

DÚVIDA OBJETIVA E FUNGIBILIDADE RECURSAL

OBJECTIVE DOUBT AND FUNGIBILITY IN APPEALS

*Magno Federici Gomes**

*Marco Aurélio Abrantes Rodrigues***

RESUMO

Com espeque no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição da República de 1988 (CR/88), todos têm direito à busca da tutela jurisdicional justa, adequada e efetiva, de há muito se encontrando ultrapassada a estrita visão de simples acesso aos diversos órgãos integrantes do Poder Judiciário, que reduzia o amplo acesso à jurisdição a um direito puramente formal. Assim, o trabalho proposto examinará o pressuposto único para incidência, na atualidade, do princípio da fungibilidade recursal, o que se fará, com uso de metodologia teórico-documental, por meio de minuciosa análise de obras doutrinárias e da jurisprudência. Nesse viés, ao se deparar o julgador com a interposição de um recurso inadequado, mas constatando que o equívoco da parte seria escusável, por existir dúvida objetiva decorrente da falta de consenso doutrinário e/ou jurisprudencial acerca da modalidade efetivamente cabível, o não conhecimento do remédio processual importa empeco ao postulado do acesso amplo à jurisdição, pelo simples fato da aludida dúvida objetiva. Deverá, então, ser aplicado o princípio da fungibilidade, a fim de alcançar o escopo sócio-político-jurídico para o qual deve converter o processo, independentemente da existência ou não de má-fé processual.

Palavras-chave: Direito constitucional e processual; Amplo acesso à jurisdição; Recurso inadequado; Dúvida objetiva; Princípio da fungibilidade recursal.

ABSTRACT

In reference to article 5, XXXV, of the Brazilian Republic Constitution of 1988, which grants everyone rights of just, adequate and effective jurisdic-

* Pós-Doutor em Direito Público e Educação pela Universidade Nova de Lisboa – Portugal e Professor na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Av. Dom José Gaspar, 500, Coarção Eucarístico, 30535-901 Belo Horizonte-MG. Correspondência para / *Correspondence to:* Rua Rio de Janeiro, 2140, apto. 303, Lourdes, 30160-042, Belo Horizonte-MG, Brasil. E-mail: magnofederici@hotmail.com.

** Juiz de Direito do Estado de Minas Gerais; Especialista em Direito Processual Civil pela PUC Minas.

tion, currently outdated in regards to the simple access to the various organs of the Judiciary, thus reducing open access to jurisdiction as a purely formal right. Therefore, the thesis will examine the unique presupposition in the application of the principle of fungibility in appeals, in actuality, with the use of a theoretical-documental methodology through the minute analysis of the doctrinal documents and case law. Thus, the judge, presented with an appeal deemed inadequate, noting that its equivocal nature would be harmless because of the lack of consensus in doctrine and/or in case law in regards to the modality made effectively possible, and resulting consequently in the dismissal of the remedy as an obstacle to the principle of open access to the jurisdiction, due to objective doubt, must apply the principle of the fungibility, with the intent of reaching the social-political-juridical scope for which the judicial proceeding must be converted.

Keywords: Constitutional and procedural law; Open access to jurisdiction; Inadequate appeal; Objective doubt; Principle of fungibility in appeals.

INTRODUÇÃO

30

Em sede processual, os recursos podem ser definidos como meios de impugnação às decisões judiciais, aptos a ensejar seu reexame pelo mesmo magistrado ou por outro de hierarquia superior, almejando obter seu esclarecimento, integração, reforma ou anulação, tudo fundado na natural reação humana de desejo de um duplo julgamento e na possibilidade de erro ou má-fé do julgador, segundo Theodoro Júnior¹. Dessa forma, recurso é remédio processual disponibilizado às partes para, na mesma relação jurídica processual, e voluntariamente, impugnar decisões judiciais, almejando sua reforma, invalidação, cassação, esclarecimento ou integração. Visa, ainda, obstar a preclusão e a coisa julgada, mas induz à litispendência.

Nesse viés, exsurge o princípio da fungibilidade dos recursos com inegável relevo para os operadores do direito processual civil e direito penal, haja vista sua capacidade, por meio da permissão de se sanar equívoco na interposição do recurso cabível contra uma decisão, de propiciar adequada solução para determinadas situações que, por conta do formalismo excessivo, não se faria possível, em rota de colisão com a cláusula constitucional do acesso amplo e justo ao Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, da Constituição da República de 1988 – CR/88).

Consiste, pois, noutros termos, tal princípio, na conversão de um recurso erroneamente interposto pelo certo, o que se dá sob certas diretrizes.

Sem embargo, a solução dada pela franca maioria da jurisprudência atual, inclusive do colendo Superior Tribunal de Justiça (STJ), como se verá em momento oportuno, ainda se encontra jungida às amarras do diploma que inaugurou

¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 1.

o aludido princípio à sistemática processual civil, qual seja, o Código de Processo Civil (CPC) de 1939, olvidando-se de que a realização prática do direito material deve-se sobrepor ao rigor formal, sob pena de desatendimento ao escopo social do processo de pacificação.

