

V O T O - V OGAL

O Senhor Ministro Edson Fachin: Acolho o bem lançado relatório do e. Ministro Marco Aurélio.

Apenas para subsidiar a presente manifestação, rememoro tratar-se de recurso extraordinário, submetido ao regime da repercussão geral, em face de acórdão do Superior Tribunal de Justiça que concluiu caber ao ora recorrente, em virtude de atribuição de autoria ou suspeição de autoria de fato criminoso, pagamento de indenização por dano moral.

O recorrente, sustentando terem sido feitas tais alegações no contexto do exercício de funções públicas, nomeadamente a de Ministro de Estado, entendeu estarem seus atos protegidos por um regime reforçado de amparo à liberdade de expressão, na forma dos arts. 5º, IV, V, IX e X; 37, caput e § 6º; 87; e 220 da CRFB/88.

O ponto nodal da controvérsia se resumiria, então, à relação entre os limites da liberdade de expressão de agente político e seu dever, atuando como detentor de cargo público, de informar.

A Constituição de 1988, a exemplo da quase totalidade das constituições democráticas do séc. XX, reservou à liberdade de expressão um estatuto fundamental em sua arquitetura normativa, dedicando-lhe um tratamento detalhado. O direito de se exprimir e de se comunicar livremente prolonga, nas palavras de Louis Favoreu *et al.*, a liberdade de pensamento do qual ele nada mais é que a manifestação exterior; a divulgação do pensamento, a exteriorização de opiniões e crenças constituem aspectos indissociáveis da liberdade de pensamento (FAVOREU, Louis *et al.* **Droit constitutionnel** . 14^a ed. Paris: Dalloz, 2012). Os teóricos do Direito Constitucional são unâimes em atribuir-lhe centralidade no processo democrático. Em uma de suas mais conhecidas formulações, Ronald Dworkin chegou a propor que fosse abandonada a ideia instrumental de que a liberdade de expressão faz a democracia funcionar melhor em prol de uma concepção mais profunda, na qual a liberdade de expressão é elemento constitutivo da equidade democrática (DWORKIN, Ronald. **Freedoms Law** . Oxford: Oxford University Press, 1996, p. 166).

Antes de adentrar o mérito da causa, e apreciar possível colisão de princípios e consequente concretização do regime normativo da liberdade de expressão, parece-me existir uma questão preliminar a ser dirimida.

Isso porque a Constituição Federal, em seu art. 37, § 6º estabelece que: As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se orientou no sentido de interpretar este dispositivo como a consagração de uma dupla garantia.

Por um lado, haveria a garantia ao cidadão de que, uma vez lesado pela ação de agente público, teria à sua disposição o patrimônio do Estado para solver eventuais verbas indenizatórias, e não precisaria provar a existência de dolo ou culpa. Evitar-se-ia, assim, o regime que os teóricos do Direito Público chamaram de sistema de não cumulação (DUGUIT, Léon. Coexistence des actions en responsabilité contre l'Administration et contre les fonctionnaires publics. **Revue du Droit Public e de la Science Politique em France et à l'Etranger**, vol. 40, nº 1, 1923, p. 23-40).

Por outro lado, existiria também uma garantia para o agente público que, atuando em nome do Estado, só responderia por danos por ele causados em ação de regresso, uma vez provados sua culpa ou seu dolo. Longe de significar, assim, um regime de imunidade material como aquele, por exemplo, do estatuto constitucional dos congressistas (art. 53 da CRFB /88), essa segunda garantia decorre da própria natureza da manifestação da vontade estatal. Porque, como ensina Marçal Justen Filho, o Estado é uma pessoa jurídica, e sua atuação depende da atuação material de um indivíduo (JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 866), é de se concluir que essa expressão volitiva não se confunde, em princípio, com a pessoa que a materializa. Trata-se de uma faceta do princípio da impessoalidade.

O *leading case* da matéria foi relatado pelo eminentíssimo Ministro Ayres Britto, que assim fez consignar no RE 327904:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO: § 6º DO ART. 37 DA MAGNA CARTA. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. AGENTE PÚBLICO (EX-PREFEITO). PRÁTICA DE ATO PRÓPRIO DA FUNÇÃO. DECRETO DE INTERVENÇÃO. O § 6º do artigo 37 da Magna Carta autoriza a proposição de que somente as pessoas jurídicas de direito público, ou as pessoas jurídicas de direito privado que prestem serviços públicos, é que poderão responder, objetivamente, pela reparação de danos a terceiros. Isto por ato ou

omissão dos respectivos agentes, agindo estes na qualidade de agentes públicos, e não como pessoas comuns. **Esse mesmo dispositivo constitucional consagra, ainda, dupla garantia: uma, em favor do particular, possibilitando-lhe ação indenizatória contra a pessoa jurídica de direito público, ou de direito privado que preste serviço público, dado que bem maior, praticamente certa, a possibilidade de pagamento do dano objetivamente sofrido. Outra garantia, no entanto, em prol do servidor estatal, que somente responde administrativa e civilmente perante a pessoa jurídica a cujo quadro funcional se vincular. Recurso extraordinário a que se nega provimento** (RE 327904, Relator: Min. Ayres Britto , Primeira Turma, DJ 08-09-2006, grifos meus).

