

PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE DO RECURSO. ERRO GROSSEIRO

Tribunal de Justiça

Órgão Especial

Recurso Ordinário

Mandado de Segurança n.º 91/89

Recorrentes : Jairo da Silva Rhamnusia e outro

Recorrido : Estado do Rio de Janeiro

Contra decisão denegatória de mandado de segurança, julgado em instância única por tribunal estadual, cabe recurso ordinário (CF/88, art. 105, II, b), observada a regra de que os recursos se regem pela lei vigente à data da decisão recorrida que, no caso, é posterior à instalação do Superior Tribunal de Justiça.

A interposição de recurso extraordinário fundado no art. 105, III, a, da CF/88 constitui erro reputado grosseiro pela jurisprudência predominante no STJ e, como tal, impeditivo da aplicação do princípio da fungibilidade dos recursos.

É inviável a impetração de mandado de segurança contra edital normativo de concurso público (STF — Súmula 266), sem a prova de que os impetrantes tiveram, em concreto, negadas suas inscrições no certame.

Não conhecimento do recurso que, se conhecido, deve ser desprovido.

PARECER

Trata-se de recurso originalmente interposto como extraordinário, com base no art. 102, III, letra a, da Constituição Federal de 1988 (fls. 52/3), que o Recorrente, instado por despacho de fls. 54, converteu em ordinário (fls. 55), devidamente contra-arrazoado pelo Recorrido (fls. 58/65).

O acórdão recorrido, datado de 17/maio/89 (fls. 41/4), é posterior à instalação do *Superior Tribunal de Justiça* e, portanto, à vigência plena dos arts. 102 a 105 da atual Constituição Federal de 1988, como também o foi o recurso interposto erroneamente como extraordinário.

A jurisprudência que já vai predominando no Superior Tribunal de Justiça se orienta no sentido de não admitir a conversão do recurso extraordinário em ordinário, em casos como o presente, por considerar que a lei vigente na data da sentença, com a publicação, deve informar o recurso contra ela cabível:

“Mandado de Segurança. Recurso extraordinário/recurso ordinário. O que disciplina o cabimento de recursos, quer ordinários, quer extraordinários, é a lei vigente ao tempo da sentença, com a publicação. Recurso não conhecido como ordinário” (RMS 04-SP; 3.ª Turma; Rel. Min. Nilson Naves, “D. Just.”, de 28-08-89, p. 13.679).

Para aquele E. Tribunal Superior, o erro na interposição do recurso efetivamente cabível, quando, tanto a decisão recorrida, como o próprio recurso, são posteriores à instalação do STJ, é considerado grosseiro e, por isto, impeditivo da aplicação do princípio da fungibilidade dos recursos (cf. Resp. 354-RJ. Rel. *Min. Nilson Naves*, “D. Just.”, de 14-08-89 e AI 13-MT, Rel. *Min. Bueno de Souza*, “D. Just.”,

Por tais razões, opino — preliminarmente — pelo não conhecimento do recurso ora comentado.

No mais, anoto que o Recorrente ataca a decisão recorrida, por considerá-la ofensiva ao art. 5.º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, que fixa o princípio segundo o qual nenhuma lesão de direito individual pode ser subtraída à apreciação do Poder Judiciário, quando, na verdade, o acórdão recorrido denegou-lhe a segurança exatamente porque não provada a lesão concreta e efetiva do direito postulado.

Com efeito, o acórdão recorrido traz seus fundamentos sintetizados na ementa de fls. 41, assim redigida:

“Mandado de Segurança. Impossível conceder a ordem, se, independentemente do juízo que se haja de fazer acerca da questão de direito, inexistente nos autos prova cabal dos pressupostos de fato em que se basearia a pretensão dos Impetrantes.”

O mandado foi denegado, porque impetrado contra a norma em tese, assim considerado o Edital-Regulamento do concurso público para cargo da polícia civil estadual, no qual os Impetrantes não provaram ter pretendido se inscrever.

A decisão recorrida está, pois, em absoluta consonância com a orientação predominante em nossos Tribunais, já consagrada na Súmula 266 do *Supremo Tribunal Federal* e, nestas condições, se conhecido o recurso, opino — no mérito — pelo seu desprovemento, com a confirmação do acórdão recorrido pelos seus próprios fundamentos.

Rio de Janeiro, em 10 de outubro de 1989.

Mauro José Ferraz Lopes
Procurador de Justiça
Assistente

Aprovo.

Carlos Antonio Navega
Procurador-Geral de Justiça