



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RE nos EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 1842613 - SP (2019/0235636-7)

**RELATOR** : **MINISTRO OG FERNANDES**  
**RECORRENTE** : DELTAN MARTINAZZO DALLAGNOL  
**PROCURADOR** : ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO - AGU  
**ADVOGADO** : PROCURADORIA GERAL DA UNIÃO  
**RECORRIDO** : LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA  
**ADVOGADOS** : MARIA DE LOURDES LOPES - SP077513  
VALESKA TEIXEIRA ZANIN MARTINS - SP153720  
CRISTIANO ZANIN MARTINS - SP172730  
BRUNO SALES BISCUOLA - SP302602  
**INTERES.** : ASSOCIACAO NACIONAL DOS PROCURADORES DA  
REPUBLICA  
**ADVOGADOS** : GUSTAVO PACÍFICO - SP184101  
LUIZA ORSOLON GALARDO E OUTRO(S) - SP376474  
FLAVIO LUIZ YARSHELL - SP088098

### EMENTA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO ADMINISTRATIVO. MATÉRIA COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. TEMA N. 940/STF. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE REFUTA A APLICAÇÃO DA TESE. RECURSO ADMITIDO.

### DECISÃO

Trata-se de recurso extraordinário interposto por DELTAN MARTINAZZO DALLAGNOL (fls. 3.505-3.517), com fundamento no art. 102, III, a, da Constituição Federal, contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça assim ementado (fls. 3.280-3.282):

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ENTREVISTA COLETIVA PARA INFORMAR O OFERECIMENTO DE DENÚNCIA CRIMINAL. EX-PRESIDENTE DA REPÚBLICA ENTRE OS DENUNCIADOS. DIVULGAÇÃO COMANDADA POR PROCURADOR DA REPÚBLICA. ENTREVISTA DESTACADA POR NARRATIVA OFENSIVA E NÃO TÉCNICA. UTILIZAÇÃO DE *POWERPOINT*. DECLARAÇÃO DE CRIMES QUE NÃO CONSTAVAM DA PEÇA ACUSATÓRIA. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO AGENTE PÚBLICO CAUSADOR DO DANO. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA DECIDIDA E NÃO

IMPUGNADA OPORTUNAMENTE. PRECLUSÃO. ASSISTÊNCIA SIMPLES. ATUAÇÃO EM CONFORMIDADE COM A DO ASSISTIDO E NOS SEUS LIMITES. ACESSORIEDADE. TEORIA DA ASSERTÇÃO. ILEGITIMIDADE ALEGADA EM CONTESTAÇÃO. DETERMINAÇÃO APÓS INSTRUÇÃO PROBATÓRIA. DECISÃO MERITÓRIA. STF. TEMA N. 940. CONDUTA DANOSA QUE SE IDENTIFICA COM A ATIVIDADE FUNCIONAL. CONDUTA DANOSA IRREGULAR, FORA DAS ATRIBUIÇÕES FUNCIONAIS. AGENTE PODE SER O LEGITIMADO PASSIVO.

1. É firme o entendimento do STJ no sentido de que o magistrado é o destinatário da prova, competindo, portanto, às instâncias ordinárias exercer juízo acerca da imprescindibilidade daquelas que foram ou não produzidas, nos termos do art. 130 do CPC.

2. Não havendo a parte recorrida impugnado, oportunamente, o reconhecimento pelo Tribunal de origem de sua legitimidade passiva *ad causam*, consolidou-se a preclusão, sendo vedado o exame do tema por este Tribunal Superior.

3. As matérias de ordem pública estão sujeitas à preclusão *pro judicato*, de modo que não podem ser novamente analisadas se já tiverem sido objeto de anterior manifestação jurisdicional. Precedentes.

4. O assistente, mormente a espécie simples, não propõe nenhuma demanda ao intervir no processo, limitando-se a sustentar as razões de uma das partes. Sua atuação é complementar à do assistido e não poderá contradizê-lo.

5. Na linha dos precedentes desta Corte, à assistência simples impõe-se o regime de acessoriedade, cessando a intervenção do assistente caso o assistido não recorra.

