

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA – UFSC
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ
CURSO DE DIREITO**

HELENA SCHUELTER BORGUESAN

**FUNGIBILIDADE RECURSAL NO PROCESSO CIVIL: REQUISITO(S) E
POSITIVAÇÃO**

Florianópolis (SC), junho de 2015.

HELENA SCHUELTER BORGUESAN

**FUNGIBILIDADE RECURSAL NO PROCESSO CIVIL: REQUISITO(S) E
POSITIVAÇÃO**

Trabalho de conclusão de curso submetido ao
Curso de Graduação em Direito da
Universidade Federal de Santa Catarina.

Orientador: Prof. Dr. Pedro Miranda de Oliveira.

Florianópolis, junho de 2015.

O presente Trabalho de Conclusão de Curso foi apresentado e defendido em sessão pública de arguição e avaliação, perante banca examinadora formada pelos membros abaixo elencados e assinados, tendo sido julgado adequado e obtido aprovação para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Florianópolis, junho de 2015.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Pedro Miranda de Oliveira - Orientador

Luiza Rodrigues - Membro

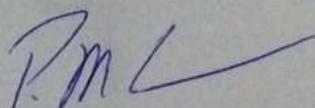
Hilário Félix Fagundes Filho - Membro

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

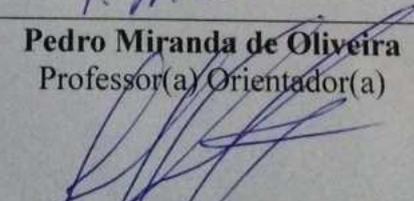
TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado "**Fungibilidade Recursal no Processo Civil: requisito(s) e positividade.**", elaborado pelo(a) acadêmico(a) **Helena Schuelter Borguesan**, defendido em **09/07/2015** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 12,0 (DEZ), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

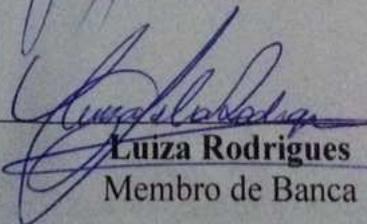
Florianópolis, 9 de julho de 2015.



Pedro Miranda de Oliveira
Professor(a) Orientador(a)



Hilário Félix Fagundes Filho
Membro de Banca



Luiza Rodrigues
Membro de Banca

AGRADECIMENTOS

Dedico este trabalho e toda a minha jornada acadêmica:

Ao meu pai, por estar sempre presente, compartilhando minhas vitórias e tropeços, ensinando-me desde cedo a superar meus medos e limitações, desafiando-me como ser humano e profissional sempre.

À minha mãe, por ser um exemplo de pessoa e de mulher, em quem me espelho profissional e pessoalmente. Obrigada por ser minha melhor amiga.

Ao meu irmão, por me ensinar a dividir e compartilhar, por ser essa pessoa tão carinhosa e verdadeira, tenho certeza que é e será sempre meu grande companheiro de vida.

Helena Schuelter Borguesan

RESUMO

O princípio da fungibilidade recursal, no âmbito do Direito Processual Civil, significa a possibilidade de se aceitar um recurso por outro, sob certas condições. Assim, busca-se, com o presente estudo, traçar uma análise sobre o referido princípio – sua evolução histórica, os requisitos necessários para sua aplicação, de que forma ele vem sendo aplicado pela jurisprudência brasileira e algumas considerações sobre sua positivação. O conhecimento abordado mostra-se relevante na medida em que o princípio da fungibilidade recursal porta-se como um importante instrumento que privilegia a substância em detrimento do rigorismo técnico, beneficiando os princípios da celeridade e economia dos atos processuais, bem como a instrumentalidade das formas. Tanto no Código de Processo Civil de 1973 quanto no Novo Código de Processo Civil, sancionado em 2015, o princípio da fungibilidade recursal não possui uma regra geral positivada, como o era no Código de Processo Civil de 1939, abrindo margens interpretativas e discricionárias quanto à sua existência, requisitos e aplicação. Sendo assim, acredita-se que uma regra geral para o princípio da fungibilidade recursal deveria ser positivado, considerando como único requisito para sua incidência a necessidade de existência de dúvida objetiva, visando, portanto, evitar arbitrariedades por parte dos magistrados, conforme vem ocorrendo em casos reiterados no Judiciário brasileiro, demonstrados no presente trabalho. Propõe-se a referida positivação a fim de constituir o princípio da fungibilidade recursal como mais um mecanismo coibidor da conhecida “jurisprudência defensiva” e a fim de privilegiar o princípio da primazia do julgamento do mérito recursal.

Palavras chaves: Princípio da Fungibilidade Recursal; Direito Processual Civil; Teoria Geral dos Recursos; Princípios Recursais; Jurisprudência; Positivação.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	1
1. PRINCÍPIOS INCIDENTES NO SISTEMA RECURSAL CIVIL BRASILEIRO	3
1.1. Princípio do duplo grau de jurisdição.....	3
1.2. Princípio da taxatividade	5
1.3. Princípio da singularidade	6
1.4. Princípio da voluntariedade.....	9
1.5. Princípio da proibição do <i>reformatio in pejus</i>	10
1.6. Princípio da dialeticidade.....	11
1.7. Princípio da consumação.....	13
1.8. Princípio da complementariedade.....	14
1.9. Princípio da correspondência	17
2. O PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE NO ÂMBITO RECURSAL CIVIL.....	18
2.1. Evolução histórica.....	18
2.2. Requisitos doutrinários e jurisprudenciais para sua incidência	22
2.3.1. <i>Dúvida objetiva</i>	22
2.3.2. <i>Inexistência de erro grosseiro</i>	23
2.3.3. <i>Prazo adequado</i>	24
2.3. Relação do princípio da fungibilidade com os princípios da instrumentalidade das formas e do processo, da economia processual e da celeridade dos atos processuais	28
3. UMA ANÁLISE PRÁTICA DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO E SOBRE SUA POSITIVAÇÃO.....	33
3.1. Aplicação do princípio pela jurisprudência brasileira, com enfoque em Santa Catarina.....	33
3.1.1. <i>Permanência do princípio da fungibilidade recursal após o Código de Processo Civil de 1973</i>	33
3.1.2. <i>Jurisprudência acerca da dúvida objetiva</i>	34
3.1.3. <i>Jurisprudência acerca da inexistência de erro grosseiro</i>	43
3.1.4. <i>Jurisprudência acerca do prazo adequado</i>	44
3.2. Jurisprudência “defensiva” e princípio da primazia do julgamento de mérito recursal	46
3.3. Sobre a positivação do princípio da fungibilidade recursal.....	51

CONCLUSÃO.....	57
REFERÊNCIAS	59

INTRODUÇÃO

O tema do presente trabalho refere-se ao estudo do princípio da fungibilidade recursal no processo civil brasileiro. Mais especificamente, quer-se analisar os princípios recursais incidentes no processo civil, demonstrar a evolução histórica do princípio da fungibilidade, os requisitos - ou requisito – autorizadores para sua aplicação, discutir a jurisprudência brasileira, com foco no Tribunal de Justiça de Santa Catarina, a fim de identificar padrões adotados e más aplicações do princípio da fungibilidade recursal e, por fim, analisar a necessidade ou não de positivizar este instrumento, que hoje é implícito no sistema recursal civil.

O método de abordagem utilizado no presente trabalho foi o indutivo, tendo como método de procedimento o monográfico. As técnicas de pesquisa aplicadas envolvem a pesquisa bibliográfica, documental e jurisprudencial.

O presente estudo divide-se em três capítulos, quais sejam: os princípios incidentes no sistema recursal civil brasileiro, o princípio da fungibilidade no âmbito recursal civil e uma análise prática do princípio da fungibilidade recursal no processo civil brasileiro e sobre sua positivação.

Apesar de possuir previsão expressa no Código de Processo Civil de 1939, o princípio da fungibilidade não está positivado no Código de Processo Civil de 1973 e não possui uma regra geral positivada no recém-sancionado Novo Código de Processo Civil, como o era no Código de 1939, apenas com duas previsões particulares quanto aos embargos de declaração e o agravo interno, e quanto ao recurso especial e extraordinário.

Como resultado desta sistemática, por vezes, referido instrumento principiológico vem sendo mal aplicado por parte da jurisprudência, tendo a não positivação e delimitação deixado margem para os magistrados utilizarem do mesmo com discricionariedade e, às vezes, arbitrariedade.

Atualmente, há uma tendência de se privilegiar a oralidade nos procedimentos, a celeridade na fase de cognição judicial e a instrumentalidade dos atos processuais. Esta preferência surge pela ideia de que o processo, para acompanhar melhor a evolução de sua época, deve ser mais dinâmico, operando de forma a prestar com maior rapidez a providência nele invocada.

Desta forma, cabe aos operadores do direito encontrarem soluções no defasado meio processual em que atuam, utilizando-se de ferramentas disponíveis e aceitáveis, como o

princípio da fungibilidade, a fim de assegurar maior acesso à justiça, economia e celeridade processuais, e não mero respeito à forma.

1. PRINCÍPIOS INCIDENTES NO SISTEMA RECURSAL CIVIL BRASILEIRO

1.1. Princípio do duplo grau de jurisdição

O primeiro princípio recursal a ser estudado trata do direito conferido ao litigante de ter o conhecimento da sua causa reapreciado por um órgão jurisdicional, geralmente de hierarquia superior ao primeiro.¹

Ou seja, o princípio do duplo grau de jurisdição “pode ser definido como a possibilidade de reexame de uma decisão judicial, por um outro órgão jurisdicional, usualmente superior”.²

Conforme José Carlos Barbosa Moreira,

Tradicional é a correlação que se estabelece entre o instituto do recurso e o princípio do duplo grau de jurisdição, segundo o qual as lides ajuizadas devem submeter-se a exames sucessivos, como garantia de boa solução. A justificação política do princípio tem invocado a maior probabilidade de acerto decorrente da sujeição dos pronunciamentos judiciais ao crivo da revisão. É dado da experiência comum que uma segunda reflexão acerca de qualquer problema frequentemente conduz a mais exata conclusão, já pela luz que projeta sobre ângulos até então ignorados, já pela oportunidade que abre para a reavaliação de argumentos a que no primeiro momento talvez não se tenha atribuído o justo peso.³

O Supremo Tribunal Federal, através do Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 79.785-7, julgado em 23/03/2000, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, pronunciou-se a respeito do princípio estudado, dispondo que:

Para corresponder à eficácia instrumental que lhe costuma ser atribuída, o duplo grau de jurisdição há que ser concebido, à moda clássica, com seus dois caracteres específicos: a possibilidade de um reexame integral da sentença de primeiro grau e que esse reexame seja confiado a órgão diverso do que a proferiu e de hierarquia superior na ordem judiciária.⁴

¹ WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa. *Processo Civil Curso Completo*. Belo Horizonte: DelRey, 2012, p. 412.

² DELLORE, Luiz. *Princípios e Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Disponível em: <<http://www.justocantins.com.br/academicos-21069-aula-principios-e-direito-internacional-dos-direitos-humanos.html>>. Acesso em: 12 mai. 2015.

³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 237. v. 5.

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 79785-7. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 23 de março de 2000.

Segundo Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini, este princípio porta-se em defesa da boa justiça, tendo em vista que surgiu da preocupação com o abuso do poder por parte dos magistrados. Através do mesmo, garante-se à parte litigante que sua matéria seja decidida mais de uma vez, por órgãos distintos do Poder Judiciário.⁵

Para Nelson Nery Junior, esta reapreciação não precisa, obrigatoriamente, ser feita por órgãos jurisdicionais diversos. Conforme o autor preceitua, o princípio do duplo grau de jurisdição:

Consiste em estabelecer a possibilidade de a sentença definitiva ser reapreciada por órgão de jurisdição, normalmente de hierarquia superior à daquele que a proferiu, o que se faz de ordinário pela interposição de recurso. Não é necessário que o segundo julgamento seja conferido a órgão diverso ou de categoria hierárquica superior a daquele que realizou o primeiro exame.⁶

O princípio do duplo grau de jurisdição paira como princípio implícito no ordenamento jurídico brasileiro, desta forma “a Carta Magna de 1988 não garante o duplo juízo ilimitadamente, como fez a do Império de 1824, podendo o legislador infraconstitucional, dessa forma, limitar o direito de recurso em algumas hipóteses”.⁷

Assim, propriamente por não ser uma exigência constitucional, o princípio do duplo grau de jurisdição é um princípio processual que pode ser mitigado, não tendo contornos absolutos.⁸ Isto posto,

Tem prevalecido o entendimento de que não se trata de garantia constitucional absoluta ou princípio que não possa apresentar exceções. Nada impede, portanto, que, excepcionalmente, haja lei ordinária segundo a qual, em determinadas circunstâncias, não caberá, por exemplo, o recurso de apelação.⁹

Um exemplo de mitigação deste princípio trata-se das causas de competência originária do Supremo Tribunal Federal, as quais não possuem previsão de serem analisadas

⁵ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 731. v. 1.

⁶ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios Fundamentais: Teoria Geral dos Recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 41.

⁷ MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. *Ensaio sobre recursos e assuntos afins*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p.107.

⁸ WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa. *Processo Civil Curso Completo*. Belo Horizonte: DelRey, 2012, p. 413.

⁹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 731. v. 1.

por outros órgãos do Poder Judiciário, justamente por ser esta corte a instância final e superior de análise do direito brasileiro.¹⁰

Uma polêmica instaurada na doutrina refere-se aos Juizados Especiais Cíveis, em que se discute se há ou não a observância do princípio do duplo grau de jurisdição, tendo em vista que o recurso inominado é apreciado por um colegiado de juízes de primeiro grau - a Turma de Recursos.

Para Luiz Guilherme da Costa Wagner Junior, referida controvérsia não possui relevância, tendo em vista que, caso se mostre necessário, será cabível da decisão realizada pelo colegiado de juízes de primeiro grau “[...] recurso extraordinário endereçado ao Supremo Tribunal Federal e, segundo, porque, repita-se, a Constituição Federal não traz dispositivo, obrigando que todo processo experimente o duplo grau de jurisdição”.¹¹

Entretanto, frisa Pedro Miranda de Oliveira que, mesmo sem positividade específica e podendo ser suprimido, o princípio do duplo grau de jurisdição possui natureza constitucional, “em decorrência do princípio do *due process of law* (CF, art. 5º, LIV), na medida em que consiste na possibilidade de provocar a reapreciação da *quaestio* através de recurso, conforme a legislação infraconstitucional, ou seja, através do devido processo legal”.¹²

1.2. Princípio da taxatividade

O princípio da taxatividade, no âmbito dos recursos, traz a noção de que só existem no sistema jurídico os recursos que a lei federal prevê.¹³

A Constituição Federal, em seu artigo 22, inciso I, dispõe ser competência privativa da União legislar sobre matéria processual, justificando a ideia de que os recursos existentes no ordenamento jurídico brasileiro são apenas os previstos na legislação de competência da União, ou seja, na legislação federal.¹⁴

¹⁰ HARTMANN, Rodolfo Kronenberg. *Curso Completo de Processo Civil*. Niterói: Impetus, 2014, p.397-398.

¹¹ WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa. *Processo Civil Curso Completo*. Belo Horizonte: DelRey, 2012, p. 413.

¹² MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. *Ensaio sobre recursos e assuntos afins*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p.107.

¹³ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 729. v. 1.

¹⁴ Artigo 22, inciso I da Constituição da República Federativa do Brasil: Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I – direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho.

O artigo que representa o princípio da taxatividade no Código de Processo Civil de 1973 era o artigo 496, o qual nomeia os recursos existentes no sistema recursal civil brasileiro.

Com o recém-sancionado Novo Código de Processo Civil, que terá vigência a partir de 2016, este dispositivo encontra-se no artigo 994 e restaram realizadas algumas alterações com relação ao Código de Processo Civil de 1973, quais sejam: supressão da previsão dos embargos de infringência e do agravo retido, constando apenas o agravo de instrumento e previsão do agravo interno (antigo agravo do art. 557 do Código de Processo Civil de 1973).

Entretanto, existem outros recursos que não estão previstos na legislação codificada civil, mas que fazem parte do sistema recursal civil brasileiro, previstos, como supramencionado, por leis federais. Como exemplo, tem-se o recurso inominado mencionado pela Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais.¹⁵

Desta forma, a taxatividade no âmbito recursal civil significa a necessidade de que os recursos “[...] sejam criados por lei federal, nada impedindo, portanto, que haja recursos, previstos por outras leis federais, fora do sistema do Código de Processo Civil (leis esparsas)”.¹⁶

1.3. Princípio da singularidade

O princípio da singularidade, também conhecido como princípio da univocidade ou da unicidade, dispõe que caberá um recurso próprio por vez, para cada decisão judicial.¹⁷ Ou seja, “se manifesta [...] pela impossibilidade de interpor-se mais de um recurso contra a mesma decisão [...]”.¹⁸

Wambier e Talamini delimitam ainda mais o princípio, mencionando que “contra uma decisão só deve caber um recurso ou, pelo menos, um por vez”.¹⁹ Ou seja, pode ocorrer de uma sentença ser recorrível por mais de um recurso, como, por exemplo, embargos de

¹⁵ WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa. *Processo Civil Curso Completo*. Belo Horizonte: DelRey, 2012, p. 423.

¹⁶ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 729. v. 1.

¹⁷ WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa. *Processo Civil Curso Completo*. Belo Horizonte: DelRey, 2012, p. 425.

¹⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 249. v. 5.

¹⁹ WAMBIER; TALAMINI, op. cit., p.729.

declaração por contradição e também apelação para a reforma do julgado, entretanto se deve optar por um recurso de cada vez, não sendo possível a interposição concomitante de ambos.

O Supremo Tribunal Federal, nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n. 710.927, julgado em 05/08/2014, de relatoria do Ministro Celso de Mello, dispôs, a respeito do princípio estudado, o que segue:

O princípio da unirecorribilidade, ressalvadas as hipóteses legais, impede a cumulativa interposição, por parte do mesmo sujeito processual, de mais de um recurso contra a mesma decisão. O desrespeito ao postulado da singularidade dos recursos torna insuscetível de conhecimento, em tal hipótese, o segundo recurso.²⁰ (grifo nosso)

Desta forma, como, inclusive, faz referência o supracitado julgado, o princípio da singularidade, bem como o majoritário número dos princípios recursais, possui suas exceções. Um exemplo é a interposição concomitante de recurso extraordinário e recurso especial, quando a decisão possui matéria tanto constitucional como infraconstitucional.

Consoante Araken de Assis,

Ademais, há o caso de o acórdão [...] resolver, a um só tempo, questões constitucional e federal, o que exigirá a interposição conjunta dos recursos especial e extraordinário. Não bastará a interposição de um só desses recursos. É indispensável a interposição conjunta, motivo por que a interposição de um só desses recursos importa a respectiva inadmissibilidade, porque o acórdão subsistirá por força do fundamento incólume e, assim, o recurso interposto revelar-se-ia inútil.²¹

Para Rodolfo Kronenberg Hartmann, esta hipótese de interposição simultânea não se trata de uma exceção ao princípio em questão, tendo em vista que cada recurso possui finalidade distinta e “[...] cada recurso gravita dentro da sua respectiva área de atuação, não podendo um ser usado como substituto do outro, malgrado estejam questionando a mesma decisão judicial”.²²

Acredita-se, todavia, ser mais acertado o entendimento de que este caso, de fato, trata-se de uma mitigação do princípio da singularidade, pois, no caso dos embargos de declaração e da apelação, também os recursos possuem finalidades distintas, entretanto não

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n. 710.927. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 05 de agosto de 2014.