Assim, há muito vem defendendo Wambier² o estudo a que se propõe, isto é, dirigir-se ao exame do pressuposto único para incidência, na atualidade, do princípio da fungibilidade recursal, o que se fará, com uso de metodologia teórico-documental, por meio de minuciosa análise de obras doutrinárias e arestos jurisprudenciais, esses a partir de 1973, com enfoque nas decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) e do STJ.

Primeiro, será tratado o postulado constitucional do acesso amplo à jurisdição, externando o seu conteúdo material, para, depois, examinar as formas dos atos processuais ao lume daquele postulado. Na sequência, ultrapassada a definição de princípios, distinguindo-os de regras, será focado o princípio da fungibilidade recursal sob a égide das revogada e vigente sistemáticas processuais civis, assentando o que determina, hodiernamente, a sua incidência e finalizando com o procedimento a ser seguido nesse caso.

DO ACESSO AMPLO À JURISDIÇÃO

A CR/88 prevê a cláusula do acesso amplo à jurisdição, também denominada princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, quando estabelece, em seu art. 5º, inciso XXXV, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”³.

De início, impende mencionar a opção pela expressão “acesso à jurisdição”, em vez de “acesso à justiça”, por ser essa última de variegados significados, conforme lapidar observação de Leal⁴. Dessa forma:

Evitaremos aqui a expressão equívoca de “acesso à justiça” porque, como já esclarecemos, a palavra justiça, quando assim posta nos compêndios de direito, pode assumir significados vários que, a nosso ver, perturbam a unidade semântica e seriedade científica do texto expositivo. É certo que o cognominado “acesso à justiça” nada tem a ver com o acesso aos direitos fundamentais do homem, porque simploriamente definido como “algo posto à disposição das pessoas com vistas a fazê-las mais felizes (ou menos felizes), mediante a eliminação dos conflitos que as envolvem,

² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Dúvida objetiva: o único pressuposto para aplicação do princípio da fungibilidade. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 17, n. 65, p. 56-74, jan./mar. 1992.

³ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988.

⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

com decisões justas”. Também a expressão “acesso à justiça” não é a síntese de todos os princípios e garantias constitucionais do processo, porque atualmente o modelo constitucional do processo democrático é que, por incorporar o princípio da ampla defesa pelo direito de ação, é que gera o livre acesso à jurisdição, como direito irrestrito de provocar a tutela legal (art. 5º, XXXV, CR/88)⁵.

A referida cláusula constitucional pontifica que todos, indistintamente, têm direito à busca da tutela jurisdicional justa, adequada e efetiva, de há muito se encontrando ultrapassada a estrita visão de simples acesso aos diversos órgãos integrantes do Poder Judiciário, o que a reduzia a um direito puramente formal. A propósito, Nery Júnior⁶ preleciona que:

Pelo princípio constitucional do direito de ação, além do direito ao processo justo, todos têm direito de obter do Poder Judiciário a tutela jurisdicional adequada. Não é suficiente o direito à tutela jurisdicional. É preciso que essa tutela seja adequada, sem o que estaria vazio de sentido o princípio. Quando a tutela adequada para o jurisdicionado for medida urgente, o juiz, preenchidos os requisitos legais, tem de concedê-la, independentemente de haver lei autorizando, ou, ainda, que haja lei proibindo a tutela urgente⁷.

32

A toda evidência, o jurisdicionado quer não apenas a proclamação de seu direito subjetivo material, mas também o resultado útil dele imanente. Daí porque a concepção hodierna de jurisdição é indissociável do postulado da efetividade processual.

Assim, na atualidade, deve-se ter sempre em mira que o processo não é um fim em si mesmo, mas, sim, instrumento destinado à realização prática da tutela do direito material, garantindo-lhe a efetividade, com base na lição de Gomes Neto⁸.

É bem por isso que Cappelletti e Garth⁹ informam que o acesso efetivo à jurisdição vem, cada vez mais, erigido à condição de direito social. Em assonância com a recorrente lição de Grinover, Cintra e Dinamarco¹⁰, para a efetividade do

⁵ LEAL, op. cit., p. 67-68.

⁶ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na constituição federal*: processo civil, penal e administrativo. 9. ed. São Paulo: RT, 2009.

⁷ NERY JÚNIOR, 2009, p. 172.

⁸ GOMES NETO, José Mário Wanderley. *O acesso à justiça em Mauro Cappelletti*: análise teórica desta concepção como “movimento” de transformação das estruturas do processo civil moderno. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

¹⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

processo faz-se mister: a) a admissão ao processo (ingresso em Juízo), eliminando-se as dificuldades econômicas que impeçam ou desanimem os jurisdicionados; b) o modo de ser do processo (observação ao devido processo legal); c) a justiça das decisões (critérios justos de apreciação de provas, enquadramento dos fatos em normas jurídicas); d) utilidade das decisões (dando a quem tem o direito, tudo e precisamente aquilo que tem direito de obter).

