

AS HIPÓTESES DE VEDAÇÃO DE MEDIDA LIMINAR SOB A PERSPECTIVA DA REINCORPORAÇÃO DE PROVENTOS: ANÁLISE DAS DECISÕES DO TJ/ES

THE PREVENTION HYPOTHESIS OF AN PRELIMINARY INJUNCTION OVER THE REINCORPORATION OF EARNINGS PERSPECTIVE: ANALYSIS OF TJ/ES DECISIONS

Pedro Magalhães Ganem¹

Bruno Costa Teixeira²

RESUMO: O mandado de segurança tem por objetivo proteger direito líquido e certo quando houver violação ao direito ou justo receio de suportá-la pela autoridade coatora. Diante da impetração de um *mandamus* por parte de servidor público que tem uma verba retirada de sua remuneração, com o pedido liminar para reincorporação desse valor, desde o despacho inicial, surge a problemática questão: tal hipótese pode ser considerada uma das restrições legais para a concessão da medida liminar? Para responder a esse questionamento foram realizadas pesquisas em três campos distintos: legislação, doutrina e decisões judiciais, com o fim de verificar os requisitos para concessão da liminar, além das suas restrições no caso em estudo. Diante desse panorama, chegou-se à resposta de que a interpretação legal deverá ser de forma a preservar o direito levado ao Poder Judiciário, afastando o risco de que, com o indeferimento da liminar, o próprio objeto desse remédio constitucional seja perdido. Por fim, concluiu-se que aqueles valores já integrados à remuneração do servidor público, os quais estão a ser reivindicados por meio do mandado de segurança, não podem ser enquadrados nos casos elencados na Lei número 12.016/09, como hipóteses que impossibilitam conceder a medida liminar.

PALAVRAS-CHAVE: Mandado de segurança; medida liminar; reincorporação de proventos.

ABSTRACT: This work aims to demonstrate a theoretical, jurisprudencial and legislative analysis of the requirements and the restrictions for granting the injunction in the event that a public servant pleads in court to recover deleted funds. In the theoretical field, the question of the constitutionality of injunction's legal restrictions is discussed. In jurisprudencial field, in turn, it was performed a decision analysis, on the topic of this work, handed down by the Court of Justice of the State of Espírito Santo. Finally, it was concluded that those values that are already integrated to the remuneration of public servant, which are being claimed by the injunction, can not be framed in the cases listed in Law number 12.016/09, as assumptions that preclude grant injunction.

¹ Especialista em Direito Processual Civil pela FDV – Faculdade de Direito de Vitória; pedromagalhaes.advocacia@hotmail.com.

² Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela FDV – Faculdade de Direito de Vitória;

² Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela FDV – Faculdade de Direito de Vitória; contato@brunoct.com.

KEYWORDS: Injunction; preliminary injunction; procedural law; reincorporation of values.

1 APRESENTAÇÃO

Há situações em que determinado servidor público detém o direito de incorporar certas vantagens ou gratificações aos seus vencimentos, mas, quando se aposenta, vê tal direito ser afrontado, com o corte de determinados valores, causando significativa diminuição no total dos seus proventos.

Como forma de garantir seus direitos, o referido servidor público pode impetrar um mandado de segurança, requerendo a reincorporação das gratificações tolhidas dos seus vencimentos, com o pedido de concessão da medida liminar, para que volte a receber os mencionados valores desde logo, no despacho da petição inicial, antes da sentença.

Ocorre, por outro lado, que a Lei do Mandado de Segurança, número 12.016/09, estabelece quais são os requisitos necessários à concessão da medida liminar, bem como as hipóteses de vedação, dentre as quais está a restrição ao caso de aumento ou extensão de vantagens ao servidor público, ou pagamento de qualquer natureza.

O tema proposto aqui emerge justamente diante dessa situação-problema, isto é, discutir a possibilidade, ou não, da vedação estabelecida na Lei do Mandado de Segurança para concessão de medida liminar, em relação à hipótese de concessão de aumento ou extensão de vantagens, pagamentos de qualquer natureza e a diferenciação da reincorporação de proventos. Dito de outro modo, resta saber se a reincorporação de verbas que já eram percebidas pelo servidor público enquadra-se em uma das situações que impedem a concessão da medida liminar.

Daí extrai-se o problema de pesquisa deste estudo: pode-se considerar que a reincorporação de proventos de aposentadoria tolhidos ilegalmente de servidor público quando da aposentação significa o mesmo que conceder aumento ou extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza, para obstar a concessão de liminar em mandado de segurança?

De modo a responder ao questionamento proposto será preciso analisar, em um primeiro momento, o mandado de segurança no direito pátrio e suas principais características para, em seguida, compreender suas hipóteses de cabimento, suas espécies e a questão da legitimidade para figurar nos polos ativo e passivo.

Por conseguinte, o estudo será voltado às tutelas de urgência, abrangendo a investigação das liminares, a antecipação dos efeitos da tutela e as medidas cautelares. De todo modo, deve ser esclarecido que o foco deste trabalho não é esmiuçar as tutelas de urgência, demonstrando seus requisitos específicos ou outras questões próprias de cada instituto, mas a análise específica da medida liminar no mandado de segurança, assim como as hipóteses em que a legislação veda a concessão da medida liminar.

Também será preciso verificar a possibilidade de se conceder tutelas de urgência em face da Fazenda Pública, além de demonstrar a diferença entre elas e a hipótese de reincorporação de verbas que foram tolhidas por ato coator impugnado mediante mandado de segurança.

Com a finalidade de obter os resultados desta pesquisa, mais especificamente no que concerne à análise jurisprudencial a ser realizada, o campo de pesquisa ficará restrito às decisões proferidas pelo TJ/ES – Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo.

A busca das decisões foi realizada no *site Jus Brasil*³, haja vista que possibilita, por meio de seu motor de busca, resultados mais amplos, inclusive com a necessária delimitação regional dos julgados, com a utilização, para restringir a análise apenas às decisões pertinentes ao caso em apreço, de uma determinada chave de pesquisa, permitindo a obtenção de resultados diversos, conforme se vê na tabela abaixo:

CHAVE DE PESQUISA	RESULTADOS TOTAIS OBTIDOS	RESULTADOS DESCARTADOS	RESULTADOS APROVEITADOS
agravo de instrumento E mandado de segurança E liminar E reincorporação	91	48 (duplicidade) 32 (não utilizados por motivos diversos)	11

Tabela 1: Chave de pesquisa e resultados obtidos

Como se infere a partir da tabela acima, foram encontrados 91 (noventa e um) resultados, sendo que desse total apenas 11 (onze) foram aproveitados. A exclusão dos outros 80 (oitenta) resultados ocorreu por diversos motivos: repetição de decisões (duplicidade de resultados); casos que não possuem referência com o trabalho; fundamentos idênticos, pois proferidas pelo mesmo Desembargador; dentre outros.

Mais especificamente, foram encontrados 48 (quarenta e oito) resultados repetidos; 07 (sete) referentes a decisões que não abordaram o tema proposto; 04 (quatro) que trataram do

³ Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br>>. Acesso em: 20 fev. 2014.

prazo decadencial para impetração do mandado de segurança; 04 (quatro) em que houve a perda do objeto por prolação de sentença; 03 (três) em que foi analisada a legitimidade para figurar no polo passivo; 03 (três) que tiveram por base a ausência do devido procedimento administrativo; 04 (quatro) acerca da ausência do preenchimento dos requisitos legais para a incorporação das verbas; 02 (dois) que versaram sobre a continuação em concurso público; 02 (dois) relativas à aposentadoria por invalidez; 02 (dois) que não continham a íntegra das decisões; e 01 (um) em que converteu-se o agravo de instrumento em agravo retido e, conseqüentemente, a decisão não analisou o mérito em questão.

Finalmente, foi possível alcançar o total de 11 (onze) resultados aptos a serem analisados neste trabalho, com o fim de responder ao problema aqui proposto.