²¹ ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 98.

²² HARTMANN, Rodolfo Kronenberg. *Curso Completo de Processo Civil*. Niterói: Impetus, 2014, p.402-403.

devem ser interpostos concomitantemente, como ocorre no caso dos recursos especial e extraordinário. Vejamos:

Dos princípios habitualmente mencionados como inspiradores da sistemática recursal merece lembrança o da unicidade, que consiste na regra de que contra uma decisão só deve caber um recurso ou, pelo menos, um por vez.
[...] exceção: quando, de uma decisão, podem caber recurso extraordinário e recurso especial, ambos devem ser interpostos concomitantemente, pois, do contrário, ocorrerá preclusão.²³

O mesmo raciocínio é adotado por Luiz Guilherme da Costa Wagner Junior, na medida em que explana, quanto à interposição sincrônica entre recurso especial e recurso extraordinário, que “[...] não há como esconder que o princípio da singularidade sofre, nessa hipótese, forte mitigação na medida em que dois recursos foram interpostos, simultaneamente, perante a mesma decisão”.²⁴

Quando do estudo deste princípio, tendo em ótica o Novo Código de Processo Civil, mostra-se relevante mencionar que o novo diploma legal pacificou a discussão havida sobre qual seria o recurso cabível, ou os recursos cabíveis, contra sentença que confere também, em seu corpo – e já utilizando a denominação do novo Código - tutela provisória (no caso de urgência, antecipação de tutela ou tutela cautelar ou em se tratando de tutela de evidência).

Restou positivado no artigo 1.013, § 5º, que a sentença com esta característica deve ser atacada somente por apelação, contaminando o entendimento existente no sentido de que, do capítulo da sentença que concede a tutela antecipada caberia agravo de instrumento e do capítulo que julgou procedente/improcedente o pedido do autor caberia apelação.²⁵

Desta forma, referido dispositivo legal do Novo Código de Processo Civil traz uma ordenação clara em privilégio do princípio da singularidade recursal, impondo que seja cabível apenas um recurso da sentença com a característica supracitada.

²³ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 729. v. 1.

²⁴ WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa. *Processo Civil Curso Completo*. Belo Horizonte: DelRey, 2012, p. 425.

²⁵ Artigo 1.013, § 5º do Novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015).

1.4. Princípio da voluntariedade

O princípio da voluntariedade, no âmbito recursal civil, significa dizer que “todo e qualquer recurso interposto no decorrer de um processo, necessariamente surge da vontade pessoal de uma das partes”.²⁶

Sendo assim, “recorrer do provimento desfavorável, no todo ou em parte, ou procurar maior benefício do que o concedido, por intermédio do recurso, constitui ônus da parte”.²⁷

O princípio estudado faz referência a uma das características mais marcantes dos recursos, que os diferenciam do sucedâneo recursal de remessa necessária, por exemplo, que é a ideia de que o recurso é um direito do litigante, e, desta forma, sua interposição possui caráter voluntário e optativo pelas partes.

[...] o princípio da voluntariedade impõe que, da mesma forma que o ajuizamento de uma ação depende de ato voluntário do autor, tendo em vista que a função jurisdicional do Estado é de natureza inerte, para interpor um recurso, a parte que tiver interesse e legitimidade para recorrer não está obrigada a interpô-lo e, mesmo o fazendo, continua agindo volitivamente ao trazer à reapreciação jurisdicional apenas a matéria que lhe convém seja reavaliada.²⁸

Entretanto, ao mesmo tempo em que interpor o recurso é uma prerrogativa da parte, o mesmo pode se constituir em um ônus processual, na medida em que, não recorrendo, a parte deve arcar com o trânsito em julgado ou com a preclusão.

Sendo assim, conforme o princípio da voluntariedade, a natureza jurídica do recurso corresponde a uma extensão do direito de ação, pois sua interposição sempre pressupõe uma manifestação de vontade de parte.

²⁶ SILVA, Heleno Florindo da. *Ponderações acerca da Teoria Geral dos Recursos: uma análise do conceito, objetivos, condições e princípios recursais*. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,ponderacoes-acerca-da-teoria-geral-dos-recursos-uma-analise-do-conceito-objetivos-condicoes-e-principios-recur,31651.html>>. Acesso em: 07 mai. 2015.

²⁷ ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 111.

²⁸ SOUSA, Marcos Ticiano Alves de. *Teoria geral dos recursos: admissibilidade, efeitos e princípios*. Disponível em: <<http://www.jus.com.br/artigos/23976>>. Acesso em: 29 abr. 2015.

1.5. Princípio da proibição da *reformatio in pejus*

O princípio da proibição da *reformatio in pejus*, ou princípio que veda a reforma para pior, como o próprio nome indica, visa “[...] tranquilizar o único recorrente de que o seu recurso não irá agravar a sua situação pessoal”.²⁹ Ou seja, trata-se aqui da situação em que apenas uma das partes interpôs recurso de determinada decisão, não podendo ser punida com uma situação pior do que a que já se encontrava antes do recurso.

Wambier e Talamini elucidam com clareza a essência do referido princípio:

É que, no direito brasileiro, se proíbe a *reformatio in pejus*. Isto significa que o recorrente nunca corre o risco de ver a sua situação piorada, como resultado do julgamento de seu recurso. Tendo sido impugnada a decisão, ou a situação se mantém como está, ou melhora. Por exemplo: A formula pedido de 120 mil reais a título de indenização. Na sentença, o juiz lhe concede indenização, mas apenas de 90 mil reais. Com a interposição da apelação, devolve-se para o tribunal exclusivamente a defasagem entre o pedido (120) e o obtido (90), podendo a decisão manter-se como estava ou chegar até 120.³⁰

Desta forma, este instrumento principiológico se aplica, em sua gênese, quando apenas uma das partes recorre, do contrário, caso haja sucumbência recíproca e ambas as partes recorram, uma pleiteando a redução da condenação e outra a sua majoração, por exemplo, fica o órgão julgador “[...] autorizado a transitar entre os limites da impugnação, podendo dar provimento a um recurso e negando provimento ao outro, conforme o caso”.³¹

Resta verificável que o princípio que veda a reforma para pior tem o intuito de evitar que o recorrente, insatisfeito com relação a uma decisão judicial, deixe de impugnar o pronunciamento judicial com receio de que sua situação seja agravada com o julgamento do recurso.³²

Referido princípio encontra sua exceção quando do julgamento de matérias de ordem pública, tendo em vista que, nestes casos, o sistema permite a piora da situação do recorrente.

As questões de ordem pública são aquelas que condicionam a legitimidade do próprio exercício de jurisdição. Por isso, não precluem e podem, a qualquer tempo, ser objeto de exame, em qualquer fase do processo e em qualquer grau de jurisdição, sendo passíveis de reconhecimento de ofício pelo magistrado [...].

²⁹ HARTMANN, Rodolfo Kronemberg. *Curso Completo de Processo Civil*. Niterói: Impetus, 2014, p. 399.

³⁰ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 731. v. 1.

³¹ HARTMANN, op. cit., p.399.

³² *Ibid.*, p. 399.

O conceito de ordem pública, dotado de imprecisão, implica a precedência do interesse geral, público ou social, sobre o individual. [...] abrangem, sobretudo, as condições da ação e os pressupostos processuais.³³

Para Wambier e Talamini, um exemplo desta possível reforma para pior, quando estamos tratando de matérias de ordem pública, ocorre no caso em que o autor é considerado parte ilegítima, sendo o processo extinto sem julgamento de mérito e o mesmo recorre. Quando do julgamento do recurso, o órgão *ad quem* decide que havia coisa julgada anterior – ou seja, o recorrente possuía uma decisão sem julgamento de mérito, a qual possibilita uma eventual repropositura da ação, e acabou, com seu recurso, encontrando uma decisão que não possui a mesma prerrogativa, pois tem por base a existência de coisa julgada anterior, ou seja, uma decisão analisadora de mérito.³⁴

Sendo assim, o sistema processual civil brasileiro, através do princípio recursal da *reformatio in pejus*, veda que, com o julgamento do recurso interposto exclusivamente por uma das partes, a situação do recorrente seja agravada, exceto quando se tratar de matérias de ordem pública.³⁵

1.6. Princípio da dialeticidade

O princípio da dialeticidade está relacionado à ideia de que o recurso deve ser fundamentado, rebatendo os argumentos da decisão impugnada. Ou seja, “entende-se por princípio da dialeticidade o ônus de o recorrente motivar o recurso no ato de interposição”.³⁶

Este princípio é inerente a todos os recursos, não comportando exceções no direito processual civil, e revela a importância das razões do recurso, na medida em que as mesmas são indispensáveis para que o julgador tenha condições de examinar a matéria levada a seu conhecimento e são fundamentais para o exercício do direito ao contraditório pela parte

³³ CABEZAS, Mariana de Souza. Da necessidade do prequestionamento em matéria de ordem pública. Do princípio da inafastabilidade da jurisdição. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, Brasília, n. 21, jan./jun. 2013.

³⁴ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 731. v. 1

³⁵ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito Processual Civil Contemporâneo – Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Saraiva, 2012, p.598.

³⁶ ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 33.

recorrida.³⁷ Deve-se apontar, portanto, em cumprimento ao princípio da dialeticidade, as razões pelas quais levou a parte recorrente a interpor o determinado recurso.

O recorrente deve enfrentar o que fundamentou a decisão, trazendo razões suficientes para mostrar ao órgão recursal que o pronunciamento deve ser reformado ou anulado. Para tanto, não é necessária a mudança de argumentos até então apresentados, mas, se neles for insistir, deve apresentá-los de maneira a impugnar particularmente a decisão recorrida.³⁸

Não é suficiente a mera manifestação de vontade e inconformismo pela parte recorrente, sendo dever da mesma demonstrar em seu recurso por que o julgamento merece ser modificado, impugnando todos os fundamentos necessários do julgado recorrido. Esta necessidade também se comprova pelo fato de que “apenas desta forma a parte contrária poderá emitir as suas contrarrazões, formando-se o necessário contraditório em sede de recurso”.³⁹

Assim, pelo princípio da dialeticidade,

[...] entende-se que o recurso, como todo e qualquer discurso, deve ser dialético, isto é, deve apresentar argumentos. Não basta ao interessado manifestar, apenas, a vontade de recorrer; deve, também, dar os motivos pelos quais recorre, alinhando as razões de fato e de direito que embasam o inconformismo, assim como o pedido de nova decisão, se for o caso. É de se observar que a violação desse princípio pode levar ao ferimento de outro, no que toca à parte contrária: o do contraditório.⁴⁰

Se a parte irredimida não atuar conforme preceitua o princípio da dialeticidade, em última análise, pode ser considerado que não existe o concreto interesse recursal, tornando inadmissível o recurso.

Neste sentido, dispõe o Supremo Tribunal Federal em sua Súmula 284: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia”.⁴¹

³⁷ SOUSA, Marcos Ticiano Alves de. *Teoria geral dos recursos enfocada pelos pressupostos de admissibilidade, efeitos e princípios recursais*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23976/teoria-geral-dos-recursos-enfocada-pelos-pressupostos-de-admissibilidade-efeitos-e-principios-recursais>>. Acesso em: 05 mai. 2015.

³⁸ SOUSA, Marcos Ticiano Alves de. *Teoria geral dos recursos enfocada pelos pressupostos de admissibilidade, efeitos e princípios recursais*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23976/teoria-geral-dos-recursos-enfocada-pelos-pressupostos-de-admissibilidade-efeitos-e-principios-recursais>>. Acesso em: 05 mai. 2015.

³⁹ SOUSA, Marcos Ticiano Alves de. *Teoria geral dos recursos enfocada pelos pressupostos de admissibilidade, efeitos e princípios recursais*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23976/teoria-geral-dos-recursos-enfocada-pelos-pressupostos-de-admissibilidade-efeitos-e-principios-recursais>>. Acesso em: 05 mai. 2015.

⁴⁰ CASTRO FILHO, Sebastião de Oliveira. *Princípios Recursais*. Disponível em: <<http://www.leticiaalderaro.blogspot.com.br/2011/02/principios-recursais.html>>. Acesso em: 05 mai. 2015.

⁴¹ Súmula 284 do Supremo Tribunal Federal: É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia.

Desta forma, é dever do recorrente fundamentar o recurso demonstrando a sua insatisfação com o pronunciamento judicial recorrido, de modo a impor a reforma do mesmo, sustentando seu posicionamento através da apresentação de argumentos convincentes.⁴²

1.7. Princípio da consumação

O princípio da consumação encontra seu sentido na concepção de que, interposto o recurso, este ato processual se considera praticado, consumado e exaurido.

Esta percepção parte do entendimento de que o ato se consuma e o prazo se consome – ou seja, mesmo o recurso sendo interposto sem se utilizar de todo o prazo concedido por lei, este período, que por ventura reste, é considerado como desistido pelo recorrente, não podendo ser interposto outro recurso neste íterim, pois a interposição do primeiro recurso consumou o ato processual praticado. Em resumo, “[...] há preclusão consumativa quando a parte interpõe um recurso. Uma vez impugnada a decisão por meio de recurso, não poderá voltar a fazê-lo. Esse é o chamado princípio da consumação”.⁴³

A essência do princípio da consumação está na ideia de que a relação jurisdicional recursal deve ter um momento de estabilização, a fim de evitar a retardação indefinida do julgamento do recurso em tramitação, ou seja, a fim de que a prestação desta tutela possa se encaminhar e encontrar um final.⁴⁴

Para Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, o princípio da consumação é aquele

[...] segundo o qual a oportunidade de exercer todos os poderes decorrentes do direito de recorrer se exaure com a efetiva interposição do recurso, ocorrendo a preclusão consumativa quanto aos atos que deveriam ser praticados na mesma oportunidade e não o foram.⁴⁵

⁴² SOUSA, Marcos Ticiano Alves de. *Teoria geral dos recursos enfocada pelos pressupostos de admissibilidade, efeitos e princípios recursais*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23976/teoria-geral-dos-recursos-enfocada-pelos-pressupostos-de-admissibilidade-efeitos-e-principios-recursais>>. Acesso em: 05 mai. 2015.

⁴³ MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. O princípio da primazia do julgamento do mérito recursal no CPC projetado: óbice ao avanço da jurisprudência ofensiva. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 950, p. 117, 2014.

⁴⁴ SOUSA, Marcos Ticiano Alves de. *Teoria geral dos recursos enfocada pelos pressupostos de admissibilidade, efeitos e princípios recursais*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23976/teoria-geral-dos-recursos-enfocada-pelos-pressupostos-de-admissibilidade-efeitos-e-principios-recursais>>. Acesso em: 05 mai. 2015.

⁴⁵ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em vigor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 989.

Em regra, este instrumento principiológico aplicável aos recursos além de vedar a nova interposição de recurso, também proíbe a complementação, a correção ou o aditamento do recurso interposto anteriormente.⁴⁶

Desta forma, para o princípio da consumação, “[...] passada a oportunidade, haverá preclusão quanto à impugnabilidade do ato judicial”⁴⁷, tendo em vista que seria inadmissível permitir a prática indefinida dos atos recursais, postergando indeterminadamente a decisão.

1.8. Princípio da complementariedade

Sendo o princípio da consumação um princípio-regra do processo civil, o princípio da complementariedade corresponde à sua exceção.

Desta forma, segundo o princípio-exceção, admite-se a complementariedade do recurso interposto em casos excepcionais, em que a decisão judicial teve seu conteúdo alterado ou integrado.

Para Nelson Nery Junior,

Pelo princípio da complementariedade, o recorrente poderá complementar a fundação de seu recurso já interposto, se houver alteração ou integração da decisão, em virtude de acolhimento de embargos de declaração. Não poderá interpor novo recurso, a menos que a decisão modificativa ou integrativa altere a natureza do pronunciamento judicial, o que se nos afigura difícil de ocorrer.⁴⁸

O exemplo clássico trazido pela doutrina em que há a incidência da complementariedade corresponde ao caso em que são acolhidos os embargos de declaração do recorrente, quando a parte contrária havia interposto apelação. A consequência do acolhimento dos embargos de declaração é que a decisão judicial é alterada, entretanto a parte contrária, em sede de apelação, não se manifestou sobre esta mudança, pois a mesma foi

⁴⁶ SOUSA, Marcos Ticiano Alves de. *Teoria geral dos recursos enfocada pelos pressupostos de admissibilidade, efeitos e princípios recursais*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23976/teoria-geral-dos-recursos-enfocada-pelos-pressupostos-de-admissibilidade-efeitos-e-principios-recursais>>. Acesso em: 05 mai. 2015.

⁴⁷ SOUSA, Marcos Ticiano Alves de. *Teoria geral dos recursos enfocada pelos pressupostos de admissibilidade, efeitos e princípios recursais*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23976/teoria-geral-dos-recursos-enfocada-pelos-pressupostos-de-admissibilidade-efeitos-e-principios-recursais>>. Acesso em: 05 mai. 2015.

⁴⁸ NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 184.

posterior ao seu recurso. Nesse caso, deve o apelante ter a chance de complementar sua apelação anteriormente interposta, no tocante ao conteúdo alterado da sentença.⁴⁹

Este entendimento, inclusive, restou positivado pelo Código de Processo Civil de 2015 através do artigo 1.024, § 4º, conforme se depreende a seguir:

Art. 1.024. O juiz julgará os embargos em 5 (cinco) dias. § 4o Caso o acolhimento dos embargos de declaração implique modificação da decisão embargada, o embargado que já tiver interposto outro recurso contra a decisão originária tem o direito de complementar ou alterar suas razões, nos exatos limites da modificação, no prazo de 15 (quinze) dias, contado da intimação da decisão dos embargos de declaração.⁵⁰

Para Marcos Ticiano Alves de Souza, a decisão que acolhe os embargos de declaração

[...] agrega-se de tal forma à decisão recorrida que a ela se anexa de forma intransponível; analisando-se um recurso, a eventual decisão recursal deve ser posta no conjunto. Equivale dizer que os embargos de declaração obrigatoriamente devem ser considerados para analisar a respectiva sentença ou decisão interlocutória.⁵¹

Outro exemplo que comumente aparece quando do estudo do princípio da complementariedade, trata-se do caso em que a parte interpõe recurso antes da publicação da decisão. No tocante a este caso, formou-se jurisprudência no sentido de que, caso este fenômeno ocorresse, seria necessário, posteriormente à publicação, ratificar o recurso anteriormente interposto - ideia de complementaridade. Não ocorrendo a ratificação, o recurso seria considerado prematuro/extemporâneo e, portanto, não seria apreciado.

Este posicionamento culminou na elaboração da Súmula 418 do Superior Tribunal de Justiça, a qual menciona que: “É inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação”.⁵²

Para Pedro Miranda de Oliveira,

Esse entendimento, como se vê, penaliza a parte que interpôs o recurso antes do início do prazo recursal, mesmo que o acórdão já esteja assinado e disponível no site

⁴⁹ PELISSARI, Marica. *Teoria Geral dos Recursos*. Disponível em: <<http://www.recantodasletras.uol.com.br>>. Acesso em: 05 mai. 2015.