Num quadro tal, irrompe inexorável a importância social do estudo sob exame, haja vista que o mesmo visa permitir o conhecimento do litígio em sua totalidade, fazendo o Estado-juiz valer, nas especificidades do caso concreto, dos desideratos maiores contidos na CR/88, para que, enfim, atinja-se o escopo sócio-político-jurídico para o qual se deve converter toda e qualquer relação jurídica processual, conforme leciona Dinamarco¹¹.

Não será demasiado, antes de prosseguir, averbar o entendimento diverso do idealizador da teoria neoinstitucionalista do processo. Nesse sentido:

Observe-se que o processo não busca “decisões justas”, mas assegura às partes participarem isonomicamente na construção do provimento, sem que o impreciso e idiossincrático conceito de “justiça” da decisão decorra da clarividência do julgador, de sua ideologia ou magnanimidade. Afaste-se desde logo ser o processo o “tema-ponte a interligar o processo civil com a justiça social” ou o modo de fazer aflorar toda uma problemática inserida em um contexto social e econômico, cuja solução coubesse à sapiência do juiz¹².

33

Sem embargo do notável saber de Leal¹³, reafirma-se aqui a concepção de processo como instrumento de salvaguarda dos direitos individuais e coletivos, sob a cura do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, da CR/88), redundando na realização prática de justiça, o que não decorre – é bem verdade – da magnanimidade do julgador, mas, sim, da restauração da ordem jurídica antes agredida pelo desrespeito ao direito de outrem; intento para cujo alcance não bastaria a participação isonômica das partes.

DAS FORMAS DOS ATOS PROCESSUAIS

Oliveira¹⁴, distinto Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS), conceitua o formalismo como a totalidade formal do processo, que compreende:

¹¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

¹² LEAL, op. cit., p. 68.

¹³ Id.

¹⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997.

não só a forma, ou as formalidades, mas especialmente a delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, coordenação da sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo, com vistas a que sejam atingidas as suas finalidades primordiais¹⁵.

Como aglomerado da ordenação disciplinadora da atividade processual, o formalismo exerce papel fundamental no estudo da tutela jurisdicional, podendo ser referenciadas, à guisa de exemplo, algumas de suas funções, segundo o ensinamento do destacado magistrado, cuja obra¹⁶ deve ser estudada com particular atenção: a) indicar as fronteiras para o começo e o fim do processo; b) circunscrever o material processual que poderá ser formado; c) estabelecer dentro de quais limites devem cooperar e agir as pessoas atuantes no processo para o seu desenvolvimento; d) emprestar previsibilidade ao trâmite procedimental; e) delinear o poder do juiz, atuando como garantia de liberdade contra o arbítrio do Estado-juiz, pois “a realização do procedimento deixada ao simples querer do juiz, de acordo com as necessidades do caso concreto, acarretaria a possibilidade de desequilíbrio entre o poder judicial e o direito das partes”¹⁷; f) controle dos eventuais excessos de uma parte em face da outra, atuando, por conseguinte, como importante instrumento de igualação, ainda que formal, dos litigantes entre si, seja no plano normativo, estabelecendo uma distribuição equilibrada dos poderes das partes, seja no plano de fato, consolidando a paridade de armas e garantindo o exercício bilateral dos direitos; g) formação e valorização do material fático de importância para a decisão da causa; e, adita-se, h) determinar a forma, o momento e quais os julgados podem adquirir a imutabilidade característica da coisa julgada.

34

Deflui daí a ilação de que se torna imperioso que os atos processuais sejam praticados de molde a proporcionar a máxima garantia, sendo certo que, como visto, malgrado existirem vozes em contrário, as formas são instituídas para segurança dos jurisdicionados e não por mero capricho do legislador. Não se perde de vista que a total ausência de forma conduziria à ineficiência do processo como instrumento de entrega da tutela jurisdicional e de realização de justiça.

No entanto, como dito, o processo não é um fim em si mesmo, devendo o Estado-juiz acatar a inobservância de determinada forma, desde que tenha o ato atingido sua finalidade, sobrepujando-se, assim, o princípio da instrumentalidade das formas, em conformidade com o art. 250 do CPC. Oportuno aqui transcrever o que ensina Dinamarco¹⁸, já que:

¹⁵ OLIVEIRA, 1997, p. 6-7.

¹⁶ Id.

¹⁷ Ibid., p. 7-8.