6. As condições da ação são apuradas de acordo com a teoria da asserção. Assim, o reconhecimento da legitimidade das partes se dá com base nos argumentos apresentados na inicial, que devem possibilitar a dedução, em abstrato, de que o autor pode ser o titular da relação jurídica levada a juízo.

7. Na linha do julgamento pelo STF do RE n. 1.027.633/SP, nas ações de indenização, quando a conduta danosa derivar do exercício das funções públicas regulares, o autor prejudicado não possuirá mais a opção de escolher quem irá ocupar o polo passivo da demanda ressarcitória: se o próprio agente ou se a entidade estatal a que o agente seja vinculado ou se ambos. Nessa individualizada situação, a demanda, necessariamente, será ajuizada em face do Estado, que, em ação regressiva, poderá acionar o agente público.

8. Nas situações em que o dano causado ao particular é provocado por conduta irregular do agente público, compreendendo-se "irregular" como conduta estranha ao rol das atribuições funcionais, a ação indenizatória cujo objeto seja a prática do abuso de direito que culminou em dano pode ser ajuizada em face do próprio agente.

9. Não é possível a declaração da revelia por inadequação da representação processual quando a regularidade daquela representação apenas se define após instrução probatória e análise do mérito da causa.

10. O direito é meio de ordenação racional e vinculativa de uma comunidade organizada e, nessa condição, estabelece regras,

formas e cria instituições, apontando para a necessidade de garantias jurídico-formais capazes de evitar comportamentos arbitrários e irregulares de poderes políticos.

11. Age com abuso de direito, ofendendo direitos da personalidade, o sujeito que, a pretexto de divulgar o oferecimento de denúncia criminal em entrevista coletiva, utiliza-se de termos e adjetivações ofensivos ("comandante máximo do esquema de corrupção", "maestro da organização criminosa") e marcados pelo desapego à técnica, assim como insinua a culpabilidade do denunciado por crimes antes que se realize o julgamento imparcial imparcial, referindo-se ainda a fatos e tipo penal que não constem da denúncia a que se dá publicidade.

12. É norma fundamental o dever de não prejudicar outrem. Essa "regra de moral elementar", de conteúdo mais amplo do que o do princípio da liberdade individual, é, forçosamente, limitativa das faculdades que o exercício desta comporta. O abuso de direito é, na origem, ato jurídico de objeto lícito, mas cujo exercício, levado a efeito sem a devida regularidade, acarreta um resultado ilícito.

13. Abusar do direito é extravasar os seus limites quando de seu exercício. Assim, quando o agente, atuando dentro das prerrogativas que o ordenamento jurídico lhe confere, não observa a função social do direito subjetivo e, ao exercitá-lo, desconsideradamente, ocasiona prejuízo a outrem, estará configurado o abuso de direito.

14. Sempre que os limites socialmente aceitos forem ultrapassados, dando lugar a situações geradoras de perplexidade, espanto ou revolta decorrentes do exercício de direitos, a resposta do ordenamento só pode ser uma: a repulsa ao agir abusado, desarrazoado.

15. O processo é o alicerce sobre o qual se materializa a tutela jurisdicional e, nessa linha, o processo penal se revela como plataforma capaz de garantir segurança jurídica na apuração de um tipo criminal, apto à concretização das garantias e dos direitos fundamentais, sem se desviar de fundamentos éticos, trabalhando pela preponderância intensificada dos princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa.

16. O oferecimento de uma denúncia deve orientar-se pelo princípio da dignidade da pessoa humana, impondo-se à sua formação a certeza, a densidade e a precisão, quanto à narração dos fatos, e a coerência, quanto à sua conclusão, além do mister de ser juridicamente fundamentada.

17. Assim como a peça acusatória deve ser o espelho das investigações nas quais se alicerça, sua divulgação deve ser o espelho de seu estrito teor, balizada pelos fatos que a acusação lhe imputou, sob pena de não somente vilipendiar direitos subjetivos, mas, também, com igual gravidade, desacreditar o sistema jurídico.