⁵⁰ Artigo 1.024, § 4º do Novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015).

⁵¹ SOUSA, Marcos Ticiano Alves de. *Teoria geral dos recursos enfocada pelos pressupostos de admissibilidade, efeitos e princípios recursais*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23976/teoria-geral-dos-recursos-enfocada-pelos-pressupostos-de-admissibilidade-efeitos-e-principios-recursais>>. Acesso em: 05 mai. 2015.

⁵² Súmula 418 do Superior Tribunal de Justiça: É inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação.

do Poder Judiciário. Não há como negar que se trata de uma forma de penalizar o advogado mais diligente. Afinal, como explicar ao cliente que o seu recurso foi considerado intempestivo se foi interposto antes da abertura do prazo?⁵³

No mesmo sentido, consoante Humberto Theodoro Junior,

Recurso prematuro, de maneira alguma, há de ser equiparado a recurso intempestivo. São situações completamente heterogêneas, que não se podem tratar como iguais, sob pena de desprezar a funcionalidade do processo moderno e comprometer o princípio do processo justo, ideal máximo em que se traduz a garantia fundamental do *due processo f law*.⁵⁴

Entretanto, referido entendimento e, conseqüentemente, a referida súmula, restarão superados com a entrada em vigência do Novo Código de Processo Civil. Isto porque, no novo diploma processual, ficou previsto, especificamente sobre este caso, através do artigo 1.024, § 5º, que, quando os embargos de declaração não alterarem a conclusão do julgamento ou forem rejeitados, o recurso interposto pela parte antes da publicação do julgamento dos embargos serão processados e julgados sem necessidade de ratificação.

Art. 1.024. O juiz julgará os embargos em 5 (cinco) dias. § 5º Se os embargos de declaração forem rejeitados ou não alterarem a conclusão do julgamento anterior, o recurso interposto pela outra parte antes da publicação do julgamento dos embargos de declaração será processado e julgado independentemente de ratificação.⁵⁵

Ademais, o próprio artigo 218 do Código de 2015 prevê como regra geral que os atos processuais praticados antes do início do prazo serão considerados tempestivos. Vejamos:

Art. 218. Os atos processuais serão realizados nos prazos prescritos em lei § 4º Será considerado tempestivo o ato praticado antes do termo inicial do prazo.⁵⁶

Desta forma, o Novo Código firma o entendimento de que não é necessária a posterior ratificação no caso de interposição de recurso antes do início da contagem do prazo, privilegiando o recorrente que, de modo proativo, atua com celeridade dentro do processo.

⁵³ MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. O princípio da primazia do julgamento do mérito recursal no CPC projetado: óbice ao avanço da jurisprudência ofensiva. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 950, p. 116, 2014.

⁵⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 630, v. 1.

⁵⁵ Artigo 1.024, § 5º do Novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015).

⁵⁶ Artigo 218, § 4º do Novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015).

1.9. Princípio da correspondência

O princípio da correspondência preconiza que cada pronunciamento judicial terá seu respectivo e adequado recurso. Sendo assim, este princípio está ligado, intrinsecamente, ao princípio da singularidade, pois, enquanto este dita que de cada decisão cabe apenas um recurso por vez, aquele demonstra que cada pronunciamento decisório deve ser interpelado pelo recurso adequado, previsto em lei para o caso.

Outrossim, o princípio da correspondência estabelece que a cada situação decisória caberá um recurso específico - a cada decisão, haverá um correspondente ou adequado recurso. Por exemplo, para o princípio analisado, sendo o pronunciamento judicial uma sentença, o recurso cabível, disposto em lei para tanto, é a apelação, não sendo adequada a interposição de agravo de instrumento. Como demonstramos, para cada espécie de decisão ou incidente sobre ela, corresponde-lhe um recurso, constituindo tal fato jurídico na concretização do princípio da correspondência.

Assenta o princípio da correspondência que a cada situação decisória caberá por correlação um recurso específico. Ou seja, para cada decisão, haverá um correspondente recurso. [...] E, pelo princípio da correspondência, existe verdadeira correlação entre os pronunciamentos judiciais e os tipos de recurso cabíveis.⁵⁷

O princípio da fungibilidade, objeto do presente estudo, corresponde à exceção do princípio da correspondência, “na medida em que proporciona o conhecimento de mais de uma espécie de recurso contra única decisão judicial”⁵⁸, e será melhor analisado durante todo o restante do trabalho.

⁵⁷ SOUSA, Marcos Ticiano Alves de. *Teoria geral dos recursos enfocada pelos pressupostos de admissibilidade, efeitos e princípios recursais*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23976/teoria-geral-dos-recursos-enfocada-pelos-pressupostos-de-admissibilidade-efeitos-e-principios-recursais>>. Acesso em: 05 mai. 2015.

⁵⁸ MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. Agravo interno, agravo regimental e o princípio da fungibilidade. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 111, p. 341, 2003.

2. O PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE NO ÂMBITO RECURSAL CIVIL

2.1. Evolução histórica

Fungibilidade, segundo Eduardo de Avelar Lamy, “significa generalidade, substitutividade, sendo uma adjetivação que pode ter como sujeitos os bens jurídicos ou as prestações obrigacionais”.⁵⁹

No direito processual civil, a fungibilidade é interpretada como a possibilidade de se substituir uma medida processual por outra, com especial aplicação no Brasil às tutelas de urgência e aos recursos.⁶⁰ No presente trabalho, abordar-se-á a fungibilidade relacionada aos recursos, ou seja, a possibilidade de se aceitar um recurso por outro, sob certos requisitos.

O princípio da fungibilidade encontra suas origens no direito alemão, surgindo para resolver o problema sobre qual recurso interpor no caso de o próprio juiz proferir decisão errônea. Nasceram, então, as teorias subjetiva e objetiva – para a teoria subjetiva, o recorrente deveria interpor o recurso cabível à decisão errônea do juiz. Por exemplo, se o magistrado emitiu sentença quando deveria proferir decisão interlocutória, a parte deveria interpor apelação, desconsiderando o erro do juiz.

Já para a teoria objetiva, o importante seria utilizar o recurso cabível contra a decisão que deveria ter sido proferida, valorizando, desta forma, o conteúdo e a finalidade da decisão, e não meramente sua forma. No exemplo anterior, a parte deveria agravar, pois o pronunciamento do juiz deveria ter sido decisão interlocutória.

Ambas as teorias foram superadas pela teoria do recurso indiferente (*Sowohl-alsauch-Theorie*), a qual veio preconizar que a parte recorrente não poderia ser prejudicada pela decisão errônea do juiz. Dessa forma, qualquer dos recursos – seja o interposto contra a decisão que deveria ter sido proferida como contra a decisão efetivamente prolatada – deveria ser aceito.⁶¹

Com efeito, conforme Guilherme Freire de Barros Teixeira,

A teoria do recurso indiferente é, na verdade, um desdobramento do denominado *princípio do maior favor* (*Grundsatz der Meistbegünstigung*), o qual preconiza que

⁵⁹ LAMY, Eduardo de Avelar. *Princípio da Fungibilidade no Processo Civil*. São Paulo: Dialética, 2007, p. 95.

⁶⁰ TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *Teoria do Princípio da Fungibilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 22.

⁶¹ BERTOLDI, Thiago Moraes. *O Princípio da Fungibilidade Recursal no Processo Civil*. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/home/artigos/68-artigos-fev-2008/6033-o-principio-da-fungibilidade-recursal-no-processo-civil>>. Acesso em: 11 jan. 2015.

as partes não podem ser prejudicadas por um equívoco do Poder Judiciário. Conscientizou-se a doutrina alemã de que as partes não podem ser prejudicadas por um erro do juiz para o qual não concorreram. Acresce a esse argumento a constatação de que não se pode exigir dos litigantes maior conhecimento jurídico do que externou o juiz ou tribunal ao proferir a decisão equivocada.⁶²

Diferentemente da doutrina alemã, em que a preocupação centrou-se em não lesar os litigantes por erro judiciário, em Portugal admitiu-se a fungibilidade recursal através do simples fundamento de não prejudicar a parte que interpôs um recurso equivocado. Ou seja, no direito lusitano, quem pode provocar o erro é o recorrente e não o Poder Judiciário, não obstante tal fato, deve ser aplicada a fungibilidade.⁶³

Embora a teoria do recurso indiferente seja um princípio com aplicação mais restrita que o direito português, ambos os sistemas jurídicos demonstram uma preocupação com a finalidade das medidas processuais em sobreposição à forma, preconizando o aproveitamento dos atos processuais. Além disso, são importantes ordenamentos que influenciaram e influenciam o desenvolvimento do direito processual civil brasileiro.⁶⁴

No Brasil, o princípio da fungibilidade teve suas origens nos Códigos Estaduais, principalmente o Código de Minas Gerais (artigo 1.485, parágrafo único) e do Distrito Federal (artigo 1.143).⁶⁵ Entretanto, somente com o Código de Processo Civil de 1939 é que o princípio ganhou um artigo próprio de amplitude nacional, nascendo com o objetivo de solucionar lacunas e obscuridades do referido diploma legal.⁶⁶

O artigo 810 do Código de Processo Civil de 1939 dispunha que:

Salvo a hipótese de má-fé ou erro grosseiro, a parte não será prejudicada pela interposição de um recurso por outro, devendo os autos ser enviados à Câmara, ou Turma, a que competir o julgamento.⁶⁷

Este dispositivo aproxima-se do artigo 687, 3º, do Código de Processo Civil Português, o qual estabelece que a parte não será prejudicada pela interposição de um recurso

⁶² TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *Teoria do Princípio da Fungibilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 117.

⁶³ TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *Teoria do Princípio da Fungibilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 113.

⁶⁴ TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *Teoria do Princípio da Fungibilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 118.

⁶⁵ CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de. O princípio da fungibilidade e os embargos de declaração no STJ e no STF. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 143, p. 178-185, jan. 2007.

⁶⁶ TEIXEIRA, op. cit., p. 131.

⁶⁷ Artigo 810 do Código de Processo Civil de 1939 (Decreto-Lei n.1.608 de 18 de setembro de 1939).

equivocado no lugar daquele que seria apropriado.⁶⁸ Entretanto, diferentemente do direito lusitano, a revogada lei brasileira fez menção a dois requisitos para a utilização da fungibilidade, quais sejam a inexistência de erro grosseiro e a ausência de má fé.

Apesar da efetiva aplicação do princípio da fungibilidade pela jurisprudência da época, diversas discussões doutrinárias e jurisprudenciais foram surgindo em relação, principalmente, à conceituação de “má fé” e “erro grosseiro”, essenciais para delimitar os contornos da utilização do princípio.⁶⁹ Majoritariamente, entendeu-se que:

Configura erro grosseiro a interposição de um recurso diverso daquele expressamente previsto em lei. Desta forma, se a lei indica inequivocamente que de sentença caberá apelação, considera-se erro grosseiro a interposição de agravo de instrumento, por exemplo. [...] A má-fé diz respeito ao estado de íntima convicção da parte de estar agindo de maneira contrária ao direito: ou seja, interpor recurso impróprio tendo plena ciência de seu feito, com intenção de prejudicar o andamento do processo. Trata-se de elemento absolutamente subjetivo e de difícil averiguação. Em razão dessa complexidade inerente ao conceito, buscou-se estabelecer algumas circunstâncias indicadoras de má-fé. A hipótese que mais logrou êxito foi a do prazo recursal: havia presunção de má-fé por parte do recorrente que, uma vez em dúvida sobre o recurso adequado, lançasse mão daquele de maior prazo.⁷⁰

Diante desta dificuldade de definição, prevalecia o casuísmo, analisando-se, em cada situação concreta, a incidência da má fé e do erro grosseiro, a fim de aplicar ou não a fungibilidade.

Com o Código de Processo Civil de 1973, foi eliminada a regra jurídica contida no artigo 810, originando dúvidas acerca da permanência do princípio da fungibilidade no novo sistema inaugurado pelo diploma legal de 1973.

Para José Carlos Barbosa Moreira,

O atual Código não reproduziu a regra, provavelmente por ter entendido o legislador que a sistemática adotada eliminaria a priori qualquer erro não grosseiro na escolha do recurso. [...] Melhor seria que se houvesse acolhido, no particular, a sugestão da Comissão Revisora, no sentido de repetir-se, com redação mais clara, a norma contida no art. 810 do antigo diploma. Resta saber se, na falta de texto expresso, poderão aproveitar-se, ainda assim, nos casos duvidosos, recursos erroneamente interpostos. A resposta é positiva: a solução não repugna ao sistema do atual Código, que não leva (nem poderia levar) a preocupação do formalismo ao ponto de prejudicar irremediavelmente o interesse substancial das partes por amor ao tecnicismo [...].⁷¹

⁶⁸ TEIXEIRA, op. cit., p. 112.

⁶⁹ TEIXEIRA, op. cit., p. 136.

⁷⁰ CRESPO, Victor Hugo Marcão. *Princípio da Fungibilidade Recursal*. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/renatomarcao/2011/11/23/principio-da-fungibilidade-recursal/>>. Acesso em: 20 abr. 2015.

⁷¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 249-251. v. 5.

Contudo, apesar dos avanços obtidos com o diploma de 1973 em relação ao Código de Processo Civil de 1939, novas divergências e imprecisões se instauraram na doutrina e jurisprudência, tornando mister a utilização da fungibilidade no novo sistema processual.⁷² Ademais, positivou-se no Código de 1973 o inovador princípio da instrumentalidade das formas, presente nos artigos 154, 249, parágrafo segundo e, principalmente, no artigo 244: “Quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade”.⁷³

Neste contexto, o princípio da fungibilidade tornou-se um instrumento coerente com a nova ótica inaugurada pela instrumentalidade, tendo em vista seu prestígio à substância em detrimento da forma. O artigo 244 do Código de Processo Civil de 1973 tornou-se um importante vetor para a continuação do princípio da fungibilidade no sistema processual civil brasileiro.⁷⁴

Segundo Gustavo de Medeiros Melo:

A filosofia da instrumentalidade se propõe a consolidar a cultura de que o processo constitui um instrumento de realização do direito material com justiça [...] O processo é um instrumento ético a serviço da melhor composição a ser dada ao conflito de interesses levado ao Poder Judiciário, uma vez impregnado dos valores fundamentais que regem a sociedade politicamente organizada [...] O processo serve ao direito material, o que significa nunca poder assumir a condição de fim em si mesmo. É instrumento de concretização do acesso adequado à Justiça.⁷⁵

Desta forma, apesar de não haver positividade expressa no Código de Processo Civil de 1973, o princípio da fungibilidade continuou a ser aplicado pelos tribunais e acatado pela doutrina.

Mais recentemente, o recém-sancionado Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015) não positivou uma regra geral para o princípio da fungibilidade recursal, como o era no Código de Processo Civil de 1939.

⁷² ACCIOLY, Leonardo. O princípio da fungibilidade recursal na prática. *Revista Justitex*, Brasília, n. 26, p.62-63, fev. 2004.

⁷³ Artigo 244 do Código de Processo Civil de 1973 (Lei n. 5.869 de 11 de janeiro de 1973).

⁷⁴ MELO, Gustavo de Medeiros. O princípio da fungibilidade no sistema de tutelas de urgência: um departamento do processo civil ainda carente de tratamento adequado. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 167, p.78-79, jan. 2009.

⁷⁵ MELO, Gustavo de Medeiros. O princípio da fungibilidade no sistema de tutelas de urgência: um departamento do processo civil ainda carente de tratamento adequado. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 167, p.79, jan. 2009.

Com a reiterada não positivação, abrem-se margens interpretativas sobre sua aplicação, características e requisitos, delimitados não consensualmente pela doutrina. Em adição, esta escolha do legislador também amplia a discricionariedade da jurisprudência brasileira quando da utilização - ou não - do princípio da fungibilidade.

2.2. Requisitos doutrinários e jurisprudenciais para sua incidência

2.3.1. Dúvida objetiva

Na tentativa de disciplinar a utilização do princípio da fungibilidade, ante sua falta de positivação, a doutrina e a jurisprudência vêm buscando fixar requisitos objetivos para a incidência da fungibilidade no meio recursal civil.

O primeiro deles, e mais citado na doutrina, é o requisito da dúvida objetiva, o qual possui diferentes delimitações dependendo do autor estudado. O ponto com maior unanimidade referente ao requisito da dúvida objetiva é de que ele significa que, para ser aplicada a fungibilidade recursal, deve haver dúvida na doutrina e/ou na jurisprudência sobre qual recurso interpor naquela situação específica.⁷⁶

Para Teresa Arruda Alvim Wambier, este requisito é importante, pois:

Não pode a parte ser prejudicada pela circunstância de doutrina e jurisprudência não terem chegado a um acordo quanto a qual seja o meio adequado para se atingir, no processo, determinado fim. Ora, afinal, se nem estudiosos do processo ou magistrados tem certeza a respeito de qual seja o caminho mais adequado em certas situações, a parte é que teria o dever de o saber?⁷⁷

Segundo Daniel Amorim Assumpção Neves, três são os fatores que podem gerar a dúvida objetiva: quando a lei confundir a natureza da decisão, quando, conforme supramencionado, doutrina e jurisprudência divergem a respeito do recurso cabível e quando o próprio magistrado profere decisão de espécime errônea. Este último desdobramento remonta às origens do princípio da fungibilidade na Alemanha, com a teoria do recurso indiferente e, assim como no país germânico, a aplicação do princípio da fungibilidade recursal se impõe para evitar injustiça causada por erro judicial.⁷⁸

⁷⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Método, 2015, p. 692.

⁷⁷ ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. O óbvio que não se vê: A nova forma do Princípio da Fungibilidade. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 137, p.136, 2006.

⁷⁸ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Método, 2015, p. 692.

Humberto Theodoro Junior possui o mesmo entendimento, no sentido de que a dúvida objetiva pode “decorrer de divergência doutrinária ou jurisprudencial; de equívoco do juiz, que proferiu decisão diversa da que lhe competia (ex.: decisão interlocutória quando o caso era de sentença), ou de imprecisão da disposição de lei acerca do recurso a interpor”.⁷⁹ Exemplos práticos destas três espécies de dúvida objetiva serão abordados no capítulo seguinte.

Como bem posicionado pelo Ministro Athos Gusmão Carneiro, no julgamento do Recurso Especial nº 12.610, da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, citando Alcides de Mendonça Lima:

A atividade jurisdicional não deve desenvolver-se sob o signo da sorte ou do azar, ou das circunstâncias ocasionais. Se possível, deverá ser uniforme. Na dúvida, porém, deve prevalecer aquela que melhor resguarde o direito dos litigantes, acolhendo suas comunicações de vontade, desde que não se vislumbre qualquer intuito doloso.⁸⁰

Desta forma, apesar da tentativa do legislador de 1973 em prever com exatidão o cabimento recursal, existem situações em que se mostra duvidoso, no caso concreto, qual o recurso cabível, sendo aplicável, assim, a fungibilidade entre os recursos.⁸¹

2.3.2. *Inexistência de erro grosseiro*

Outro requisito muito mencionado na doutrina e jurisprudência para que a fungibilidade entre os recursos tenha cabimento é o de que deve inexistir erro grosseiro por parte do recorrente.

