

VOTO-VISTA

AGRAVOS REGIMENTAIS EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO ADMINISTRATIVO. LEI ESTADUAL Nº 6.450, DE 2013. CONSTITUCIONALIDADE. AUSÊNCIA DE CRIAÇÃO DE HIPÓTESE DE INEXGIBILIDADE DE CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE ADVOCACIA PARTICULAR.

1. A norma estadual cria mecanismo de ressarcimento ao servidor ou autoridade pública por atos que, embora adstritos ao exercício da função pública, gerem a propositura de demandas administrativas ou judiciais em desfavor desses agentes.

2. Não se trata de privilégio gerados aos agentes públicos na medida em que a lei estadual prevê uma séria de controles prévios e posteriores para o ressarcimento pela contratação de advogado particular pelo agente público, a exemplo da consonância do ato defendido com parecer prévio da Procuradoria Estadual, além do ressarcimento posterior ao erário em caso de, não obstante a defesa por causídico, advir condenação judicial desse agente.

3. Os objetivos da norma são o de proteger o agente ou autoridade que atuam com probidade e de reduzir o dano a que estão sujeitos pelo acionamento temerário em seu desfavor, considerando a carga aflitiva própria do processo e os dispêndios para contratação de patrono particular - pela lei sob análise, limitado ao quádruplo da tabela de honorários da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

4. Não se verifica, pois, a criação de hipótese de inexigibilidade de licitação por via transversa, dado

que a própria lei estadual alerta para a inadmissibilidade de contratação direta de advogados pelo Estado.

5. Agravos regimentais a que se dá provimento, para reconhecer a constitucionalidade da Lei estadual nº 6.450, de 2013, do Estado do Rio de Janeiro.

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA:

1. Trata-se de dois agravos regimentais interpostos pela Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro, sua Mesa Diretora e Presidente, e também pelo Estado do Rio de Janeiro, contra decisão monocrática do eminente relator, o Min. Edson Fachin, que negou provimento aos recursos extraordinários movidos em face de acórdão proferido pelo Órgão Especial do TJRJ, no qual declarada a inconstitucionalidade da Lei estadual nº 6.450, de 2013.

2. Para melhor analisar a questão, pedi vista do processo incluído em pauta do Plenário virtual desta 2ª Turma, ocorrido entre 2/6/2023 a 9/6/2023.

3. A controvérsia repousa sobre dispositivos da citada lei estadual que tem por objetivo amparar *autoridades e servidores comuns* que, por sua atuação pública típica, são pessoalmente demandados, administrativa ou judicialmente, numa gama de litígios. A norma local prevê mecanismo de ressarcimento desses agentes públicos que são obrigados a contratarem advogados particulares para realizarem sua defesa técnica em processos judiciais e administrativos.

4. É elucidativa a exposição de motivos da ALERJ, constante do acórdão recorrido, que peço vênias para aqui reproduzir:

“(...) corrigir a injusta situação na qual autoridades e servidores comuns se vêem envolvidos involuntariamente e com frequência: ao praticarem atos de rotina pelo Estado, no curso de suas regulares atividades, sujeitam-se a figurar como réus em ações muitas vezes descabidas, tendo de arcar com o inesperado custo da defesa de tais atos que, em última análise, são do próprio Estado” (e-doc. 19, p. 3-4).

5. Na esteira, importa transcrever os dispositivos questionados, nos quais encontrou guarida a contratação particular dos advogados privados:

Art. 1º A presente Lei se aplica às **autoridades e servidores estaduais da Administração Pública direta e indireta** que, **em decorrência da prática de atos funcionais**, venham a ocupar o polo passivo em ações civis públicas, ações populares, ações de improbidade, ações criminais ou sejam indiciados em inquérito civil ou criminal, ou estejam respondendo a processos perante outros órgãos de controle, desde que atendidas, cumulativamente, as seguintes exigências:

I – o ato tenha sido praticado no exercício de cargo ou emprego efetivo ou em comissão, integrante da estrutura da administração direta, autárquica ou fundacional;

II – o ato atacado não seja contrário a parecer da Procuradoria Geral do Estado, emitido até a data do ato;

III – o ato atacado tenha sido **precedido de parecer ou manifestação de órgão integrante do Sistema Jurídico Estadual**, quando tal condição for expressamente exigida pela lei ou regulamento, e não contrarie tal parecer ou manifestação;

IV – o ato atacado não tenha sido omissivo quanto à circunstância que, por expressa previsão legal, deveria ter sido enfrentada ou mencionada.

