

DIREITO PÚBLICO ADMINISTRATIVO

COMENTÁRIO À JURISPRUDÊNCIA

A POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE TUTELA ANTECIPADA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA EM DECORRÊNCIA DO CARÁTER TAXATIVO DO ARTIGO 1º DA LEI N. 9.494/1997

KÉSIA DAIANE FREITAS MARTINS

Estagiária de Direito

Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil

kesia.freitas.martins@gmail.com

1. Acórdão

Superior Tribunal de Justiça

Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 1.185.319 - RJ
(2009/0083415-0)

Relator: Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJRS) (8155)

Agravante: União

Agravado: E. A.

Data do julgamento: 25/10/2011

Data da publicação: DJe de 17/11/2011

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO PROCESSUAL CIVIL. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. FAZENDA PÚBLICA. EXCEÇÃO ÀS HIPÓTESES DO ART.

1º DA LEI 9.494/97. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA.

I – A antecipação de tutela em face da Fazenda Pública pode ser concedida nas situações que não se encontrem inseridas nas hipóteses impeditivas da Lei 9.494/97. Precedentes.

II – Agravo Regimental a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Og Fernandes e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes. Brasília (DF), 25 de outubro de 2011 (Data do Julgamento). Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado do TJ/RS). Relator.

2. Apresentação do caso

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) negou provimento ao agravo regimental interposto pela União contra acórdão que, no agravo de instrumento, confirmou a decisão interlocutória em favor do agravado E. A. A sexta turma firmou entendimento no sentido de que é possível a concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, quando a liminar não tratar de nenhuma das hipóteses impeditivas de tutela acautelatória constantes no artigo 1º da Lei n. 9.494/97¹.

Segundo o STJ, ao taxar tais hipóteses de cabimento de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, o legislador possibilitou o entendimento de que, quando a liminar versar sobre fato que não esteja presente nas hipóteses do artigo 1º da Lei n. 9.494/1997, poderá a União ser sujeito passivo nas ações que buscarem tutela antecipada, prevista no artigo 273 do Código de Processo Civil (CPC).

¹ Lei que disciplina a aplicação de tutela antecipada contra a Fazenda Pública.

Assim, o STJ, baseado nas hipóteses impeditivas do artigo 1º da lei mencionada, negou provimento ao agravo regimental e manteve a decisão que concedeu a tutela antecipada em desfavor da União.

3. Da expressão “Fazenda Pública”

A expressão “Fazenda Pública” é utilizada para definir o poder público em juízo, no caso a União. Ou seja, quando a Administração Pública se encontrar com alguma demanda ou pretensão no campo processual, ela será chamada de Fazenda Pública.

A Fazenda Pública representa o erário e goza de certas prerrogativas e imunidades por ser protetora do interesse público.

3.1. As prerrogativas processuais da Fazenda Pública no Código de Processo Civil em confronto com o princípio da isonomia

De acordo com a *Teoria Pura do Direito*, de Hans Kelsen, a Constituição Federal é norma suprema em relação às demais, e os princípios constitucionais são verdadeiros instrumentos de convalidação dos direitos protegidos pela Carta Magna. É sabido, de acordo com o artigo 5º da Constituição Federal que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]” (BRASIL, 1988). É o chamado princípio da isonomia. Decorre desse princípio a ideia de que todos serão tratados de forma igualitária, sem nenhuma distinção. Sobre o princípio da isonomia, ou igualdade, indispensável é a lição de Alexandre de Moraes:

A igualdade se configura como uma eficácia transcendente de modo que toda situação de desigualdade persistente à entrada em vigor da norma constitucional deve ser considerada não recepcionada, se não demonstrar compatibilidade com os valores que a constituição, como norma suprema, proclama. (MORAES, 2000, p. 62).