2 O MANDADO DE SEGURANÇA E SUAS CARACTERÍSTICAS

Em conformidade com a Constituição de 1934⁴, o mandado de segurança servia para defender direito, o qual deveria ser certo e incontestável, quando ameaçado por ato manifestamente contrário às normas constitucionais e demais leis hierarquicamente inferiores.

A utilização da expressão “direito certo e incontestável” surgiu com o anteprojeto da Comissão do Itamarati, proposto por João Mangabeira, e foi adotada pela Constituição de 1934, bem como pela Lei n.º 191 – mesmo que já existisse no âmbito jurídico o conceito utilizado atualmente, “direito líquido e certo”, o qual aparecia anteriormente no relatório apresentado pelo então Ministro Muniz Barreto ao Congresso Jurídico de 1922⁵.

A inovação causada com a introdução da necessidade do direito ser incontestável para ser cabível o mandado de segurança gerou dificuldades para a interpretação de tal conceito.

O preciosismo da expressão era tão excessivo ao ponto de entender-se “[...] que eventual complexidade das questões (fáticas ou jurídicas) redundava no descabimento do mandado de segurança”.⁶

Dessa forma, a expressão “direito incontestável” reduzia o campo de atuação do mandado de segurança, pois impossibilitaria a resolução de questões mais complexas⁷, limitando-o àquelas situações simplórias, as quais não necessitariam, em tese, da

⁴ Artigo 113, inciso 33.

⁵ BARBI, Celso Agrícola. **Do Mandado de Segurança**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 49.

⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. **Mandado de segurança**: comentários às Leis n.º 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66 e outros estudos sobre o mandado de segurança. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 13

⁷ MOUTA, José Henrique. **Mandado de Segurança**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2010, p.19

excepcionalidade da medida, ou até mesmo da tutela jurisdicional, criando, praticamente, um instituto inutilizável⁸.

Com o passar do tempo, no Supremo Tribunal Federal, em decisões proferidas em sede de *habeas corpus*, surgiu a expressão direito líquido.⁹ Em âmbito constitucional, a modificação de tal conceito, tornando-o mais prático e útil, ocorreu com a Constituição de 1946, quando esta inseriu a expressão “direito líquido e certo”.

Essa mudança foi de suma importância na medida em que possibilitou a utilização do mandado de segurança em uma gama maior de hipóteses, com matérias mais complexas e questões que podem ser verificadas no trâmite processual,¹⁰ desde que seja “delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração”¹¹.

Entende-se, principalmente em função celeridade e da excepcionalidade do *mandamus*, que a expressão “direito líquido e certo” significa aquela situação em que o ato considerado ilegal ou abusivo pode ser demonstrado unicamente por meio de provas documentais, de plano, sem a possibilidade de outros meios de provas, via de regra.¹²

Outra questão importante que merece destaque diz respeito à natureza jurídica do mandado de segurança, isto é, saber se trata-se de uma condição da ação, de um pressuposto processual, ou ainda, de uma matéria ligada ao próprio mérito do *mandamus*.

Não há consenso dentre os estudiosos do tema. Há quem entenda ser uma condição da ação, semelhante ao interesse de agir, visto que somente na hipótese de demonstração do direito líquido e certo será possível questionar a legalidade do ato coator.¹³

De outro lado, há juristas que acreditam estar diante de um pressuposto processual, relacionado à adequação ao procedimento, pois o direito líquido e certo está intimamente relacionado com a ausência de necessidade de produzir novas provas durante a instrução processual e, uma vez não demonstrado, impossibilitará a utilização da via mandamental – sem atingir, porém, o próprio mérito da ação.¹⁴

De todo modo, é preciso destacar que o fato de não demonstrar a liquidez e a certeza do direito fará com que o interessado busque “o exercício da ação por outros ritos, mas não pelo específico do mandado de segurança”.¹⁵

⁸ BARBI, Celso Agrícola, **Do Mandado de Segurança**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 200, p. 50.

⁹ BARBI, Celso Agrícola, **Do Mandado de Segurança**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 49.

¹⁰ MOUTA, José Henrique. **Mandado de Segurança**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2010, p.19.

¹¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança**. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1990, p. 36

¹² BUENO, Cassio Scarpinella. **Mandado de segurança**: comentários às Leis n.º 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66 e outros estudos sobre o mandado de segurança. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 13.

¹³ BUENO, Cassio Scarpinella. **Mandado de Segurança**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 13-14.

¹⁴ GRECCO, Leonardo. **A teoria da ação no processo civil**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 44.

¹⁵ BARBI, Celso Agrícola. **Do Mandado de Segurança**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 48.

É preciso ainda verificar as especificidades sobre o cabimento do mandado, suas espécies e legitimidade. Essas questões podem ser verificadas, em sua maioria, a partir da leitura do artigo 1º da Lei número 12.016/09:¹⁶

Art. 1º Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

Destarte, será cabível o mandado de segurança quando houver violação ou justa ameaça ao direito líquido e certo por parte da autoridade coatora, independentemente de sua categoria e da função que exerça.

Necessário considerar também o disposto no §1º, do artigo 1º, da Lei número 12.016/09, que afirma quem se equipara à autoridade mencionada, como se vê da transcrição integral que segue:¹⁷

§ 1º Equiparam-se às autoridades, para os efeitos desta Lei, os representantes ou órgãos de partidos políticos e os administradores de entidades autárquicas, bem como os dirigentes de pessoas jurídicas ou as pessoas naturais no exercício de atribuições do poder público, somente no que disser respeito a essas atribuições.

Assim, se cabível mandado de segurança para proteger o direito líquido e certo de violação, ou justo receio de violação, pode-se concluir pela existência de duas espécies, o repressivo, quando houver violação, e o preventivo, quando houver risco.

Outra questão obtida a partir da leitura do *caput* do artigo 1º é que a legitimação para impetração do mandado de segurança ocorre tanto para a pessoa física quanto para a pessoa jurídica.

No que tange às pessoas jurídicas,

[...] só admitimos restrições ao uso do mandado de segurança quando a própria Constituição as delinea – o que não acontece, *in casu*. Não há, pois, assim pensamos, como vedar às pessoas jurídicas, mesmo de direito público, a utilização do *writ* [...]. Aliás, não só há legitimação das pessoas jurídicas, como até mesmo das pessoas meramente formais (*v.g.*, Mesas de Casa Legislativa, Cortes de Contas, espólios, massas falidas, condomínios *pro divido* e universalidades em geral).¹⁸

¹⁶ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm>. Acesso em: 02 fev. 2014.

¹⁷ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm>. Acesso em: 02 fev. 2014.

¹⁸ FERRAZ, Sergio. **Mandado de Segurança**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 62.

Questão incontroversa é que o “legitimado ativo é o titular do direito líquido e certo que pretende ser amparado por esse procedimento especial”.¹⁹

A Constituição Federal de 1988 estabelece, ainda, que o mandado de segurança poderá ser coletivo, podendo ser impetrado por:

- a) partido político com representação no Congresso Nacional;
- b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;²⁰

Vê-se, então, que os entes coletivos autorizados a impetrar o mandado de segurança “atuam em regra na qualidade de legitimados extraordinários”.²¹

Finalmente, vale lembrar a não impetração do *mandamus* no prazo previsto, ou a sua denegação, não implicam, necessariamente, na perda do direito em si, mas apenas da opção de propositura desse remédio constitucional.

3 A MEDIDA LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA

A medida liminar não diz respeito, necessariamente, a uma tutela de urgência, mas a um pronunciamento judicial que ocorre no início do processo, visto que o termo “liminar” significa “[...] o mesmo que limiar, entrada; diz-se do que ocorre no principio de um processo; qualidade da medida tomada com a finalidade de resguardar direitos”.²²

Além das tutelas de urgência, pode ser citada como exemplo de decisão liminar aquela prevista no artigo 285-A, do Código de Processo Civil brasileiro – CPC²³, que estabelece a possibilidade de proferir sentença de improcedência, com resolução do mérito, antes mesmo da citação, desde que observados certos requisitos.