§ 1º. Na hipótese em que não era exigível parecer ou manifestação prévia de órgão integrante do Sistema Jurídico Estadual a aplicação da presente lei dependerá de análise posterior do referido órgão, que deverá verificar, em especial, a consistência das imputações feitas em confronto com as justificativas do ato.

§ 2º A presente Lei também se aplica quando a ação decorrer de imputação irrazoável de não prestação de informações.

Art. 2º Atendidas as condições de que trata o art. 1º o **Estado, autarquia ou fundação**:

I – custeará a defesa do servidor em questão, nos termos e limites do art. 3º;

II – poderá ingressar em juízo, mesmo que não tenha sido notificado ou citado na ação, para, em nome próprio, defender o ato impugnado.

Art. 3º O custeio da defesa se fará por meio de reembolso à autoridade ou servidor dos honorários advocatícios despendidos, limitados ao valor correspondente ao quádruplo do valor previsto para a respectiva atividade na tabela de honorários advocatícios da Ordem dos Advogados do Brasil Seção do Estado do Rio de Janeiro, observado o seguinte:

I – a **autorização será do Secretário de Estado ou do Presidente** da entidade autárquica ou fundacional na qual o ato tiver sido praticado e será precedida de manifestação do órgão integrante do Sistema Jurídico Estadual, que verificará o atendimento aos requisitos previstos no art. 1º e, em sendo o caso, em seu § 1º;

II – **exigência de assinatura, por parte do servidor, de termo de responsabilidade de devolução das verbas, nas hipóteses do art. 4º** .

III – para efeito do disposto nesta Lei o advogado deverá possuir registro profissional impreterivelmente na Ordem dos Advogados do Brasil Seção do Estado do Rio de Janeiro.

§1º - No caso em que a própria autoridade de que trata o art. 3º, I, pretender se beneficiar desta Lei a autorização será dada pelo Secretário Chefe da Casa Civil, ou pelo Secretário de Estado, no caso de autarquias e fundações.

§2º - Poderá o servidor optar, sem incidência de honorários, por advogado integrante do Quadro de Assistentes Jurídicos do Estado do Rio de Janeiro.

Art. 4º **O servidor devolverá os valores gastos com sua defesa,** admitindo-se o parcelamento nos mesmos prazos aplicáveis à dívida ativa, **quando** :

I – **for condenado criminalmente ou em ação de improbidade por decisão transitada em julgado** ;

II – **o ato for considerado ilegal ou inconstitucional por decisão transitada em julgado** ;

III – **o Estado, no curso do processo, tomar conhecimento de circunstâncias que apontem para a ilegalidade manifesta do ato e para o dolo ou culpa grave do servidor** , observado, neste caso, o seguinte procedimento:

a) iniciativa fundamentada da mesma autoridade de que trata o art. 3º, I ou da Procuradoria Geral do Estado;

b) manifestação prévia do interessado, em prazo não inferior a 5 dias;

c) decisão final irrecorrível do Procurador Geral do Estado. (grifos acrescidos)

6. A análise da constitucionalidade da aludida legislação deu-se a partir de um julgamento negativo do pedido (e-doc. 4), que foi alterado após o provimento do RE nº 932.396/RJ, ante a reconhecida ofensa ao art. 93, inc. IX, CRFB. O novo acórdão, então, consignou a existência da inconstitucionalidade formal e material da lei. (e-doc. 19)

6.1. No aspecto nomodinâmico, foi considerada a ofensa ao esquema de repartição de competências legislativas dos entes federais, no qual à União cabe legislar sobre normas gerais de licitação (art. 21, inc. XXVII, CRFB), não

cabendo ao Estado criar previsão contrária à norma federal constante da Lei nº 8.666, de 1993.

