

RECURSOS EM MANDADO DE SEGURANÇA *

Milton Flaks

Procurador do Estado do Rio de Janeiro (aposentado)

SUMÁRIO

Sistema recursal e efeitos dos recursos - Apelação e reexame necessário: situação peculiar dos servidores públicos - Agravo de instrumento e agravo regimental das decisões sobre medida liminar: posições conflitantes do STF e do STJ - Descabimento dos embargos infringentes: exame crítico da jurisprudência sumulada - Recurso ordinário em confronto com os recursos extraordinário e especial - Prazos.

INTRODUÇÃO

1. Instituído (Carta de 1934) e regulamentado em suas linhas mestras há mais de sessenta anos (Lei nº 191/36), o mandado de segurança continua a provocar dúvidas e perplexidades, por falta de uma disciplina mais clara e sistemática.

Controverte-se, ainda, sobre legitimação ativa e passiva, fluência do prazo extintivo, ato de autoridade, recursos cabíveis e seus efeitos, execução do julgado e conseqüências do seu descumprimento, entre outras questões relevantes, tudo contribuindo para dificultar o emprego do writ e retardar a entrega da prestação jurisdicional.

Acrescentem-se a essas dificuldades as geradas pelo mandado de segurança coletivo que, na ausência de regulamentação infraconstitucional, está sendo construído, passo a passo, pela doutrina e jurisprudência.

2. Limitado ao objeto desta exposição - recursos cabíveis e seus efeitos - mostra-se oportuno um balanço dos consensos e dissensos, bem como das tendências atuais, particularmente em face da recente reforma que deu nova estrutura ao agravo no processo civil.

(*) Conferência proferida em 15.04.96 no "Seminário Miguel Seabra Fagundes" sobre "O Controle Jurisdicional da Administração Pública", promoção conjunta da Escola da Magistratura, da Escola do Ministério Público e do Centro de Estudos Jurídicos da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, atualizada e reproduzida em 03.03.97 no "Auditório Machado Guimarães" da PGERJ.

3. Observa-se que a moderna tendência do direito processual é no sentido de simplificar o sistema de recursos e dar-lhes efeito apenas devolutivo, ressalvadas algumas exceções.

Na contramão dessa tendência, o legislador pátrio colocou à disposição do inconformismo das partes um arsenal incomum, além de conceder aos recursos efeito suspensivo, salvo expressa disposição legal em contrário. Em outras palavras: a suspensividade é a norma e a não suspensividade, a exceção.

4. Em regra, cabem no processo civil - e o mandado de segurança é sempre uma "ação civil", como reiteradamente vem afirmando o Supremo Tribunal Federal,¹ - os seguintes recursos (CPC, art. 496):

a) apelação (a que se equipara, embora não seja recurso, o reexame necessário ou duplo grau obrigatório de jurisdição);

b) agravo, em suas três modalidades: de instrumento, retido e inominado (a par do agravo regimental, que continua subsistindo nos tribunais);

c) embargos infringentes;

d) embargos de declaração;

e) recurso ordinário;

f) recurso especial;

g) recurso extraordinário;

h) embargos de divergência em recurso especial e em recurso extraordinário (a que corresponde, embora também não seja recurso, o incidente de uniformização da jurisprudência nos tribunais de segundo grau).

APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO

5. Prescreve o art. 475, nº II, do CPC - estendido às autarquias e fundações autárquicas pela M.P. nº 1.561, de 19.12.96, visto que antes, segundo a jurisprudência dominante, só desfrutavam desse privilégio em execução fiscal - que as sentenças proferidas contra entes públicos só produzem efeitos depois de confirmadas pelo tribunal de segundo grau. Em conseqüência, não podem ser executadas, sequer provisoriamente, enquanto não atendido aquele requisito.

6. Em se tratando de mandado de segurança, a sentença concessiva sujeita-se igualmente ao duplo grau obrigatório de jurisdição, mas pode ser executada provisoriamente (Lei nº 1.533/51, art. 5º, parágrafo único). Deste preceito extraem-se dois consectários: a) o reexame necessário não é condição de eficácia, porém de trânsito

em julgado; b) o efeito de eventual apelação é exclusivamente devolutivo.

7. Problema árduo, que continua provocando acesa polêmica, diz respeito ao art. 5º da Lei nº 4.348/64, que não só proíbe a concessão de medida liminar como veda a execução, enquanto não transitada em julgado, de sentença que importe, de algum modo, em conceder melhoria salarial a servidores públicos.

Preocupou-se o legislador com os ônus que teriam de ser suportados pelo erário em virtude de sentença ainda passível de revisão, bem como com as dificuldades em repetir eventual pagamento indevido, principalmente em face da jurisprudência dominante, segundo a qual prestações de natureza alimentar, uma vez efetivadas, não se sujeitam a restituição ou compensação.²

8. Com essa providência, deu efeito suspensivo a todos os recursos em mandado de segurança, quando em causa a concessão de melhoria salarial, criando uma situação extremamente injusta.

Se o servidor se vale do procedimento comum, poderá executar provisoriamente a sentença, prestando caução, depois de confirmada em reexame necessário. Se, titular de direito líquido e certo, vale-se do mandado de segurança, terá de aguardar o trânsito em julgado, o que não ocorre enquanto pender, inclusive, um simples agravo de decisão do relator, nos tribunais superiores, visando ao exame de recurso extraordinário ou especial a que tenha negado seguimento.