Passadas essas breves análises sobre decisões liminares, é importante frisar que os pronunciamentos judiciais, via de regra, podem ser definitivos ou provisórios. Os primeiros

¹⁹ MOUTA, José Henrique. **Mandado de Segurança Questões Controvertidas**. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 45.

²⁰ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 fev. 2014.

²¹ MOUTA, José Henrique. **Mandado de Segurança Questões Controvertidas**. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 61.

²² SANTOS, Washington dos. **Dicionário jurídico brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 152

²³ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm>. Acesso em: 20 fev. 2014.

serão proferidos após uma “cognição exauriente”;²⁴ já os segundos referem-se àquelas que dão “eficácia imediata à tutela definitiva [...], permitindo sua própria fruição”.²⁵

Como é cediço, um processo judicial possui duração indeterminada, ou seja, não há como prever o tempo que transcorrerá até que a parte lesada tenha o seu direito atendido, visto que é necessário observar diversas questões processuais, como o direito ao contraditório, a produção de provas, os recursos possíveis e seus consequentes efeitos, dentre outras.

Dessa feita,

Em muitos casos, o gasto de tempo para o contraditório e para a instrução da causa, por menor que seja, pode representar grave risco de dano, por vezes de natureza irreparável, aos direitos das partes, fato que inviabilizaria a concessão da adequada tutela jurisdicional.²⁶

Nesses casos, em que o direito de uma das partes encontra-se ameaçado, encaixam-se as tutelas de urgência, as quais, dependendo da espécie de decisão – antecipatória ou cautelar, anteciparão os efeitos da tutela, ou cuidarão de assegurar a obtenção do resultado pretendido.

De qualquer forma, pode ser afirmado que dentro do conceito de tutela de urgência estão as medidas cautelares e as antecipatórias, consideradas como conservativas e satisfativas.²⁷

Dessa feita, a similitude dos institutos possibilita a afirmação de que medidas “[...] cautelares e antecipatórias são as duas faces de uma moeda só, elas são dois irmãos gêmeos ligados por um veio comum que é o empenho em neutralizar os males do tempo-inimigo”.²⁸

Apesar da semelhança entre os fundamentos da medida cautelar e da medida antecipatória, isto é, garantir o direito da parte dos riscos decorrentes de toda a demora processual, aquelas possuem objetos distintos: a cautelar “preserva os efeitos úteis da tutela

²⁴ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 4. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2009, p. 451.

²⁵ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 4. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2009, p. 455.

²⁶ MACHADO, Marcelo Pacheco. Simplificação, autonomia e estabilização das tutelas de urgência: análise da proposta do Projeto de novo Código de Processo Civil. **Revista de processo**. Ano 36. Vol. 202. Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 236.

²⁷ MACHADO, Marcelo Pacheco. Simplificação, autonomia e estabilização das tutelas de urgência: análise da proposta do Projeto de novo Código de Processo Civil. **Revista de processo**. Ano 36. Vol. 202. Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 237.

²⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do processo civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 59.

definitiva satisfativa”, visando o futuro; a antecipatória, com eficácia imediata, “antecipa os efeitos próprios da tutela definitiva satisfativa”.²⁹

No tocante aos requisitos gerais para a concessão de uma tutela de urgência, via de regra, podem ser considerados: a prova inequívoca que possibilite uma verossimilhança das alegações, ou seja, é necessário que se demonstre no processo, por meio do conjunto probatório levado ao Poder Judiciário; a probabilidade do direito, possível em uma cognição sumária.³⁰ O risco de, no curso do processo, o direito da parte sofrer danos, totais ou parciais, ou até mesmo ameaças, faz emergir outro requisito, qual seja, o perigo da demora – *periculum in mora*, que é o fator correspondente à “luta contra a corrosão de direitos por ação do tempo”³¹

A Lei 12.016/2009, específica para o mandado de segurança, estabeleceu em seu artigo 7º, mais especificamente no inciso III,³² que o magistrado, em seu despacho inicial, desde que preenchidos certos requisitos, ordene a suspensão do ato que gerou a interposição do *mandamus*.³³

É possível perceber que a ordem do magistrado de suspensão do ato coator será uma decisão liminar, haja vista que o referido artigo estabelece que será proferida “Ao despachar a inicial”, isto é, no início da demanda, sem que a autoridade coatora tenha prestado suas informações – a determinação de notificação do coator e da suspensão do ato serão feitas em um mesmo momento.

Não se deve olvidar as exceções legais, como é o caso da decisão proferida em sede de mandado de segurança coletivo:

Não é assim no mandado de segurança coletivo, já que nesse tipo de *writ* o juiz somente pode conceder a suspensão liminar do ato impugnado “após a audiência do

²⁹ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 4. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2009, p. 457.

³⁰ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 4. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2009, p. 488.

³¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do processo civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 72.

³² Art. 7º Ao despachar a inicial, o juiz ordenará:

I - que se notifique o coator do conteúdo da petição inicial, enviando-lhe a segunda via apresentada com as cópias dos documentos, a fim de que, no prazo de 10 (dez) dias, preste as informações;

II - que se dê ciência do feito ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, enviando-lhe cópia da inicial sem documentos, para que, querendo, ingresse no feito;

III - que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida, sendo facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica.

³³ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112016.htm>. Acesso em: 02 fev. 2014.

representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de 72 (setenta e duas) horas” (Lei n. 12.016, artigo 22, § 2º).³⁴

A natureza jurídica dessa medida de urgência no mandado de segurança poderá ser de uma cautelar, ou de medida liminar, ou ainda de uma antecipação dos efeitos da tutela, dependendo do caso concreto, sendo que cada uma deverá observar os seus próprios requisitos.³⁵

Os pressupostos necessários para a concessão dessa suspensão, conforme dispõe a legislação específica, são: (a) “fundamento relevante”; e (b) que “do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida”.³⁶

Conforme afirmado anteriormente, o mandado de segurança necessita de um direito líquido e certo e, neste sentido, o “fundamento relevante” necessário para a concessão da liminar no mandado de segurança, principalmente pela impossibilidade de dilação probatória, “deve ter como base um altíssimo grau de probabilidade de que a versão dos fatos, tal qual narrada e comprovada pelo impetrante, não será desmentida pelas informações da autoridade coatora”.³⁷

A possibilidade de que o ato impugnado venha a tornar a medida ineficaz é o outro requisito necessário para a concessão da medida liminar no mandado de segurança.

Nesse ínterim,

O risco de ineficácia da eventual sentença de deferimento da segurança é aquilo que, nas tutelas de urgência, se denomina *periculum in mora*, ou seja, o risco de dano grave e iminente, capaz de consumir-se antes da sentença, de tal modo que esta, a seu tempo, seria despida de força ou utilidade para dar cumprimento à tutela real e efetiva de que a parte é merecedora, dentro dos moldes do devido processo legal assegurado pela Constituição.³⁸

O § 1º, do artigo 7º, da Lei do mandado de segurança estabelece que o recurso cabível no caso de decisão concedendo ou negando a medida liminar será o agravo de instrumento. Nada mais coerente, se for considerado que trata-se, na realidade, de uma decisão

³⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O mandado de segurança segundo a Lei n. 12.016, de 07 de agosto de 2009**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 24.

³⁵ FERRAZ, Sergio. **Mandado de Segurança**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 276.

³⁶ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112016.htm>. Acesso em: 20 fev. 2014.

³⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. **Mandado de segurança**: comentários às Leis n.º 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66 e outros estudos sobre o mandado de segurança. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 66

³⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O mandado de segurança segundo a Lei n. 12.016, de 07 de agosto de 2009**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 24.

interlocutória, a qual, segundo a sistemática do Código de Processo Civil, será oponível por meio de agravo, seja em sua forma instrumental, ou na retida³⁹.