Nesse diapasão, a edição da Lei n. 9.494/1997 – que disciplina os casos em que poderá haver concessão de tutela antecipada em desfavor da Fazenda Pública – viola o princípio da igualdade, uma

vez que todos têm o direito de buscar, liminarmente, a antecipação de um direito, esteja ele sob a tutela de um particular ou mesmo do Poder Público. Sendo assim, com fundamento na hierarquia das normas estabelecida pela teoria pura do direito de Kelsen (1998), uma lei não pode contrariar um princípio constitucional, como, por exemplo, suprimir o direito de ação e de acesso ao Judiciário.

4. A Fazenda Pública em juízo e a vedação de concessão de tutela antecipada em seu desfavor

4.1. As prerrogativas da Fazenda Pública em juízo no CPC

A Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), em muitos artigos concede prerrogativas ao Poder Público no momento de intentar uma ação ou quando for parte demandada. Essas prerrogativas dizem respeito aos prazos para recurso e sua remessa obrigatória e configuram total violação ao princípio da isonomia previsto na Constituição Federal, especialmente no que se refere ao processo de execução. Veja-se o que preleciona o artigo 488 do CPC:

A petição inicial será elaborada com observância dos requisitos essenciais do art. 282, devendo o autor:

[...]

II – depositar a importância de 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa, a título de multa, caso a ação seja, por unanimidade de votos, declarada inadmissível, ou improcedente.

Parágrafo único. Não se aplica o disposto no inciso II à União, ao Estado, ao Município e ao Ministério Público. (BRASIL, 1973).

Esse dispositivo legal isenta o Poder Público do pagamento da multa de 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa sob o argumento de que ele zela pelo interesse público e pelo bem comum. Isso demonstra desigualdade de condições e discrepância processual.

Salienta-se que, além dessa prerrogativa, o Poder Público já é privilegiado pelo dobramento de prazos, nos casos de recurso, e pela remessa obrigatória – dever que tem o juiz de remeter o processo ao grau superior nos casos em que a Fazenda Pública for parte vencida, para que a matéria seja revista.

O Poder Público tem, ainda, prerrogativas de isenção tributária no tocante às custas processuais ordinárias e recursais, sendo ele quem arrecada os impostos federais existentes no nosso país. Ou seja, o Poder Público obriga ao pagamento de impostos, mas está isento em vários ramos do direito, inclusive com isenção tributária.

4.2. Da vedação da concessão de tutela antecipada em desfavor da Fazenda Pública

A tutela antecipada, prevista no artigo 273 do CPC, é deferida em processo de conhecimento e tem como característica a antecipação do resultado, que somente seria alcançado com a decisão de mérito transitada em julgado, *in verbis*:

Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. (BRASIL, 1973).

Desse modo, importante ressaltar que, embora o Poder Público tenha suas prerrogativas processuais fundamentadas no interesse público, há de se preponderar os requisitos que implicam a concessão de tutela antecipada, para que não seja causado dano maior ao particular em prol do interesse coletivo. Isso porque os interesses particulares somados formam o interesse público, e a violação daqueles importará na violação deste, em decorrência da proibição contida

no artigo 1º da Lei n. 9.494/1997. Esse dispositivo, que disciplina a aplicação de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, prevê as hipóteses em que não cabe antecipação de tutela contra o Estado.

A respeito do acórdão em comento, ele deu maior aplicabilidade à norma, sob a alegação de que, como o rol do artigo 1º é taxativo, quando ocorrer alguma hipótese nele não prevista, caberá a antecipação dos efeitos da tutela em desfavor da Fazenda Pública.

A lei que disciplina as hipóteses de concessão de tutela antecipada contra a Administração Pública já foi alvo de questionamento sobre sua constitucionalidade, por meio da ADI n. 1.570/1997. Depois de vários entendimentos divergentes, o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu por sua constitucionalidade, com a ressalva de que, quando a ação não se apresentar inserida em nenhuma daquelas hipóteses do art 1º, o juiz poderá conceder a tutela antecipada em desfavor da Administração Pública.