9. Diante dessa situação, formaram-se duas correntes, ambas prestigiadas por precedentes pretorianos:

a) a primeira, radical, entende que tais restrições não são inconstitucionais e que a vontade do legislador, justa ou injusta, deve ser respeitada.³

b) a segunda, mais liberal, aplicando princípios de analogia e equidade, admite que a sentença concessiva da segurança possa ser executada provisoriamente, depois de confirmada em reexame necessário, mediante caução, importando esta em renúncia implícita ao eventual direito de não repetir pagamento que se revelar indevido.⁴

AGRAVO: MODALIDADES

10. Sob a denominação genérica de **agravo**, o Código de Processo Civil passou a disciplinar três modalidades distintas, subordinadas a procedimentos específicos:

a) **agravo de instrumento**, das decisões interlocutórias dos juízes de primeiro grau (art. 522, **caput**, segunda parte) e das que, na instância **a quo**, negarem seguimento aos recursos ordinário (art. 540), extraordinário e especial (art. 544);

b) **agravo retido**, ainda das decisões interlocutórias em primeiro grau de jurisdição, podendo ser, conforme a oportunidade em que é interposto, facultativo, obrigatório, oral ou por escrito (art. 522, **caput**, primeira parte);

c) **agravo inominado**⁵, ou simplesmente **agravo**, das decisões dos relatores que, nos tribunais, negarem seguimento a qualquer recurso (arts. 532, 545, 557, parágrafo único); e, ainda, das decisões dos presidentes de tribunais que suspenderem a execução de medida liminar ou de sentença concessiva proferida em mandado de segurança (Lei nº 4.348/64, art. 4º; Lei nº 8.038/90, art. 25) ou em outras ações contra o Poder Público (Lei nº 8.437/92, art. 4º).

Subsiste, ao lado dessas modalidades, o **agravo regimental** em regra previsto nos regimentos internos dos tribunais e destinado a submeter ao reexame dos respectivos órgãos colegiados as decisões de presidentes ou relatores que causarem gravame a qualquer das partes, em hipóteses não contempladas pelo CPC ou por leis extravagantes (v.g., indeferimento da petição inicial em ações de competência originária; decisões interlocutórias proferidas no processamento dessas ações ou de recursos que passaram pelo primeiro crivo).

DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS EM PRIMEIRO GRAU

11. Em menor número do que em outros procedimentos, devido às suas peculiaridades e ao rito expedito, o mandado de segurança comporta decisões interlocutórias, tais como as que versam sobre concessão de medida liminar, admissão de litisconsorte, capacidade da parte ou regularidade de sua representação processual, juntada de novos documentos pelo impetrante, recebimento da apelação, etc.

12. Não obstante a discordância de respeitável corrente doutrinária⁶, inclinou-se a jurisprudência, antes da reforma processual, a não admitir agravo de instrumento das decisões interlocutórias em primeiro grau de jurisdição, argumentando que a lei específica só admitia o recurso de apelação (Lei nº 1.533/51, art. 12).

Assim sendo, as questões decididas antes da sentença não precluiriam, podendo ser renovadas naquele recurso⁷. Quanto ao não recebimento da apelação, as opiniões se dividiam: uns entendiam que, somente nessa hipótese, devia abrir-se exceção para o agravo de instrumento⁸; outros sustentavam que o apelante deveria valer-se de um segundo mandado de segurança.⁹

13. Examinando-se escólios e arestos contrários ao emprego de agravo de instrumento, ressalta uma preocupação de ordem prática: não retardar em demasia a solução da lide, mais ainda por ser o mandado de segurança um "remédio heróico".

Recorde-se que, antes da reforma processual, o agravo de instrumento submetia-se a complexa e demorada instrução; e, conquanto não obstasse o curso do processo originário (CPC, art. 497), em regra este ficava paralisado, não raro durante meses, devido à morosidade dos serviços forenses, até que, concluída a sua formação, o juiz mantivesse ou não o decisório impugnado.

Como essa preocupação não mais subsiste, em face do rito ágil que a reforma processual lhe imprimiu, afigura-se mais consentâneo autorizar o agravo de instrumento do que induzir a parte prejudicada a impetrar mandado de segurança contra o ato jurisdicional, dele se servindo como recurso anômalo ou sucedâneo recursal.

14. Admitida a recorribilidade em separado das decisões interlocutórias proferidas em mandado de segurança, em sintonia com a opção adotada pelo legislador no sistema codificado, não se deve excluir o agravo retido, se inexistir conveniência de uma solução mais imediata, porquanto: a) não ocorrendo a retratação do juiz, só será apreciado, se o agravante nele insistir, quando do julgamento de eventual apelação; b) ao contrário do agravo de instrumento, não comporta efeito suspensivo (CPC, art. 558). Registre-se que a jurisprudência se inclina a entender que o reexame necessário não cobre as decisões interlocutórias que não foram objeto de agravo, ressalvadas as que não precluem *ex vi* do art. 267, § 3º, do CPC¹⁰.

15. Conquanto o ponto não seja pacífico, vem-se firmando, na doutrina e na jurisprudência, o entendimento de que a concessão de medida liminar, quando autorizada em lei, não é um ato discricionário do juiz, mas um **poder-dever** de deferir o pedido, se atendidos os pressupostos legais, ou de indeferi-lo, se inexistentes¹¹.