Consoante Nelson Nery Junior, “[...] podemos afirmar, com segurança, que configura erro grosseiro a interposição do recurso errado quando o correto se encontra indicado expressamente no texto da lei”.⁸²

Segundo Neves, o princípio da fungibilidade serve para evitar injustiças diante de erros justificáveis, não servindo para resguardar o erro vulgar, gerado pela imperícia do patrono da parte recorrente.⁸³ Quando o erro é justificável, justamente, por haver dúvida

⁷⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 633. v. 1.

⁸⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 12.610. Relator: Min. Athos Gusmão Carneiro. Brasília, DF, 24 de fevereiro de 1992.

⁸¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Método, 2015, p. 691.

⁸² NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.167.

⁸³ NEVES, op. cit., p. 693.

objetiva na doutrina e jurisprudência quanto ao recurso cabível, não há que se falar em erro grosseiro e, conseqüentemente, o recurso será admitido.

Desta forma, para diversos autores, como Marcos Destefenni, Elpídio Donizetti, Luis Guilherme da Costa Wagner Junior, Pedro Miranda de Oliveira, dentre outros, o requisito da inexistência de erro grosseiro se confunde com o requisito da dúvida objetiva, pois, “não havendo dúvida, haverá erro do recorrente que não justifica o conhecimento do recurso (a doutrina fala em erro grosseiro)”⁸⁴. Com outras palavras, “se há dúvida quanto à adequação de determinado recurso, sua interposição não pode ser caracterizada como erro grosseiro”⁸⁵. Tal entendimento nos parece acertado.

Desta forma, o requisito da existência de dúvida objetiva e o da inexistência de erro grosseiro não deixam de ser duas faces da mesma moeda. Havendo um, haverá o outro, e vice-versa.

Não obstante a explanação supracitada, existem autores que dissociam a inexistência de erro grosseiro da existência de dúvida objetiva. Para este entendimento, haverá erro grosseiro quando, existindo a dúvida objetiva, a parte recorrente ingressa com outro recurso, diferente daqueles que geraram a dúvida na doutrina e jurisprudência. Por exemplo, havendo dúvida entre apelação e agravo, a parte interpõe recurso especial – neste caso se caracterizaria o erro grosseiro.⁸⁶ Obviamente, se a parte interpusse quaisquer dos recursos geradores de dúvida na doutrina e jurisprudência (no exemplo acima, apelação ou agravo), seu erro seria escusável e a fungibilidade seria aplicada.

2.3.3. Prazo adequado

Além dos requisitos da dúvida objetiva e da inexistência de erro grosseiro – que, a nosso ver, retratam a mesma situação – a doutrina e a jurisprudência ainda apontam para um terceiro pressuposto a ser observado para a aplicação do princípio da fungibilidade: a necessidade de se utilizar o prazo do recurso com prazo inferior. Por exemplo, se há dúvida entre agravo e apelação, mesmo o recorrente optando pela apelação, deverá interpor o seu recurso em até 10 (dez) dias e não em 15 (quinze), pois, dentre os dois, deve ser observado o prazo do recurso com menor prazo.

⁸⁴ DESTEFENNI, Marcos. *Curso de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 690.

⁸⁵ MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. Agravo interno, agravo regimental e o princípio da fungibilidade. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 111, p. 342, 2003.

⁸⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Método, 2015, p. 694.

Este requisito remonta ao Código de Processo Civil de 1939, em que, positivamente, exigia-se a ausência de má fé pelo recorrente como também um requisito para a aplicação da fungibilidade. Naquele contexto, interpor o recurso no prazo menor dentre os que geraram dúvida era um indicador de boa fé do recorrente, pois não teria o patrono da parte escolhido um recurso ao invés do outro por aquele ter o prazo mais dilatado.

Após o cenário de 1939, com o Código de Processo Civil de 1973, ante, inclusive, a não positivação da fungibilidade recursal, a mesma lógica continuou sendo observada por parte da doutrina e majoritária jurisprudência. Apesar de o referido Código não ter mencionado o princípio da fungibilidade – e, conseqüentemente, não fazer referência à necessidade de ausência de má fé – e a maioria das novas doutrinas também não mencionar mais o requisito da ausência de má fé, a necessidade de observação do prazo menor permaneceu vigorando, sob a mesma lógica de demonstração gratuita de boa fé pelo recorrente que, podendo ter um período mais dilatado, opta pelo prazo menor.

Atualmente, este é, inclusive, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça. Conforme acórdão da 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça no REsp 1008662/MG, publicado no DJe em 07/10/2009 e de relatoria do Ministro Luiz Fux:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PRETENSÃO DE REEXAME DE MATÉRIA DE MÉRITO (EXECUÇÃO FISCAL. EXTINÇÃO. APELAÇÃO. INTERPOSTO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ERRO GROSSEIRO. INOCORRÊNCIA. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. CABIMENTO. PRECEDENTES). INOBSERVÂNCIA DAS EXIGÊNCIAS DO ART. 535, E INCISOS, DO CPC. EMBARGOS PROTELATÓRIOS. APLICAÇÃO DE MULTA, NOS TERMOS DO ART. 538, PARÁGRAFO ÚNICO DO CPC. [...] 4. Um dos critérios utilizados tem sido a esmerada verificação da tempestividade; por isso, um recurso com prazo de interposição menor é admissível se interposto no lugar daquele cabível, cujo prazo de oferecimento é mais alongado. A recíproca, contudo, não é verdadeira.⁸⁷

Data máxima vênia, entende-se que este requisito não deve prosperar, tendo em vista que, observada a dúvida objetiva, o recorrente deve respeitar o prazo do recurso que optou como o correto, o prazo previsto em lei para o recurso escolhido. Negar seguimento ao recurso pelo simples fato de o mesmo ter sido impetrado dentro de seu prazo legal seria impor

⁸⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1008662. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, DF, 07 out. 2009.

ao recorrente um comportamento não condizente com o direito, pois, ao contrário do que se põe na legislação, presumiria a má fé do mesmo, e não sua boa fé.

Para Nelson Luiz Pinto,

Se existe dúvida objetiva a respeito de qual o recurso cabível, parece-nos ser o prazo irrelevante, devendo ser obedecido o prazo do recurso efetivamente interposto, e não daquele que, segundo o órgão que receberá o recurso, deveria ter sido interposto. Não se pode, pois, presumir a má-fé do recorrente que o interpôs dentro do prazo legal previsto para o recurso utilizado.⁸⁸

O entendimento de que é necessário observar o prazo do recurso com prazo menor, mesmo não sendo este o interposto, nega a própria aplicação do princípio da fungibilidade recursal, pois o recurso é inadmitido por um critério arbitrário que ignora a existência de dúvida objetiva na jurisprudência e/ou doutrina sobre qual recurso interpor naquele caso concreto. Para Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos, o entendimento doutrinário “pela irrelevância do prazo para a incidência do princípio está de acordo com a sua principal consequência, pois, se é trocado o recurso, compreensível que se troque também o prazo para sua interposição”.⁸⁹

Além de presumir a má fé do recorrente, referido requisito se mostra abusivo à medida que esquece que a dúvida objetiva deve estar presente na doutrina e/ou jurisprudência e não necessariamente é uma dúvida pessoal do patrono da parte, que, acreditando ser aquela a opção correta, utiliza de todo o prazo do seu recurso e se vê perdendo a oportunidade da reavaliação da matéria ou de parte dela, mesmo interpondo no prazo correto do recurso optado.⁹⁰

Ademais, a exigência da observância do prazo do recurso com prazo menor penaliza o recorrente que, sabendo da divergência na doutrina e/ou jurisprudência, opta pelo recurso com prazo maior, pois “é natural que se aproveite de todo o prazo previsto em lei, e não do prazo do recurso que entende incabível no caso concreto”.⁹¹

Segundo Luiz Rodrigues Wambier, a exigência da utilização do prazo menor:

⁸⁸ PINTO, Nelson Luiz. *Manual dos Recursos Cíveis*. São Paulo: Melhoramentos, 2002, p. 91.

⁸⁹ VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. *Princípio da Fungibilidade – Hipóteses de Incidência no Processo Civil Contemporâneo*. São Paulo: RT, 2007, p. 95.

⁹⁰ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Método, 2015, p. 694.

⁹¹ *Ibid.*, p. 695.

[...] é inadmissível por duas razões: a) não se proporcionaria à parte a garantia constitucional do *due process of law*, abreviando-se o prazo do recurso; b) não se estaria aplicando realmente o princípio da fungibilidade recursal, pois, se havia dúvida, e se a parte optou por um dos recursos, a opção deveria ter sido feita integralmente.⁹²

Ao encontro do entendimento de Humberto Theodoro Junior, Fredie Didier Jr., Daniel Amorim Assumpção Neves, Luiz Guilherme da Costa Wagner Junior, Nelson Nery Jr., Gilberto Gomes Bruschi, Luiz Rodrigues Wambier, Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos, Pedro Miranda de Oliveira, Teresa Arruda Alvim Wambier, dentre outros, está, portanto, a ideia de que quando há dúvida objetiva sobre qual recurso interpor, seja qual dos recursos for escolhido, o julgador deverá aceitar o prazo do recurso interposto, haja vista justamente a dúvida existente.

Para Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha, sobre o requisito da tempestividade, “não se reputa correta a exigência deste pressuposto, pois as situações de dúvida podem envolver recursos com prazos diferentes [...], quando, então, o respeito ao prazo seria imposição que esvaziaria a utilidade do princípio”.⁹³

Consoante Humberto Theodoro Junior,

[...] não se mostra razoável exigir, para a fungibilidade, que o recurso impróprio seja manejado no prazo do recurso próprio, visto que, a prevalecer tal requisito, na verdade, não se estaria substituindo um recurso pelo outro, mas apenas admitindo a superação de uma denominação imprópria para o único e adequado recurso. Não ocorreria fungibilidade alguma, portanto. Se dúvida objetiva justificou a interposição de um recurso por outro, a tempestividade haverá de ser aferida pelo regime daquele remédio efetivamente utilizado.⁹⁴

Estes questionamentos sobre a necessidade de se observar o prazo menor ou não tendem a perder força com a entrada em vigência do Novo Código de Processo Civil, pois, de acordo com o artigo 1.003, § 5º do referido diploma, todos os prazos recursais serão unificados em 15 (quinze) dias, exceto os embargos de declaração.

⁹² WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.678. v. 1.

⁹³ DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 46.

⁹⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 633. v. 1.

2.3. Relação do princípio da fungibilidade com os princípios da instrumentalidade das formas e do processo, da economia processual e da celeridade dos atos processuais

Conforme visto anteriormente, um dos motivos predominantes para firmar a permanência do princípio da fungibilidade recursal no sistema inaugurado pelo Código de Processo Civil de 1973 foi a positivação do princípio da instrumentalidade das formas.

O princípio da instrumentalidade das formas – ou subprincípio, segundo Eduardo de Avelar Lamy⁹⁵ - “liga-se à finalidade das formas processuais, estabelecendo a noção de que devem ser considerados imperfeitos e, por conseguinte, nulos ou anuláveis apenas os atos processuais cujo objetivo não foi atingido”⁹⁶. Ou seja, para a filosofia da instrumentalidade, “o objetivo de um ato processual é mais importante do que o ato em si mesmo”.⁹⁷

O princípio da fungibilidade recursal vai ao encontro dessas concepções, pois, absolutamente, prega o culto à substância em detrimento da forma, propagando a ideia de que, por vezes, deve ser deixada a forma de lado, aceitando-se um recurso que, para o juízo, não seria o correto para aquela ocasião. Ou seja, “o princípio erradica ou atenua as imprecisões do sistema recursal; porém, há defesa veemente de aplicação mais ampla, servindo para combater o formalismo e realçar a instrumentalidade das formas”.⁹⁸

Sendo assim, a instrumentalidade das formas é justamente o fundamento para a fungibilidade, pois “o cerne de tal concepção está em possibilitar-se o resultado prático proporcionado pela tutela jurisdicional, compreendendo-o como mais importante do que a utilização da medida correta tecnicamente diferenciada em si mesma”.⁹⁹

Consoante Guilherme Freire de Barros Teixeira,

Com efeito, não se pode conceber o estudo do princípio da fungibilidade e de suas repercussões no direito processual civil sem que se adote como alicerce a noção de que o processo não é um fim em si mesmo, mas um instrumento para efetivar direitos previstos no plano substancial.¹⁰⁰

⁹⁵ LAMY, Eduardo de Avelar. *Princípio da Fungibilidade no Processo Civil*. São Paulo: Dialética, 2007, p. 53.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 53.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 53.

⁹⁸ ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 106.

⁹⁹ LAMY, Eduardo de Avelar. *Princípio da Fungibilidade no Processo Civil*. São Paulo: Dialética, 2007, p. 53.

¹⁰⁰ TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *Teoria do Princípio da Fungibilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 28.

Nesse contexto, o princípio da instrumentalidade das formas mostrou-se tão importante que já se fala em uma instrumentalidade não somente das formas, mas de todo o processo. Este entendimento considera que deve existir o direito ao procedimento previsível às partes, não justificando o formalismo excessivo – constitui uma “brecha” sistemática para que valores que fundamentam o ordenamento infraconstitucional e constitucional entrem, reduzindo as fórmulas inflexíveis da legislação.¹⁰¹

A instrumentalidade do processo vai mais longe, acreditando que, além da ideia finalista de que o processo deve se preocupar mais com seus objetivos do que com sua forma, o litígio deve estar alinhado aos fins sociais e políticos que envolvam a prestação da atividade jurisdicional.¹⁰² Ou seja, “a instrumentalidade tem a preocupação de tornar o processo aderente à realidade sociojurídica em que está inserido, cumprindo sua primordial vocação de servir como instrumento para a efetiva realização dos direitos (...)”.¹⁰³

Nas palavras de Pedro Miranda de Oliveira,

Talvez a noção mais importante do direito processual moderno seja a de instrumentalidade, no sentido de que o processo constitui instrumento para a tutela do direito substancial. Está a serviço deste, para garantir sua efetividade.¹⁰⁴

Ademais, tem-se que a instrumentalidade do processo possui duas faces: positiva e negativa. A face positiva significa sua preocupação em conseguir obter do processo o máximo de resultados, o maior proveito possível, sendo relacionada à efetividade do processo. Já seu aspecto negativo provém da noção de recusa ao formalismo exacerbado, repúdio à ideia de processo como valor em si mesmo.¹⁰⁵

Como uma continuação da ideia da instrumentalidade das formas, ou, até mesmo, para alguns autores, a instrumentalidade é um subprincípio deste próximo¹⁰⁶, o princípio da economia processual significa utilizar a menor quantidade de atos processuais para se conseguir o melhor resultado do processo. O princípio da economia processual refere-se,

¹⁰¹ LAMY, Eduardo de Avelar. *Princípio da Fungibilidade no Processo Civil*. São Paulo: Dialética, 2007, p. 53-54.

¹⁰² TEIXEIRA, op.cit., p. 26.

¹⁰³ Ibid., p. 26-27.

¹⁰⁴ MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. O princípio da primazia do julgamento do mérito recursal no CPC projetado: óbice ao avanço da jurisprudência ofensiva. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 950, p. 108, 2014.

¹⁰⁵ TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *Teoria do Princípio da Fungibilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 25.

¹⁰⁶ LAMY, Eduardo de Avelar. *Princípio da Fungibilidade no Processo Civil*. São Paulo: Dialética, 2007, p. 53.

portanto, a “obter a melhor relação de custo-benefício entre o número de atos processuais e o resultado proporcionado através destes”¹⁰⁷.

A supramencionada utilização da menor quantidade de atos processuais também possui uma implicação mais ampla e positiva: significa menos tempo e menos custo ao processo; objetivando-se, sempre, o maior aproveitamento possível.

Aplicar a fungibilidade no meio recursal significa prestigiar o princípio da economia processual, tendo em vista que poupa uma cadeia de recursos que seriam inadmitidos pelo magistrado por acreditar ser outro o correto para aquela situação.

Havendo a dúvida objetiva, o resultado, não fosse a fungibilidade, seriam ínfimos novos recursos contra as decisões que negaram os primeiros, contra as decisões que negaram a fungibilidade. Desta forma, o referido princípio poupa a utilização de uma maior quantidade de atos processuais e, conseqüentemente, poupa mais tempo e custos para as partes.

Para Eduardo de Avelar Lamy,

Para a flexibilização decorrente da fungibilidade das formas processuais, o princípio da economia processual também serve como um fundamento de valor. O princípio da economia processual explica e esclarece, portanto, a função eminentemente instrumental das formalidades, para que não haja desequilíbrio entre o processo e o resultado por ele proporcionado. O processo deve ser o mínimo, tendo o mínimo possível de atos materiais, mas visando o máximo de efeitos práticos.¹⁰⁸

Não resta dúvida, portanto, que o princípio da fungibilidade é um importante instrumento na concretização dos corolários da economia processual, privilegiando, fundamentalmente, o aproveitamento dos atos processuais e conferindo prioridade ao conteúdo em detrimento da inflexibilidade técnica.¹⁰⁹ Sendo assim, a fungibilidade recursal torna-se “um mecanismo de flexibilização do direito que, ao impedir que a forma se confunda com o formalismo excessivo e que esse se sobressaia perante a finalidade do processo, acaba por adequar a norma a sociedade na qual será aplicada”.¹¹⁰

Além da instrumentalidade das formas – e, conseqüentemente, do processo – e do princípio da economia processual, necessário frisar a importância da celeridade na disciplina processual civil. A morosidade da justiça é tema recorrente no dia a dia dos operadores do

¹⁰⁷ Ibid., p. 52.

¹⁰⁸ LAMY, Eduardo de Avelar. *Princípio da Fungibilidade no Processo Civil*. São Paulo: Dialética, 2007, p. 52.

¹⁰⁹ Ibid., p. 53.

¹¹⁰ SANTOS, Bruna Izídio de Castro. *O princípio da fungibilidade recursal como garantia do fim social do processo*. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8710 >. Acesso em: 26 fev. 2015.

direito e, absolutamente, uma das críticas mais fervorosas da população em geral ao Judiciário brasileiro.

Consoante Sandra Regina Pires,

A ambição por uma justiça cada vez mais célere, que assegure uma prestação jurisdicional mais eficaz, tem sido o guia das reformas constitucionais e processuais que, numa luta sem trégua contra a burocracia judicial, busca minimizar os males da demora na prestação dos serviços do Estado, concentrando o processo, para, sem prejuízo da apuração da verdade, solucionar mais rapidamente o litígio.¹¹¹

A celeridade, por conseguinte, deve ser compreendida como a tentativa de fornecer à parte, a qual foi buscar o desenlace de um conflito, uma efetiva solução para o seu litígio dentro de um tempo coerente com a complexidade demandada.¹¹² Esta celeridade, no entanto, não pode ocorrer a qualquer custo. Como bem frisa Teresa Wambier,

Cada vez mais se percebe, portanto, que leis cujo objetivo precípuo seja o de diminuir a sobrecarga dos tribunais, a qualquer custo, sem que esta finalidade seja acompanhada de real preocupação com a qualidade da prestação da tutela jurisdicional, acabam tendo seus contornos iniciais (literais) redefinidos pela doutrina e às vezes pela própria jurisprudência. O grande desafio é atingir a almejada celeridade sem minar as garantias fundamentais dos litigantes.¹¹³

Sendo assim, a ideia de que o processo é tomado por uma lentidão burocrática de procedimentos e atos mostra, mais ainda, a importância da aplicação do princípio da fungibilidade, uma vez que o mesmo combate tanto o apego ao tecnicismo quanto a vagareza forense, frisando, conforme já supramencionado, o aproveitamento dos atos processuais – ou, mais especificamente, o aproveitamento dos recursos minados por dúvida objetiva.