Tendo em vista a solidificação dessa jurisprudência (cf., a título meramente exemplificativo, AI 552366 AgR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 06/10/2009, DJe 28-10-2009; RE 344133, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 09/09/2008, DJe 13-11-2008; RE 470996 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 18/08/2009, DJe 10-09-2009), a superação deste precedente exigiria um considerável ônus argumentativo. Não identifico, no caso concreto sob análise, razões que justificariam uma mudança do entendimento desta Corte.

Neste sentido, ao particular atingido por evento danoso fruto de ação estatal não cabe ação direta para responsabilizar o agente público, nos termos do art. 37, §6º do texto constitucional.

Assentada esta premissa, é preciso inquirir se a conduta do recorrente, qualificada pelo recorrido como lesiva, ocorre no exercício de função pública. Parece-me que este é o caso.

A doutrina qualifica os Ministros de Estado como agentes políticos, isto é, titulares dos cargos fundamentais na organização política estatal. Celso Antônio Bandeira de Mello ensina que os agentes políticos nada mais são do que espécies do gênero agente público: Os agentes públicos podem ser divididos em quatro grandes grupos, dentro nos quais são reconhecíveis ulteriores subdivisões. A saber: a) agentes políticos; b) agente honoríficos; c) servidores estatais, abrangendo servidores públicos e servidores das pessoas governamentais de Direito Privado; e d) particulares em atuação colaboradora com o Poder Público (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 251).

Não parece haver dúvida de que, quando se emprega a expressão agente público, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal relativa ao art. 37, §6º da CRFB/88, faz-se uso do termo em sua acepção técnica, abrangendo a subcategoria dos agentes políticos e, portanto, também a espécie Ministros de Estado.

Resta saber se o recorrente, ao imputar conduta criminosa ao recorrido, agiu no exercício de suas funções. Sobre este tópico, reproduzo trecho do voto do ex. Ministro relator, onde se analisam as circunstâncias fáticas disponíveis nos autos:

Ora, é gravíssima a interceptação telefônica de um Ministro de Estado à margem da lei. As gravações publicadas exprimiam a preferência do Ministro pela vitória de um dos consórcios que viriam a disputar o leilão para a alienação do controle do grupo Tele Norte Leste, fato preocupante, a colocar em dúvida a lisura do certame licitatório. Esse tema, indubitavelmente, mostra-se de interesse público.

O negócio atinente à alienação do controle da Telemar era, portanto, de interesse público e dizia respeito às atribuições próprias do Ministro das Comunicações (e, também, do Presidente do BNDES à época, André Lara Resende). Aquele veio a público para afirmar que tinha uma suspeita, relativa a um dos potenciais licitantes. Evidentemente, acusado de favorecimento, cabia ao agente político fornecer as explicações pertinentes.

(?)

O nexo de causalidade entre a função pública exercida pelo recorrente e as declarações divulgadas em novembro de 1998, levantando suspeitas sobre o empresário Carlos Jereissati, ora recorrido, que detinha negócios com a Administração Pública Federal e, mais especificamente, em seara alcançada pelo Ministério das Comunicações, deixa nítida a natureza pública e política da disputa. Não se cuida de terceiro alheio às atividades administrativas e de questão estranha à gestão pública.

Esta parece ser a melhor interpretação dos fatos. Dada a natureza da disputa e das relações existentes entre recorrente e recorrido; e dado também o contexto em que é feita a imputação de autoria dos gramos telefônicos, é impossível desfazer o nexo causal que liga a conduta danosa à função de Ministro de Estado.

Independentemente da discussão, no mérito, sobre os limites da liberdade de expressão de Ministros de Estado, que certamente possuem o dever de manter a sociedade civil constantemente informada, mas não

dispõem de um regime constitucional de imunidades materiais, resta claro que o recorrido agiu na condição de agente público.

Considerando, portanto, a interpretação consolidada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal de que o art. 37, §6º da CRFB/88 não autoriza a ação direta, manejada pela parte lesada, contra o agente público responsável pelos atos lesivos; e considerando que o dano moral alegado pelo recorrido decorreu de atos do recorrente praticados na qualidade de Ministro de Estado; conclui-se que o polo passivo da ação foi preenchido de maneira equivocada.

O recorrente é parte ilegítima para figurar no polo passivo de ação de indenização por danos morais em virtude de ato de Ministro de Estado.

Ante o exposto, dou provimento ao Recurso Extraordinário, extinguindo o feito sem julgamento de mérito, na forma do art. 485, VI do CPC.

É como voto.