicial específica, e tem a adequação, não há procedimento que melhor satisfaça as incumbências constitucionais da Administração, na situação, do que a ação de improbidade.

Outra questão que se coloca é a legitimidade, também em tese do ente lesado. Segundo os ditames da teoria geral do processo, a legitimidade de parte é, nas palavras de Buzzaid “*a pertinência subjetiva da ação*” (BUZZAID, 1956, p. 89).

Dito de outra forma, a legitimidade faz referência a titularidade do direito debatido em juízo, situando nos polos ativo e passivo aqueles que possuem relação com o bem da vida disputado. Em lição mais restrita, Humberto Theodor Júnior Leciona que “Destarte, legitimados ao processo são os sujeitos da lide, isto é, os titulares dos interesses em conflito. A legitimação ativa caberá ao titular do interesse afirmado na pretensão, e a passiva ao titular do interesse que se opõe ou resiste à pretensão” (THEODORO JUNIOR, 2023, p. 196).

Ainda, a legitimação ativa, capacidade de promover a demanda, se divide em legitimidade ordinária e extraordinária. A legitimação ou capacidade ordinária é a que decorre da situação em que o titular do direito ou interesse pleiteado é o responsável pela promoção da ação processual. Essa é a regra em nosso ordenamento, conforme prevê o art. 18 do Código de Processo Civil.

Já a legitimação extraordinária trata das hipóteses excepcionais, daí seu nome, em que o ordenamento jurídico prevê a possibilidade de um terceiro, que será parte, demandar direito ou interesse alheio, em nome próprio. São situações específicas em que ocorre o fenômeno chamado substituição processual, não excluindo, ainda, a participação do substituto.

Novamente nos valem das lições de Humberto Theodoro Júnior:

De par com a legitimação ordinária, ou seja, a que decorre da posição ocupada pela parte como sujeito da lide, prevê o direito processual, em casos excepcionais, a legitimação extraordinária, que consiste em permitir-se, em determinadas circunstâncias, que a parte demande em nome próprio, mas na defesa de interesse alheio. Ressalte-se, porém, a excepcionalidade desses casos que, doutrinariamente, se denominam “substituição processual”, e que podem ocorrer, por exemplo, com o alienante da coisa litigiosa, com o Ministério Público na ação de acidente do trabalho, ou na ação civil de indenização do dano ex delicto, quando a vítima é pobre etc. (THEODORO JÚNIOR, p. 197)

De rigor, outrossim, destacar a celeuma doutrinária que se impõe acerca da legitimidade ativa nas ações de improbidade administra, como bem abordado por Daniel Amorim Assumpção Neves:

Existe certo dissenso doutrinário a respeito da legitimação extraordinária e da substituição processual. Enquanto parcela da doutrina defende tratar-se do mesmo fenômeno, sendo substituto processual o sujeito que recebeu pela lei a legitimidade extraordinária de defender interesse alheio em nome próprio,⁴ outra parcela da doutrina entende que a substituição processual é uma espécie de legitimação processual.⁵ Há aqueles que associam a substituição processual à excepcional hipótese de o substituído não ter legitimidade para defender seu direito em juízo, sendo tal legitimação exclusiva do substituto. Para outros, a substituição processual só ocorre quando o legitimado extraordinário atua no processo sem que o legitimado ordinário atue em conjunto com ele. ⁶

As explicações não convencem, sendo amplamente superior a corrente doutrinária que entende tratar-se da substituição processual e a legitimação extraordinária do mesmo fenômeno. Além disso, no âmbito da tutela coletiva, parece não haver qualquer empecilho para a utilização da expressão substituição processual, ao menos para aqueles que entendem ser a legitimidade ativa uma legitimação extraordinária. Para tanto, basta lembrar que o titular do direito difuso, coletivo ou individual homogêneo não é legitimado, ao menos por meio de ação coletiva, à defesa do direito em juízo. Dessa forma, mesmo para a corrente doutrinária que diferencia a legitimação extraordinária da substituição processual, na tutela coletiva não restará dúvida de que os legitimados são substitutos processuais e os titulares do direito, substituídos.