Dentro dessa óptica, é preferível admitir agravo de instrumento da decisão que concede ou nega medida liminar em mandado de segurança do que consentir na impetração de outro **writ** para obtê-la ou cassá-la, como vinham decidindo alguns tribunais.¹²

Observe-se que o art. 4º da Lei nº 4.438/64 cuida exclusivamente da suspensão da medida liminar ou da execução do julgado quando em causa grave lesão a um interesse público. Não autoriza o presidente do tribunal **ad quem** a conceder liminar que tenha sido negada ou a suspendê-la, quando concedida, apesar de ausentes os pressupostos do **fumus boni juris** e do **periculum in mora**, se não configurada a grave lesão ou se estiverem em causa interesses privados de terceiros prejudicados.

Igual raciocínio vale para o emprego do agravo de instrumento como veículo para dar efeito suspensivo à apelação da sentença, nos termos do art. 558, parágrafo único, do CPC, segundo o entendimento de que se aplica a todas as hipóteses em que aquele recurso tenha efeito somente devolutivo, e não apenas nas contempladas pelo art. 520 da Lei Processual.¹³

AGRAVO INOMINADO

16. Em contrapartida aos novos poderes que lhes foram concedidos, a reforma processual institucionalizou o **agravo inominado**, ou simplesmente **agravo**, cabível no prazo de cinco dias, para o respectivo órgão colegiado, das decisões dos relatores que, nos tribunais, negarem seguimento a qualquer recurso, inclusive em mandado de segurança.

Com essa providência afastou a hipótese - pouco provável, mas possível - de algum tribunal, em seu regimento interno, considerar irrecurável a decisão do relator. Não lhe será lícito, sequer, alterar para mais ou para menos o prazo recursal, subsumindo o agravo inominado ao agravo regimental.

17. Em sede de mandado de segurança, cabe agravo inominado, ainda, da decisão do presidente do tribunal **ad quem** que suspende a execução de medida liminar ou de sentença (**lato sensu**) concessiva.

Segundo o art. 4º da Lei nº 8.437/92, deveria caber tal recurso também da decisão que negasse a suspensão, visto que se refere às "ações movidas contra o Poder Público", conceito a que se ajusta perfeitamente o mandado de segurança. Pretendeu o legislador abrir aos legitimados a requerê-la a oportunidade de reiterar o pedido perante o órgão colegiado, se indeferido.

Nada obstante, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça optaram por prestigiar a Súmula nº 506 do STF, não admitindo agravo da decisão denegatória. Argumentaram que o mandado de segurança continuava regido pelas normas específicas das Leis nºs 4.384/64 e 8.038/90, que só consentem o recurso na hipótese de deferimento da suspensão.¹⁴

18. Consoante o art. 25 da Lei nº 8.038/90, originando-se a decisão concessiva de tribunal de segundo grau, compete ao Presidente do Supremo Tribunal Federal conhecer do pedido de suspensão, quando em causa matéria constitucional; e ao Presidente do Superior Tribunal de Justiça, nas demais hipóteses.

Firmou-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que se afere a sua competência pela natureza constitucional

dos fundamentos jurídicos da impetração, e não da defesa ou mesmo do acórdão, se o que se pretende é sustar a execução deste último¹⁵. Mais recentemente, o Presidente do STF, Ministro Sepúlveda Pertence, em decisão monocrática, reviu em parte essa doutrina, passando a considerar, também, a natureza constitucional da resistência oposta pelo sujeito passivo¹⁶.

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSOS EXCEPCIONAIS

19. Com a vigência da Lei nº 9.139/95, o agravo de instrumento das decisões que, no juízo de origem, negam seguimento aos recursos ordinário, extraordinário ou especial, deveria ser encaminhado diretamente ao tribunal superior competente: Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça.

É conclusão que se extrai:

a) do art. 544 do CPC que, não prevendo outro procedimento, remete o aplicador aos dispositivos que cuidam genericamente do agravo de instrumento, aliás como sempre foi da tradição do direito processual pátrio, desde a instituição do juízo preambular de admissibilidade, como fórmula, à época, de não sobrecarregar o STF com recursos extraordinários manifestamente inadmissíveis;

b) do art. 540 do CPC, que determina expressamente a aplicação, ao recurso ordinário, dos arts. 522 e seguintes.

20. Valendo-se, entretanto, da delegação de competência concedida pelo art. 544, § 2º, do CPC, quando diz que, nos tribunais superiores, o agravo será **distribuído e processado** na forma regimental (o que excluiria o **modo** de interposição, este previsto no art. 524, **caput**), o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça editaram instruções determinando que o agravo de instrumento da decisão que intercepta recurso extraordinário ou especial continuaria sendo interposto e instruído no juízo de origem¹⁷.

Pode-se dizer que criaram duas subespécies de agravo de instrumento: das decisões de primeiro grau, apresentado e processado no tribunal **ad quem**; e das decisões em recursos excepcionais, apresentado e processado no próprio juízo **a quo**.

21. As referidas instruções são omissas quanto ao agravo de instrumento das decisões que negam seguimento a recurso ordinário em mandado de segurança.

Há de se entender, por analogia, que deva observar igual rito, isto é, apresentação e processamento no próprio tribunal **a quo**.