18. Para a fixação definitiva da indenização, ajustando-se às circunstâncias particulares do caso, considera-se a gravidade do fato, ofensa à honra e reputação da vítima, ex-Presidente da República, com base em imputações da prática de crimes que não foram objeto da denúncia e em qualificações não técnicas; os meios utilizados na divulgação, com convocação dos principais canais de TV para transmissão para o Brasil e outros países, com ampla repercussão; a responsabilidade do agente, Procurador da República, capaz tecnicamente de identificar os

termos utilizados em seu discurso e a repercussão do que se propagava, com razoável capacidade financeira para suportar o pagamento.

19. Recurso especial parcialmente provido, para condenar o recorrido ao pagamento de indenização no valor de R\$ 75.000,00 (setenta e cinco mil reais).

No acórdão, proferido por maioria pela Quarta Turma deste Superior Tribunal, foi vencida a Min. Maria Isabel Gallotti (fls. 3.327-3.335), para quem não seria possível "divorciar o ato de dar essa entrevista da atividade do réu como Procurador da República".

A parte recorrente sustenta a violação dos arts. 5º, LV, 37, § 6º, 93, IX, e 127, § 1º, da CF. Ainda, pondera que o Supremo Tribunal Federal já reconheceu a repercussão geral da matéria tratada nos autos no julgamento do RE n. 1.027.633/SP, que deu origem ao Tema n. 940/STF.

Alega, assim, que não teria legitimidade para figurar no polo passivo da presente ação, pois seria subjetiva a responsabilidade civil do agente público por danos causados a terceiros, no exercício de atividade pública, conforme entendimento do STF, fixado em repercussão geral.

Defende que a conduta que lhe é imputada pela parte recorrida – "entrevista coletiva, realizada em 14/9/2016, para esclarecimento de fatos e questões jurídicas que estavam sendo veiculadas em denúncia criminal que deu origem à ação penal n. 5046512-94.2016.4.04.7000" – corresponderia à sua atuação como membro do Ministério Público Federal no exercício de suas regulares atribuições e, portanto, a solução do caso atrairia a aplicação do referido tema n. 940/STF.

Aduz, ainda, o seguinte (fl. 3.513):

As entrevistas coletivas constituem um instrumento avalizado oficialmente pelo Ministério Público Federal como meio de se dar essa ampla publicidade aos seus atos institucionais. Só na Operação Lava Jato já foram realizadas quinze entrevistas coletivas, sendo que a primeira delas, realizada aos 11 de dezembro de 2014, contou com a presença e a participação do Exmo. Procurador-Geral da República. Logo, a entrevista coletiva objeto desta demanda não foi algo produzido exclusivamente contra o LULA, mas sim uma sistemática institucional de divulgação dos trabalhos do Ministério Público Federal.

Assevera que "o v. acórdão deixou de analisar todo o arcabouço jurídico legal que embasa até hoje a concessão de entrevistas no âmbito do Ministério Público Federal" (fl. 3.514), argumentando que a questão acerca da ilegitimidade passiva não estaria preclusa, porquanto o recorrente já havia sido contemplado com decisão de mérito pela improcedência da ação e, portanto, não teria interesse recursal para refutar esse ponto.

Além disso, entende que o exame dessa questão seria de ordem pública e que esta Corte não poderia deixar de se manifestar sobre o assunto.

Subsidiariamente, defende que teria havido omissão quanto às questões suscitadas em embargos de declaração, o que constituiria vício capaz de gerar a nulidade do acórdão embargado, diante da sustentada violação do dever de fundamentação das decisões judiciais, o que inviabilizaria, ainda, o

exercício do contraditório e da ampla defesa.

Nesse sentido, aponta que o acórdão impugnado teria incorrido nas seguintes omissões (fl. 3.516):

(i) ao não se pronunciar sobre questão essencial, referente à argumentação da acerca da inadmissibilidade do recurso especial de LULA (vide contrarrazões ao recurso especial; fls. 1.952/1969, e-STJ), considerando que (i.1) como demonstrado pelo recorrente e inclusive reconhecido pelo E. TJSP na v. decisão de inadmissão, as questões invocadas por LULA em seu recurso especial traziam a necessidade de reanálise do contexto fático probatório delimitado pelas instâncias inferiores; o que não era permitido naquele momento processual configurando óbice de conhecimento do recurso, mas foi feito pelo C. STJ, que, a despeito de inicialmente ter determinado a conversão do agravo em recurso especial, diante “das circunstâncias que envolvem a controvérsia e para melhor exame do objeto do recurso”, dispondo expressamente que não haveria “prejuízo de novo exame acerca de seu cabimento, a ser realizado no momento processual oportuno” (fls. 2.180/2.181, e-STJ; grifamos), não abordou em nenhum momento o motivo de não ter entendido pela ausência de incidência da Súmula 7 do C. STJ; e (i.2) LULA não demonstrou em que medida teria havido violação aos dispositivos legais supostamente vulnerados (o que não foi observado pelo v. acórdão, nem ao menos abordado para defender eventual entendimento contrário, violando o art. 105, III, “a” da CF);