Ademais, somado à noção de qualidade atrelada à celeridade, acredita-se que, para evitar absurdos dogmáticos e jurisprudenciais – alguns serão citados adiante -, o princípio da fungibilidade deveria ser positivado. Essa regulação visa conferir maior segurança jurídica aos juristas que se veem inseridos no sistema processual brasileiro e, conseqüentemente, lidam com cenários esquizofrênicos, em que não se sabe qual recurso interpor, seja por imprecisão legal ou judicial. Aplicar o princípio da fungibilidade indiscriminadamente, sem critérios pré-definidos ou com arbitrariedade, como vem ocorrendo em casos específicos, não

¹¹¹ PIRES, Sandra Regina. *Celeridade Processual*. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=8579>. Acesso em: 26 fev. 2015.

¹¹² PIRES, Sandra Regina. *Celeridade Processual*. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=8579>. Acesso em: 26 fev. 2015.

¹¹³ ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Nulidades do processo e da sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p 431.

significa aplicar a fungibilidade e, desta forma, não prestigia a qualidade que a celeridade processual deve obter.

A partir das explanações feitas neste capítulo, partem algumas conclusões. Preliminarmente, acredita-se que o requisito da obrigação de existência de dúvida objetiva quando da interposição do recurso é condição intrinsecamente necessária para a aplicação do princípio da fungibilidade recursal. É racional e acertado prever que, havendo imprecisões no sistema que acarretem dúvidas insuperáveis, deve ser deferida a fungibilidade.

Conforme já mencionado anteriormente, crê-se que o requisito da inexistência de erro grosseiro decorre latente e logicamente do requisito da exigência de dúvida objetiva, pois, entende-se que o erro não será considerado grosseiro quando houver dúvida razoável sobre qual recurso interpor. Desta forma, tal requisito aponta a mesma problemática do primeiro, sendo, portanto, prescindível.

Quanto ao requisito da tempestividade, o mesmo se mostra arbitrário à medida em que exige algo contrário à fungibilidade: interposição no prazo do recurso com menor período. Aplicando a fungibilidade, nada mais razoável do que aceitar o recurso - em que, frisa-se, há dúvida objetiva na jurisprudência e doutrina - no prazo conferido por lei ao mesmo. Afinal, não seria adequado presumir a má-fé do recorrente que interpõe no prazo correto do recurso escolhido.

Assim sendo, propõe-se uma abordagem em que a aplicação do princípio da fungibilidade recursal deva se dar exclusivamente em função de um único requisito: existência de dúvida objetiva. Comprovada desarmonia sólida e atual entre doutrina e jurisprudência sobre qual recurso interpor, o proveito da fungibilidade não deve ser negado.

Neste mesmo sentido,

Deixemos claro, desde já, que compartilhamos da opinião de Teresa Arruda Alvim Wambier, a qual entende que o único pressuposto para aplicação do princípio da fungibilidade é a presença de dúvida, na doutrina e/ou jurisprudência, acerca da identificação do recurso adequado para se impugnar determinada decisão judicial.¹¹⁴

Acredita-se que, desta maneira, dá-se a verdadeira deferência ao princípio da economia processual, beneficiando-se o âmagô ao invés do método e amenizando a rigidez formal dos institutos recursais.

¹¹⁴ MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. Agravo interno, agravo regimental e o princípio da fungibilidade. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 111, p. 342, 2003.

3. UMA ANÁLISE PRÁTICA DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO E SOBRE SUA POSITIVAÇÃO

3.1. Aplicação do princípio pela jurisprudência brasileira, com enfoque em Santa Catarina

3.1.1. Permanência do princípio da fungibilidade recursal após o Código de Processo Civil de 1973

Dispôs Alfredo Buzaid, na Exposição de Motivos do CPC/73, que era dispensável a previsão do princípio da fungibilidade recursal, tendo em vista que o novo diploma da época correlacionava claramente o recurso cabível, não havendo a possibilidade de se subsistirem dúvidas.¹¹⁵

Destarte essa aparente e teórica perfeição em operar os recursos, a prática forense mostrou e mostra que ainda existem casos em que jurisprudência e doutrina debatem sobre qual o recurso adequado.

A controvérsia quanto à aplicabilidade do princípio da fungibilidade recursal, ante sua não positivação no Código de Processo Civil de 1973, perdurou até o início dos anos 80, quando o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que o instituto subsistia no sistema processual de maneira implícita. Esta compreensão está consolidada em diversos recursos extraordinários da época.¹¹⁶

O princípio da fungibilidade subsiste no sistema do Código de Processo Civil de 1973, a despeito de não haver esta reproduzida norma semelhante ao art. 810 do estatuto processual de 1939. Recurso extraordinário conhecido e provido.¹¹⁷

O Recurso Extraordinário nº 99.334, de 1983, cujo Relator foi o Ministro Francisco Rezek, além de prever a persistência do princípio da fungibilidade, afirma que o

¹¹⁵ NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 149.

¹¹⁶ CRESPO, Victor Hugo Marcão. *Princípio da Fungibilidade Recursal*. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/renatomarcao/2011/11/23/principio-da-fungibilidade-recursal/>>. Acesso em: 09 abr. 2015.

¹¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 91.157. Relator: Min. Xavier de Albuquerque. Brasília, DF, 19 de junho de 1979.

mesmo decorre da natureza instrumental das leis processuais e só pode ser aplicado em casos de dúvida fundada, vejamos:

O princípio da fungibilidade dos recursos, ainda que não constante do Código de Processo Civil, é ínsito a natureza instrumental das leis processuais; entretanto somente pode ser aplicado em casos de fundada dúvida.¹¹⁸

Sanado o problema quanto à existência do princípio da fungibilidade, conforme já supramencionado no capítulo anterior do presente trabalho, a polêmica deslocou-se para os requisitos autorizadores de sua aplicação. Conforme o Superior Tribunal de Justiça:

A fungibilidade recursal subordina-se a três requisitos: a) dúvida objetiva sobre qual o recurso a ser interposto; b) inexistência de erro grosseiro (v.g, interposição de recurso impróprio, quando o correto encontra-se expressamente indicado na lei, sobre o qual não se opõe nenhuma dúvida; c) que o recurso erroneamente interposto tenha sido interposto no prazo do que se pretende transformá-lo.¹¹⁹

Assim, entendeu a jurisprudência majoritária de que são necessários os requisitos de existência de dúvida objetiva, ausência de erro grosseiro e interposição tempestiva, no prazo do recurso com prazo menor.

3.1.2. Jurisprudência acerca da dúvida objetiva

Quanto à dúvida objetiva, faz-se mister que a problemática seja atual, não podendo o recorrente aproveitar-se de questões já pacificadas, que no passado eram controvertidas. Temos como exemplo a decisão que exclui litisconsorte do processo, por um longo período houve discussões a respeito de qual seria o recurso cabível, entretanto, o Superior Tribunal de Justiça, órgão com a incumbência de padronizar a interpretação da legislação federal brasileira, pacificou o entendimento de que o recurso adequado seria o agravo de instrumento.¹²⁰

¹¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 99.334. Relator: Min. Francisco Rezek. Brasília, DF, 31 de maio de 1983.

¹¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental na Medida Cautelar nº 747. Relator: Min. Humberto Gomes de Barros. Brasília, DF, 03 de abril de 2000.

¹²⁰ CRESPO, Victor Hugo Marcão. *Princípio da Fungibilidade Recursal*. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/renatomarcao/2011/11/23/principio-da-fungibilidade-recursal/>>. Acesso em: 09 abr. 2015.

O ato pelo qual o juiz exclui litisconsorte tem natureza jurídica de decisão interlocutória, sujeita, portanto, à interposição do recurso de agravo. Não se admite o princípio da fungibilidade recursal se inexistente dúvida objetiva na doutrina e na jurisprudência a respeito do cabimento do recurso na espécie.¹²¹

Outro exemplo de discussão pacificada ocorre quanto ao recurso cabível do ato que homologa conta no processo de execução. Antes controvertida a matéria, hoje o Superior Tribunal de Justiça sumulou entendimento no sentido de que o agravo de instrumento seria o recurso adequado da decisão que homologa a atualização do cálculo da liquidação.¹²²

Ademais, a dúvida objetiva não pode ser consequência da hesitação do patrono da parte sobre qual recurso interpor, efeito do seu despreparo acadêmico e intelectual. Neste sentido, tem-se o trecho de um acórdão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

Dessarte, há a incidência da dúvida objetiva quanto a qual recurso protocolizar, ensejada pelo Juiz de primeiro grau. Mister não olvidar que a dúvida de modo algum pode ser subjetiva – fruto da insegurança ou má formação acadêmica do causídico.¹²³

Em adição, para alguns aplicadores do direito, não se confunde o erro gerado por despreparo intelectual do patrono com o mero erro formal de nomenclatura do recurso. A simples falha na terminologia do recurso cabível, quando na substância deste se denota todas as características de outro recurso, mostrando-se evidente a intenção em interpor recurso diferente do nomeado, já vem sendo relevada por parte da jurisprudência catarinense, em preponderância da matéria em prejuízo da forma. É o que se extrai,

Da análise percuciente da peça recursal de fls. 114-123, constata-se, que, efetivamente, houve mero erro quanto à sua nomenclatura. Deveras, aludido recurso atendeu os requisitos elencados no art. 514 do CPC, com a correta identificação das partes, razões recursais dirigidas a este Tribunal, guia de preparo referente a recurso de apelação (fl. 124), além da observância do prazo recursal de 15 (quinze) dias (fl. 126). [...] afigura-se evidente, repita-se, o erro material, escusável, porquanto inexistente má-fé da agravante ou prejuízo ao agravado, uma vez que este poderá se defender no regular processamento do recurso, pelo que de rigor a aplicação do princípio da fungibilidade recursal para o recebimento do recurso inominado como recurso de apelação.¹²⁴

¹²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 184.829. Relator: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Brasília, DF, 15 de outubro de 1998.

¹²² Súmula 118 do Superior Tribunal de Justiça: O agravo de instrumento é o recurso cabível da decisão que homologa a atualização do cálculo da liquidação.

¹²³ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 2008.051422-8. Relator: Des. Carlos Prudêncio. Florianópolis, 06 de maio de 2009.

¹²⁴ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 2014.020817-3. Relator: Des. Stanley da Silva Braga. Florianópolis, SC, 15 de julho de 2014.

Observando-se a jurisprudência e como já salientado por diversos autores, citados no capítulo anterior, é possível notar três diferentes hipóteses causadoras de dúvida objetiva: a dúvida objetiva propriamente dita, ou seja, divergência doutrinária e jurisprudencial sobre qual recurso interpor, os pronunciamentos errôneos e/ou confusos por parte dos próprios magistrados e a designação incorreta pela lei sobre qual recurso cabível.¹²⁵

Quanto à primeira hipótese, existem inúmeros exemplos na jurisprudência. O Tribunal de Justiça de Santa Catarina vem, reiteradamente, aceitando o agravo inominado (art. 557 do Código de Processo Civil de 1973 e, com o Novo Código de Processo Civil, denominado “agravo interno”) como agravo regimental e vice-versa.

Não estando a decisão unipessoal fundamentada no caput do art. 557 do Código de Processo Civil, que autoriza o relator a negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, incabível é a interposição do agravo inominado previsto no § 1º do art. 557 do Códex Instrumental. Inexistindo recurso específico contra decisão do relator, a medida adequada a ser deflagrada, em caso de prejuízo evidente à parte, é o agravo regimental, ex vi do art. 195 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. [...]

Assim, a princípio, o reclamo poderia ser tido como inadmissível em virtude do "erro grosseiro". Entretanto, a Corte Catarinense já reconheceu a possibilidade de aplicação do princípio da fungibilidade recursal entre os agravos regimental e inominado. [...]

Sobrepairando dúvida objetiva jurídica de qual recurso a ser proposto, é possível a aplicação do princípio da fungibilidade recursal desde que preenchidos os pressupostos do reclamo a ser recepcionado.¹²⁶ (grifo nosso)

Outra questão em que, paulatinamente, aplica-se a fungibilidade recursal ocorre no caso do recurso cabível contra decisão que exclui inventariante do processo. Apesar de a majoritária jurisprudência acreditar tratar-se de decisão interlocutória e, portanto, passível de agravo, ainda há o entendimento de que existe dúvida objetiva quanto ao recurso adequado para este caso. Ademais, o Novo Código de Processo Civil, em seu artigo 624, não mudou a substância do disposto no Código de Processo Civil de 1973.¹²⁷

Conforme precedente formado pelo Superior Tribunal de Justiça,

¹²⁵ NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos – Os princípios fundamentais dos recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 149.

¹²⁶ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Agravo (§ 1º art. 557 do CPC) em Pedido de Assistência em Apelação Cível n. 2012.007660-4/0001.0. Relator: Des. Jorge Luis Costa Beber. Florianópolis, SC, 04 de dezembro de 2014.

¹²⁷ Código de Processo Civil de 1973: Art. 997. Decorrido o prazo com a defesa do inventariante ou sem ela, o juiz decidirá. Se remover o inventariante, nomeará outro, observada a ordem estabelecida no art. 990. Novo Código de Processo Civil: Art. 624. Decorrido o prazo, com a defesa do inventariante ou sem ela, o juiz decidirá. Parágrafo único. Se remover o inventariante, o juiz nomeará outro, observada a ordem estabelecida no art. 617.

A teor da jurisprudência pacífica desta Corte, não configura erro grosseiro a interposição de apelação, em vez de agravo de instrumento, contra decisão que remove inventariante, devendo ser aplicado o princípio da fungibilidade recursal, desde que observado o prazo para a interposição do agravo. Recurso conhecido e provido para que o recurso de apelação seja processado como agravo.¹²⁸

Seguindo a orientação da Corte superior, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina perpetuou o entendimento de que há dúvida objetiva quanto ao recurso cabível da decisão que remove inventariante do processo.

Têm inegável contorno interlocutório as decisões que resolvem incidentes de remoção de inventariante, com o ataque recursal não admitindo o uso do recurso de apelação, mas sim o de agravo de instrumento, posto que extinguiem essas decisões o processo principal, acolham elas ou não o pedido formulado. Na hipótese de haver equívoco no ato de interposição da modalidade recursal adequada, admite esta Corte, em consonância com o entendimento sedimentado pelo Superior Tribunal de Justiça, a aplicação do princípio da fungibilidade, aceitando o recurso de apelação como se de agravo se trate, desde que observado o prazo previsto para a propositura do recurso cabível e que tenha ocorrido erro escusável.¹²⁹

No caso da decisão que indefere pedido de habilitação de crédito em arrolamento de bens e determina a remessa dos autos às vias ordinárias, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, igualmente, firmou entendimento no sentido de que há dúvida objetiva acerca do recurso que atacará este tipo de provimento judicial. Inclusive, os próprios acórdãos admitem existirem precedentes da mesma Corte estadual em sentidos contrários, ora autorizando a apelação e ora o agravo de instrumento. Conforme vejamos,

Inicialmente destaca-se que há divergência jurisprudencial sobre o recurso cabível contra decisão que indefere pedido de habilitação de crédito em arrolamento de bens e determina a remessa dos autos às vias ordinárias. [...]

Nesta Corte Estadual de Justiça há precedentes sobre o tema tanto em apelação (Apelação Cível n. 2010.057140-4, de Capinzal, relator Des. Luiz Carlos Freyesleben, Segunda Câmara de Direito Civil, DJe de 17.12.2010 e Apelação Cível n. 2008.032165-4, de Criciúma, relator Des. Fernando Carioni, Terceira Câmara de Direito Civil, DJe de 08.01.2009) quanto em agravo de instrumento (Agravo de Instrumento n. 2010.001740-8, de Capinzal, relator Des. Jaime Luiz Vicari, Segunda Câmara de Direito Civil, DJe de 27.05.2010 e Agravo de Instrumento n. 2008.016348-5, de Lages, relator Des. Carlos Adilson Silva, Quarta Câmara de Direito Civil, DJe de 24.05.2010), contudo predomina o entendimento de que no caso dos autos o recurso a ser interposto seria o de apelação.

¹²⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 714035. Relator: Min. Jorge Scartezini. Brasília, DF, 16 de junho de 2005.

¹²⁹ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n. 2014.012169-9. Relator: Des. Trindade dos Santos. Florianópolis, SC, 08 de setembro de 2014.

No entanto, em observância à divergência jurisprudencial, aplica-se o princípio da fungibilidade para conhecer do agravo como apelação, diante da inexistência de erro grosseiro [...].¹³⁰ (grifo nosso)

No Superior Tribunal de Justiça, um dos casos mais recorrentes de utilização do princípio da fungibilidade recursal ocorre quando os magistrados entendem que os embargos declaratórios apresentados em face de decisão monocrática possuem propósito infringente, convertendo-os, desta forma, em agravo regimental.

Embargos de declaração conhecidos como regimental, em razão do nítido propósito infringente atribuído à peça sem a demonstração dos requisitos do art. 535 do Código de Processo Civil (afinal, as omissões levantadas foram amplamente discutidas nas decisões anteriores) e com homenagem aos princípios da economia processual, instrumentalidade das formas e fungibilidade recursal.¹³¹

O mesmo ocorre no Supremo Tribunal Federal, em que o majoritário número dos acórdãos que aplicam a fungibilidade recursal no âmbito processual civil utilizam-no para converter embargos de declaração proferidos em face de decisão monocrática em agravo regimental.

Direito Administrativo e Processual Civil. 2. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental. Princípio da fungibilidade recursal. 3. Infração de trânsito. Multa aplicada por agente rodoviário estadual em rodovia federal. Competência para prática do ato. Convênio PG 040/78 firmado entre o extinto Departamento Nacional de Estradas de Rodagem e o Departamento de Estradas de Rodagem do Estado do Paraná, em face do Código de Trânsito Brasileiro. Matéria infraconstitucional. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. [...]
Tendo em vista o princípio da economia processual, recebo os embargos de declaração como agravo regimental e, desde logo, passo a apreciá-lo.¹³²

A segunda espécie causadora de dúvida objetiva, apesar de mais esporádica, encontra, ainda, contundentes exemplos na jurisprudência pátria – trata-se da dúvida objetiva ocasionada por manifestação confusa e/ou errônea do juiz. Esta hipótese ocorre quando um ato impreciso ou propriamente falho do magistrado induz o recorrente a interpor um recurso impróprio. Não frequentes tampouco raras são as vezes em que o julgador incita a parte a propor um recurso, quando, naquele caso concreto, o adequado seria outro.

¹³⁰ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n. 2009.062760-7. Relator: Des. Ronei Danielli. Florianópolis, SC, 11 de maio de 2011.

¹³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 610.520. Relator: Min. Mauro Campbell Marques. Brasília, DF, 24 de março de 2015.

¹³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário com Agravo n. 783.013. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 24 de fevereiro de 2015.