AGRAVO REGIMENTAL

22. É pacífico o entendimento de que cabe agravo regimental, em regra previsto no regimento interno, da decisão dos relatores que indeferem liminarmente mandado de segurança de competência originária dos tribunais, bem como, de um modo geral, das decisões interlocutórias proferidas durante o seu processamento.

Questão polêmica é saber se cabe tal recurso da decisão que concede ou nega medida liminar. Em princípio, deveria caber: os relatores agem por delegação dos respectivos órgãos colegiados, tanto assim que, como proclamou o Supremo Tribunal Federal, não podem os tribunais, por meio de norma regimental, "emprestar o atributo de decisão definitiva aos despachos de seus membros"¹⁸.

23. Defensores da tese contrária à admissibilidade do agravo regimental argumentam que a legislação específica só concedeu uma via para questionar a decisão do relator: a suspensão da medida liminar pelo Presidente do STF ou do STJ, conforme os fundamentos da causa, desde que presente a possibilidade de grave lesão a um interesse público. Abstraida essa hipótese, a decisão do relator não poderia ser revista, interpretada a lei restritamente, à luz do brocardo "*inclusio unius, exclusio alterius*".

24. Rendendo-se ao argumento e procurando superar o óbice, tribunais de segundo grau passaram a admitir um novo mandado de segurança contra a decisão do relator, tanto concessiva como denegatória da medida liminar (o STF e o STJ, normalmente, não o autorizam).

É solução de compromisso pouco recomendável. Além de deslocar a competência, já que, em regra, é impetrado perante órgão de composição mais ampla (da câmara ou turma para o grupo; deste para a seção, etc.), pode criar situações embaraçosas. Se o relator do novo writ concede a medida liminar, estará reformando, monocraticamente, o decisório de um colega de igual hierarquia, por vezes o decano do tribunal.

Dentro dessa construção, outrossim, não se poderia excluir um terceiro ou quarto mandado de segurança, se previstos no regimento interno outros órgãos perante os quais pudesse ser impetrado...

25. Por todos os motivos, inclusive os expostos antes, quando se cuidou de medida liminar concedida ou não por juízes de primeiro grau (*supra*, nº 15), preferível optar-se pelo agravo regimental. Preservada a competência, o decisório do relator será previsto pelo próprio órgão colegiado a que se vincula, a exemplo do que sucede com quaisquer outras decisões monocráticas.

26. Indiferente a tais ponderações, o Supremo Tribunal Federal, fiel a antigos precedentes, insiste em que contra a decisão de seus membros, concedendo ou negando medida liminar, descabe qualquer recurso, sinalizando no mesmo sentido para os outros tribunais com a sua autoridade de instância máxima do Poder Judiciário.

Recente episódio, todavia, comprova o desacerto da tese. Concedido liminarmente mandado de segurança contra ato do Presidente da República que limitou a utilização das denominadas "moedas-poucas" (títulos federais de longo prazo) em processo de privatização, o STF não conheceu de agravo regimental interposto pela União, vencido coincidentemente o próprio relator, Ministro Marco Aurélio, que o considerava cabível. Meses depois, julgado o mérito, denegou a segurança e cassou a liminar, por expressiva maioria (apenas dois votos divergentes). Presume-se que se o agravo regimental fosse conhecido, a medida liminar teria sido cassada incontinenti, desobstruindo a ação do Executivo e removendo a incerteza que o fato gerou no mercado financeiro¹⁹.

27. Vai mais longe o Supremo Tribunal Federal: mediante reclamação, invalida sistematicamente acórdãos dos demais tribunais que, provendo agravo regimental, cassam medida liminar concedida pelo relator, nas hipóteses em que caberia ao Presidente do STF decidir sobre a suspensão ou não daquela medida. Considera que, nessas hipóteses, ocorre a usurpação de sua competência²⁰.

Não excepciona, sequer, os casos em que descaberia a suspensão, porque não reunidos os pressupostos que a consentem, como anotou o Ministro Sepúlveda Pertence:

"Certo, de minha parte, tendo a acolher temperamentos à tese da exclusividade da suspensão da segurança, nas hipóteses em que a impugnação da liminar se funda em razão que, por si só, não a autorizaria ou seja formulado por quem - a exemplo do particular, litisconsorte passivo da autoridade coatora - não tem legitimação ativa para o pedido de suspensão; nem aí, contudo, tem a maioria do Plenário admitido o agravo regimental (v.g., Recl. 497, Gallotti, 30.06.94, vencidos, no ponto, os Ministros Marco Aurélio, Velloso e eu próprio)"²¹.

Observe-se que não há usurpação da competência do STF: a) se o agravo regimental é provido para conceder a medida liminar negada pelo relator; b) se competir ao Presidente do Superior Tribunal de Justiça conhecer do pedido de suspensão, por não estar em causa nenhum tema constitucional.

28. Apesar da irredutibilidade do STF, registra-se em outras

cortes, especialmente no Superior Tribunal de Justiça, forte e correta tendência no sentido de admitir agravo regimental da decisão do relator que, em mandado de segurança, concede ou nega a medida liminar, sem prejuízo do pedido de suspensão, quando concedida, nas hipóteses restritas que o autorizam.

Decidiu o Superior Tribunal de Justiça, em acórdão unânime de sua Corte Especial, que "a circunstância de o STJ poder suspender liminares deferidas por outros tribunais, não impede que estas cortes, através de recursos previstos em seus regimentos, revoguem tais decisões provisórias"²².