¹⁸ DINAMARCO, 2008.

a instrumentalidade do processo é vista pelo aspecto negativo e pelo positivo. O negativo corresponde à negação do processo como valor em si mesmo e repúdio aos exageros processualísticos a que o aprimoramento da técnica pode insensivelmente conduzir; o aspecto negativo da instrumentalidade do processo guarda, assim, alguma semelhança com a ideia da instrumentalidade das formas. O aspecto positivo é caracterizado pela preocupação em extrair do processo, como instrumento, o máximo de proveito quanto à obtenção dos resultados propostos (escopos do sistema); infunde-se com a problemática da “efetividade do processo” e conduz à assertiva de que o processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-político-jurídica, atingindo em toda a plenitude todos os seus escopos institucionais¹⁹.

Ora, se o que se espera, e o que se quer, é que o processo atinja suas finalidades, impende proceder à relativização do valor das formas, utilizando-as tão somente na exata medida do necessário àquela consecução, não sendo “razoável que este pudesse ser desenvolvido sem que houvesse um mínimo de controle sobre as atividades a serem desempenhadas pelas partes e pelo próprio Estado-juiz”²⁰. Desse modo, a propalada lição de Liebman²¹, no sentido de que “as formas são necessárias, mas o formalismo é uma deformação”²², sendo essa a razão pela qual a efetividade do processo “depende menos das reformas legislativas (sem jamais ignorar sua importância), do que da postura cultural dos operadores do direito”²³.

Em virtude disso, vem se entendendo que a grande reforma a ser levada a efeito no Poder Judiciário, em caráter de extremada urgência, é a mudança da mentalidade dos juizes, dada a frequência de “sentenças e acórdãos dos tribunais recheados de citações eruditas, escritos em linguagem rebuscada e centrados na discussão de formalidades processuais, dando pouca ou nenhuma importância à questão justa”²⁴. Dessa maneira:

Por outro lado, para que seja possível a aplicação do princípio da instrumentalidade das formas, deve ser superada a visão tradicional do juiz neutro, substituindo-a pela concepção do juiz diretor, concebido como autoridade dentro do processo, que exercita seus poderes-deveres para a efetiva direção e comando das atividades processuais, de modo a obter o

¹⁹ DINAMARCO, 2008, p. 377.

²⁰ TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *Teoria do princípio da fungibilidade*. São Paulo: RT, 2008. p. 48-49.

²¹ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. v. 1.

²² LIEBMAN, op. cit., p. 237.

²³ GOMES NETO, 2005, p. 100.

²⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juizes*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 84.

esclarecimento dos fatos e a busca da verdade, sem que fique preso ou amarrado ao papel de mero espectador^{25,26}.

Conforme já assentado anteriormente, a realização prática de justiça como escopo do processo não dimana da magnanimidade do julgador, mas da restauração da ordem jurídica por meio de sua decisão imperativa. Não obstante, esse decisório deve ser fruto de um mínimo de sensatez por parte de seu prolator, sob pena de se lograr resultados absurdos ou nada efetivos. Se é correto que equidade ou direito justo inexistirão à margem da racionalidade normativa, não é menos certo que tais objetivos não se consubstanciarão por atos irracionais, desprovidos de um mínimo de responsabilidade quanto aos impactos socioeconômicos dos operadores do processo, já que não se perde do horizonte que a obediência cega à lei fulmina o ideal de justiça. Logo, a racionalidade das normas e dos operadores do direito são instrumentos coetâneos e umbilicalmente ligados para a obtenção da justiça social por meio do processo.

Ao se dar continuidade ao raciocínio defendido, os recursos, a despeito de apresentarem pressupostos de admissibilidade, destacando-se dentre eles, por oportuno, a adequação e a singularidade, estão sujeitos a esses abrandamentos, que visam evitar o formalismo estéril, impedindo, de tal sorte, o acesso à jurisdição por equívoco escusável da parte interessada.

36

Importa mencionar, no ponto, que a admissibilidade do recurso subordina-se aos chamados pressupostos recursais, dentre os quais se avultam, em relevo para o presente estudo, a adequação e a singularidade. A adequação traduz a existência de “um recurso próprio para cada espécie de decisão”²⁷, ao passo que a singularidade diz respeito à “impossibilidade de interposição simultânea de mais de um recurso”²⁸. Os pressupostos de admissibilidade recursais são o objeto do Juízo de admissibilidade, o qual opera no plano de validade do ato recursal e precede, necessariamente, ao Juízo de mérito do recurso.

²⁵ TEIXEIRA, op. cit., p. 63.

²⁶ Importante registrar, outra vez, opinião em sentido parcialmente contrário do precursor da teoria neoinstitucionalista do processo: “Manifesta-se inquestionável que o parâmetro de ‘justiça social e econômica’ é estabelecido pela norma formulada segundo os paradigmas pós-modernos de legitimidade democrática, não podendo, como almejam os instrumentalistas, alçar o titular do órgão jurisdicional (o juiz) à condição de fundamento pensante da realização de escopos metajurídicos do processo na realização de um ‘direito-justo’. A justiça social ou econômica é metateórica-processual da lei democrática, e não dos operadores de um processo que fosse veículo de criação de paz social e econômica, porque tal desiderato, na advertência weberiana, além de irreal, é onírico, uma vez que não há equidade ou direito justo à margem da racionalidade normativa” (LEAL, op. cit., p. 68).