6.2. De ordem material, a inconstitucionalidade adviria da criação de hipótese de inexigibilidade por via de lei local infringente do próprio princípio da licitação (art. 37, inc. XXI), sob uma *causa petendi* aberta.

7. Como se vê, tanto por sua redação quanto pela explanação de motivos - que é, basicamente, repetida em seu art. 1º -, a Lei estadual nº 6.450, de 2013, criou uma espécie de auxílio financeiro aos servidores que se tornam **pessoalmente** réus em demandas cíveis ou criminais por ato próprio do exercício da função pública. Logo, o móvel da norma é, a toda evidência, **proteger a atuação dos agentes públicos contra processos que, não raro, visam à intimidação do exercício do *munus* público por motivos (v.g. pessoais; políticos) além do próprio controle judicial sobre atos da Administração .**

8. Um primeiro ponto que merece destaque está no fato de que a advocacia pública é, a princípio, órgão voltado à representação do ente público e não de seus agentes. Como delineado no voto vencedor do acórdão recorrido, a Teoria do Órgão (ou Teoria da Imputação Volitiva) esposada pelo alemão Otto von Gierke não aparta do órgão ou da entidade pública a prolação do ato administrativo do agente público que o efetivamente confecciona. No entanto, é comum que os próprios agentes públicos sejam pessoalmente demandados pela execução de suas tarefas - reitero, em nome do órgão ou entidade públicos .

9. Desse modo, conquanto seja papel fundamental das advocacias públicas a apresentação e defesa do ente público judicial e extrajudicialmente (art. 131, CRFB), **disso não decorre automaticamente que os procuradores públicos representem, também, os servidores públicos do mesmo ente federativo .**

10. Nessas circunstâncias, cria-se verdadeiro **dano anormal** , como anota o e. Min. Gilmar Mendes em seu Curso de Direito Constitucional, porquanto fica o servidor à sua única sorte quando é judicialmente acionado por atos típicos de sua função. O *dano anormal* que aqui pontuo não é aquele advindo de condutas ímprobadas e em desvios de finalidade do agente público - o qual não vislumbro proteção pela lei estadual do Rio de

Janeiro - mas o **relacionado à própria carga afluiva do processo além do agravo patrimonial pela contratação de advogado particular que o servidor terá lançar mão para se defender** .

11. Não me soa válido o argumento de que o servidor, ou mesmo a autoridade, sejam, naturalmente, responsabilizados por atos administrativos exarados pelos órgãos nos quais exercem suas funções.

12. A noção de responsabilidade solidária é excepcional, e somente aparece em nosso ordenamento por meio de uma ressalva legal ou constitucional (v.g. art. 74, §1º, CRFB), e tem como objetivo desestimular condutas ímprobas, comissivas ou omissivas.

13. Noutro passo, **é salutar a previsão legal que vise à proteção da função pública exercida de maneira escorreita** , notadamente nesse presente caso, que **atenue - em aspecto patrimonial, ao menos - os prejuízos da atuação livre e honesta do agente** . **O que não se quer é uma criminalização temerária imanente a toda e qualquer atuação político-administrativa, sob pena de verdadeiro cenário de “apagão das canetas”** .

14. Traçado esse breve panorama, passo a tecer considerações específicas sobre os termos da Lei estadual nº 6.450, de 2013.

15. De plano, extraio que a norma não é carta branca para o erário custear o patrocínio de causas particulares dos servidores, o que se tem não somente pela premissa de que o ato defendido deva necessariamente ter **estrita correlação com a função pública** (art. 1º, inc. I), como pelo regramento que delimita **condicionantes** para o ressarcimento: a **consonância do ato com posicionamento prévio da Procuradoria** (art. 1º, incs. II e III) e **não advenha de omissão administrativa do servidor ou autoridade** (art. 1º, inc. IV).

16. Esse controle *ex ante* também conta com uma **limitação do dispêndio público ao quádruplo da tabela de honorários da OAB** (art. 3º, *caput*), o que importa na conclusão de que não se dá a chancela à contratação das maiores e notórias bancas de advocacia ou a qualquer espécie de favorecimento a indivíduos ou organizações.