Assentou o Superior Tribunal de Justiça, ainda, por sua Terceira Seção, em acórdão igualmente unânime, que "pacificada na Corte a jurisprudência sobre ser recorrível decisão que denega medida liminar em mandado de segurança, é de se conhecer do agravo regimental"²³.

EMBARGOS INFRINGENTES

29. Sob o Código de Processo Civil de 1939 cabia: apelação, da sentença que extinguisse o processo com julgamento do mérito; agravo de petição, de rito mais célere, da sentença que o extinguisse sem julgamento do mérito.

Como o Código revogado passou a disciplinar o *writ* e o agravo de petição não comportava embargos infringentes, preceituou o legislador no art. 833 que caberia aquele recurso "em grau de apelação, em ação rescisória e em mandado de segurança".

30. Com o advento da Lei nº 1.533/51, o recurso específico das sentenças em mandado de segurança passou a ser o de agravo de petição, independentemente de terem ou não examinado o mérito. Como essa lei revogou as disposições do CPC de 1939 sobre o *writ*, ressaltando apenas as normas sobre litisconsórcio, entendeu-se que o art. 833 fora derogado na parte em que autorizava os embargos infringentes.

Reabriu o debate a vigência do atual Código de Processo Civil, que aboliu o agravo de petição, e da Lei nº 6.014/73, que, adaptando à nova sistemática processual as leis extravagantes, substituiu aquele recurso pelo de apelação. Como esta continuou comportando embargos infringentes, dividiu-se a doutrina sobre o seu cabimento em mandado de segurança²⁴.

31. Superando divergências jurisprudenciais, sumulou o Supremo Tribunal Federal que "não cabem embargos infringentes de acór-

dão que, em mandado de segurança decidiu, por maioria de votos, a apelação" (Súmula nº 597). O enunciado foi reproduzido pelo Superior Tribunal de Justiça em sua Súmula nº 169 (Corte Especial, sessão de 16.10.96).

Em ambas as Cortes, de um modo geral, a tese prevalescente apoiou-se em dois argumentos: a) a Lei nº 1.533/51, nas instâncias ordinárias, só admite o recurso de apelação; b) o efeito suspensivo dos embargos infringentes é incompatível com o princípio de que as decisões concessivas da segurança devem ser prontamente executadas²⁵.

32. Note-se que, como o efeito suspensivo dos embargos infringentes susta a eficácia do acórdão, mas não a da sentença, o impetrante só seria prejudicado numa única hipótese: a do tribunal, reformando sentença denegatória, conceder a segurança por maioria de votos.

Em contrapartida, seria beneficiado pelo mesmo efeito suspensivo numa outra hipótese: a do tribunal, igualmente por maioria, reformar sentença concessiva. Neste caso, os embargos infringentes, sustando a eficácia da decisão reformadora, fariam com que subsistisse a execução provisória do julgado de primeiro grau.

33. É discutível a conveniência de se manter, no sistema recursal, os embargos infringentes, cabíveis em apelação e ação rescisória, sempre que o julgado não for unânime (no STF cabem, também, em ação direta de inconstitucionalidade, desde que se verifiquem quatro votos divergentes).

Permitem que o voto discordante de um único juiz tenha valor igual aos votos de até vinte e quatro ou mais de seus pares (v.g., ação rescisória de competência do Órgão Especial ou do Plenário), provocando o rejuízo da causa e retardando a solução da lide.

Se, porém, o legislador processual, certa ou erradamente, optou por mantê-los, partindo do pressuposto de que dariam maior garantia às partes em litígio, não há motivo para excluir do seu âmbito o mandado de segurança, processo em que, comumente, estão em causa questões relevantes tanto para o particular como para o Poder Público.

34. De toda sorte, em face da firme jurisprudência do STF e do STJ, o acórdão adotado na apelação em mandado de segurança, ainda que por maioria de votos, consubstancia decisão de última instância para o efeito de ensejar a imediata interposição dos recursos extraordinário e especial.

Recorde-se que a interposição de recurso declarado incabível não reabre o prazo para a interposição daquele que seria o adequado²⁶.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

35. É ponto pacífico, mesmo porque nunca foi questionado, que cabem embargos de declaração, no procedimento do mandado de segurança, quando houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade, contradição ou omissão.

36. Vale o registro como um argumento a mais contra a tese de que o procedimento específico do *writ*, nas instâncias ordinárias, só comportaria o recurso de apelação. Verdadeira a tese, estariam excluídos os embargos declaratórios, visto que, à luz do sistema vigente (CPC, art. 496), nenhuma dúvida subsiste quanto à sua natureza recursal.

RECURSOS ORDINÁRIO, EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL

37. Cabe recurso ordinário, se o mandado de segurança for denegado em única instância: a) das decisões dos tribunais superiores, para o Supremo Tribunal Federal; b) das decisões dos tribunais de segundo grau, para o Superior Tribunal de Justiça (CF, arts. 102, II, a, e 105, II, b; CPC, art. 539).

Como o recurso ordinário, nesse caso, substitui os recursos extraordinário e especial, convém examiná-los em conjunto.

38. Criado pela Carta de 1946 e mantido pela Carta de 1967, coube à vigente Constituição restabelecer o recurso ordinário em mandado de segurança, suprimido pelo Ato Institucional nº 6/69.