²⁷ THEODORO JÚNIOR, 2009, p. 569.

²⁸ Id.

Na confluência do exposto, o princípio da instrumentalidade das formas é curial para proporcionar uma maior racionalidade ao sistema processual, evitando-se o excesso de formalismo e privilegiando a finalidade do ato. Pode-se afirmar, com a necessária certeza, que o espectro do princípio da fungibilidade recursal deita tentáculos no da instrumentalidade das formas e dos atos processuais, consagrado nos arts. 154 e 244, ambos do CPC, nele encontrando o fundamento de sua validade.

Digno de nota que, para alguns, em total rota de colisão com o que ora se expõe, a aplicação do princípio da fungibilidade não se radica no princípio da instrumentalidade das formas, já que ele, em verdade, não prescinde de erro.

Em outras palavras, Wambier²⁹ argumenta que, para que se receba um recurso por outro, mister se faz a ocorrência de dúvida demonstrável por convincentes fundamentos, é dizer, dúvidas objetivas, das quais, em assim se concebendo, não se haveria falar, propriamente, em erro.

DOS PRINCÍPIOS

Preleciona o mestre Reale³⁰ que os princípios jurídicos consistem no fundamento básico do sistema normativo, a “base de validade das demais asserções que compõem dado campo do saber”³¹. Em explanação mais pormenorizada, assevera Bandeira de Mello³² que:

[...] é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. 4. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão da estrutura mestra [...] ³³.

²⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4. ed. São Paulo: RT, 2005b.

³⁰ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

³¹ *Ibid.*, p. 299.

³² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

³³ BANDEIRA DE MELLO, *op. cit.*, p. 912-913.

Em posição de vanguarda, Ávila pontifica:

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e dos efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção³⁴.

Os princípios são, em apertada síntese, o substrato das normas jurídicas, irradiando pujante influência em sua formação, interpretação e integração.

Distinção entre princípios e regras

No sistema normativo, as normas são gênero do qual as regras e os princípios são espécies, sobrelevando anotar a inviabilidade de sua formação exclusiva por um ou outro.

No primeiro caso, ou seja, regras, pretendendo-se prever todas as situações acabaria por redundar numa eficiência prática limitada. Entretanto, a indeterminação dos princípios poderia ocasionar elevada complexidade do sistema, tornando-o falível do ponto de vista da segurança jurídica.

Por essa razão apresenta-se o sistema aberto, constituído por regras e princípios, como o modo mais equilibrado na gênese de um sistema jurídico, para que seja possível acompanhar a constante evolução social.

A distinção entre as espécies normativas está longe de ser tarefa de fácil deslinde. Leciona Alexy³⁵ que tanto as regras quanto os princípios são espécies do gênero normas, porque ambas estabelecem um dever-ser e são formuladas com a ajuda de expressões deônticas (permissão, obrigação e proibição).

Para distingui-los, propõem-se diversos critérios a serem utilizados, como se assentará.

Quanto ao grau de abstração ou generalidade, os princípios são normas com um grau de abstração mais elevado, ao passo que as regras são normas com nível baixo de abstração.

De acordo com Gomes³⁶, os princípios são fundamentais no sistema das fontes, já que são normas implícitas que adquirem função essencial no ordena-

³⁴ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 78-79.

³⁵ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

³⁶ GOMES, Daniela Vasconcellos. A distinção entre regras e princípios na visão de J. J. Gomes Canotilho. *Boletim Jurídico*, Uberaba/MG, ano 4, n. 180, 31 maio 2006. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1318>>. Acesso em: 16 mar. 2010.

mento jurídico, ante seu *status* hierárquico, ou porque estabelecem a estrutura do sistema jurídico como um todo. Ademais, os princípios têm natureza normoteórica porque constituem a base das regras jurídicas.

Acrescenta Dworkin³⁷ que os princípios apresentam uma dimensão que as regras não têm, é dizer, quando se mesclam a ponto de entrarem em conflito, a solução será adotada a partir da força relativa a cada um no caso concreto.

Ávila³⁸ estabelece acerbada crítica contra esses parâmetros de distinção, os quais resume em critérios do caráter hipotético-condicional, do modo final de aplicação, do conflito normativo e do fundamento axiológico. Propõe critérios outros de distinção entre as mencionadas normas jurídicas ou, segundo suas próprias palavras, elementos outros de “dissociação”³⁹. O primeiro critério distintivo diz respeito ao modo como as espécies normativas prescrevem o comportamento, *in verbis*:

Enquanto as regras são normas imediatamente descritivas, na medida em que estabelecem obrigações, permissões e proibições mediante a descrição da conduta a ser adotada, os princípios são normas imediatamente finalísticas, já que estabelecem um estado de coisas para cuja realização é necessária a adoção de determinados comportamentos. Os princípios são normas cuja qualidade frontal é, justamente, a determinação da realização de um fim juridicamente relevante, ao passo que característica dianteira das regras é a previsão do comportamento⁴⁰.