Até aqui foi possível visualizar o cenário em que se encontra a medida liminar no mandado de segurança, quais são os seus requisitos, dentre outras questões importantes. Ainda é preciso compreender, porém, as hipóteses em que não será possível deferir a liminar analisada.

Como é de se esperar, existem alguns casos expressos em legislação específica, nos quais não se concederá a medida liminar de suspensão do ato coator – § 2º do artigo 7º, da Lei número 12.016/09.⁴⁰

É importante mencionar que antes da entrada em vigor da Lei n.º 1.533/51, não havia previsão legal para restringir a concessão da medida liminar, ou seja, o magistrado tinha maiores possibilidades, desde que preenchidos os requisitos legais, de concedê-la.⁴¹

As inclusões das impossibilidades, por meio de leis específicas, para que se concedesse o mandado de segurança surgiram com a ocorrência de abusos cometidos com a concessão da liminar.⁴² Deve ser ressaltado que tais restrições não foram criações da Lei do Mandado de Segurança. Esta legislação,

[...] simplesmente coligiu todas as restrições a liminares presentes em leis como a 2.410 e 2.770 (ambas tocantes à liberação de mercadorias oriundas do estrangeiro), 4.348 e 5.021, de 1966 (estas referentes a reclassificação ou equiparação de servidores públicos, concessão de aumento ou extensão de vantagens pecuniárias) e 8.437 (esta em dispositivo acrescentado pela MP 2.180-35, quanto à compensação de tributos, na linha do art. 170-A do Código Tributário Nacional, acrescido pela Lei Complementar 104, de 2001), (...).⁴³

Dessa feita, o objetivo foi de

[...] evitar que a parte favorecida pela decisão concessiva da liminar (de regra hipossuficiente economicamente) mais adiante, à luz de uma decisão que terminasse

³⁹ Art. 522, CPC. Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, na forma retida, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida a sua interposição por instrumento.

⁴⁰ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm>. Acesso em: 20 jan. 2014.

⁴¹ REMÉDIO, José Antônio. **Mandado de Segurança Individual e Coletivo**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 337.

⁴² REMÉDIO, José Antônio. **Mandado de Segurança Individual e Coletivo**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 337.

⁴³ DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. Artigo 7º. In: MAIA FILHO, Napoleão Nunes; ROCHA, Caio Cesar Vieira; LIMA, Tiago Asfor. **Comentários à Nova Lei do Mandado de Segurança**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 138.

por lhe negar razão, não tivesse condições objetivas de recompor o patrimônio público afetado pela concessão da liminar.⁴⁴

Essas vedações, já na Lei 12.016/09, são: (a) compensação de créditos tributários; (b) entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior; (c) reclassificação ou equiparação de servidores públicos; e, a hipótese tratada neste trabalho, (d) concessão de aumento ou extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza.⁴⁵

Não é forçoso crer que existe forte oposição às vedações mencionadas, “visto que são meios de se obstar a correção tempestiva de uma ilegalidade praticada por aquele que nunca deveria cometê-las, o Poder Público”,⁴⁶ sendo que, inclusive, há juristas que consideram tais hipóteses restritivas como inconstitucionais.⁴⁷ Deve ser frisado que o mandado de segurança é, primeiramente, matéria de ordem constitucional, estabelecido no artigo 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal de 1988; já as hipóteses restritivas da liminar são tratadas infraconstitucionalmente. Por isso o entendimento de inconstitucionalidade.

Por certo que esse não é um entendimento unânime, uma vez que a tese da constitucionalidade afirma que o “dispositivo não estaria, rigorosamente, a vedar ou restringir a concessão da liminar: os casos ali previstos estariam, em verdade, a retratar hipóteses em que não se fariam presentes os requisitos para a concessão da liminar [...]”⁴⁸

Diante de tais críticas, defende-se que a alternativa mais adequada é considerar que o julgador, quando da prolação de decisão de concessão/denegação da medida liminar, com o objetivo de não frustrar o próprio mandado de segurança, interprete as vedações legais de forma restritiva.⁴⁹

4 ANÁLISE DA CONCESSÃO DA MEDIDA LIMINAR QUANDO SE TRATAR DE REINCORPORAÇÃO DE PROVENTOS

⁴⁴ FERRAZ, Sergio. **Cinquenta anos de mandado de segurança**. Porto Alegre: Sergio A. Fabris, Editor, 1986, p. 14.

⁴⁵ Artigo 7º, § 2º. Não será concedida medida liminar que tenha por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza.

⁴⁶ KLIPPEL, Rodrigo. **Comentários à Lei de Mandado de Segurança (Lei 12.016/09)**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2010, p. 165.

⁴⁷ DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. Artigo 7º. In: MAIA FILHO, Napoleão Nunes; ROCHA, Caio Cesar viera; LIMA, Tiago Asfor. **Comentários à Nova Lei do Mandado de Segurança**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 139.

⁴⁸ CUNHA, Leonardo Carneiro. **A Fazenda Pública em Juízo**. 9 ed. São Paulo: Dialética, 2011, p. 239.

⁴⁹ MOUTA, José Henrique. **Mandado de Segurança Questões Controvertidas**. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 108.

Conforme a análise realizada no tópico anterior, sobre as tutelas de urgência em geral, a decisão liminar no mandado de segurança, as hipóteses infraconstitucionais de vedação à concessão da liminar, além das críticas às restrições, é possível adentrar ao tema central deste trabalho, qual seja, a interpretação da hipótese da vedação específica de concessão da medida liminar quando se tratar de aumento ou extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza.

Foi mencionado que o intérprete legal deverá utilizar as vedações legais, para não conceder a suspensão do ato levado ao Poder Judiciário, de forma restritiva, tendo em vista não obstacularizar a obtenção do próprio direito.

O § 2º, do artigo 7º da Lei n. 12.016/2009, em sua parte final, estabelece que não será possível conceder a liminar para a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza.

Em uma interpretação primária do texto legal, inúmeros mandados de segurança teriam a liminar denegada, principalmente aqueles impetrados com o objetivo de reparar uma ilegalidade do Poder Público referente à subtração de valores aferidos por servidores públicos.

Pode-se imaginar, por exemplo, a seguinte situação: determinado servidor público adquiriu durante a sua vida profissional, após o preenchimento de requisitos legais específicos, o direito de incorporar uma determinada verba em seus proventos de aposentadoria, ou seja, quando na ativa, recebia seus proventos de forma integral, incluídas, além do salário base, as verbas que deverão ser incorporadas na aposentação. Todavia, ao se aposentar, o instituto previdenciário competente retira dos vencimentos do servidor aquelas verbas que, legalmente, deverão ser incorporadas.

Ainda com relação ao caso narrado, questiona-se: é possível conceder a liminar para suspender o ato que não levou em consideração, para pagamento da remuneração, as verbas que devem ser incorporadas, determinando que o Poder Público realize, desde já, antes da sentença, a reincorporação dos valores e o seu pagamento ao servidor?

Antes de responder, é preciso verificar qual é o entendimento sobre a possibilidade de se conceder uma medida de urgência em face da Fazenda Pública. A esta questão o tópico seguinte é dedicado.