Durante a vigência da Carta de 1946, alguns autores sustentaram que o recurso em exame só seria cabível se envolvesse questão de direito federal (Pontes de Miranda, João de Oliveira Filho). Esta opinião não prosperou, prevalecendo a de que o recurso era adequado ainda que no mandado de segurança se tivesse decidido sobre aplicação de direito estadual ou municipal (Frederico Marques, Castro Nunes)²⁷.

39. Presentemente, domina o entendimento de que, denegado o *writ*, em instância única, o recurso cabível é sempre o ordinário, sendo desinfluyente que a decisão verse sobre direito constitucional, federal, estadual ou mesmo municipal²⁸.

Observe-se, a propósito de direito municipal, que várias consti-

tuições estaduais incluíram na competência originária dos Tribunais de Justiça o julgamento de mandados de segurança contra atos dos prefeitos das capitais (no Estado do Rio de Janeiro estendeu-se a prerrogativa aos municípios com mais de duzentos mil eleitores). Desse modo, o Superior Tribunal de Justiça poderá ser chamado a se pronunciar sobre direito legislado pelos municípios.

40. É importante ter presente a amplitude do recurso ordinário, uma vez que os tribunais *ad quem* vêm aplicando com rigor a Súmula nº 272 do STF, segundo a qual "não se admite como ordinário recurso extraordinário (leia-se, também, recurso especial) de decisão denegatória de mandado de segurança". Recusam-se a se valer do **princípio da fungibilidade**, alegando que, nesse caso, a troca do recurso cabível por outro importa em "erro inescusável"²⁹.

41. Restabelecido o recurso ordinário em mandado de segurança, sustentou-se em sede doutrinária, com o respaldo de alguns arestos do Superior Tribunal de Justiça, que só seria cabível das decisões denegatórias que enfrentassem o mérito³⁰. Tal entendimento mostra-se superado pela jurisprudência mais recente, quer daquela Corte, quer do Supremo Tribunal Federal, este na linha de antigos precedentes³¹.

Cabe o recurso ordinário, portanto, ainda que o *writ* venha a ser indeferido pela ausência de algum dos pressupostos que autorizam o seu emprego: legitimidade, tempestividade, direito líquido e certo, etc. Só não cabe se ocorrer o indeferimento *in limine* pelo relator. Neste caso, é indispensável que o impetrante interponha, primeiro, agravo regimental, visto que o STF e o STJ só admitem o recurso contra decisão de órgão colegiado³².

42. Não cabe o recurso, entretanto, em mandado de segurança decidido pela turma revisora do Juizado Especial³³. É que o Superior Tribunal de Justiça não considera a turma revisora como tribunal de segundo grau, motivo por que igualmente não admite recurso especial de suas decisões³⁴. Só caberá se o *writ* contra atos praticados no âmbito do Juizado Especial, em virtude de normas regimentais ou das leis de organização judiciária, incluir-se na competência originária do Tribunal de Justiça ou de Alçada.

Das decisões das turmas revisoras do Juizado Especial, inclusive em mandado de segurança, cabe apenas recurso extraordinário. É que o Supremo Tribunal Federal, a partir da Constituição de 1988, passou a admitir o apelo extremo tanto em causas de alçada³⁵ como nas propostas perante o Juizado Especial³⁶, considerando que o texto constitucional contenta-se com decisões de "única ou última instância", não mais exigindo que sejam de tribunal (art. 102, III).

43. Se o mandado de segurança for concedido apenas parcialmente, cabe recurso ordinário do impetrante para obter o **plus** que lhe foi negado. O sujeito passivo, por seu turno, poderá interpor recurso extraordinário, especial ou ambos, conforme o caso, pleiteando a reforma da decisão no capítulo que lhe foi desfavorável. Esta possibilidade deu origem à Súmula nº 299 do STF, destinada a superar problemas de competência interna, estabelecendo que “o recurso ordinário e o extraordinário interpostos no mesmo processo, ..., serão julgados conjuntamente...”

No Superior Tribunal de Justiça, se o acórdão versar algum tema constitucional, poderá caber recurso extraordinário: do impetrante, se desprovido o seu recurso ordinário; do sujeito passivo, se provido o aludido recurso.

44. O recurso ordinário, na ausência de disposição legal em contrário, tem duplo efeito. O efeito suspensivo, salvo quanto à eventual exigência dos ônus da sucumbência, em nada aproveita ao impetrante, uma vez que não converte em concessiva a decisão denegatória, nem restabelece a medida liminar que tenha sido cassada em decorrência do julgamento desfavorável (STF, Súmula nº 405).

É amplo, porém, o efeito devolutivo, autorizando que o tribunal **ad quem** reexamine não só a matéria de direito, como também a matéria de fato³⁷, sem as limitações próprias dos recursos extraordinário e especial.

45. Divide-se a doutrina entre os que defendem e os que condenam o restabelecimento do recurso ordinário, em mandado de segurança, pela vigente Constituição³⁸.

Argumentam os seus defensores que o recurso ordinário visa a proteger o impetrante contra possíveis pressões, tendo em vista que os mandados de segurança da competência originária dos tribunais, em regra, envolvem atos de altas autoridades ou de seus próprios órgãos dirigentes.

