

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.706.547 - ES (2017/0272700-8)**

**RELATOR** : **MINISTRO BENEDITO GONÇALVES**  
**RECORRENTE** : **ESTADO DO ESPIRITO SANTO**  
**PROCURADOR** : **LEONARDO FERNANDO DE BARROS AUTRAN G. UYTDENBROEK E OUTRO(S) - ES020276**  
**RECORRIDO** : **SINDICATO DOS SERVIDORES DO PODER JUDICIÁRIO E ESPIRITO SANTO**  
**ADVOGADO** : **MÔNICA PERIN ROCHA E OUTRO(S) - ES008647**

**EMENTA**

**PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DECISÃO DENEGATÓRIA DE MANDADO DE SEGURANÇA PROFERIDA EM ÚNICA INSTÂNCIA POR TRIBUNAL ESTADUAL QUE DEVERIA SER DESAFIADA POR RECURSO ORDINÁRIO. ERRO GROSSEIRO. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. INVIABILIDADE. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.**

**DECISÃO**

Trata-se de recurso especial interposto com fundamento no artigo 105, III, “a”, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, assim ementado (fls. 518-519):

**MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDORES EFETIVOS DO PODER JUDICIÁRIO. PROMOÇÃO. ARTIGO 13 DA LEI Nº 7.854/2004. DEFERIMENTO ADMINISTRATIVO. DIREITO ADQUIRIDO QUANDO DA IMPLEMENTAÇÃO DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS À PROMOÇÃO. INVALIDAÇÃO POR ATO DA PRESIDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE.**

1. A partir do exato momento em que o sujeito atende aos requisitos legalmente estipulados, adquire o direito então previsto, o qual passa a fazer parte de sua esfera de disponibilidade, cabendo-lhe exercê-lo ou não, ficando imune, nesta medida, a alteração legislativa posterior.

2. Assim, reunidos pelo servidor efetivo do Poder Judiciário os requisitos necessários à promoção, na forma prescrita no Ato 834/2015 e declarada nos Atos 1232/2015 e 1233/2015, os consectários legais passam a integrar-lhe o patrimônio, não sendo possível, seja pela via administrativa, seja por meio da revogação do próprio direito material em que se baseava, a invalidação da promoção.

3. Efetivamente reconhecidas as promoções (Atos nº 1232 e 1233/2015), não pode um novo ato administrativo suprimi-las, de modo a prejudicar direito adquirido aos incrementos delas resultantes e, por conseguinte, impor situação mais gravosa aos substituídos do impetrante.

4. Ante a exasperação dos limites de gastos com pessoal, mesmo com o emprego de seguidas medidas de contenção, não resta alternativa senão reconhecer o direito aqui pleiteado, condicionando, contudo, a satisfação patrimonial à existência de disponibilidade financeira e de margem segura para fins de atendimento aos limites estipulados na Lei de Responsabilidade Fiscal.

5. Não fica o pagamento sujeito ao juízo de conveniência e oportunidade da Administração, mas vinculado ao atingimento dos limites legais para execução das despesas, dentro dos padrões aceitos pelas normas do direito financeiro.

6. O ato impugnado não determina a interrupção da apreciação dos recursos, razão

# Superior Tribunal de Justiça

pela qual, neste ponto, não se reconhece ilegalidade.

7. Segurança parcialmente concedida para restabelecer os efeitos funcionais dos Atos nº 1.232/2015 e nº 1.233/2015, autorizando a promoção dos servidores na forma lá definida, com efeitos financeiros a partir da impetração, na forma da Súmula nº 271 do Supremo Tribunal Federal, condicionando, contudo, o efetivo pagamento, à existência de disponibilidade financeira e de margem segura para fins de atendimento aos limites estipulados na Lei de Responsabilidade Fiscal.

Embargos de declaração rejeitados.

O recorrente alega violação dos artigos 20, II, "b", e 22, parágrafo único, da Lei Complementar 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), ao argumento de que a concessão das promoções aos servidores acarretará vultoso esfacelamento no orçamento Capixaba, na medida que o impacto será irremediável pelos seus efeitos retroativos.

Com contrarrazões.

Juízo positivo de admissibilidade às fls. 742-761.

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do recurso, visto que a hipótese era de interposição de recurso ordinário (fls. 791-795).

É o relatório. Passo a decidir.

Assiste razão ao Ministério Público Federal.

De fato, conforme estabelece o artigo 105, II, "b", da Constituição Federal, a decisão denegatória de mandado de segurança proferida em única instância pelo Tribunal estadual deverá ser desafiada por recurso ordinário, e não recurso especial, sendo inaplicável o princípio da fungibilidade em face do erro grosseiro.

A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. HABEAS CORPUS. DENEGAÇÃO DA ORDEM. INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RECURSO MANIFESTAMENTE INCABÍVEL. ERRO GROSSEIRO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. IMPOSSIBILIDADE.

1. O recurso cabível contra acórdão proferido em única instância pelos Tribunais Superiores, em julgamento de habeas corpus, mandado de segurança, habeas data ou mandado de injunção, nos termos do art. 102, inciso II, alínea a, da Constituição da República, é o recurso ordinário.