Importante ressaltar que a ressalva feita pelo STF é em decorrência da taxatividade do referido artigo, pois, ao estabelecer as exceções, o legislador proporcionou maior liberdade de decisão ao juiz.

Atualmente a lei impede que ações de tutela antecipada contra o Poder Público sejam admitidas pelos tribunais. A Lei n. 8.437/1992 estabeleceu disciplina especial para processos cautelares, estabelecendo em seu artigo primeiro:

Art. 1º Não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal. (BRASIL, 1992).

Esse artigo ressalta que, não se impetrando mandado de segurança quando houver possibilidade de fazê-lo, não caberá medida liminar de nenhuma natureza contra a Administração Pública.

Há alguns anos, a jurisprudência vinha entendendo que não cabia tutela antecipada contra a União, com respaldo no art. 1º da Lei n. 9.494/1997. Porém, o STJ proferiu, recentemente, o acórdão em estudo, entendendo que os casos que não estiverem dentro das hipóteses impeditivas elencadas nessa lei poderão ser apreciados pelo juiz, com o intuito de concessão de tutela antecipada em desfavor do Poder Público.

O legislador falhou ao taxar apenas algumas hipóteses, em vez de prever todas. Dessa maneira, atribuiu ao Poder Judiciário a possibilidade de dar à norma uma interpretação extensiva.

5. Conclusão

As prerrogativas inerentes à Fazenda Pública sempre foram alvo de discussões entre doutrinadores e juristas. Segundo parte da doutrina, o Poder Público goza dessas prerrogativas para atender ao interesse público. Todavia, as prerrogativas processuais caracterizam uma afronta ao princípio da isonomia, previsto pela Carta Magna. Isso porque o direito de ação é direito de todos e, conforme art. 5º, XXXV, da CF, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988).

Assim, a impossibilidade, estabelecida na lei ordinária, de a Fazenda Pública figurar no polo passivo de algumas ações de tutela antecipada não pode se sobrepor aos princípios previstos na Constituição Federal, tomando por base o fundamento da hierarquia das normas. Além disso, outro argumento favorável ao entendimento de que não há violação do art. 1º da Lei n. 9.494/1997 é o fato de que o STF – embora o tenha considerado constitucional pela ADI n. 1.570/1997 – não impediu que em outros casos, diversos das hipóteses preestabelecidas no referido artigo, fosse concedida a antecipação da tutela em desfavor da Fazenda Pública.

Ainda, há a possibilidade de qualquer pessoa que se sentir prejudicada intentar uma ação com pedido de liminar perante o Judiciário. A própria Constituição Federal garante o direito de ação a todos os cidadãos.

Portanto, quando um autor pretender buscar a tutela antecipada contra a Fazenda Pública, se demonstrar os requisitos essenciais – nos termos do art. 273 do CPC – terá seu direito de ação resguardado pela CF/88, e caberá ao juiz, sem qualquer prejuízo da autonomia dos poderes, analisar o caso concreto, julgando se aplica ou não a antecipação dos efeitos da sentença.

6. Referências

BRASIL. Constituição da República Federativa, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 14 ago. 2012.

BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 14 ago. 2012.

BRASIL. Lei n. 8.437, de 30 de junho de 1992. Dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8437.htm>. Acesso em: 14 ago. 2012.

BRASIL. Lei n. 9.494, de 10 de setembro de 1997. Disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, altera a Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19494.htm>. Acesso em: 14 ago. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 1.185.319/RJ (2009/0083415-0), da Sexta Turma, Relator Ministro Vasco Della Giustina, Brasília, DF, 25 de outubro de 2011. *DJe* 17 nov. 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200900834150&dt_publicacao=17/11/2011>. Acesso em: 14 ago. 2012.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A fazenda pública em juízo*. 5. ed. atual. rev. e ampl. São Paulo: Dialética, 2007.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 8. ed. rev. amp. e atual. com a EC n. 28/00. São Paulo: Atlas, 2000.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. 28. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

DOI: 10.5935/1809-8487.20120042