A seguir, apresenta o critério da natureza da justificação exigida, a teor do qual o intérprete há que ter em mira, no que concerne às regras, “uma avaliação de correspondência da construção factual à descrição normativa e à finalidade que lhe dá suporte”⁴¹, ao passo que os princípios reclamam conexão “entre os efeitos da conduta a ser adotada e a realização gradual do estado de coisa exigido”⁴².

Em remate, Ávila diferencia as normas jurídicas através da intensidade de contribuição para a decisão, vale dizer, as regras são normas “preliminarmente decisivas e abarcantes”⁴³, conferindo uma específica solução para a decisão a ser adotada. Já os princípios consistem em normas “com pretensão de complementaridade e de parcialidade”⁴⁴, limitando-se a contribuir para a tomada da decisão, o que será feito ladeado de razões outras.

³⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

³⁸ ÁVILA, op. cit.

³⁹ *Ibid.*, p. 71.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 73.

⁴¹ VILA, 2009, p. 73.

⁴² ÁVILA, op. cit., p. 74-75.

⁴³ *Ibid.*, p. 76.

⁴⁴ *Id.*

De toda sorte, sem adentrar no acerto das diferentes posições doutrinárias ditas anteriormente, pode-se registrar que os princípios são normas compatíveis com vários graus de concretização, segundo os parâmetros fáticos e jurídicos, enquanto as regras impõem, permitem ou proíbem uma conduta específica, de forma imperativa, que é ou não cumprida. No caso de conflito, os princípios podem ser harmonizados na casuística, sopesados consoante seu valor em relação a outros princípios, ao passo que as regras, em tendo validade, devem ser aplicadas exatamente como prescritas, pois não permitem ponderações. Se não estão corretas, impõe-se sua alteração, o que demonstra que a convivência dos princípios é conflituosa – coexistem –, enquanto a das regras é antinômica – excluem-se –, como preleciona Canotilho⁴⁵.

Do princípio da fungibilidade

A concepção de fungibilidade na seara jurídica diz respeito à possibilidade de se substituir um instituto por outro, tanto sob o prisma do direito material quanto do direito processual.

40

Com efeito, esclarece Lamy⁴⁶, no âmbito do direito substancial, o princípio da fungibilidade consiste na característica de um dado bem móvel ou de uma prestação que podem ser substituídos por outros de mesma espécie. De outra banda, no direito instrumental, a fungibilidade tem incidência no âmbito dos recursos, neles autorizando o recebimento de um recurso por outro, mesmo sendo incabível para impugnar determinado tipo de decisão, evitando-se um odioso formalismo no Juízo de admissibilidade de tais remédios, capaz de acarretar numerosas injustiças que daí sobreviriam.

Além disso, aplica-se o princípio da fungibilidade nas tutelas de urgência – art. 273, § 7º, do CPC –, nas demandas possessórias – art. 920 do CPC –, e ainda nos procedimentos – art. 295, inciso V, do CPC – e nas tutelas jurisdicionais – por exemplo, “fungibilidade entre Ação Rescisória e Ação Anulatória”⁴⁷.

Enfim, o princípio em tela tem larga aplicação no direito pátrio, independentemente de expressa previsão legal, tendo em conta a mutabilidade da sociedade, a exigir a evolução do direito, notadamente quando sua não adoção importe negativa de tutela jurisdicional, como esclarece Wambier:

Parece-nos inafastável a conclusão no sentido de que, estando presentes os pressupostos de incidência do princípio da fungibilidade (a que alude a doutrina tradicional no campo dos recursos), deve este princípio incidir

⁴⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

⁴⁶ LAMY, Eduardo de Avelar. *Princípio da fungibilidade no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2007.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 144.

em todo o processo: havendo dúvidas aferíveis pela ausência de unanimidade no plano da doutrina e/ou no da jurisprudência) a respeito de qual seja o caminho adequado para se formular determinado pedido num processo – dúvidas quanto ao veículo, quanto à competência etc. –, não pode a parte ser prejudicada por isso⁴⁸.

Uma das estudiosas que mais se dedicou ao estudo do princípio da fungibilidade, Vasconcelos⁴⁹, fornece o seu emprego no âmbito processual em diversas dimensões, como a fungibilidade entre ações rescisória e anulatória, entre ações rescisória e declaratória de inexistência, entre o mandado de segurança e a reclamação, entre os embargos de terceiro e os embargos à execução, entre os meios de o contribuinte efetuar o depósito para suspender a exigibilidade do crédito tributário e entre os meios processuais para promover o imediato processamento dos recursos especial e extraordinário retidos. Ademais, na tutela de urgência, na intervenção de terceiros, no pré-questionamento e na competência para a concessão do efeito suspensivo ou do efeito antecipatório da tutela recursal à apelação. É o que se denomina fungibilidade de meios⁵⁰.