(ii) ao desconsiderar que (ii.1) a ora Recorrente, desde seu pedido de ingresso na lide na qualidade de assistente, defendeu a ilegitimidade passiva de DELTAN, uma vez que é inegável que a conduta que lhe é imputada se refere à sua atuação como membro do MPF no exercício de suas atribuições (CF, art. 37, § 6º), o que somente voltou a ser abordado em sede de contrarrazões à apelação e ao recurso especial, em devida observância ao pressuposto do interesse recursal, já que, antes disso, não haveria necessidade porque as instâncias inferiores julgaram o pedido inicial de LULA improcedente, no mérito, em favor de DELTAN; logo, não houve “preclusão” ou “falta de prequestionamento”; (ii.2) sequer seria necessário ao recorrente invocar questão de ordem pública antes das contrarrazões ao recurso especial, seja porque o tema já estava em debate nos autos, seja porque cabe ao C. STJ se manifestar sobre ela até mesmo de ofício, considerando que o devido processo legal e a formação da coisa julgada são direitos garantidos às partes (CF, art. 5º, XXXVI e LIV) – o que foi devidamente reconhecido pela Il. Min. MARIA ISABEL GALLOTTI em seu voto divergente de fls. 3.327/3.335;

(iii) no que se refere às premissas estabelecidas pelo v. acórdão do recurso de apelação e seu correto enquadramento no tema 940/STF, à luz do art. 37, §6º da CF, que versa sobre a ausência de responsabilidade civil subjetiva do agente público por danos causados a terceiros no exercício de atividade pública, violando o princípio da segurança jurídica (CF, art. 5º, XXXVI) e a necessidade de uniformização da jurisprudência e vinculação dos juízes e tribunais à repercussão geral do STF – o que também foi acertadamente reconhecido pela Il. Min. ISABEL

GALLOTTI em seu voto divergente de fls. 3.327/3.335;(iv) no que se refere ao art. 5º, §2º, da CF, ao majorar, de forma desproporcional e desarrazoada, os honorários advocatícios sucumbenciais para 20% sobre o valor da condenação imposta à DELTAN.

Requer, ao final, a admissão do recurso e a remessa ao Supremo Tribunal Federal.

As contrarrazões foram apresentadas às fls. 3.566-3.606.

É o relatório.

Ao apreciar o Tema n. 940 de repercussão geral, o STF firmou tese segundo a qual:

A teor do disposto no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, a ação por danos causados por agente público deve ser ajuizada contra o Estado ou a pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público, sendo parte ilegítima para a ação o autor do ato, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Confira-se o seguinte excerto da fundamentação, extraído do voto do Ministro relator, Marco Aurélio, no julgamento do RE n. 1.027.633/SP, que deu origem à tese de repercussão geral em comento:

Versando direito e garantia fundamental do cidadão, o artigo 37, § 6º, da Constituição Federal encerra norma autoaplicável, de eficácia plena, incumbindo ao Poder Judiciário, verificado o nexo causal entre o ato administrativo e o dano, concretizar o comando em plenitude.

O dispositivo é inequívoco ao estabelecer, em um primeiro passo, a responsabilidade civil objetiva do Estado. Na cláusula final, tem-se a dualidade da disciplina, ao prever direito de regresso da Administração na situação de culpa ou dolo do preposto responsável pelo dano. Consoante o dispositivo, a responsabilidade do Estado ocorre perante a vítima, fundamentando-se nos riscos atrelados às atividades que desempenha e na exigência de legalidade do ato administrativo. A responsabilidade subjetiva do servidor é em relação à Administração Pública, de forma regressiva.