4.1 A POSSIBILIDADE DE CONCEDER A LIMINAR EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA

Ao considerar as tutelas de urgência em face da Fazenda Pública é necessário levar em conta a Lei número 9.494/1997,⁵⁰ que “veda a outorga de tutela antecipada nas hipóteses legais em que vedadas as liminares (Lei 4.348/1964, art. 5º; Lei 5.021/1996, art. 1º, § 4º; Lei 8.437/1992, art. 1º)”.⁵¹ Ademais,

O sistema processual pátrio cuidou de unificar os provimentos de urgência, confinando-os numa ordem única. Assim, seja a tutela antecipada, seja a medida cautelar, seja a ação cautelar, todas se subordinam às mesmas regras, inclusive no que respeita às vedações inscritas na Lei n.º 8.437/1992, tanto que as Leis n.º 9.494/2009 e 12.016/2009 as estendem, irrestritamente, para a tutela antecipada.⁵²

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 4, entendeu, mesmo que em decisão cautelar, por ser constitucional aquilo que está previsto no artigo 1º da Lei número 9.494/97, isto é, as restrições à tutela de urgência em face da Fazenda Pública.⁵³

Mesmo com o entendimento de que são constitucionais as vedações da liminar em face da Fazenda Pública, encontra-se uma aplicação restrita das vedações por parte do STF.⁵⁴ Inclusive, foi editada a Súmula n.º 729, pelo STF, a qual possui o seguinte teor: “A decisão na ação direta de constitucionalidade 4 não se aplica à antecipação de tutela em causa de natureza previdenciária”.⁵⁵

Com efeito, no caso em que foi indagado se há a possibilidade de se conceder a medida liminar para reincorporar verbas que foram retiradas quando da aposentadoria, tendo em vista a sua natureza previdenciária, pelo conteúdo da Súmula n.º 729 do STF, não se aplicariam as restrições da Lei 9.494/97, ou seja, cabível a concessão da medida de urgência, inclusive no que se refere às hipóteses da Lei 12.016/2009, haja vista que, como mencionamos anteriormente, houve uma unificação das legislações restritivas à tutela de urgência.

⁵⁰ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19494.htm>. Acesso em: 20 fev. 2014.

⁵¹ FERRAZ, Sergio. **Mandado de Segurança**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 250.

⁵² CUNHA, Leonardo Carneiro. **A Fazenda Pública em Juízo**. 9 ed. São Paulo: Dialética, 2011, p. 264.

⁵³ “Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por votação majoritária, em deferir, em parte, o pedido de medida cautelar, para suspender “ex nunc”, e com efeito vinculante, até final julgamento da ação, a prolação de qualquer decisão sobre pedido de tutela antecipada, contra a Fazenda Pública, que tenha por pressuposto a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade do art. 1º da Lei n.º 9.494, de 10/9/97, sustando, ainda, igualmente “ex nunc”, os efeitos futuros dessas decisões antecipatórias de tutela já proferidas contra a Fazenda Pública, [...]”.

⁵⁴ CUNHA, Leonardo Carneiro. **A Fazenda Pública em Juízo**. 9 ed. São Paulo: Dialética, 2011, p. 268.

⁵⁵ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_701_800>. Acesso em: 20 fev. 2014.

4.2 A DIFERENÇA ENTRE A REINCORPORAÇÃO DE PROVENTOS E AS VEDAÇÕES DETERMINADAS PELA LEI NÚMERO 12.016/2009

Superadas as questões iniciais cabe indagar, ainda com relação àquela mesma situação apresentada acima: o servidor público que, no momento da aposentadoria, deixa de ter verbas incluídas em sua remuneração, tem o direito de que se conceda a medida liminar para sustar o ato e reincorporar os valores tolhidos? Ou ainda, tenho em vista que a Súmula número 729 do STF não enquadra tal situação às restrições, haveria possibilidade de configurar o caso como uma concessão de aumento ou extensão de vantagem ou pagamento de qualquer natureza, com o fim de obstar a concessão da liminar no mandado de segurança?

Ademais, outros questionamentos são necessários, visto que

[...], muitos mandados de segurança são impetrados não com o objetivo de extensão de vantagens ou simplesmente aumento de vencimento (o que ensejaria na restrição legal), mas sim procurando a devolução de quantia retirada irregularmente pela autoridade coatora.⁵⁶

Neste sentido, entende-se que não deve haver vedação para casos de restauração de vantagem suprimida. “O que se veda é a concessão de aumento ou vantagem; restaurar ou recompor o que restou suprimido não se inclui na vedação, sendo possível a medida de urgência com tal finalidade”.⁵⁷

Esse entendimento possui um número expressivo de adeptos, havendo quem considere que devem ser observadas as seguintes diretrizes:

- a) excluem-se das vedações verbas de natureza previdenciária;
- b) exclui-se das vedações a “hipótese de valor que, já antes recebido, fora retirado e é restituído por força de tutela antecipada”;
- c) em tese, as vedações são constitucionais. Todavia, no caso concreto, de acordo com os valores jurídicos em disputa, pode ser que sejam consideradas inconstitucionais e inaplicáveis, pois estariam ferindo um direito fundamental considerado mais importante pelo julgador, devendo ter sua incidência afastada, no caso concreto, em autêntico controle difuso de constitucionalidade, *incidenter tantum* e restrito aquele caso concreto.⁵⁸

⁵⁶ MOUTA, José Henrique. **Mandado de Segurança Questões Controvertidas**. Salvador: Juspodivm, 2007, p.108.

⁵⁷ CUNHA, Leonardo Carneiro. **A Fazenda Pública em Juízo**. 9 ed. São Paulo: Dialética, 2011, p. 265.

⁵⁸ KLIPPEL, Rodrigo. **Comentários à Lei de Mandado de Segurança (Lei 12.016/09)**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2010, p. 166.

Em resposta àquela indagação realizada anteriormente, pode ser afirmado, então, que o caso não se refere a um aumento de vantagem, tampouco extensão, mas diz respeito a uma “devolução de quantia”, sem enquadrar-se às restrições legais.⁵⁹

A conclusão obtida é no sentido de que a reincorporação de proventos, via de regra, desde que demonstrado o direito líquido e certo à incorporação e a ilegalidade do ato coator, não poderá ser enquadrada nas hipóteses legais de vedação da concessão, pois diz respeito a uma quantia que já era aferida anteriormente, não se tratando de uma inovação, de algo que nunca foi percebido.

4.3 ESTUDO DE DECISÕES PROFERIDAS PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Posterior à análise teórica e legislativa sobre a possibilidade de se conceder a medida liminar quando o caso versar sobre uma reincorporação de verbas remuneratórias tolhidas de forma ilegal, é necessário que, por fim, seja feito um estudo do posicionamento do Poder Judiciário do Estado do Espírito Santo sobre a questão, com a finalidade de verificar se este órgão está de acordo com as proposições apresentadas pelos juristas que estudam o tema.

Como mencionado na parte introdutória, após a busca, a análise e a seleção dos resultados obtidos por meio da pesquisa, chegou-se a um total de 11 (onze) decisões, proferidas monocraticamente ou por acórdão.

Para possibilitar uma melhor compreensão do que se passará a expor, segue abaixo uma relação dos processos objetos de estudo, alinhados na ordem em que serão analisados:

NÚMERO DO PROCESSO	TIPO DE DECISÃO	ÓRGÃO JULGADOR
024089005631	Decisão Monocrática em Agravo de Instrumento	Segunda Câmara Cível
024089000590	Decisão Monocrática em Agravo de Instrumento	Quarta Câmara Cível
024079017604	Decisão Monocrática em Agravo de Instrumento	Terceira Câmara Cível
024069000180	Decisão Monocrática em Agravo de Instrumento	Segunda Câmara Cível

⁵⁹ MOUTA, José Henrique. **Mandado de Segurança Questões Controvertidas**. Salvador: Juspodivm, 2007, p.108.

024059005678	Decisão Monocrática em Agravado de Instrumento	Quarta Câmara Cível
050059000120	Decisão Monocrática em Agravado de Instrumento	Segunda Câmara Cível
024049011075	Decisão Monocrática em Agravado de Instrumento	Segunda Câmara Cível
024059000216	Decisão Monocrática em Agravado de Instrumento	Segunda Câmara Cível
024069000081	Decisão Monocrática em Agravado de Instrumento	Segunda Câmara Cível
047109000217	Decisão Monocrática em Agravado de Instrumento	Quarta Câmara Cível
024099169971	Decisão Monocrática em Agravado de Instrumento	Terceira Câmara Cível

Tabela 2: Relação de decisões analisadas

Tendo em vista que o objetivo desse trabalho é demonstrar a possibilidade de concessão da medida liminar no mandado de segurança quando o caso versar sobre reincorporação de proventos, a primeira decisão a ser analisada é aquela, dentre as selecionadas, que entendeu pela impossibilidade de conceder a medida liminar.