2. A Corte Especial do STJ firmou entendimento, no sentido de que "a interposição de recurso extraordinário em detrimento do recurso ordinário é erro grosseiro, não podendo incidir na espécie o princípio da fungibilidade - aplicável, em regra, quando há dúvidas sobre o recurso adequado" (AgRg no RE nos EDcl no MS 20.901/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Corte Especial, julgado em 5/11/2014, DJe 27/11/2014.).

3. Somente admite o princípio da fungibilidade recursal, quando houver dúvida objetiva sobre qual o recurso a ser interposto, quando o dispositivo legal for ambíguo, quando houver divergência doutrinária ou jurisprudencial quanto à classificação do ato processual recorrido e a forma de atacá-lo, o que não é o caso dos presentes autos. Precedentes do STF: Pet 5.128 AgR, Relator Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 4/2/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-074, divulgado em 14/4/2014, publicado em 15/4/2014; RHC 120.363 AgR, Relator Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 25/2/2014, acórdão eletrônico, DJe-054, divulgado em 18/3/2014, publicado em 19/3/2014.

Agravo regimental improvido (AgRg no RE no AgRg nos EDcl no AgRg no HC 146.809/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Corte Especial, DJe 18/10/2016).

Em igual sentido (com grifos nossos):

# Superior Tribunal de Justiça

PROCESSO CIVIL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCESSÃO PARCIAL. INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ESPECIAL. ERRO GROSSEIRO. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. INAPLICABILIDADE.

1. **É manifestamente incabível a interposição de recurso especial em caso de concessão parcial do mandado de segurança decidido em única instância por Corte Estadual, hipótese que desafiaria o recurso ordinário (art. 105,II, b - CF).**

2. Agravo regimental desprovido (AgRg no AREsp 474.764/GO, Primeira Turma, Rel. Ministro Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF 1ª Região), DJe 15/9/2015).

PROCESSUAL CIVIL. DECISÃO DENEGATÓRIA DE MANDADO DE SEGURANÇA EM ÚNICA INSTÂNCIA. INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ESPECIAL. ERRO GROSSEIRO. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL.

1. **A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que contra decisão denegatória de mandado de segurança decidido em única instância por Corte estadual, como no caso dos autos, é cabível o recurso ordinário, conforme art. 105, II, "b", da Constituição Federal.**

2. A interposição de Recurso Especial quando cabível o Ordinário contra decisão denegatória de Mandado de Segurança configura erro grosseiro; logo, impossível aplicar o princípio da fungibilidade recursal.

3. **É pacífico nesta Corte o entendimento de que o recurso cabível em caso de concessão parcial do Mandado de Segurança é o Recurso Ordinário.** Precedentes: RMS 30.781/RJ, Rel. Min. Raul Araújo, Quarta Turma; RMS 31.848/AC, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma; RMS 32.007/SC, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma.

4. Agravo Regimental não provido (AgRg no AREsp 649.118/GO, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 1/7/2015).

PROCESSO CIVIL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCESSÃO PARCIAL. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. IMPOSSIBILIDADE.

**A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que é manifestamente incabível a interposição de recurso especial quando o recurso cabível em caso de concessão parcial do mandado de segurança decidido em única instância por Corte Estadual é o recurso ordinário.**

Agravo regimental desprovido (AgRg no AREsp 445.299/GO, Rel. Ministra Marga Tessler (Juíza Federal convocada do TRF 4ª Região), Primeira Turma, DJe 7/11/2014).

PROCESSUAL CIVIL. DECISÃO DENEGATÓRIA DE MANDADO DE SEGURANÇA EM ÚNICA INSTÂNCIA. INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ESPECIAL. ERRO GROSSEIRO. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL.

1. **A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que contra decisão denegatória de mandado de segurança decidido em única instância por Corte estadual, como no caso dos autos, é cabível o recurso ordinário, conforme art. 105, II, "b", da Constituição Federal.**

2. A interposição de recurso especial quando cabível o ordinário contra decisão denegatória de mandado de segurança configura erro grosseiro; logo, impossível aplicar o princípio da fungibilidade recursal.

3. **É pacífico nesta Corte o entendimento de que o recurso cabível em caso de concessão parcial do mandado de segurança é o recurso ordinário.** precedentes.

# *Superior Tribunal de Justiça*

RMS 30.781/RJ, Rel. Min. Raul Araújo, Quarta Turma; RMS 31.848/AC, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma; RMS 32.007/SC, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma.

4. Como bem afirmou a eminente Ministra Marilza Maynard, no 1.213.527/RS, que já "definiu esta Corte que a expressão "denegatória" deve ser interpretada em sentido amplo, ou seja, compreende as decisões dos tribunais que, apreciando o mérito da causa, indeferem o pedido de mandado de segurança, como também abrange aquelas que, sem julgamento do mérito, operam a extinção do processo".

Agravo regimental improvido (AgRg no AREsp 522.589/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 15/8/2014).

Ante o exposto, **não conheço** do recurso especial.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 08 de maio de 2018.

Ministro BENEDITO GONÇALVES  
Relator