17. Em caráter *ex post*, a Lei nº 6.450, de 2013, prevê a restituição ao erário caso sacramentada, em sede judicial, a falha administrativa em razão da condenação ou procedência do pedido formulado em desfavor do agente público (art. 4º).

18. Destarte, todo esse feixe de normas me leva a crer que os efeitos produzidos pela lei não conduzem à violação da moralidade administrativa, mas ao fortalecimento da impessoalidade e da eficiência em sua aplicação, vez que, conquanto não traga rol de matérias singulares para atuação da advocacia privada contratada, também não vulgariza a hipótese de sua aplicação - haja vista, repito, as inúmeras condicionantes prelecionadas.

19. Daí, não enveredo minha conclusão para uma burla do processo licitatório, como pode parecer numa primeira visada. Isso porque não se trata de contratação pelo Estado. A propósito, o art. 6º da Lei nº 6.450, de 2013, alerta justamente para esse ponto:

Art. 6º Não será admitida a contratação por parte do Estado de serviços de natureza jurídica para o fim específico de patrocínio de autoridades e servidores estaduais que, em decorrência da prática de atos funcionais de gestão ou equivalentes, venham a encontrar-se na posição de sujeito passivo em inquéritos civis ou penais, inclusive inquéritos preparatórios de ações civis públicas, em ações judiciais de natureza civil ou penal, inclusive ações civis públicas, ações populares e outras, quando o Estado funcionar como parte no processo judicial relativo a quaisquer dos procedimentos dispostos, reconhecendo a ilegalidade ou lesividade do ato ou contrato que constitui o objeto da lide. (grifos acrescidos)

20. Como visto, também **não se trata de procedimento desatrelado de controles ou não sujeito a requisitos ou pressupostos vinculados ao ato administrativo a ser defendido**.

21. E, ainda, os efeitos da lei estadual não induzem à substituição do mister da procuradoria estadual, a qual, aliás, tanto pode atuar nessas circunstâncias como única representante da autoridade pública (art. 3º, §2º), como participa do controle anterior e posterior da aplicação da lei contestada.

22. No sistema de repartição constitucional de competências, portanto, **não se criou uma nova figura de inexigibilidade de licitação, mas o auxílio financeiro - condicionado e economicamente limitado - para a defesa do agente prolator de ato praticado legítimo, praticado no exercício da função pública e em conformidade com as regras e princípios administrativos constitucionais .**

23. Como maior expressão dessa faceta interpretativa que faço sobre a lei, o dispêndio público ainda fica condicionado ao sucesso da defesa, ponto em que me permito fazer duas considerações.

24. A primeira é a de que, em qualquer hipótese de dispensa ou inexigibilidade de licitação, a Administração contratante não possui qualquer dever posterior condicionado ao sucesso dos serviços do advogado contratado diretamente.

25. Outra, e ainda mais importante, decorre do fato de que, ao ter de restituir os cofres públicos caso sobrevenha uma condenação judicial, ou meramente considerado ilegal o ato administrativo, **busca-se justamente a valorização do agente ou da autoridade pública que atua com probidade e expertise técnica** - dado que não protegido estaria do dolo ou erro grosseiro (em arrimo, pois, ao art. 28 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro).

26. Nestes termos, com máxima vênias a entendimento diverso, **à falta de vinculação do Estado com o patrocínio particular de causas de índole pública de seus agentes** e, como vetor determinante, ante a **presença de requisitos que resguardam a moralidade pública e a impessoalidade na utilização do benefício disposto** pela Lei nº 6.450, de 2013, não encontro caso de contratação direta por inexigibilidade de licitação tampouco inconstitucionalidade das disposições normativas sob análise.

27. Ante o exposto, peço vênias para divergir do e. Relator, a fim de **dar provimento aos agravos regimentais e, por conseguinte, prover os recursos extraordinários, julgando improcedente a representação de inconstitucionalidade da Lei estadual nº 6.450, de 2013 .**

Ministro ANDRÉ MENDONÇA

Relator

Plenário Virtual - minuta de voto - 20/10/2023