4.3.1 Decisão no processo n.º 024089005631⁶⁰

No caso levado ao Poder Judiciário, o magistrado de piso concedeu a medida liminar, determinando a reincorporação de uma verba de representação aos vencimentos de inatividade do impetrante.

A autoridade coatora, inconformada com a concessão da liminar, interpôs agravo de instrumento, com pedido de suspensão da decisão concessiva da liminar, sob o argumento de que seria impossível conceder a medida pleiteada, pois restaria enquadrada nas vedações legais.

Em decisão monocrática, o Desembargador entendeu pela suspensão do *decisum* de piso, sob os seguintes argumentos:

⁶⁰

Disponível em:
<http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_jurisprudencia/det_decmon.cfm?Numproc=232621>.
Acesso em: 20 fev. 2014.

[...]

É o que se observa claramente quando da análise do caderno processual, tendo em vista que a sentença de piso condenou o Município de Vitória e o IPAMV a incluir nos proventos de aposentadoria da agravada, verbas referentes a adicional de representação, em virtude da ocupação de cargo em comissão, contrariando dispositivo de lei e entendimento pacífico do Supremo Tribunal de Justiça.

Específico. A Lei n.º 4.348/64, que estabelece normas processuais relativas ao Mandado de Segurança, dispõe ser proibida em seu artigo 5º o deferimento de medida liminar visando a concessão de aumento ou extensão de vantagens a servidores públicos, devendo serem executados os créditos, se for o caso, depois do trânsito em julgado da respectiva sentença.

Vejamos o dispositivo:

Art. 5º - Não será concedida a medida liminar de mandados de segurança impetrados visando a reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou à concessão de aumento ou extensão de vantagens.

Parágrafo único – Os mandados de segurança a que se refere este artigo serão executados depois de transitada em julgado a respectiva sentença. (grifou-se)

[...] ⁶¹

O Desembargador prolator da decisão monocrática em análise prosseguiu suas afirmações, tendo citado outros dispositivos legais que estabelecem vedações à concessão da medida liminar, inclusive com referência aos julgados do Superior Tribunal de Justiça – STJ.

O entendimento do magistrado foi no sentido de que o deferimento da medida liminar implicaria na inclusão de verbas aos proventos do impetrante, ora agravado, o que, em consequência, se enquadraria na vedação do deferimento da liminar para conceder aumento ou extensão de vantagens.

Vê-se, então, que a interpretação dada pelo julgador às hipóteses de impossibilidade de concessão da liminar ocorreu de forma ampla, de modo a abranger quaisquer questões envolvendo subtração ou pagamento de valores remuneratórios.

Ao concluir dessa maneira, o intérprete legal deixou, conforme defendido neste trabalho, de levar em consideração o fato de que o objetivo da impetração do mandado de segurança é assegurar o *status quo ante*, ou seja, fazer com que o impetrante retorne a receber determinada quantia que já era percebida, não se tratando, conseqüentemente, de uma inovação patrimonial.

4.3.2 Decisão no processo n.º 024089000590⁶²

61

Disponível

em:

<http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_jurisprudencia/det_decmon.cfm?Numproc=232621>.
Acesso em: 20 fev. 2014.

A decisão em comento aprofundou a análise dos temas estudados neste trabalho, tendo abordado: o julgamento da ADC-MC n.º 04 por parte do STF; as alterações nos entendimentos; a diferença entre as hipóteses restritivas à liminar e a reincorporação de proventos; a intenção das vedações estabelecidas na Lei 9.494/97; o preenchimento dos requisitos legais para a concessão da medida de urgência; e a possibilidade de se conceder a medida liminar para reincorporar verbas outrora percebidas.

Conforme demonstrado anteriormente, levou-se ao Supremo Tribunal Federal a constitucionalidade ou não do artigo 1º da Lei 9.494/97, por meio da ADC-MC n.º 04, sendo que o referido STF proferiu decisão no sentido de suspender a concessão de antecipação dos efeitos da tutela em face da Fazenda Pública, estando inclusas as restrições analisadas neste trabalho.

Nesse ínterim, o *decisum* ora analisado corroborou com o posicionamento sustentado até então, de que, mesmo diante daquele posicionamento do STF, será possível conceder a medida de urgência quando se tratar de questões previdenciárias e de manter os vencimentos do servidor.

Ademais, foi além na medida em que enfrentou diretamente o problema do presente trabalho, ao afirmar que a reincorporação de verbas à remuneração do servidor público não pode ser considerada como um aumento ou uma extensão de vantagens, tampouco pagamento de vantagens. O que se busca por meio da liminar é o restabelecimento da situação fática que já havia sido concretizada anteriormente – verbas que por lei já estavam incorporadas ao patrimônio do impetrante, não caracterizando, inclusive, afronta ao julgamento da ADC n.º 04 pelo STF.

Segundo a decisão estudada, o objetivo geral das vedações à concessão de medidas de urgência em face da Fazenda Pública – conforme a Lei número 9.494/97 – é evitar que esta seja onerada de forma indevida, mediante decisões que venham a ser reformadas quando da prolação da sentença; bem como que se criem despesas que possam desequilibrar os cofres públicos; além das “discussões acerca de uma superveniente devolução ao Poder Público das parcelas recebidas por força de liminares, questão que gerou grandes divergências no âmbito do STF e em sede doutrinária”, e não obstar o deferimento de qualquer medida liminar/antecipatória/cautelar.

Foi lembrada, ainda, a possibilidade de que a espera pela prolação da decisão definitiva venha a causar ainda mais danos ao impetrante.

A conclusão obtida nessa decisão foi de que

[...] há duas situações distintas: a primeira no caso da concessão de benefícios, na qual é aplicado o posicionamento veiculado pela ADC nº 4, e a segunda no caso de restabelecimento de vantagens pecuniárias, na qual é cabível o provimento antecipado.⁶³

Por fim, reconheceu-se que, por ser possível conceder a liminar para reincorporar valores que já eram recebidos, mesmo em face da Fazenda Pública, basta analisar o preenchimento dos requisitos legais para o deferimento da tutela de urgência pleiteada.

4.3.3 Decisão no processo n.º 024079017604⁶⁴

Nessa decisão o raciocínio empregado para negar provimento ao recurso interposto pela autoridade coatora, dentre outros, foi no seguinte sentido:

No que diz respeito à aventada contrariedade às Leis n.ºs 9.494/97 e 4.348/63, não creio que a vedação nelas contidas tenha aplicação ao caso em exame, já que discute-se a legalidade (ou não) da exclusão de determinadas verbas percebidas pelo servidor enquanto encontrava-se na ativa, e não a obtenção de vantagem pecuniária que não integrava os seus vencimento, muito menos “aumento salarial” como falivelmente argumenta o recorrente. Logo em se tratando de demanda em que se discute a existência (ou não) de um direito alegadamente adquirido pelo impetrante – cuja supressão pelas autoridades impetradas ensejaria a ocorrência de dano irreparável ou de difícil reparação -, é ínsito ao poder jurisdicional a possibilidade de concessão de liminares para proteger direito, sejam eles de que espécie for, sob pena de extirpar do juiz o poder de acautelar o direito das partes e de fornecer a prestação jurisdicional adequada (CF, art. 5º, XXXV).⁶⁵

O *decisum*, além de reconhecer que o caso levado ao Poder Judiciário não se enquadrava nas hipóteses de vedação legal, pois diz respeito à discussão de verba já recebida anteriormente e que foi tolhida pelo ato coator considerado ilegal, afirmou que cabe ao

⁶³ Disponível em: http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_jurisprudencia/det_decmon.cfm?Numproc=225834. Acesso em: 20 fev. 2014.