⁴⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. O princípio da fungibilidade sob a ótica da função instrumental do processo. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JÚNIOR, Nelson (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. São Paulo: RT, 2005a. p. 739-792, p. 792.

⁴⁹ VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. *Princípio da fungibilidade*. São Paulo: RT, 2007.

⁵⁰ À guisa de exemplo no plano jurisprudencial, colhe-se julgado do colendo STJ, aplicando o princípio da fungibilidade em viés alargado e sem a necessidade de estrito amparo legal: “EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO. SÓCIO. EMBARGOS DE TERCEIRO. CABIMENTO DE EMBARGOS DO DEVEDOR. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. TEMPESTIVIDADE DOS EMBARGOS. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO. RESPONSABILIDADE DO SÓCIO VINCULADA AO EXERCÍCIO DE GERÊNCIA OU ATO DE GESTÃO. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO DESPROVIDO. 1. Não viola o art. 535 do CPC, tampouco nega a prestação jurisdicional, o acórdão que, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos trazidos pelo vencido, adota, entretanto, fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia. 2. “Os embargos a serem manejados pelo sócio-gerente contra quem se redirecionou ação executiva, regularmente citado e, portanto, integrante do polo passivo da demanda, são os de devedor, e não por embargos de terceiros, adequados para aqueles que não fazem parte da relação processual. Todavia, em homenagem ao princípio da fungibilidade das formas, da instrumentalidade do processo e da ampla defesa, a jurisprudência admite o processamento de embargos de terceiro como embargos do devedor. Exige, para tanto, entre outras circunstâncias, a comprovação do implemento dos requisitos legais de admissibilidade, notadamente quanto à sua propositura dentro do prazo legal” (EREsp 98.484/ES, 1ª Seção, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 17.12.2004). 3. Os sócios somente podem ser responsabilizados pelas dívidas tributárias da empresa quando exercerem gerência da sociedade ou qualquer outro ato de gestão vinculado ao fato gerador. 4. Na hipótese dos autos, o Tribunal de Justiça estadual entendeu que o sócio, contra o qual se buscava o redirecionamento da execução fiscal, não participava da gerência, administração ou direção da empresa executada. Assim, para se entender de modo diverso ao disposto no acórdão recorrido, é necessário o reexame do conjunto fático-probatório contido nos autos, o que, no entanto, é vedado em sede de recurso especial, nos termos da

Isso reflete, inegavelmente, a novel dimensão conferida ao princípio da fungibilidade, conforme a antes transcrita lição de Wambier⁵¹, garantindo ao jurisdicionado uma tutela mais justa e efetiva, a partir de posições mais flexíveis fundadas em valores constitucionais fundamentais.

DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL NO ÂMBITO DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

É chegado o momento de analisar o princípio da fungibilidade recursal com olhos postos no direito processual civil, o que se fará desde o seu nascedouro com o CPC de 1939 à sistemática vigente, tracejando as condicionantes para sua aplicação.

Do Código de Processo Civil de 1939

O CPC de 1939 preconizava em seu art. 810 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”⁵².

42

A previsão expressa sob a égide do CPC de 1939 era motivada pela complexidade do sistema recursal, em razão da existência pródiga de recursos (apelação, embargos de nulidade ou infringentes do julgado, agravo de instrumento, agravo de petição, agravo no auto do processo, revista, embargos de declaração e recurso extraordinário (art. 808, *caput*, do CPC de 1939), especialmente quando se tratava de optar entre a apelação e o agravo de petição, segundo Martins)⁵³. Sem falar da dificuldade em se identificar o teor da decisão.

Àquela época, era recorrente a interposição de agravo de petição quando, a bem da verdade, o recurso correto seria o de apelação e vice-versa, tudo em virtude da ambígua redação de alguns incisos do art. 842 e, sobretudo, do art. 846, daquele *digesto* processual, quando ele referia-se a “decisões que impliquem a terminação do processo principal, sem lhe resolverem o mérito”⁵⁴.

Ao revés do que se poderia alvitrar, a previsão explícita do princípio da fungibilidade recursal não impediu que ocorresse enorme dissidência acerca de sua

Súmula 7/STJ. 5. Agravo regimental desprovido” (BRASIL. STJ. 1ª Turma. AgRg no Ag 847.616/MG. Rel. Min. Denise Arruda, julgado em 4 set. 2007. DJU, Brasília, 11 out. 2007, p. 302).

⁵¹ WAMBIER, 2005a.