Tem-se como exemplo o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial n. 898.115, em que o juiz de primeiro grau determinou o arquivamento do processo, com baixa na distribuição. Após este pronunciamento, a parte prejudicada pelo arquivamento interpôs embargos declaratórios e, quando do julgamento dos embargos, o juízo de primeiro grau incitou o jurisdicionado em erro quanto à natureza jurídica de sua decisão, pois mencionou que não seriam cabíveis da decisão prolatada os embargos de declaração e sim agravo de instrumento. Desta forma, a parte recorrente interpôs agravo de instrumento contra a decisão que determinou o arquivamento, tendo seu agravo desprovido pelo Tribunal Regional Federal de 5ª Região, tendo em vista que, de decisão que determina o arquivamento do processo é cabível a apelação. Em sede de recurso especial, o Superior Tribunal de Justiça reformou o acórdão supracitado e utilizou-se do princípio da fungibilidade sob o fundamento de que o provimento jurisdicional de primeiro grau incitou a parte recorrente a interpor recurso equivocado, quando mencionou expressamente que o recurso adequado seria o de agravo de instrumento.

No caso dos autos, informa o acórdão recorrido que o recorrente interpôs recurso de agravo de instrumento em situação em que o juiz de 1º grau determinou o arquivamento, com baixa na distribuição (fl. 264), situação em que seria cabível a apelação. Ocorre, entretanto, que ao apreciar os embargos declaratórios opostos pelo ora recorrente contra a decisão terminativa, denominada de "despacho" (fl. 263), o próprio juiz de 1º grau o induziu a erro, no que consignou que: "a irrisignação dos autores traz ínsito o escopo de reforma do decisório, vertendo-se, pois, contra os próprios argumentos de direito abraçados em sua fundamentação, insurgência que não cabe na estreita via declaratória, havendo de conformar-se ao recurso cabível, precisamente o de agravo de instrumento" (fl. 275). Tal ocorrência, aliada ao prazo mais exíguo do agravo de instrumento, quando em comparação com a apelação, faz desaparecer a suspeita de má fé e o erro grosseiro, permitindo a aplicação do princípio da fungibilidade recursal. Diante do exposto, dou provimento ao recurso especial para, aplicando o princípio da fungibilidade, determinar o recebimento do recurso de agravo de instrumento como apelação. É o voto.¹³³ (grifo nosso)

No Tribunal de Justiça de Santa Catarina, tem-se o exemplo do acórdão que julgou a Apelação Cível n. 2010.051336-4, em que o recorrente interpôs apelação atacando uma decisão em que o juízo de primeiro grau decidiu pela ilegitimidade de um dos réus em litisconsórcio passivo. Nestes casos, é sabido que a decisão possui caráter interlocutório, tendo em vista que permanece a demanda perante os demais réus, entretanto o magistrado *a quo* redigiu-a no formato de sentença, e, inclusive, a certidão de publicação da mesma

¹³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 898.115. Relator: Min. Teori Albino Zavascki. Brasília, DF, 03 de maio de 2007.

mencionou o prazo recursal de 15 dias, próprio da apelação, induzindo a parte recorrente a erro. Vejamos.

Ressalta-se, inicialmente, que, no caso de litisconsórcio passivo, a decisão que reconhece a ilegitimidade de um dos réus não põe fim ao processo, que segue com relação aos demais. Trata-se de provimento interlocutório, cujo recurso cabível é o de agravo. [...] In casu, a recorrente interpôs recurso de apelação, ensejando, a princípio, o seu não conhecimento. Todavia, observa-se que a decisão ora combatida foi redigida no formato de uma sentença, mediante a elaboração de relatório, de fundamento e de parte dispositiva, em que se julgou extinto o processo, se condenou a suplicante aos ônus sucumbenciais e se determinou a publicação, o registro e a intimação (P. R. I.) (fls. 104/106). O aludido provimento preencheu os requisitos essenciais de uma sentença. Além disso, a certidão de publicação de relação menciona o prazo 15 dias para os litigantes se manifestarem a seu respeito do decisum (fl. 108). Não há dúvidas de que a insurgente foi induzida a erro na escolha do reclamo e, por esse motivo, aplica-se, excepcionalmente, o princípio da fungibilidade recursal.¹³⁴

Na Apelação Cível nº 2013.015912-1, também do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, o juiz de primeiro grau, ao julgar uma impugnação ao cumprimento de sentença, concedeu-a procedência parcial, contudo não se manifestou sobre a extinção ou não do cumprimento de sentença, dificultando a classificação do seu ato decisório em sentença ou decisão interlocutória. Ressaltado este obstáculo, torna-se complexo à parte inferir qual o recurso adequado. Conforme se explicita,

Para análise da admissibilidade do apelo ofertado, declinando-se sobre o cabimento do reclamo, é necessário conceituar a decisão recorrida a fim de estabelecer especificamente qual a modalidade de recurso passível de ser manejada. Contudo, compulsando os autos, observa-se que a decisão guerreada é confusa, torna-se inviável verificar se a decisão se trata de sentença ou interlocutória [...] Portanto, a decisão exarada pelo magistrado julgou parcialmente procedente a impugnação ao cumprimento de sentença, ficando omissa acerca da extinção do cumprimento de sentença, dificultando remeter a decisão ao conceito de sentença ou de interlocutória. Diante desse contexto, aplica-se o princípio da fungibilidade, em razão da existência de dúvidas de qual recurso cabível na decisão em comento.¹³⁵ (grifo nosso)

Referentemente à terceira hipótese ensejadora de dúvida objetiva, qual seja, a dúvida objetiva causada pela designação incorreta pelo próprio Código de Processo Civil, os exemplos mais contundentes mencionados pela doutrina acabaram sendo sanados pelo, em período de vacância legal, Novo Código de Processo Civil.

¹³⁴ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 2010.051336-4. Relator: Des. Ronaldo Moritz Martins da Silva. Florianópolis, SC, 27 de junho de 2013.

¹³⁵ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 2013.015912-1. Relator: Des. Guilherme Nunes Born. Florianópolis, SC, 12 de março de 2015.

Um exemplo facilmente demonstrável, e amplamente debatido pela doutrina, é o caso do parágrafo único do artigo 930 do Código de Processo Civil de 1973. Este artigo é, claramente, uma amostra de designação errônea por parte do Código, porquanto menciona que o ato que aprecia o pedido de liminar possessória é um despacho. Tal designação mostra-se um disparate com o sistema recursal civil brasileiro, tendo em vista que o pronunciamento judicial que analisa pedido liminar tem caráter manifestamente interlocutório, sendo passível de agravo.

Art. 930. Concedido ou não o mandado liminar de manutenção ou de reintegração, o autor promoverá, nos 5 (cinco) dias subsequentes, a citação do réu para contestar a ação. Parágrafo único. Quando for ordenada a justificação prévia (art. 928), o prazo para contestar contar-se-á da intimação do despacho que deferir ou não a medida liminar.¹³⁶ (grifo nosso)

Desta forma, em confronto o Código com o entendimento do sistema recursal civil como um todo, a jurisprudência consolidou entendimento no sentido de aceitar o agravo interposto contra ato que aprecia pedido liminar em ação possessória, haja vista a natureza jurídica interlocutória do pronunciamento judicial, mesmo em detrimento do que prega a legislação em vigor. Até mesmo porque, caso a jurisprudência entendesse que o pronunciamento judicial fosse um despacho, não seria cabível recurso algum.

Felizmente, o porvindouro Novo Código de Processo Civil sana essa irregularidade formal do Código, mencionando que o ato que julga pedido de liminar possessória trata-se de decisão, e não mero despacho.

Art. 564. Concedido ou não o mandado liminar de manutenção ou de reintegração, o autor promoverá, nos 5 (cinco) dias subsequentes, a citação do réu para, querendo, contestar a ação no prazo de 15 (quinze) dias. Parágrafo único. Quando for ordenada a justificação prévia, o prazo para contestar será contado da intimação da decisão que deferir ou não a medida liminar.¹³⁷ (grifo nosso)

Outro dispositivo do Código de Processo Civil de 1973 amplamente debatido entre os estudiosos e aplicadores do direito e com expressivos entendimentos, tanto na jurisprudência quanto na doutrina, no sentido de ser um exemplo de designação incorreta por parte do Código, é o caso do Artigo 395, o qual dispõe que o ato que julga o incidente de falsidade documental possui natureza jurídica de sentença.

¹³⁶ Artigo 930, parágrafo único, do Código de Processo Civil de 1973 (Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973).

¹³⁷ Artigo 564, parágrafo único, do Novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015).

Art. 395. A sentença, que resolver o incidente, declarará a falsidade ou autenticidade do documento.¹³⁸

O julgamento da Apelação Cível n. 2004.013938-1 retrata muito bem o caráter controverso com que a doutrina e a jurisprudência tratam a referida matéria, impondo, desta forma, a aplicação da fungibilidade recursal, a fim de que seja admitida tanto a apelação quanto o agravo.

Inicialmente, vale anotar ser o sistema recursal referente ao incidente de falsidade tema controverso na doutrina e jurisprudência. [...] Dessa forma, apesar do entendimento desta Relatora ser afeito ao cabimento do agravo, porque a decisão que encerra o incidente de falsidade não põe fim ao processo como um todo, mas apenas encerra um incidente, e deve ser classificada como interlocutória. Por esse motivo, observado o conceito de sentença e de decisão interlocutória, o recurso cabível contra a decisão de improcedência do incidente de falsidade não seria outro, senão o agravo de instrumento. [...] Contudo, em homenagem aos princípios do amplo acesso ao Poder Judiciário e do duplo grau de jurisdição, existente clara divergência acerca do cabimento recursal, é prudente acatar o princípio da fungibilidade como forma de dar efetividade ao processo, não impondo prejuízos à parte, tampouco presumindo a má-fé do recorrente na interposição de um recurso por outro.¹³⁹

O Novo Código de Processo Civil, ao tratar da falsidade documental, mudou o referido dispositivo, mencionando que a declaração judicial sobre a falsidade documental será sentença quando a falsidade for suscitada como questão principal.

Art. 433. A declaração sobre a falsidade do documento, quando suscitada como questão principal, constará da parte dispositiva da sentença e sobre ela incidirá também a autoridade da coisa julgada.¹⁴⁰

Desta forma, interpretando o referido dispositivo, inferimos, com a devida cautela que o momento processual requer, tendo em vista a recente promulgação do novo diploma legal, sabendo que o Novo Código ainda será emoldurado por doutrina e jurisprudência, que quando a falsidade documental for proposta de forma incidente, a decisão que a apreciará terá natureza jurídica de decisão interlocutória e, portanto, será atacável por agravo; mudando, desta forma, o posicionamento veiculado pelo Artigo 395 do Código de Processo Civil de 1973.

¹³⁸ Artigo 395 do Código de Processo Civil de 1973 (Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973).

¹³⁹ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 2004.013938-1. Relator: Des. Denise Volpato. Florianópolis, SC, 30 de outubro de 2009.

¹⁴⁰ Artigo 433 do Novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015).

3.1.3. Jurisprudência acerca da inexistência de erro grosseiro

Conforme já manifestado em momentos anteriores, entende-se, neste trabalho, que a existência de dúvida objetiva equivale à inexistência de erro grosseiro, entretanto os tribunais ainda utilizam esta segunda denominação como requisito autônomo.

Em 1990, o Ministro Celso de Mello, no julgamento do Agravo de Instrumento n. 133.262-0, mencionou que ocorre erro grosseiro e, conseqüentemente, não se aplica o princípio da fungibilidade recursal, quando é interposto um recurso errôneo em detrimento de outro expressamente previsto em lei para aquele determinado caso.

Inaplicável ao caso o princípio da fungibilidade dos recursos, o qual, embora subsistente em nosso sistema processual, não atua e nem incide na hipótese de erro grosseiro, que se configura pela interposição do recurso impertinente em lugar daquele expressamente previsto em norma jurídica própria.¹⁴¹

No Superior Tribunal de Justiça, uma das hipóteses mais recorrentes classificadas pelos magistrados como erro grosseiro praticado pela parte recorrente é a interposição de agravo regimental contra decisão colegiada, ao invés de embargos de declaração.

A jurisprudência desta Corte Superior tem considerado erro grosseiro e inescusável o ajuizamento de agravo regimental contra decisão colegiada. Por essa razão, sequer admite seu recebimento como embargos de declaração.¹⁴²

Outro exemplo de erro grosseiro, segundo o Superior Tribunal de Justiça, trata-se de, em mandado de segurança, interpor apelação contra a decisão proferida pelo Tribunal *a quo*. Referido entendimento foi firmado pelo Recurso em Mandado de Segurança n. 8.038, em que não foi aplicado o princípio da fungibilidade entre apelação e recurso ordinário, tendo em vista que o recurso ordinário é o previsto em lei para o caso em questão e não se tratou de mero erro formal de denominação do recurso. A própria natureza e substância do recurso interposto era de apelação, e não somente a forma do mesmo.

Desta forma, não restou caracterizado o erro escusável, que admite a aplicação da fungibilidade recursal, pois não foi o caso de mero erro de denominação do recurso como apelação e, materialmente, o recurso interposto apresentar todas as características de um recurso ordinário e sim a parte quis, racionalmente, interpor apelação.

¹⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento n. 133.262-0. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 22 de maio de 1990.

¹⁴² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.113.682. Relator: Min. Jorge Mussi. Brasília, DF, 28 de setembro de 2010.

Segundo o precedente firmado pelo Superior Tribunal de Justiça:

Não há dúvida de que estamos diante de inequívoco erro grosseiro, visto que o recurso adequado à hipótese vem expressamente estabelecido na Constituição (art. 105, inciso II, letra b), de modo que inexistente qualquer dúvida sobre qual o recurso cabível. Por outro lado, tendo em vista que o equívoco cometido pelos recorrentes não é apenas de natureza formal, mas sim material [...].¹⁴³

Apesar de a majoritária jurisprudência considerar o erro grosseiro como um requisito autônomo para a incidência da fungibilidade recursal, em alguns julgados é possível notar como, apesar de mencionado, referido requisito é tratado como sinônimo de dúvida objetiva. Este é o caso da Apelação Cível n. 2014.032889-1 do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Conforme vejamos,

[...] a recorrente sequer trouxe aos autos argumentação ou comprovação robusta da existência de divergência no campo doutrinário e/ou jurisprudencial quanto ao assunto em debate, afastando-se, assim, a possibilidade da aplicação do princípio da fungibilidade. Portanto, não há dúvidas de que houve erro grosseiro por parte da recorrente, não se vislumbrando possibilidade de conhecimento da insurgência. Sob tal perspectiva, ao manejar o recurso de apelação, quando deveria ter-se utilizado do de agravo de instrumento, agiu a recorrente com erro grosseiro.¹⁴⁴ (grifo nosso)

No supracitado julgado, utilizou-se a justificação do requisito de dúvida objetiva para explicar o erro grosseiro, tornando clara a similaridade entre os mesmos.

3.1.4. Jurisprudência acerca do prazo adequado

Apesar das duras críticas feitas pela doutrina ao requisito da tempestividade, ainda a esmagadora maioria da jurisprudência brasileira manteve o entendimento de que esse requisito é fundamental para a aplicação da fungibilidade. Desta forma, mesmo havendo dúvida objetiva na jurisprudência e doutrina sobre qual recurso interpor, ausente, desta forma, o erro grosseiro, se o recurso interposto não o foi no prazo do recurso com prazo mais exíguo, não será aplicada a fungibilidade.

No Superior Tribunal de Justiça,

¹⁴³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança n. 8.038. Relator: Min. Felix Fischer. Brasília, DF, 03 de junho de 1997.

¹⁴⁴ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 2014.032889-1. Relator: Des. Trindade dos Santos. Florianópolis, SC, 11 de julho de 2014.

A análise desses pressupostos negativos de aplicação do princípio - inexistência de má-fé ou erro grosseiro - é casuística, sendo certo que a tempestividade do recurso incorreto é pré-requisito inafastável para receber o benefício da fungibilidade.¹⁴⁵

Com a data vênua, entende-se que mais desacertados ainda são os julgados que utilizam a proposição que o prazo adequado, para se aplicar a fungibilidade, é o prazo do recurso que deveria ser apresentado. Ora, existente a dúvida objetiva, mostra-se totalmente arbitrário impor que o recorrente adivinhe qual recurso o magistrado *a quo* considerará como pertinente, a fim de utilizar o prazo deste. Evidente que, na prática, tanto nesta denominação quanto na anterior, resta ao patrono da parte recorrente sempre interpor no prazo do recurso com prazo menor.

Não incide o princípio da fungibilidade em caso de ausência de qualquer dos requisitos a que se subordina, quais sejam: a) dúvida objetiva sobre qual o recurso cabível; b) inexistência de erro grosseiro; c) que o recurso inadequado tenha sido interposto no prazo do que deveria ter sido apresentado.¹⁴⁶ (grifo nosso)

Seguindo os precedentes de utilização do requisito da tempestividade, na maioria dos julgados do Tribunal de Justiça de Santa Catarina também se aplica a fungibilidade recursal somente se observado o requisito da tempestividade:

[...] mesmo com fartas lições de direito, é imprecisa a natureza do decisum que permeia o incidente de falsidade documental. [...] Nessa toada, esta relatoria cinge-se no entendimento de que a decisão profligada (fls. 15-17) encapuzou-se de viés interlocutório, porquanto não teve o condão de extinguir o feito precípua. Resolvida a questão sobre a natureza do provimento jurisdicional conferido no incidente de falsidade para o caso agitado nos autos, imperiosa, outrossim, a necessidade de aplicação do princípio da fungibilidade recursal. Entrementes, em que pese a possibilidade de aplicação do princípio suso mencionado, convolvando-se o presente Inconformismo em Agravo de Instrumento, o Recorrente não logra êxito na admissão da Insurgência. Isso porque o Causídico da Instituição Financeira não foi diligente ao observar o lapso necessário para a interposição do Agravo de Instrumento, qual seja, 10 (dez) dias – art. 522 do Código de Ritos. [...]. Bosquejadas as premissas suso, verifica-se que a despeito de haver possibilidade de aplicação do princípio da fungibilidade, [...] o Inconformismo está a imerecer conhecimento, porquanto intempestivo.¹⁴⁷ (grifo nosso)

¹⁴⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.178.060. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, DF, 19 de outubro de 2010.

¹⁴⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 1.364.118. Relator: Min. Mauro Campbell Marques. Brasília, DF, 03 de abril de 2011.

¹⁴⁷ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 2009.038638-5. Relator: Des. José Carlos Carstens Köhler. Florianópolis, SC, 29 de setembro de 2009.

A Apelação Cível n. 2004.013938-1, deste mesmo Tribunal, posiciona-se em sentido contrário, acreditando - a nosso ver, acertadamente - que o requisito da tempestividade é prescindível quando da análise da possibilidade de aplicação da fungibilidade recursal.