⁶⁴ Disponível em: http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_jurisprudencia/det_decmon.cfm?Numproc=222149. Acesso em: 20 fev. 2014.

⁶⁵ Disponível em: http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_jurisprudencia/det_decmon.cfm?Numproc=222149. Acesso em: 20 fev. 2014.

Judiciário, para garantir a prestação jurisdicionada adequada e o direito das partes, a concessão da tutela liminar.

4.3.4 Decisão no processo n.º 024069000180⁶⁶

Nessa decisão há uma peculiaridade a ser ressaltada, uma vez que o mesmo Desembargador prolator da decisão monocrática que negou seguimento ao agravo de instrumento, em momento anterior, concedeu efeito suspensivo ao recurso, por ter entendido que o caso se enquadraria em uma das hipóteses de vedação da liminar.

Contudo, em uma melhor análise do caso concreto, em um momento posterior, veio a entender de forma contrária, afastando o efeito suspensivo e negando seguimento ao recurso.

Inclusive, a questão foi matéria de um tópico em específico na decisão, intitulado “Preliminar. Impossibilidade jurídica do pedido. Concessão de liminar que visa vantagens pecuniárias, reclassificação, equiparação de servidores públicos ou concessão de aumento ou extensão de vantagens”.

A conclusão então obtida foi no sentido de que a vedação é relativa ao pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias, o que não refletiria o caso dos autos, o qual teria por objetivo colocar fim aos descontos na remuneração da aposentadoria.

Por conseguinte, não haveria se falar no provimento do recurso e consequente reforma do *decisum* de piso, visto que não se enquadrava nas hipóteses de vedação.

4.3.5 Decisão no processo n.º 024059005678⁶⁷

O *decisum* em comento foi além da análise do pedido liminar, uma vez que tratou ainda dos seus requisitos e da diferenciação entre as vedações legais e a hipótese de reincorporação de proventos, conforme é defendido neste trabalho.

O trecho que segue abaixo demonstra os principais pontos abordados na decisão:

⁶⁶ Disponível em: <http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_jurisprudencia/det_decmon.cfm?Numproc=165283>. Acesso em: 20 fev. 2014.

⁶⁷ Disponível em: <http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_jurisprudencia/det_decmon.cfm?Numproc=142759>. Acesso em: 20 fev. 2014.

Quanto ao mérito, entendo que o deferimento de liminar em face da fazenda pública, no que se refere aos efeitos financeiros de ordem salarial são juridicamente possíveis, já que em tese, trata-se de recomposição de direito líquido e certo que foi retirado do titular.

[...]

Desta forma, o que deve ser apreciado no presente momento, é se a concessão de liminar em mandado de segurança, onde se discute a reincorporação de verbas excluídas dos proventos de inativos, se mostra viável ou não.

[...]

No presente caso, constato que o agravado impetrou mandado de segurança com pedido de liminar, asseverando que sempre recebera seus vencimentos embutidos de todas as verbas em igual número e valores até o mês de maio de 2004, e que teve seus vencimentos reduzidos após o requerimento formal de sua aposentadoria, com a exclusão da gratificação de função especializada e a verba de incorporação de salário, com a redução das gratificações de assiduidade e adicional.

Em decisão objurgada, o MM. Juiz “*a quo*” aduziu que, no caso em tela, verifica-se que o impetrante adquiriu direito referente a verba de caráter geral e pessoal, que com o passar do tempo foi sendo integrada ao seu patrimônio e que, foi retirado de seus proventos as gratificações descritas na exordial, após o requerimento formal de sua aposentadoria integral.

Os requisitos indispensáveis para a concessão da liminar em mandado de segurança estão previstos no inc.1º, do art.7º da Lei1533/51, quais sejam, a relevância de fundamento (*fumus boni iuris*) e o perigo de um prejuízo do ato impugnado poder resultar na ineficácia da medida caso seja deferida a segurança (*periculum in mora*).

Diante do exposto, entendo que a decisão concessiva da liminar no mandado de segurança, determinou tão-somente a reincorporação das gratificações e verbas remuneratórias que eram recebidas habitualmente pelo servidor quando na ativa e foram suprimidas após o requerimento de sua aposentadoria, inexistindo, assim, qualquer violação ao artigo 1º da Lei nº9.494/97 e ao art. 5º da Lei nº 4.348/64.⁶⁸

Constatou-se, assim, que a hipótese de reincorporação de proventos, desde que preenchidos os requisitos legais para a sua incorporação à remuneração do servidor, é diversa daquelas vedações legais para a concessão da liminar, pois trata-se de uma recomposição do direito.

4.3.6 Decisão no processo n.º 050059000120⁶⁹

Essa decisão foi apresentada de forma mais objetiva, seguindo a maior parte dos julgados aqui analisados e afirmando, em suma, que

[...] os pedidos liminares em face da Fazenda Pública, no que se referem aos efeitos financeiros de ordem salarial, são juridicamente possíveis, já que em tese ali estão para recompor direito líquido e certo, que foi retirado do titular.

⁶⁸

Disponível

em:

<http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_jurisprudencia/det_decmon.cfm?Numproc=142759>.

Acesso em: 20 fev. 2014.

⁶⁹

Disponível

em:

<http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_jurisprudencia/det_decmon.cfm?Numproc=144645>.

Acesso em: 20 fev. 2014.

Desse modo, se mostra viável a sua concessão em Mandado de Segurança onde se discute a reincorporação de verbas excluídas dos proventos de inativos.⁷⁰

Mais uma decisão, portanto, que está em conformidade com aquilo que se defende neste trabalho.

4.3.7 Decisão nos processos n.º 024049011075⁷¹ e n.º 024059000216⁷²

Sem ter o objetivo de tornar esta análise repetitiva, reiterando posicionamentos que se demonstram por demais semelhantes, as duas decisões neste tópico analisadas corroboram com as demais decisões que entendem ser possível a concessão da medida liminar, visto que “[...], os pedidos liminares, no que se referem aos efeitos financeiros de ordem salarial, são juridicamente possíveis, já que em tese ali estão para recompor direito líquido e certo, que foi retirado do titular”⁷³.

Torna-se possível, destarte, conceder a liminar no mandado de segurança, pois não se trata de uma hipótese inviabilizadora da liminar, mas da reincorporação de valores subtraídos dos rendimentos do impetrante.

4.3.8 Decisão no processo n.º 024069000081⁷⁴

A análise realizada pelo julgador nessa decisão monocrática distinguiu, ainda, o que vem a ser *lucro in capitando e dano vitando*, enquadrando a hipótese de reincorporação como

⁷⁰ Disponível em: <http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_jurisprudencia/det_decmon.cfm?Numproc=144645>. Acesso em: 20 fev. 2014.

⁷¹ Disponível em: <http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_jurisprudencia/det_decmon.cfm?Numproc=119360>. Acesso em: 20 fev. 2014.

⁷² Disponível em: <http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_jurisprudencia/det_decmon.cfm?Numproc=131225>. Acesso em: 20 fev. 2014.

⁷³ Disponível em: <http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_jurisprudencia/det_decmon.cfm?Numproc=119360>. Acesso em: 20 fev. 2014. E Disponível em: <http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_jurisprudencia/det_decmon.cfm?Numproc=131225>. Acesso em: 20 fev. 2014.

⁷⁴ Disponível em: <http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_jurisprudencia/det_decmon.cfm?Numproc=165205>. Acesso em: 20 fev. 2014.

sendo a de *dano vitando*, isto é, o restabelecimento de valores que já eram pagos anteriormente.

Evidenciou, também, que a decisão agravada, que concedeu a medida liminar, não “está deferindo qualquer aumento de salário ao ora recorrido. O que foi deferido pelo juiz de piso foi o restabelecimento dos pagamentos dos proventos do agravado efetuados pelo ente municipal antes da sua aposentadoria”.⁷⁵

4.3.9 Decisão no processo n.º 047109000217⁷⁶

Ao prolatar sua decisão no processo em análise, o magistrado destacou a necessidade de se levar em conta apenas os requisitos para a concessão da liminar, conforme o artigo 7º, III, da Lei do Mandado de Segurança, ou seja, a “relevância dos fundamentos” e a possibilidade de “ineficácia da medida”, demonstrando serem estes mais valiosos do que as próprias restrições legais.