[...]

A Constituição Federal preserva tanto o cidadão quanto o agente público, consagrando dupla garantia. A premissa ensejadora da responsabilidade civil do Estado encontra guarida na ideia de justiça social. A corda não deve estourar do lado mais fraco. O Estado é sujeito poderoso, contando com a primazia do uso da força. O indivíduo situa-se em posição de subordinação, de modo que a responsabilidade objetiva estatal visa salvaguardar o cidadão. No tocante ao agente público, tem-se que esse, ao praticar o ato administrativo, somente manifesta a vontade da Administração, confundindo-se com o próprio Estado. A possibilidade de ser acionado apenas em ação regressiva evita inibir o agente no desempenho das funções do cargo, resguardando a atividade administrativa e o interesse público. À vítima da lesão – seja particular, seja servidor – não cabe escolher contra quem ajuizará a demanda. A ação de

indenização deve ser proposta contra a pessoa jurídica de direito público ou a de direito privado prestadora de serviço público (grifos acrescidos).

Destaca-se, por oportuno, o voto do Ministro Alexandre de Moraes, que teceu as seguintes considerações:

Na prática, atribuir à vítima do dano a possibilidade de demandar diretamente em face do agente que entende ser o causador do dano implicaria um regime de solidariedade entre agente e Poder Público pela responsabilidade que o art. 37, § 6º, da CF endereçou exclusivamente às pessoas de direito público e pessoas de direito privado prestadoras de serviço público.

A possibilidade de responsabilização direta, *per saltum*, submeteria a pessoa do agente público a um grau irrazoável de exposição a questionamentos judiciais por atos praticados no exercício da função. Se considerados, por exemplo, os órgãos e carreiras que exercem múnus fiscalizatório, ou mesmo de persecução penal, vislumbram-se inúmeras situações em que a prática de atos de ofício lançaria um ônus desproporcional sobre a pessoa do agente público. Titulares de interesses desfavorecidos pela atuação do Poder Público poderiam estrategicamente demandar contra os agentes públicos responsáveis, como forma de intimidação ou represália.

Em que pese ser consectário do princípio republicano e da moralidade administrativa, a responsabilização dos agentes públicos por seus atos não justifica a extensão a eles do regime previsto no art. 37, § 6º, da CF, ou seja, de responsabilidade direta e objetiva (grifos acrescidos).

Verifica-se, porém, que o recurso em análise foi interposto contra acórdão proferido pela Quarta Turma deste Tribunal Superior que concluiu, por maioria, pela legitimidade passiva do agente público em ação de indenização por danos morais, **afastando expressamente a tese definida no Tema n. 940/STF, com amparo nos seguintes fundamentos** (fls. 3.301-3.304):

De outro lado, sabe-se que a jurisprudência relativamente recente do STF apresentou aparentes novos contornos ao entendimento da matéria. Com efeito, no julgamento do RE n. 1.027.633/SP, submetido ao rito da repercussão geral (Tema n. 940), assentou-se a tese segundo a qual, "a teor do disposto no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, a ação por danos causados por agente público deve ser ajuizada contra o Estado ou a pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público, sendo parte ilegítima para a ação o autor do ato, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa".

[...]

Nessa ordem de raciocínio, **é certo que, nas hipóteses em que a conduta da qual deriva o dano consistir no exercício das funções públicas regulares, do agir funcional**, o particular que se considera prejudicado por conduta do agente público não possui mais a opção de escolha de quem irá ocupar o polo passivo da demanda ressarcitória: se o próprio agente ou se a entidade estatal a que o agente seja vinculado, ou mesmo, se ambos naquela posição estarão. Na linha de orientação da Suprema Corte, nessa individualizada situação, a demanda, necessariamente, será ajuizada em face do Estado, que, em

ação regressiva, poderá acionar o agente público.

Por outro lado, também é seguro afirmar, tomando como base a orientação apresentada nos votos proferidos no paradigmático julgamento, que, nas situações em que o dano causado a terceiro é provocado por conduta irregular do agente público, compreendendo-se "irregular" como conduta estranha ao rol das atribuições funcionais, a ação com desígnio indenizatório, cujo objeto seja a prática do abuso de direito, que culminou em dano, pode ser ajuizada em face do agente.