E aqui, vale destacar que, apesar da existência de entendimentos contrários, a aplicação do princípio da fungibilidade dispensa o cumprimento do prazo para o recurso de agravo, bastando o cumprimento, por certo, do prazo para o recurso eleito pela parte recorrente, sob pena de tornar inócuo mencionado princípio.¹⁴⁸

Por fim, apesar de já explanarmos que nosso entendimento se dá no sentido contrário à majoritária jurisprudência e convergente com o último julgado supracitado, tendo em vista que a “troca” ocasionada pela fungibilidade deve ser operada em sua plenitude e que não se pode, no sistema jurídico brasileiro, presumir a má fé, o requisito da tempestividade perderá, substancialmente, sua força com a proximidade da vigência do Novo Código de Processo Civil, tendo em vista a uniformização dos prazos recursais para 15 (quinze) dias, exceto quanto aos embargos declaratórios, que permanecerão com o prazo de 5 (cinco) dias, conforme já mencionado no capítulo anterior do presente trabalho.¹⁴⁹

3.2. Jurisprudência “defensiva” e princípio da primazia do julgamento de mérito recursal

A fim de fomentar a discussão e ilustrando, vem-se apresentar, com dois exemplos, como a jurisprudência brasileira, por vezes, pode ser arbitrária, conferindo preponderância a requisitos completamente formais e facilmente sanáveis.

Este tipo de jurisprudência é conhecida como “jurisprudência defensiva”, e provém da investida da jurisprudência no sentido de criar obstruções ao cabimento dos recursos, visando a diminuir o número dos mesmos, e, desta forma, “tornando-se verdadeiros

¹⁴⁸ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 2004.013938-1. Relator: Des. Denise Volpato. Florianópolis, SC, 30 de outubro de 2009.

¹⁴⁹ Artigo 1.003 do Novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015): O prazo para interposição de recurso conta-se da data em que os advogados, a sociedade de advogados, a Advocacia Pública, a Defensoria Pública ou o Ministério Público são intimados da decisão. § 5º Excetuados os embargos de declaração, o prazo para interpor os recursos e para responder-lhes é de 15 (quinze) dias.

obstáculos de acesso às Cortes Superiores, ensejando o não conhecimento de muitas questões jurídicas relevantes, sob o argumento do não preenchimento de requisitos formais”.¹⁵⁰

Para Pedro Miranda de Oliveira, esta chamada “jurisprudência defensiva” corresponde, na realidade, em uma “jurisprudência ofensiva”, senão vejamos:

Este fenômeno ficou conhecido como “jurisprudência defensiva”. No entanto, a referida expressão não reflete a sua abordagem e suas consequências. Aquilo que se convencionou chamar de “jurisprudência defensiva”, a nosso ver, é, na verdade, jurisprudência ofensiva: ofende o princípio da legalidade; ofende o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional; ofende o princípio do contraditório; ofende o princípio da boa-fé; ofende o princípio da cooperação. Enfim, ofende o bom senso, a segurança jurídica e o princípio da razoabilidade. É ofensiva ao exercício da advocacia, pois coloca em xeque a relação cliente/advogado. E, dessa forma, ofende a cidadania.¹⁵¹

Como primeiro exemplo, tem-se os Embargos de Declaração no Recurso Especial n. 995.688, de Relatoria do Ministro João Otávio de Noronha, em que o embargante interpôs agravo de instrumento via fax e o recurso não foi conhecido por falta de procuração. Entretanto, foi o próprio Tribunal *a quo* que procedeu de maneira errônea, não promovendo a juntada dos documentos originais à petição protocolizada via fax. Assim, ao invés de conceder prazo para que o recorrente juntasse a referida procuração, o Superior Tribunal de Justiça manifestou-se no sentido de não conhecer do recurso.

Pelo teor das razões deduzidas pela parte embargante, o presente recurso reflete mero inconformismo com a decisão ora impugnada e reveste-se do claro propósito de provocar o reexame de controvérsia já decidida, visto que não demonstrado nenhum vício de que trata o art. 535, I e II, do Código de Processo Civil. Dessa forma, admito como agravo regimental os embargos declaratórios opostos contra decisão monocrática, em nome dos princípios da economia processual e da fungibilidade. Na situação em exame, o embargante interpôs agravo de instrumento via fax, e esse recurso não foi conhecido por falta de peças (AI n. 448.592-4), o que deu origem ao acórdão desafiado pelo presente recurso especial. A petição e os documentos originais, por sua vez, receberam nova autuação e numeração (AI 449.350-4) e foram julgados no mérito, tendo provimento negado. Da situação posta, verifico que a irresignação da parte não merece prosperar. Em primeiro lugar, quanto à falta de procuração nestes autos, formados a partir do protocolo via fax e destituído de documentos, constato que, se o Tribunal a quo procedeu de maneira errônea, não promovendo a juntada dos documentos originais à petição protocolizada via fax, deveria a parte recorrente ter requerido o oportuno agrupamento das peças autuadas em apartado. Se interpôs recurso especial em processo cujas deficiências conhecia - entre elas, a apontada na decisão atacada, que

¹⁵⁰ MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. O princípio da primazia do julgamento do mérito recursal no CPC projetado: óbice ao avanço da jurisprudência ofensiva. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 950, p. 112, 2014.

¹⁵¹ MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. O princípio da primazia do julgamento do mérito recursal no CPC projetado: óbice ao avanço da jurisprudência ofensiva. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 950, p. 112, 2014.

é a falta de procuração - deve arcar com as conseqüências do ato praticado.¹⁵² (grifo nosso).

Notadamente, o aspecto material acabou encontrando óbice frente a um requisito puramente formal e facilmente corrigível como juntar a procuração, se esta oportunidade fosse dada ao recorrente.

O segundo exemplo ataca diretamente o instituto da fungibilidade recursal e ocorreu, por reiteradas vezes, no Tribunal de Justiça de Goiás. Na referida corte, diversos acórdãos de diferentes desembargadores¹⁵³ explanaram que, contra decisão monocrática proferida pelo relator cabe agravo regimental e, caso fosse interposto embargos de declaração, *a priori*, poderia ser aplicada a fungibilidade recursal.

Conforme se sabe, os embargos declaratórios independem de preparo e, no referido tribunal, os agravos regimentais possuem este pressuposto de admissibilidade. Desta forma, os supraditos acórdãos acatavam a possibilidade de se aplicar o princípio da fungibilidade entre embargos de declaração e agravo regimental, entretanto negavam o seu conhecimento tendo vista a ausência de preparo. Conforme vejamos,

Contra decisão monocrática proferida pelo relator cabe agravo regimental e não embargos aclaratórios, *ex vi* do disposto no art. 557, § 1º, do CPC. Mesmo considerando-se que o quinquídio legal foi devidamente atendido pela postulante, o que, *a priori*, autorizaria a aplicação do princípio da fungibilidade recursal, inviável é a admissão deste recurso como agravo interno, em razão da ausência do preparo, que é um dos pressupostos de admissibilidade dos recursos.¹⁵⁴

Esta exigência, sem dar a oportunidade para o recorrente corrigir, é uma afronta ao duplo grau de jurisdição e ao acesso à justiça, pois priva a parte, que, frisa-se, está munida da presença de dúvida objetiva entre jurisprudência e doutrina, de ter seu recurso observado pela entidade jurisdicional por, simplesmente, não ter respeitado um requisito pertencente a um recurso que não foi o interposto por ela!

Em sede de Agravo em Recurso Especial, em 29 de abril de 2014, o Superior Tribunal de Justiça entendeu pela correção do acórdão do Tribunal de Justiça de Goiás, tendo

¹⁵² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração no Recurso Especial n. 995.688. Relator: Min. João Otávio de Noronha. Brasília, DF, 04 de fevereiro de 2010.

¹⁵³ Exemplos: Des. Maurício Porfírio Rosa (Embargos de Declaração no Agravo de Instrumento n. 190919-03.2012.8.09.0000), Des. Sandra Regina Teodoro Reis (Embargos de Declaração no Agravo de Instrumento n. 201290462011), Des. Amélia Martins de Araújo (Embargos de Declaração na Apelação Cível n. 16553.2009.8.09.0051), Des. Roberto Horácio Rezende (Embargos de Declaração no Agravo de Instrumento n. 10907-28.2011.8.09.0000), Des. Luiz Eduardo de Sousa (Apelação Cível n. 172256-18.2005.8.09.0043).

¹⁵⁴ GOIÁS. Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração no Agravo de Instrumento n. 389833-18.2009.8.09.0000. Relator: Des. Luiz Eduardo de Sousa. Goiânia, GO, 07 de abril de 2010.

em vista entender ser desnecessário o recolhimento de preparo para a interposição do referido agravo.¹⁵⁵ Entretanto, não se posicionou quanto ao modo correto de se utilizar a fungibilidade recursal e quanto à necessidade de concessão de prazo para a parte lesada corrigir este requisito de admissibilidade que não estava presente no recurso primordialmente interposto.

Cabe salientar que o artigo 1.007, § 4º do Novo Código de Processo Civil amplia a possibilidade de comprovação do pagamento do preparo, em evidente discordância ao entendimento adotado pelo Tribunal de Justiça de Goiás, senão vejamos:

Art. 1.007. § 4º O recorrente que não comprovar, no ato de interposição do recurso, o recolhimento do preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, será intimado, na pessoa de seu advogado, para realizar o recolhimento em dobro, sob pena de deserção.¹⁵⁶

Claro se mostra que o novo diploma processual apresenta uma evolução, na medida em que busca “impedir o tribunal de decretar a deserção do recurso sem que antes seja dada oportunidade de o recorrente comprovar o pagamento do preparo, ainda que, para tanto, o respectivo valor seja recolhido em dobro”.¹⁵⁷

Neste norte, felizmente estão previstos, no Novo Código de Processo Civil, dispositivos que visam coibir a supracitada jurisprudência “defensiva”, fazendo surgir o chamado princípio da primazia do julgamento do mérito recursal.

Pedro Miranda de Oliveira, citando Fredie Didier Jr., menciona que este princípio significa que a decisão de mérito deve ser priorizada e objetivada pelo órgão julgador¹⁵⁸, desta forma, “o magistrado deve deixar de se preocupar excessivamente com o direito processual, deslocando o foco da atenção para o que realmente interessa, ou seja, para o direito material”.¹⁵⁹

São alguns exemplos deste princípio os artigos 4º e 932, parágrafo único do novo diploma processual. Consoante o artigo 4º:

Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

¹⁵⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial n. 22.419. Relator: Min. Maria Isabel Gallotti. Brasília, DF, 29 de abril de 2014.

¹⁵⁶ Artigo 1.007, § 4º do Novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015).

¹⁵⁷ MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. O princípio da primazia do julgamento do mérito recursal no CPC projetado: óbice ao avanço da jurisprudência ofensiva. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 950, p. 120, 2014.

¹⁵⁸ MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. O princípio da primazia do julgamento do mérito recursal no CPC projetado: óbice ao avanço da jurisprudência ofensiva. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 950, p. 113, 2014.

¹⁵⁹ MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. O princípio da primazia do julgamento do mérito recursal no CPC projetado: óbice ao avanço da jurisprudência ofensiva. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 950, p. 114, 2014.

Primordialmente, este dispositivo refere-se ao princípio da duração razoável do processo, entretanto o mesmo vai além, consagrando o que seria a regra geral do princípio da primazia do julgamento do mérito recursal: o direito da parte à solução integral do mérito.¹⁶⁰

De outro norte, o parágrafo único do artigo 932 possui uma implicação muito mais ampla, se não vejamos:

Art. 932. Parágrafo único. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível.¹⁶¹

Conforme se denota, referido dispositivo impõe que o relator conceda prazo, se necessário, para que a parte complemente a sua documentação ou repare possíveis vícios do recurso. O artigo estudado representa um grande progresso ao positivizar uma norma que ajuda a impedir que os recursos tenham seu cabimento negado por requisitos de admissibilidade absolutamente formais.

Segundo Pedro Miranda de Oliveira,

Extrai-se daqui uma obrigação de uma proibição. O relator é obrigado a intimar o recorrente para corrigir a falha no prazo de cinco dias. De outra parte, o relator está proibido de inadmitir o recurso, sem antes intimar o recorrente para sanar o vício. O desrespeito ao dispositivo, não há dúvida, implicará nulidade da decisão de inadmissão.¹⁶²

Assim, vê-se com otimismo referidos dispositivos, por se apresentarem como fluxos inibidores a possíveis arbitrariedades por parte dos magistrados - como ocorreu nos casos jurisprudenciais anteriormente estudados.

Neste norte, conforme o princípio da primazia do julgamento do mérito recursal, “o espírito é outro, na medida em que o foco do magistrado deve ser o mérito do recurso, não a forma, o que demonstra uma mudança significativa na postura que os tribunais deverão tomar no novo modelo”.¹⁶³

¹⁶⁰ MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. O princípio da primazia do julgamento do mérito recursal no CPC projetado: óbice ao avanço da jurisprudência ofensiva. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 950, p. 113, 2014.

¹⁶¹ Artigo 932, parágrafo único, do Novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015).

¹⁶² MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. O princípio da primazia do julgamento do mérito recursal no CPC projetado: óbice ao avanço da jurisprudência ofensiva. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 950, p. 115, 2014.

¹⁶³ MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. O princípio da primazia do julgamento do mérito recursal no CPC projetado: óbice ao avanço da jurisprudência ofensiva. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 950, p. 113, 2014.

Acredita-se que este princípio marcará imposições absolutamente relevantes a serem feitas aos magistrados, prezando que os recursos não deixem de ser apreciados por conta de requisitos formais facilmente remendáveis.

3.3. Sobre a positivação do princípio da fungibilidade recursal

Conforme explanado no capítulo anterior, no Brasil, o princípio da fungibilidade recursal foi, inauguralmente, positivado no Código de Processo Civil de 1939, através do Artigo 810. Referido dispositivo mencionava os requisitos da ausência de má fé e ausência de erro grosseiro para a aplicação da fungibilidade recursal.

Art. 810. Salvo a hipótese de má-fé ou erro grosseiro, a parte não será prejudicada pela interposição de um recurso por outro, devendo os autos ser enviados à Câmara, ou Turma, a que competir o julgamento.¹⁶⁴

Esta previsão foi motivada pela complexidade do sistema recursal da época, o qual possuía diversos dispositivos ambíguos e, também, em razão da dificuldade em se identificar a natureza das decisões. Estes problemas tornaram, conseqüentemente, dificultoso identificar qual recurso seria o adequado em várias ocasiões, tornando mister a positivação do princípio da fungibilidade recursal.¹⁶⁵

Naquele período, não foi possível a precisa definição dos requisitos mencionados pelo Artigo 810, entretanto, prevaleceu a corrente doutrinária e jurisprudencial que considerava erro grosseiro a interposição de recurso errôneo quando a própria lei mencionava qual seria o correto e, caracterizaria a má fé a inobservância do prazo do recurso próprio.¹⁶⁶

Ademais, conforme também mencionado no capítulo anterior, com o Código de Processo Civil de 1973, referido dispositivo jurídico foi exterminado do ordenamento, pela prevalência da ideia de que o Código Buzaid resolveria todos os problemas recursais que existiam no Código de Processo Civil de 1939. Referida afirmação não se mostrou

¹⁶⁴ Artigo 810 do Código de Processo Civil de 1939 (Decreto-Lei n. 1.608 de 18 de setembro de 1939).

¹⁶⁵ GOMES, Magno Federici e RODRIGUES, Marco Aurélio Abrantes. *Dúvida objetiva e fungibilidade recursal*. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/renatomarcao/2011/11/23/principio-da-fungibilidade-recursal/>>. Acesso em: 18 abr. 2015.

¹⁶⁶ GOMES, Magno Federici e RODRIGUES, Marco Aurélio Abrantes. *Dúvida objetiva e fungibilidade recursal*. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/renatomarcao/2011/11/23/principio-da-fungibilidade-recursal/>>. Acesso em: 18 abr. 2015.

verdadeira, surgindo, junto com o Código de Processo Civil de 1973, novas divergências e inconsistências, permanecendo a incidência do princípio da fungibilidade recursal no sistema, entretanto, desta vez, como princípio implícito.¹⁶⁷

Desta forma, o pensamento de Buzaid mantém-se superado, tendo em vista que o princípio da fungibilidade recursal continuou vivo após 1973, permanecendo até os dias de hoje. Ademais, com muita convicção, acredita-se que permanecerá com o Novo Código de Processo Civil, sancionado em 2015.

Neste contexto, é cabível salientar que, em 2013, foi emitido o Enunciado nº 104 do II Encontro dos Jovens Processualistas (IBDP), tomando frente sobre a continuidade do princípio no sistema processual civil brasileiro:

O princípio da fungibilidade recursal é compatível com o NCPC e alcança todos os recursos, sendo aplicável de ofício.¹⁶⁸

No Novo Código de 2015, inclusive, existem disposições que se referem reflexamente (no sentido de não positivar uma regra geral para o princípio da fungibilidade como o era à época de 1939) ao princípio da fungibilidade recursal: são eles os artigos 1.024, § 3º, 1.032 e 1.033.

No caso do parágrafo terceiro do artigo 1.024, admite-se a fungibilidade entre os embargos de declaração e o agravo interno, exemplo muito recorrente na jurisprudência, conforme visto no capítulo anterior.

Art. 1.024. O juiz julgará os embargos em 5 (cinco) dias.

§ 3º O órgão julgador conhecerá dos embargos de declaração como agravo interno se entender ser este o recurso cabível, desde que determine previamente a intimação do recorrente para, no prazo de 5 (cinco) dias, complementar as razões recursais, de modo a ajustá-las às exigências do art. 1.021, § 1º.¹⁶⁹

Já os artigos 1.032 e 1.033 tratam da fungibilidade recursal entre o recurso extraordinário e o recurso especial. Em ambos os casos, se a corte superior destinatária do recurso entender que a competência do mesmo recai sobre a outra corte, deverá remetê-lo a esta, sem prejuízo, no caso de adequação de recurso especial para recurso extraordinário, que

¹⁶⁷ GOMES, Magno Federici e RODRIGUES, Marco Aurélio Abrantes. *Dúvida objetiva e fungibilidade recursal*. Disponível em: <[http:// atualidadesdodireito.com.br/renatomarcao/2011/11/23/principio-da-fungibilidade-recursal/](http://atualidadesdodireito.com.br/renatomarcao/2011/11/23/principio-da-fungibilidade-recursal/)>. Acesso em: 18 abr. 2015.

¹⁶⁸ Enunciado n. 104 do II Encontro dos Jovens Processualistas (IBDP), Salvador/BA, 08 e 09 de novembro de 2013.

¹⁶⁹ Artigo 1.024 do Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105 de 16 de março de 2015).

a parte recorrente, antes do envio do recurso ao Supremo Tribunal Federal, exponha sobre a questão constitucional e se manifeste sobre a presença de repercussão geral.

Art. 1.032. Se o relator, no Superior Tribunal de Justiça, entender que o recurso especial versa sobre questão constitucional, deverá conceder prazo de 15 (quinze) dias para que o recorrente demonstre a existência de repercussão geral e se manifeste sobre a questão constitucional. Parágrafo único. Cumprida a diligência de que trata o caput, o relator remeterá o recurso ao Supremo Tribunal Federal, que, em juízo de admissibilidade, poderá devolvê-lo ao Superior Tribunal de Justiça.¹⁷⁰

E:

Art. 1.033. Se o Supremo Tribunal Federal considerar como reflexa a ofensa à Constituição afirmada no recurso extraordinário, por pressupor a revisão da interpretação de lei federal ou de tratado, remetê-lo-á ao Superior Tribunal de Justiça para julgamento como recurso especial.¹⁷¹

Desta forma, estes dispositivos positivam o princípio da fungibilidade recursal para os casos expressamente previstos – agravo interno e embargos de declaração e recurso especial e extraordinário –, contudo não representam uma regra geral como o era no Código de Processo Civil de 1939.