Apesar da decisão não ter enfrentado diretamente a questão referente à diferença entre a reincorporação de proventos e as hipóteses restritivas da liminar, reconheceu a possibilidade de conceder a liminar, seja por ter adquirido o direito de receber as verbas tolhidas, seja por já tê-las recebido, ou ainda, por se tratar de verba alimentícia.

4.3.10 Decisão no processo n.º 024099169971⁷⁷

Trata-se de decisão proferida em agravo de instrumento interposto pela parte que não teve a medida antecipatória concedida, pleiteando, conseqüentemente, a reforma da decisão interlocutória, com a concessão da medida de urgência e a reincorporação das verbas tolhidas.

O magistrado ainda transcreveu diversos julgados e o julgamento da ADC n.º 4, além de ter afirmado que:

⁷⁵ Disponível em: http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_jurisprudencia/det_decmon.cfm?Numproc=165205. Acesso em: 20 fev. 2014.

⁷⁶ Disponível em: http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_jurisprudencia/det_decmon.cfm?Numproc=289209. Acesso em: 20 fev. 2014.

⁷⁷ Disponível em: http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_jurisprudencia/det_decmon.cfm?Numproc=275070. Acesso em: 20 fev. 2014.

[...], resta sedimentado na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça que não existe vedação legal à concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública quando se tratar de causa de natureza previdenciária, razão porque, não procede o alegado.⁷⁸

É possível depreender, então, que o posicionamento demonstrado no *decisum* é compatível com a possibilidade de se conceder a tutela de urgência em face da Fazenda Pública.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo deste estudo foi possível chegar a algumas conclusões importantes acerca da concessão da medida liminar no mandado de segurança. Demonstrou-se, primeiramente, a evolução do conceito “direito líquido e certo” que, inicialmente, era “certo e incontestável”, restringindo consideravelmente o campo de utilização do mandado de segurança, fato que contribuiu para o aprimoramento do conceito até que fosse alcançado o termo utilizado nos moldes atuais.

No que se refere especificamente à medida liminar, verificou-se a diferença entre as tutelas de urgência – liminar, cautelar e antecipação dos efeitos da tutela, chegando-se à conclusão de que, dependendo da situação levada ao Poder Judiciário, a liminar no mandado de segurança poderá ter a característica de uma cautelar ou de uma antecipação dos efeitos da tutela.

Quanto aos requisitos para a concessão da liminar no mandado de segurança, destacou-se que o artigo 7º, III, Lei 12.016/09, estabelece os seguintes: (a) “fundamento relevante”; e (b) que “do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida”.

Quanto àquelas hipóteses em que não será possível deferir a medida liminar no mandado de segurança, a mesma Lei n.º 12.016/09 determina que será impossível a sua concessão quando se tratar de (a) compensação de créditos tributários; (b) entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior; (c) reclassificação ou equiparação de servidores públicos; e, a hipótese tratada neste trabalho, (d) concessão de aumento ou extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza.

Foi verificado, também, o entendimento de que tais restrições, independentemente de qual delas, podem ser consideradas inconstitucionais, haja vista que, em muitos casos, obstam o alcance do próprio objeto do *mandamus*.

Neste sentido, com o objetivo de não frustrar o resultado do mandado de segurança, quando o intérprete legal estiver diante de alguma situação que aparente se enquadrar às restrições legais, deverá analisar as vedações de forma restritiva, sempre levando em consideração a proteção do direito das partes.

Outro ponto abordado foi a possibilidade de se conceder as medidas de urgência em face da Fazenda Pública, tendo em vista a Lei n.º 9.494/97 e o julgamento da ADC n.º 4, que apreciou a constitucionalidade do artigo 1º da referida Lei, bem como o teor da Súmula n.º 729 do STF, uma vez que esta informa que, apesar do julgamento pela constitucionalidade das hipóteses restritivas da concessão das tutelas de urgência em face da Fazenda Pública, o mesmo não se aplicaria às hipóteses previdenciárias.

No tocante à análise das decisões judiciais obtidas nesta pesquisa, constatou-se que a maior parte dos julgados foi no sentido de que não se pode entender como impossível conceder a medida liminar quando se tratar de questão envolvendo verbas que eram recebidas anteriormente, pois não estará configurado o caso de quaisquer uma das hipóteses restritivas da liminar.

Ademais, destaca-se que é fundamental verificar o preenchimento dos requisitos necessários para a concessão da medida liminar e que os casos envolvendo remuneração tolhida são relativos a matérias alimentícias, imprescindível para a sobrevivência do impetrante.

Em se tratando de reincorporação de proventos, via de regra, desde que demonstrados o direito líquido e certo à incorporação, e a ilegalidade do ato coator, o caso não poderá ser considerado como uma das hipóteses legais de vedação da concessão, pois se refere a uma quantia que já era aferida anteriormente, não se tratando de uma inovação, de algo que nunca foi percebido.

De acordo com o que foi analisado, para saber se o caso levado ao Poder Judiciário se enquadrará em uma daquelas hipóteses restritivas da concessão da liminar no mandado de segurança, dois procedimentos analíticos são importantes: o primeiro é verificar se o impetrante reclama verbas que outrora foram recebidas, mas tolhidas ilegalmente; o segundo é saber se o valor pleiteado reflete uma inovação à remuneração do impetrante.

No primeiro caso, via de regra, será cabível a liminar no mandado de segurança; já no segundo, a tendência é que se enquadre nas vedações legais estudadas anteriormente, inviabilizando, conseqüentemente, a concessão da liminar.

REFERÊNCIAS

BARBI, Celso Agrícola. **Do Mandado de Segurança**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm>. Acesso em: 20 fev. 2014.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao46.htm>. Acesso em: 20 fev. 2014.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm>. Acesso em: 20 fev. 2014.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 20 fev. 2014.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 fev. 2014.

_____. **Lei n. 9.494/1997**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9494.htm>. Acesso em: 20 fev. 2014.

_____. **Lei n. 12.016/2009**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm>. Acesso em: 20 fev. 2014.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Mandado de segurança**: comentários às Leis n.º 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66 e outros estudos sobre o mandado de segurança. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Mandado de Segurança**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CUNHA, Leonardo Carneiro. **A Fazenda Pública em Juízo**. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2011.

DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. Artigo 7º. In: MAIA FILHO, Napoleão Nunes; ROCHA, Caio Cesar vieira; LIMA, Tiago Asfor. **Comentários à Nova Lei do Mandado de Segurança**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 4. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do processo civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

FERRAZ, Sergio. **Cinquenta anos de mandado de segurança**. Porto Alegre: Sergio A. Fabris, Editor, 1986.

_____. **Mandado de Segurança**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

GRECCO, Leonardo. **A teoria da ação no processo civil**. São Paulo: Dialética, 2003.

KLIPPEL, Rodrigo. **Comentários à Lei de Mandado de Segurança (Lei 12.016/09)**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

MACHADO, Marcelo Pacheco. Simplificação, autonomia e estabilização das tutelas de urgência: análise da proposta do Projeto de novo Código de Processo Civil. **Revista de processo**. Ano 36. Vol. 202. Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança**. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1990.

MOUTA, José Henrique. **Mandado de Segurança**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

_____. **Mandado de Segurança Questões Controvertidas**. Salvador: Juspodivm, 2007.

REMÉDIO, José Antônio. **Mandado de Segurança Individual e Coletivo**. São Paulo: Saraiva, 2002.

SANTOS, Washington dos. **Dicionário jurídico brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O mandado de segurança segundo a Lei n. 12.016, de 07 de agosto de 2009**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.