Registre-se a existência de corrente doutrinária que defende a limitação da legitimação extraordinária à tutela individual, afirmando que, por meio dessa espécie de legitimação, se defende em juízo um direito subjetivo singular de titularidade de pessoa determinada. Sendo o direito difuso de titularidade da coletividade (sujeitos indeterminados e indetermináveis) e o direito coletivo de uma comunidade – classe, grupo ou categoria de pessoas (sujeitos indeterminados, mas determináveis) –, inaplicável a eles a legitimação extraordinária. Sob forte influência dos estudos alemães a respeito do tema, defende que a legitimação ativa nas ações que têm como objeto direito difuso ou coletivo é uma terceira espécie de legitimidade, chamada de legitimidade autônoma para a condução do processo. (NEVES, 2022, p. 179)

Faz-se necessário pontuar que, no presente artigo, não se desconsidera as discrepantes e relevantes dissensões doutrinárias, fazendo-se, no entanto, a opção de analisar a questão proposta a partir dos contornos delimitados pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento conjunto das ADI's 7042 e 7043.

Conforme restou amplamente consolidado no referido julgamento, há, em entendimento contrário à lição supra, real distinção entre a legitimidade da pessoa jurídica lesada e a legitimidade do Ministério Público na propositura das ações de improbidade Administrativa.

Como não haveria de ser diferente consignou-se que a legitimidade do Ministério Público para o oferecimento de ação contra os agentes ímprobos está inserida no campo da legitimidade extraordinária. Ao promover o combate à improbidade, o Parquet atua em representação de uma coletividade indeterminada, promovendo e concretizando, em última ratio, o direito fundamental da sociedade à probidade administrativa.

O Ministério Público, portanto, na persecução das sanções previstas pela Lei 8.429/92, atua desempenhando os misteres constitucionalmente atribuídos, na defesa de interesses difusos, não possuindo, portanto, relação direta com o objeto da pretensão deduzida em juízo. Essa atuação, no entanto, deve observar as limitações impostas pelo texto constitucional, como bem ressaltado pelo Ministro Alexandre de Moraes (ADI's 7042 e 7043):

A natureza extraordinária dessa legitimação decorre, inclusive, da proibição constitucional expressa de que o Ministério Público exerça a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas (CF, art. 129, IX). Mais recentemente, ao apreciar essa restrição constitucional, a mesma conclusão (extensível, a contrário sensu, para os casos sob análise) foi reafirmada pelo Ministro LUIZ FUX no julgamento do Recurso Extraordinário 409.356 (Tribunal Pleno, DJe de 29/07/2020), nos seguintes termos (...)

No ponto reside a distinção entre a legitimidade do Ministério Público e a legitimidade da pessoa jurídica interessada, no campo da improbidade administrativa. A atuação da pessoa jurídica interessada é feita em nome próprio e na proteção de direito ou interesse próprio. Ainda, referida atuação é de incumbência de órgão da advocacia pública.

Ainda colhendo fundamentos no voto Ministro Alexandre de Moraes (ADI's 7042 e 7043):

Ao revés, a legitimidade da pessoa jurídica interessada, enquanto “entidade que sofreu os efeitos gravosos do ato de improbidade” (JOSE DOS SANTOS CARVALHO FILHO. Manual de Direito Administrativo. 33ª ed. São Paulo: Atlas, 2019 p. 1179), é, por excelência, ordinária, já que atua na defesa de seu próprio patrimônio público, que, compreendido em seu sentido amplo, como bem expressado pela Associação Nacional dos Advogados Públicos Federais (ANAFE) na sua peça inicial, ‘abarca a reserva moral e ética da Administração Pública brasileira’.

Dessa forma, considerando a existência de uma relação processual em tese, é facilmente perceptível que a pessoa jurídica interessada preencheria todos os elementos necessários ao necessário desenvolvimento do processo, representando sua exclusão um esvaziamento do sistema constitucional de proteção à probidade. Novamente nas razões do ministro relator, dessa vez fazendo referência ao parecer da Procuradoria-Geral da República:

Pela precisão de seus termos, transcrevo, nesse sentido, os seguintes trechos do parecer do Procurador-Geral da República:

Perceba-se que a legitimação do Ministério Público e a das pessoas jurídicas lesadas têm naturezas diversas. Enquanto a primeira é de ordem extraordinária – o Ministério Público pleiteia, em nome próprio, direito de toda a coletividade –, a segunda é ordinária – a pessoa jurídica demanda “na defesa de seu patrimônio”. Fosse de outro modo, estaria o Ministério Público a exercer a representação judicial de entidades públicas, o que lhe é vedado constitucionalmente (CF, art. 129, IX). [...] O direito de acesso ao Poder Judiciário é direito fundamental. Diante de lesão ou ameaça a direito, a todos é garantido recorrer ao Poder Judiciário para ver restabelecida a higidez da ordem jurídica. Isso se aplica tanto às pessoas naturais quanto às jurídicas, públicas ou privadas. Esse ponto é importante para a correta interpretação do § 1º do art. 129 da Constituição Federal, segundo o qual “a legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei”. Em primeiro lugar, destaque-se o claro vetor constitucional no sentido da ampliação (e não da restrição) da legitimidade ativa para as ações civis públicas. Mesmo assim, é certo ajuizar que essa norma deixa ao legislador ampla margem de conformação. A lei pode, num primeiro momento, prever a legitimação (extraordinária, como se enfatizará adiante) de um sem-número de pessoas e entidades e, depois, restringi-la, ao notar que houve excesso. Acontece que o que a lei pode moldar – ora estendendo muito, ora estendendo pouco – é a legitimação extraordinária para a propositura das ações civis públicas (aquela mesma de que dispõe o Ministério Público). Afinal de contas, “ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico” (CPC, art. 18, caput). **Já a legitimação ordinária – aquela cujo detentor é a própria pessoa lesada – é insuscetível de restrição, pois decorre do direito fundamental de acesso ao Poder Judiciário.** (grifo do autor)

A proteção da probidade, portanto, deve ser efetivada por meio da atuação de todos aqueles constitucionalmente legitimados, no intuito de conferir maior eficiência no combate à improbidade e a malversação dos dinheiros públicos.

4. Conclusão

Como visto, a análise da legitimidade da pessoa jurídica interessada para o ajuizamento da ação de improbidade administrativa perpassa por campos que vão além das lições do direito processual civil. Em realidade, conforme assentado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento das ADI's 7042 e 7043, se faz necessária uma análise holística de todo o texto constitucional afim de perceber qual a natureza dos interesses tutelados e qual o dever dos entes responsáveis por tal tutela.

Com as modificações e evoluções incorporadas ao ordenamento jurídico foi se estabelecendo uma estrutura de combate à corrupção e de tutela dos valores essenciais ao bom funcionamento da Administração Pública, merecendo destaque a probidade. A Constituição da República de 1988 inovou e ampliou a referida estrutura, criando verdadeiro sistema de tutela da probidade. A lei maior, além ampliar o espectro de responsabilização, alcançando os agentes públicos em geral, e terceiros participantes, previu uma série de rigorosas sanções e delegou à legislação infra a disposição acerca de sua forma e gradação.

Para o efetivo cumprimento das disposições constitucionais foi editada a Lei 8.429/92, também conhecida como lei de improbidade administrativa. Ocorre que no ano de 2021 o referido normativo foi profundamente modificado pelo advento da Lei 14.230/21, o que suscitou um aprofundamento do debate acerca dos dispositivos contidos na lei de improbidade, tanto no campo acadêmico quanto no campo jurisprudencial.

O presente artigo, portanto, procurou investigar a constitucionalidade da restrição à legitimidade ativa dos entes jurídicos interessados, promovida pelo novel legislação, a partir das balizas traçadas pelo Supremo Tribunal Federal no citado julgamento. Pode-se concluir, então, que a Constituição da República de 1988 institui um verdadeiro sistema de proteção da probidade na Administração. Ainda conforme assentado no julgamento, como consectário do sistema instituído surge a legitimidade do ente jurídico lesado para o combate à improbidade, também, pela via judicial, legitimidade essa que não pode ser restringida pelo legislador infraconstitucional sob pena de violação ao poder-dever de tutela do patrimônio constitucionalmente atribuído às pessoas políticas, bem como ao princípio da inafastabilidade da jurisdição e ao princípio da eficiência.