A corrente contrária pondera que se tornou desnecessário em face da maior autonomia concedida ao Judiciário pela Carta de 1988. Por outro lado, eventuais excessos cometidos pelos tribunais no julgamento de seus próprios atos podem ser combatidos mediante outros instrumentos. Lembrem que, se houver interesse direto ou indireto da maioria dos componentes do tribunal, a competência se desloca automaticamente para o Supremo Tribunal Federal, inclusive em mandado de segurança (CF, art. 102, I, n).

46. Os receios dos que defendem o recurso ordinário, por mais justos, não parecem compensar os problemas gerados, em particular

porque vulnera o **princípio da isonomia**, que assegura a igualdade das partes na utilização dos meios de defesa.

Em causa direito estadual ou municipal, o impetrante sempre poderá valer-se do recurso ordinário, se o mandado de segurança vem a ser denegado. O sujeito passivo, todavia, não disporá de qualquer recurso, na ausência de **questão federal**, se o **writ** for concedido.

O Superior Tribunal de Justiça, interpretando direito local em recurso ordinário, pode reformar a decisão de Tribunal de Justiça. Mas o decisório deste será soberano, se idêntica questão for examinada em grau de apelação. Mesmo que já existisse precedente do STJ em sentido contrário, descaberia o recurso especial por não estar em causa direito federal.

Mutatis mutandis, o mesmo pode suceder se houver conflito entre o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, quando em causa lei da União. Divergência entre as duas Cortes, na interpretação de direito federal infraconstitucional, não autoriza o recurso extraordinário.

Em suma: o sucesso ou insucesso de iguais pretensões, em certas circunstâncias, vai depender exclusivamente do veículo empregado e da competência originária para conhecer do pedido.

47. Cabem embargos de divergência, no STF e no STJ, em recursos extraordinário e especial interpostos em mandado de segurança.

Não cabem, entretanto, em recurso ordinário, à falta de previsão legal (CPC, art. 546). Os tribunais superiores costumam aplicar literalmente as normas processuais que disciplinam os recursos de sua competência originária, recusando qualquer interpretação analógica (v.g., STF, Súmula nº 599).

O controle de possível divergência entre os órgãos fracionários do STF e do STJ, nesse caso, só poderá ser feito **a priori**, a título de uniformização da jurisprudência, observado o disposto nos respectivos regimentos internos.

48. Registre-se que os embargos de divergência têm efeito suspensivo³⁹. Desse modo, opostos a acórdão que, em recurso extraordinário ou especial, concede o **writ** que em grau de apelação fora negado, impediriam a execução provisória. É mais um argumento contra a tese de que o mandado de segurança não comportaria recursos suscetíveis de obstar a imediata execução da ordem (**supra**, nº 31).

PRAZOS

49. Como os recursos em mandado de segurança são os disciplinados no Código de Processo Civil, aplicam-se as normas nele previstas quanto aos prazos e sua contagem em dobro.

50. Excepciona-se, apenas, o recurso ordinário interposto contra decisão denegatória de mandado de segurança impetrado perante o Tribunal Superior Eleitoral. Entende o Supremo Tribunal Federal que, nessa hipótese, o prazo é de apenas três dias, **ex vi** do art. 281 do Código Eleitoral, norma específica que derroga o prazo geral de quinze dias fixado no art. 508 do CPC⁴⁰.

NOTAS

1. RE nº 85.278, RTJ 83/255.
2. STF, RTJ 67/177; STJ, RT 697/202.
3. É o que se apura dos debates travados no STF quando do julgamento da ADIn nº 223 (medida liminar), RTJ 132/571.
4. Nesse sentido, cf. CELSO BARBI, *Do Mandado de Segurança*, 6ª ed., Forense, 1993, nºs 241 a 244, pp. 244 ss., apoiando-se inclusive em precedente do antigo TFR.
5. Expressão cunhada por FREDERICO MARQUES para distinguir, no Código de Processo de 1939, uma modalidade de agravo das demais espécies nele previstas, com denominação própria: agravo de petição, agravo de instrumento e agravo no auto do processo (*Instituições de Direito Processual Civil*, 3ª ed., Forense, 1969, vol. IV, nº 986, p. 189).
6. Por todos, cf. BARBOSA MOREIRA, "Recorribilidade das Decisões Interlocutórias em Mandado de Segurança", artigo in *AJURIS* 60/5, apoiando-se em HELY MEIRELLES, SERGIO FERAZ, TERESA ARRUDA ALVIM PINTO e EDUARDO RIBEIRO DE OLIVEIRA.
7. STJ, REsp. nº 60.926, DJU de 28.08.95; REsp. nº 78.058, DJU de 01.04.96.
8. Cf. ALFREDO BUZAID, *Do Mandado de Segurança*, Saraiva, 1989, vol. I, nº 169, pp. 261-262; STJ, RMS nº 6.510, DJU de 13.05.96.
9. Cf. OTHON SIDOU, *Habeas Corpus, Mandado de Segurança e Ação Popular*, 3ª ed., Forense, 1989, nº 137, p. 265.
10. Cf. THEOTONIO NEGRÃO, *Código de Processo Civil e Legislação Complementar*, 27ª ed., Saraiva, 1996, nota 12 ao art. 475.
11. Cf. BARBOSA MOREIRA, *artigo cit.*, pp. 14ss; THEOTONIO NEGRÃO, *ob. cit.*, nota 22 ao art. 7º da Lei nº 1.533/51.
12. STF, RMS nº 342, DJU de 09.12.92; RMS nº 355, DJU de 18.03.91.
13. No sentido do texto, cf. SERGIO BERMUDEZ, *A Reforma do Código de Processo Civil*, 2ª ed., Saraiva, 1996, p. 125; em sentido oposto, interpretando literalmente o art. 558, parágrafo único, cf. CARREIRA ALVIM, *Código de Processo Civil Reformado*, 3ª ed., Del Rey, 1996, p. 249.
14. STF, Ag. Reg. na SS nº 582, plenário, DJU de 11.04.94; STJ, Ag. R. na SS nº 182, Corte Especial, DJU de 04.10.93.
15. Recl. nº 475, *Lex* 189/273.
16. Despacho na SS nº 947, DJU de 08.04.96.
17. STF, Res. nº 140, DJU de 05.02.96; STF, Res. nº 01, DJU de 02.02.96.