Isso porque, não pertencendo o atuar abusivo ao rol dos atos funcionais, não se reconhece no ordenamento jurídico fundamento capaz de legitimar a inclusão do ente estatal na demanda.

[...]

Assim, quando o agente público pratica ato com vocação para se configurar um ilícito civil, sua condição de "agente do Estado" perde relevância, ainda que para a prática da conduta ilícita aquele sujeito tenha se utilizado de sua "condição pública".

De fato, conforme compreendido pelo Supremo Tribunal Federal, a pretensão ressarcitória que, forçosamente, coloca o Estado no polo passivo da ação, é aquela cujo ato danoso que a inspira coincide com a atribuição funcional do agente. Noutras palavras, se o servidor, no exercício de suas funções, ao praticar um ato de Estado, provocar dano a um particular, o ordenamento legitima o prejudicado a buscar a reparação do infortúnio em face do Estado, que, em regresso, poderá responsabilizar seu agente, caso se comprove que agiu com culpa.

Ao reverso, se por sua conta e risco ultrapassa os limites de suas funções e, atuando no campo do direito privado, causa dano a outrem, responde pelos atos, civil e diretamente ao ofendido.

Por outro lado, como já relatado, a Ministra Maria Isabel Gallotti, em voto divergente, ressaltou que, de acordo com o entendimento exarado pelo STF no Tema n. 940 de repercussão geral, o agente público não teria legitimidade para figurar no polo passivo da presente ação, amparado o posicionamento nos seguintes fundamentos (fls. 3.328-3.334):

O voto do eminente Relator, mesmo entendendo que estaria preclusa a questão, não se furtou ao seu exame.

Peço vênica, contudo, para divergir também quanto à análise da alegação de ilegitimidade passiva, e o faço com base em tese apreciada pelo Supremo e definida com caráter de repercussão geral, já citada da tribuna e interpretada no voto do eminente Relator.

[...]

O eminente Relator, valendo-se de passagens do voto do Ministro Marco Aurélio e do Ministro Alexandre de Moraes, sustenta que a possibilidade de ajuizamento da ação contra o servidor - e não contra o Estado - haveria quando houvesse atuação irregular do agente, quer dizer, segundo a compreensão do Relator, essa orientação do Supremo, adotada em repercussão geral, só incidiria nos casos em que a conduta do servidor público fosse regular e dela, embora regular a conduta, resultasse dano indenizável.

Reconheço que não é pressuposto da responsabilidade civil do Estado a ilicitude. Pode haver ato administrativo regular e,

mesmo assim, acarretar responsabilidade civil do Estado, em razão dos riscos inerentes à sua atividade em prol de toda a coletividade.

Penso que não é essa, data vênia, a melhor compreensão da tese assentada pelo Supremo em repercussão geral. Caso assim fosse, caso só estivesse vedada a ação diretamente contra o servidor nos casos de atuação regular do agente público, não faria sentido algum a parte final da tese fixada pelo Supremo. Inclusive, essa parte final não constava do voto original do Relator e foi inserida após debates entre os ministros do Supremo.

Releia-se a parte final da tese:

“[...] sendo parte ilegítima para a ação o autor do ato, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

Ora, se a tese prevê que a ação deve ser exclusiva e diretamente contra o Estado, que o servidor é parte ilegítima, mas ele poderá ser alvo de regresso no caso de dolo ou culpa, isso significa que os casos de atuação irregular do servidor ou do agente público também estão contemplados na tese. O autor do ato somente poderá ser demandado em ação regressiva - nunca em ação direta ajuizada pela vítima - e mesmo assim se provado que atuou com dolo ou culpa.

Observo que, a prevalecer o entendimento defendido pelo eminente Relator, com a devida vênia, de que deveria ser feito um juízo sobre a regularidade ou não da conduta do agente para que ele fosse considerado parte ilegítima apenas se, ao final, fosse tida como irregular a sua conduta, seria tornada letra morta essa orientação do Supremo, porque saber se houve excesso do agente público, se houve abuso, se foi regular ou irregular a sua conduta, será precisamente o mérito dessa ação de responsabilidade, que, segundo a jurisprudência atual e vinculante do Supremo, só pode ser ajuizada contra a União, no caso de um servidor ou agente público federal.