REFERÊNCIAS

AMANDO DE BARROS, Laura M. É faz-de-conta, mas não é brincadeira: a absurda ficção trazida pelos parágrafos 9º e 10 do artigo 12 da nova Lei de Improbidade. **Estadão**, São Paulo, 10 dez. 2021. Disponível em: https://esdpm.pgmsp.net/pluginfile.php/1011/mod_folder/content/0/%C3%89%20faz-deconta%20mas%20n%C3%A3o%20%C3%A9%20brincadeira%20%20a%20absurda%20ficcao%20trazida%20pelos%20paragrafos%209%20e%2010.pdf Acesso em: 10 nov. 2023.

AMANDO DE BARROS, Laura M. Ausência de visão sistêmica do controle: (mais) um pecado capital do PL 10.887/18. **Consultor jurídico**, São Paulo, 2021. Disponível em: https://esdpm.pgmsp.net/pluginfile.php/1011/mod_folder/content/0/PL%2010887%20e%20o%20fim%20da%20legitimidade%20das%20procuradorias%20-%20final.pdf Acesso em: 10 nov. 2023.

BERTONCINI, Mateus. Direito Fundamental à probidade administrativa. In: OLIVEIRA, Alexandre Albagli; CHAVES, Cristiano; GHIGNONE, Luciano (Coord.). **Estudos sobre improbidade administrativa em homenagem ao prof. J.J. Calmon de Passos**. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

BRASIL. **Constituição Federal de 5 de outubro de 1988** com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nº1/1992 a 132/2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 nov. de 2023.

BRASIL. **Constituição do Império de 25 de março de 1824**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em: 10 nov. 2023.

BRASIL. **Constituição da República do Brasil de 24 de fevereiro de 1891**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em: 10 nov. 2023.

BRASIL. **Constituição da República do Brasil de 16 de julho de 1934**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm Acesso em: 10 de novembro de 2023.

BRASIL. **Constituição da República do Brasil de 10 de novembro de 1937**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm.

Acesso em: 10 nov. 2023.

BRASIL. **Constituição do Brasil de 18 de setembro de 1946**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm. Acesso em: 10 nov. 2023.

BRASIL. **Constituição do Brasil de 24 de janeiro de 1967**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm. Acesso em: 10 nov. 2023.

BRASIL. **Constituição do Brasil de 24 de janeiro de 1967** com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao67EMC69.htm. Acesso em: 10 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 7042**. Rel.: Min. Alexandre de Moraes. Publicado no DJE de 28/02/2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15356195111&ext=.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 852.475**. Rel.: Min. Alexandre de Moraes. Redator do acórdão: Min. Edson Fachin. Publicado no DJE de 25/03/2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339769948&ext=.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2023.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil – parte geral do código de processo civil** v. 01, 13. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

BUZAID, Alfredo. **Agravo de petição no sistema do Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1956.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Improbidade administrativa: prescrição e outros prazos extintivos**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 37. ed. Barueri [SP]: Atlas, 2023.

DAL POZZO, Augusto Neves; OLIVEIRA, José Pimenta de. **Lei de improbidade administrativa reformada** [livro eletrônico]. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 36. ed. [2. Reimp.] Rio de Janeiro: Forense, 2023.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo : Atlas, 2016.

FERRARESI, Eurico. **Improbidade administrativa**. São Paulo: Método, 2011.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 1.

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca [et al.] – **Comentários à Nova Lei de Improbidade Administrativa**. 6. ed.. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2023.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 14. ed. [2. Reimp.] Rio de Janeiro: Forense, 2023.

ARQUES, Mauro Campbell [*et al.*]. **Improbidade administrativa**: temas atuais e controvertidos; coordenação Ministro Mauro Campbell Marques; colaboração André de Azevedo Machado, Fabiano da Rosa Tesolin. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 26.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Comentários à reforma da lei de improbidade administrativa**: Lei 14.230, de 25.10.2021 comentada artigo por artigo. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Improbidade administrativa**: direito material e processual. 9. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da improbidade administrativa** [livro eletrônico]: má gestão pública: corrupção: ineficiência. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

SÁ, Acácia Regina Soares de. A legitimidade nas ações de improbidade administrativa. **Migalhas**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/372819/a-legitimidade-nas-acoes-de-improbidade-administrativa>. Acesso em: 10 nov. 2023.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**, vol. I, 64. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Revista de informação legislativa**, v. 35, n. 138, p. 213-216, abr./jun. 1998.