18. Rp. nº 1.299, RTJ 119/980; em igual sentido, RTJ 139/53 e 147/360.

19. Ag. R. no MS nº 22.493, ac. de 16.05.96, e MS nº 22.493, ac. de 26.09.96, ambos publicados no DJU de 11.12.96.

20. STF, RTJ 114/448, 119/469, 140/366, 141/719.

21. Despacho na Recl. nº 640, DJU de 21.02.97

22. Recl. nº 316, DJU de 18.03.96.

23. Ag. R. no MS nº 3.975, DJU de 25.09.95; em igual sentido, TACivRJ, ac. do Órgão Especial de 16.10.95, maioria, Ementário 22/96, DJE de 06.08.96.

24. A favor: CELSO BARBI, *ob. cit.*, nº 247, pp. 251ss; BARBOSA MOREIRA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 6ª ed., Forense, 1993, nº 290, p. 477; HELY MEIRELLES, *Mandado de Segurança...*, 13ª ed., RT, 1989, p. 70, nota 2; PESTANA DE AGUIAR, "A Súmula vinculativa como retrocesso perante a histórica evolução da jurisprudência", artigo in *Revista de Direito do TJRJ*, vol. 30, pp. 54-56. Contra: MENEZES DIREITO, *Manual do Mandado de Segurança, Renovar*, 1991, pp. 77 e 78.

25. RE nº 83.246, *leading case* da Súmula nº 597, com amplo debate, RTJ 80/183.

26. STJ, REsp. nº 37.368, DJU de 22.11.93.

27. Cf. PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao CPC (1939)*, 2ª ed., 1959, v. V, p. 154; JOÃO DE OLIVEIRA FILHO, "Recurso Ordinário em Mandado de Segurança", RF 150/557; FREDERICO MARQUES, *Instituições de Direito Processual Civil*, 3ª ed., Forense, 1969, v. IV, nº 1.051, pp. 227-278; CASTRO NUNES, *Mandado de Segurança*, 5ª ed., Forense, p. 387.

28. Cf. CARLOS VELLOSO, "O Superior Tribunal de Justiça - Competência originária e recursal", p. 28; CELSO BARBI, "O recurso ordinário em mandado de segurança no STJ, pp. 228 e 229, ambos in *Recursos no Superior Tribunal de Justiça*, obra coletiva coordenada pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Saraiva, 1991; STF, Ag. em Ag. I nº 145.395, em que o relator, Ministro CELSO DE MELLO, resume a doutrina daquela Corte sobre o recurso ordinário, DJU de 25.11.94.

29. STF, RMS nº 21.481, DJ de 01.07.92; RTJ 132/194; STJ, RMS nº 735, DJU de 30.09.91.

30. CALMON DE PASSOS, *Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção, Habeas Data*, Forense, 1989, pp. 63-64; STJ, RMS nº 85, DJU de 19.03.90; RMS nº 124, DJU de 07.05.90; RMS nº 237, DJU de 25.06.90.

31. STF, RTJ 132/718; STJ, RMS nº 224, DJU de 06.08.90; RMS nº 191, DJU de 09.10.90; RMS nº 470, DJU de 05.11.90.

32. STJ, RMS nº 456, DJU de 19.09.90; RMS nº 362, DJU de 22.10.90; RMS nº 926, DJU de 08.06.92; RMS nº 1.111, DJU de 03.08.92.

33. STJ, RMS nº 1.905, DJU de 20.06.94.

34. Ag. R. no Ag. I nº 68.454, DJU de 06.05.96.

35. RTJ 152/610.

36. RTJ 154/395.

37. STF, RTJ 131/115.

38. A favor, CARLOS VELLOSO, *ob. cit.*, pp. 27-28. Contra: CELSO BARBI, *art. cit.*, pp. 225 e 226.

39. STF: v. despacho do Relator, Ministro OCTAVIO GALLOTTI, no RE nº 168.624, conferindo efeito suspensivo aos embargos de divergência, porque provido o recurso extraordinário, DJU de 01.03.96; Recl. nº 169, RTJ 114/3. STJ: o art. 266, § 2º, do Regimento Interno (c/ red. E.R. nº 2/92), lhes nega esse efeito, mas é anterior à Lei nº 8.950/94, que incorporou os embargos de divergência ao CPC, ou seja, ao sistema codificado, onde a suspensividade é a norma e não existe disposição em contrário.

40. Ag. R. no RMS nº 22.470, DJU de 27.09.96.