Penso, portanto, que, sendo imputada ao réu conduta praticada na condição de procurador da República, sendo regular ou irregular a sua atuação, deverá ser demandada a União Federal e caberá à União Federal, em caso de procedência dessa ação, o direito de regresso contra o recorrido. Nesta eventual ação de regresso, a União deverá demonstrar dolo ou culpa. Ao particular lesado não caberá se voltar diretamente contra o agente público, no caso, o ora recorrido.

Essa orientação, adotada pelo Supremo com repercussão geral, teve por escopo uma dupla garantia – isso está claro no voto do Ministro Marco Aurélio e no voto do Ministro Alexandre de Moraes.

Não há dúvida de que o Supremo entendeu que o art. 37, § 6º, da Constituição representava não apenas uma garantia àquele que foi atingido pela ação do Estado (seja um ato lícito, seja um ato ilícito do Estado) de que ele poderia reclamar diretamente do Estado, com a vantagem de não ter de comprovar a culpa do autor do ato, mas também uma garantia em prol do agente público, a fim de evitar que fosse demandado diretamente por eventuais insatisfeitos pela prática de seus atos, relacionados ao exercício das suas funções.

Portanto, considero que, se foi regular ou irregular a conduta do

agente, isso haverá de ser decidido quando do julgamento do mérito, que, no caso, não pode ser alcançado, tendo em vista a orientação do Supremo já tantas vezes referida.

Também se colhe do voto do eminente Relator que seria uma atuação fora da função de Procurador da República, uma entrevista concedida em um hotel. Se encararmos dessa forma, de que foi uma atuação fora do espectro de abrangência das competências de Procurador da República, podemos entender que ele teria agido como particular e não como um agente público e aí não incidiria nem o art. 37, § 6º, da Constituição nem a orientação vinculante do Supremo.

Verifico, todavia, que, do que se extrai da inicial - e é incontroverso - foi uma entrevista coletiva proferida em conjunto com outros procuradores da República e com servidores da Polícia Federal, delegados da Polícia Federal, sendo adotado um tom institucional, ou seja, o procurador da República agiu como procurador da República.

[...]

Portanto, entendo que é indiscutível que o procurador agiu no exercício de suas funções, até porque o Ministério Público, por meio de portaria do Procurador-Geral da República, em observância a uma recomendação do Conselho Nacional do Ministério Público, orientava que fossem prestadas informações à população por intermédio dos meios de comunicação.

Anoto que foi mencionado nas sustentações orais e no voto do eminente Relator que na época houve uma sindicância no âmbito do Conselho Nacional do Ministério Público e também da Corregedoria do Ministério Público Federal. Em ambas, prevaleceu o entendimento de que não houve excesso na entrevista.

Pode-se divergir dessa conclusão, mas, repito, isso é o mérito da causa, ao qual somente se pode chegar se ultrapassada a carência de ação, que reputo insuperável.

[...]

Mas não há como se negar que essa entrevista foi dada em caráter institucional. Não se tratou de conduta privada do réu. Ela foi dada por um procurador da República em ambiente institucional, porque, embora no saguão de um hotel, foi acompanhada por servidores do Departamento de Polícia Federal e de outros procuradores da República, imediatamente após o oferecimento da denúncia, conduta regulada por normas do Ministério Público e do Conselho Nacional do Ministério Público.

Constata-se, assim, a possível divergência entre a conclusão adotada no julgado e o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal sobre o tema.

Outrossim, a Quarta Turma desta Corte, ao prolatar acórdão recorrido, **refutou de maneira expressa a aplicação do Tema n. 940/STF** (fls. 3.301-3.304), o que torna desnecessário o encaminhamento do feito ao órgão julgador para a realização de eventual juízo de retratação (art. 1.030, II, do CPC), do que se extrai a hipótese de remessa dos autos para o Supremo Tribunal Federal.

Ante o exposto, nos termos do art. 1.030, V, c, do Código de Processo Civil, admito o recurso extraordinário.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 31 de março de 2023.

MINISTRO OG FERNANDES  
Vice-Presidente