Estes artigos vêm privilegiar a economia processual, favorecendo o aproveitamento dos atos processuais e conferindo prioridade à substância em detrimento do rigorismo técnico; ainda, referidas normas jurídicas também buscam superar a chamada jurisprudência “defensiva”. Mais especificamente quanto à fungibilidade recursal, um exemplo claro, já citado no capítulo anterior, deste tipo de jurisprudência, são os reiterados casos do Tribunal de Justiça de Goiás, em que foi admitida a fungibilidade entre embargos de declaração e agravo regimental, entretanto restou não conhecido o recurso pela falta de pagamento de preparo.

Desta forma, os três artigos supramencionados do Novo Código de Processo Civil, conjuntamente com o artigo 932, o qual menciona que o relator deverá dar um prazo para que, se necessário, o recorrente complemente a documentação do recurso ou corrija determinado vício, mostram a tendência do Novo Código de Processo Civil de impor-se como mecanismo coibidor das arbitrariedades causadas por esta chamada jurisprudência “defensiva”.

¹⁷⁰ Artigo 1.032 do Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105 de 16 de março de 2015).

¹⁷¹ Artigo 1.033 do Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105 de 16 de março de 2015).

Tanto no parágrafo terceiro do artigo 1.024, quanto nos artigos 932 e 1.032, o magistrado fica compelido a dar prazo para que a parte recorrente adeque o seu recurso, ao invés de inadmiti-lo.

Na fungibilidade recursal, estes tipos de dispositivos buscam superar a tirânica ideia de não conhecer do recurso por falta de um requisito de admissibilidade do recurso que deveria ter sido o interposto, segundo o juízo do magistrado, sem dar a chance do recorrente realizar a adequação e/ou fazer a correção.

De outro norte, sabe-se que o Novo Código de Processo Civil vem consolidar e dar maior destaque aos precedentes judiciais, impondo uma maior observação pelos magistrados singulares dos entendimentos consolidados pela jurisprudência, a qual nada mais é que a reiteração dos próprios precedentes. Ou seja, “no sistema de precedente judicial [...], a decisão judicial também terá valor paradigmático”.¹⁷²

Nesse sentido,

O intuito é que o recurso deve gerar um julgamento paradigma, em que o importante não é apenas o caso em si, mas também a questão legal suscitada, a tese que estiver sendo abordada. E, dentro desse conceito, a decisão deve servir de modelo para casos futuros.¹⁷³

Assim, se o legislador, quando da edição do Novo Código de Processo Civil, optou por dar maior relevo aos precedentes judiciais, parece-nos incompatível que o mesmo não tenha positivado algo que já está consolidado na jurisprudência, que é a aceitação do princípio da fungibilidade recursal.

Acredita-se, com otimismo, que esta não positividade pode vir a ser sanada pela suprarreferida imposição de maior respeito ao sistema de precedentes no Brasil. O que ocorre, entretanto, é que até a consolidação deste entendimento, provavelmente passar-se-á por um período nebuloso de adaptação da jurisprudência à nova ótica de subordinação aos precedentes inaugurada pelo recente diploma processual, podendo restar prejudicada a aplicação da fungibilidade recursal até lá.

Explica-se: a não positividade confere maior poder aos magistrados, aumentando seu grau de discricionariedade para utilizar ou não o princípio – ou, como já visto anteriormente, utilizar mal o princípio, o que pode ser ainda mais perigoso que não acatá-lo –

¹⁷² MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. O princípio da primazia do julgamento do mérito recursal no CPC projetado: óbice ao avanço da jurisprudência ofensiva. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 950, p. 114, 2014.

¹⁷³ MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. O princípio da primazia do julgamento do mérito recursal no CPC projetado: óbice ao avanço da jurisprudência ofensiva. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 950, p. 114, 2014.

visto que não positivar significa não delimitar expressamente seus requisitos, sua incidência e muito menos sua própria existência. Outro problema seria a reiteração de precedentes que se utilizam de forma precária do princípio da fungibilidade recursal, conforme visto anteriormente.

A fungibilidade recursal é um instrumento intrínseco de uma ordem processual que visa ser, também, constitucional e protetora do acesso à justiça, do duplo grau de jurisdição, da economia e da celeridade dos atos processuais. Este princípio tão importante não deve ser deixado à deriva do direito processual civil, a fim de restar-nos apenas torcer para que outros mecanismos inaugurados pelo Novo Código de Processo Civil delimitem que o princípio seja aplicado e, mais importante ainda, seja bem aplicado, não se subvertendo a ser um instrumento apadrinhador da chamada jurisprudência “defensiva”.

Desta forma, acredita-se que o princípio da fungibilidade recursal subsiste mesmo permanecendo implícito no Novo Código de Processo Civil, no entanto, haja vista sua ampla aceitação pela jurisprudência, considerando-se o perigo que acaba se tornando conferir maior discricionariedade aos magistrados nesta área, podendo ocasionar, e já ocasionando em diversos exemplos citados anteriormente no presente trabalho, o não conhecimento arbitrário de determinados recursos, e tendo em vista sua extrema utilidade a fim de beneficiar a instrumentalidade das formas, o conteúdo dos atos processuais, a celeridade e economia processual, o princípio da fungibilidade recursal deveria ser positivado.

Com a devida vênia, acredita-se que o princípio não deveria ressurgir nos moldes do artigo 810 do Código de Processo Civil de 1939¹⁷⁴, mas sim considerando como único requisito autorizador da incidência da fungibilidade a existência de dúvida objetiva. Este posicionamento justifica-se considerando o entendimento de que a inexistência de erro grosseiro equivale-se à existência de dúvida objetiva e sem impor às partes o ônus de utilizar o prazo do recurso que seria o correto ou o prazo do recurso com o menos dilatado prazo.

Consoante Teresa Arruda Alvim Wambier,

Justamente nestas hipóteses é que, em nosso entender, deve incidir o princípio da fungibilidade: casos em que há dúvidas quanto a qual seja o caminho adequado (= correto) para atingir determinada finalidade por meio de um pedido formulado perante o Poder Judiciário, dúvida esta cuja existência se percebe por haver divergências no plano da doutrina e/ou no da jurisprudência a respeito.¹⁷⁵

¹⁷⁴ Artigo 810 do Código de Processo Civil de 1939 (Decreto-Lei n. 1.608 de 18 de setembro de 1939): Art. 810. Salvo a hipótese de má-fé ou erro grosseiro, a parte não será prejudicada pela interposição de um recurso por outro, devendo os autos ser enviados à Câmara, ou turma, a que competir o julgamento.

¹⁷⁵ ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. O princípio da fungibilidade sob a ótica da função instrumental do processo. *Revista Juris Plenum*, Caxias do Sul, n. 1, p. 66, 2005.

A fungibilidade, *latu sensu*, e não apenas a fungibilidade recursal, já faz parte da dinâmica do Novo Código de Processo Civil, tendo em vista, por exemplo, a referência do parágrafo único do artigo 305 à fungibilidade entre a tutela cautelar antecedente e a tutela antecipatória antecedente - além, por óbvio, das previsões específicas supramencionadas no âmbito dos recursos.¹⁷⁶

O Novo Código de Processo Civil avançou em ínfimos aspectos, inclusive no caso supracitado no primeiro capítulo deste trabalho, em que restou positivado, através do parágrafo 4º do artigo 218, que o recurso interposto antes da publicação da decisão será considerado tempestivo. Este dispositivo virá a acabar com o entendimento jurisprudencial consolidado no sentido contrário e manifestamente em desconformidade com a ideia de boa fé processual e celeridade dos atos processuais, sendo de extrema relevância ao direito processual civil brasileiro.

Isto posto, acredita-se que o mesmo fenômeno poderia ocorrer com relação ao princípio da fungibilidade recursal, com a devida positivação evitar-se-ia a má aplicação do mesmo e eliminar-se-ia a exigência que hoje é imposta pela majoritária jurisprudência brasileira no sentido de necessidade de interposição do recurso no prazo do recurso próprio, por exemplo.

A não aplicação ou a má aplicação do princípio da fungibilidade fere diretamente o recorrente, pois mina a admissão do seu recurso, e, conseqüentemente, pode vir a minar seu próprio direito material. Assim, “o processo, em última análise, deve servir como instrumento e não como obstáculo à concretização de seu objetivo maior: a busca do direito material. Dizer o contrário é negar o motivo de sua existência”.¹⁷⁷

Desta forma, acredita-se que o princípio da fungibilidade recursal, nos moldes propostos no presente trabalho, mostra-se como mais um importante instrumento no combate à atividade arbitrária por parte dos magistrados, no combate à chamada jurisprudência defensiva, figurando em prol da substância dos atos processuais, em prol do princípio da primazia do julgamento do mérito recursal e em prol do próprio jurisdicionado que se utiliza do Poder Judiciário e, nesse sentido exposto, merecia e merece positivação específica.

¹⁷⁶ Artigo 305, p.u., do Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105 de 16 de março de 2015): Art. 305. A petição inicial da ação que visa à prestação de tutela cautelar em caráter antecedente indicará a lide e seu fundamento, a exposição sumária do direito que se objetiva assegurar e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo. Parágrafo único. Caso entenda que o pedido a que se refere o caput tem natureza antecipada, o juiz observará o disposto no art. 303.

¹⁷⁷ MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. O princípio da primazia do julgamento do mérito recursal no CPC projetado: óbice ao avanço da jurisprudência ofensiva. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 950, p. 130, 2014.

CONCLUSÃO

Conforme estudado ao longo deste trabalho, no Brasil, foi inaugurada a positividade do princípio da fungibilidade no âmbito recursal civil com o artigo 810 do Código de Processo Civil de 1939. Entretanto, no Código de Processo Civil de 1973 esta positividade restou suprimida, e no Novo Código de Processo Civil, apesar das duas referências específicas e diretas ao princípio da fungibilidade recursal, referido instrumento não possui uma regra geral como o era no Código de 1939, abrindo margens interpretativas sobre sua existência, aplicação, características e requisitos.

A doutrina e jurisprudência vêm condicionando a aplicação do princípio a alguns requisitos, de número diferente dependendo do autor estudado. Acredita-se, com a devida *vênia*, que o requisito da dúvida objetiva confunde-se com o requisito da inexistência de erro grosseiro, tendo em vista que não será o erro grosseiro se existir dúvida objetiva na doutrina e/ou jurisprudência sobre qual recurso interpor.

Quanto ao requisito da necessidade de utilização do prazo do recurso com prazo menor, entende-se que o mesmo não deve prosperar, pois, havendo dúvida objetiva, o recorrente deve respeitar o prazo previsto em lei para o recurso que escolheu como correto. Entretanto, conforme visto anteriormente, este questionamento tende a perder força com a entrada em vigência do Novo Código de Processo Civil de 2015, pois, de acordo com o artigo 1.003, § 5º, todos os prazos recursais serão unificados em 15 (quinze) dias, exceto os embargos de declaração.¹⁷⁸

O princípio da fungibilidade é um instrumento processual que vem combater o formalismo exacerbado, que, por diversas vezes, obsta os princípios da economia processual e celeridade dos atos processuais.

O extremismo em relação à forma pode levar à não entrega da prestação jurisdicional, em evidente óbice à garantia do acesso à justiça, caracterizando-se a importância da utilização do princípio da fungibilidade recursal no âmbito do Direito Processual Civil.

Acredita-se que o presente estudo demonstrou como o princípio da fungibilidade recursal vem sendo aplicado pela jurisprudência brasileira, com enfoque especial no Tribunal

¹⁷⁸ Artigo 1.003, § 5º, do Novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015): Art. 1.003. O prazo para interposição de recurso conta-se da data em que os advogados, a sociedade de advogados, a Advocacia Pública, a Defensoria Pública ou o Ministério Público são intimados da decisão. § 5º Excetuados os embargos de declaração, o prazo para interpor os recursos e para responder-lhes é de 15 (quinze) dias.

de Justiça de Santa Catarina e levando em consideração o Novo Código de Processo Civil. Constatou-se, ademais, exemplos de má aplicação do princípio na prática, apesar de sua extrema relevância.

Sob outra perspectiva, sabe-se que o Novo Código de Processo Civil impõe uma maior observação pelos magistrados aos precedentes judiciais, o que poderia auxiliar na permanência do princípio da fungibilidade recursal, pois, bem aplicado, referido entendimento possui mais chances de ser replicado pela jurisprudência.

Entretanto, há o problema do período de adaptação que a jurisprudência brasileira irá passar até a consolidação do entendimento de maior respeito aos precedentes judiciais, podendo restar prejudicada a aplicação do princípio da fungibilidade recursal até lá. Outra complicação, com maior gravame, acredita-se que seria a reiteração dos precedentes que aplicam de forma errônea o princípio.

Desta forma, tendo em mente sua extrema relevância como princípio apadrinhador da economia e celeridade dos atos processuais, do amplo acesso à justiça e da instrumentalidade das formas; considerando sua ampla aplicação pela jurisprudência e disposição na doutrina; visando diminuir o nível de discricionariedade dos magistrados quanto a esta matéria, a fim de proteger o jurisdicionado recorrente; tendo em vista o Enunciado n. 104 do II Encontro dos Jovens Processualistas, que dispõe que o princípio da fungibilidade recursal permanecerá com o Novo Código de Processo Civil; e visando tornar o princípio da fungibilidade recursal mais um mecanismo coibidor da conhecida “jurisprudência defensiva” e apadrinhador do princípio da primazia do julgamento do mérito recursal, acredita-se que uma regra geral para o princípio estudado deveria ser positivado – não nos moldes do Código de Processo Civil de 1939, mas considerando como único requisito necessário para sua incidência a necessidade de existência de dúvida objetiva.

REFERÊNCIAS

- ACCIOLY, Leonardo. O princípio da fungibilidade recursal na prática. *Revista Justilex*, Brasília, n. 26, fev. 2004.
- ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Nulidades do processo e da sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. O óbvio que não se vê: A nova forma do Princípio da Fungibilidade. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 137, 2006.
- ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. O princípio da fungibilidade sob a ótica da função instrumental do processo. *Revista Juris Plenum*, Caxias do Sul, n.1, 2005.
- ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- BERTOLDI, Thiago Moraes. *O Princípio da Fungibilidade Recursal no Processo Civil*. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/home/artigos/68-artigos-fev-2008/6033-o-principio-da-fungibilidade-recursal-no-processo-civil>>. Acesso em: 11 jan. 2015.
- BRUSCHI, Gilberto Gomes. O princípio da fungibilidade recursal – agravo de instrumento e apelação. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 87, 2010.
- CABEZAS, Mariana de Souza. Da necessidade do prequestionamento em matéria de ordem pública. Do princípio da inafastabilidade da jurisdição. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, Brasília, n. 21, jan./jun. 2013.
- CASTRO FILHO, Sebastião de Oliveira. *Princípios Recursais*. Disponível em: <<http://www.leticiacalderaro.blogspot.com.br/2011/02/principios-recursais.html>>. Acesso em: 05 mai. 2015.
- CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de. O princípio da fungibilidade e os embargos de declaração no STJ e no STF. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 143, jan. 2007.
- CRESPO, Victor Hugo Marcão. *Princípio da Fungibilidade Recursal*. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/renatomarcao/2011/11/23/principio-da-fungibilidade-recursal/>>. Acesso em: 20 abr. 2015.
- DELLORE, Luiz. *Princípios e Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Disponível em: <<http://www.justocantins.com.br/academicos-21069-aula-principios-e-direito-internacional-dos-direitos-humanos.html>>. Acesso em: 12 mai. 2015.
- DESTEFENNI, Marcos. *Curso de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Juspodivm, 2014.

GOMES, Magno Federici e RODRIGUES, Marco Aurélio Abrantes. *Dúvida objetiva e fungibilidade recursal*. Disponível em: <http://atualidadesdodireito.com.br/renatomarcao/2011/11/23/principio-da-fungibilidade-recursal/>>. Acesso em: 18 abr. 2015.

HARTMANN, Rodolfo Kronenberg. *Curso Completo de Processo Civil*. Niterói: Impetus, 2014.

LAMY, Eduardo de Avelar. *Princípio da Fungibilidade no Processo Civil*. São Paulo: Dialética, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MELO, Gustavo de Medeiros. O princípio da fungibilidade no sistema de tutelas de urgência: um departamento do processo civil ainda carente de tratamento adequado. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 167, jan. 2009.

MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. Agravo interno, agravo regimental e o princípio da fungibilidade. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 111, p. 332-347, 2003.

MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. *Ensaio sobre recursos e assuntos afins*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. (Coleção Ensaio de Processo Civil – vol. 2).

MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. O princípio da primazia do julgamento do mérito recursal no CPC projetado: óbice ao avanço da jurisprudência ofensiva. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 950, p. 107-132, 2014.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios Fundamentais: Teoria Geral dos Recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos – Os princípios fundamentais dos recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em vigor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Método, 2015.

- PELLISSARI, Marica. *Teoria Geral dos Recursos*. Disponível em: <<http://www.recantodasletras.uol.com.br>>. Acesso em: 05 mai. 2015.
- PIERI, Lilia de. *Reexame Necessário*. Disponível em: <<http://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/direito/article/viewArticle/458>>. Acesso em: 07 mai. 2015.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito Processual Civil Contemporâneo – Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- PINTO, Nelson Luiz. *Manual dos Recursos Cíveis*. São Paulo: Melhoramentos, 2002.
- PIRES, Sandra Regina. *Celeridade Processual*. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=8579>. Acesso em: 26 fev. 2015.
- SANT'ANNA, Tiago Lezan. O princípio da fungibilidade e a confusão entre agravo e apelação no recurso da decisão de impugnação à gratuidade de justiça. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 48, 2007.
- SANTOS, Bruna Izídio de Castro. *O princípio da fungibilidade recursal como garantia do fim social do processo*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8710>. Acesso em: 26 fev. 2015.
- SILVA, Heleno Florindo da. *Ponderações acerca da Teoria Geral dos Recursos: uma análise do conceito, objetivos, condições e princípios recursais*. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,ponderacoes-acerca-da-teoria-geral-dos-recursos-uma-analise-do-conceito-objetivos-condicoes-e-principios-recur,31651.html>>. Acesso em: 07 mai. 2015.
- SOUSA, Marcos Ticiano Alves de. *Teoria geral dos recursos: admissibilidade, efeitos e princípios*. Disponível em: <<http://www.jus.com.br/artigos/23976>>. Acesso em: 29 abr. 2015.
- TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *Teoria do Princípio da Fungibilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v.1.
- TRIGUEIRO, Victor Guedes. *Novo CPC: O princípio da fungibilidade recursal entre o recurso extraordinário e o recurso especial*. Disponível em: <<http://www.observatoriodostribunais.com.br/novo-cpc-o-principio-da-fungibilidade-entre-o-recurso-extraordinario-e-o-recurso-especial/>>. Acesso em: 19 abr. 2015.
- VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. *Princípio da Fungibilidade – Hipóteses de Incidência no Processo Civil Contemporâneo*. São Paulo: RT, 2007.
- WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa. *Processo Civil Curso Completo*. Belo Horizonte: DelRey, 2012.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 1.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 1.