⁵² BRASIL. *Código de Processo Civil (1939)*. Decreto-lei n. 1.608, de 18 set. 1939. Coleção de Leis do Brasil de 1939. v. 1.

⁵³ MARTINS, Pedro Batista. *Recursos e processos da competência originária dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

⁵⁴ BRASIL, Op. cit., 1939.

aplicação, não se tendo logrado estatuir critérios objetivos para tal mister, o que dava margem ao nefasto casuísmo.

Naquele tempo, a par da controvérsia quanto à necessidade da ausência tautócrona de erro grosseiro e de má-fé – tendo prevalecido a hipótese negativa ante o bom vernáculo da conjunção “ou” –, a exata delimitação dos preditos institutos não ficou indene de dúvidas.

De toda sorte, prevaleceu o entendimento a teor do qual constituía erro grosseiro a interposição de recurso ao arrepio de texto expresso da lei, ou quando não houvesse, quer na doutrina, quer na jurisprudência, discepção acerca do recurso cabível.

Por sua vez, no tocante à má-fé, a divergência pairava dentre os estudiosos como Martins⁵⁵ e Oliveira e Cruz⁵⁶. Na árdua tarefa de se conceituar a má-fé, destacou-se Pontes de Miranda⁵⁷, para quem consubstanciava a má-fé o uso do recurso impróprio de maior prazo, por se ter perdido prazo do recurso cabível; valer-se do recurso de maior devolutividade para se alforriar a coisa julgada formal; ou, finalmente, protelar o feito, lançando mão do recurso mais demorado.

No entanto, o critério preponderante, para caracterizar a má-fé processual do recorrente, sustenta-se na inobservância do prazo do recurso próprio, conforme aclara Nery Júnior⁵⁸.

Da sistemática vigente

43

No atual CPC não foi repetida regra semelhante ao disposto no aludido art. 810 do revogado Código instrumental de 1939, o que se deveu à pretensa simplificação do novo sistema recursal, pelo que, acreditava-se, não mais se teria por aplicável o princípio da fungibilidade dos recursos. É o que menciona a exposição de motivos do CPC de 1973, ao dizer que:

É certo que, para obviar aos inconvenientes da interposição errônea de um recurso por outro, o Código vigente admite o seu conhecimento pela instância superior e ordena a remessa à câmara ou turma, desde que não esteja viciado por má-fé ou erro grosseiro (art. 810). O Código consagrou, nesse preceito legal, a teoria do “recurso indiferente” (*Sowohls-auch-Theorie*), como ensinam os autores alemães. Esta solução não serviu,

⁵⁵ MARTINS, op. cit.

⁵⁶ OLIVEIRA E CRUZ, João Claudino de. *Do recurso de apelação (cível)*. Rio de Janeiro: Forense, 1949.

⁵⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960. t. 9.

⁵⁸ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*. 6. ed. São Paulo: RT, 1997.

porém, para melhorar o sistema, porque a frequência com que os recursos, erroneamente interpostos, não são conhecidos pelo tribunal evidenciou que a aplicação do art. 810 tem valor limitadíssimo (item 31)⁵⁹.

Num quadro tal, exaltou Jorge⁶⁰ que, em face dessas duas premissas – inexistência de previsão e simplicidade do sistema recursal – a doutrina e a jurisprudência negaram, de início e com tintas fortes, a existência do princípio em comento⁶¹. Tratam-se, como se percebe, de decisões impregnadas do superado positivismo legalista, incompatível com a ordem constitucional de 1988, conforme adiante se demonstrará.

Contudo, segundo a sabedoria popular, “o tempo é o senhor da razão”, e, logo, apercebeu-se que a propalada simplicidade do CPC de 1973 não espancou todas as vicissitudes que os fatos concretos da vida ensejam, persistindo as perplexidades de outrora no concernente aos recursos, o que levou os operadores do direito a, após empreenderem melhor estudo, reverem sua posição, acatando a aplicação do princípio, ainda que à míngua de sua positivação. E tal não poderia ser diferente. Moreira⁶² afirmou, com pioneirismo, que “a solução não repugna ao sistema do novo Código, que não leva a preocupação do formalismo a ponto de prejudicar irremediavelmente o interesse substancial das partes por amor ao tecnicismo”⁶³, acrescentando, com olhos postos no princípio da instrumentalidade das formas, que “se o erro de forma não torna inaproveitável a própria ação, menos ainda a escolha de forma imprópria para impugnar determinada decisão tornará inaproveitável o recurso”⁶⁴.

44

⁵⁹ BRASIL, 1973, Exposição de Motivos do CPC.

⁶⁰ JORGE, Flávio Cheim. *Apelação cível: teoria geral e admissibilidade*. 2. ed. São Paulo: RT, 2002.

⁶¹ Colhe-se da jurisprudência contemporânea ao limiar da vigência do Código de 1973: “EMENTA: PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE DOS RECURSOS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973. INEXISTÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO, ASSIM, DE REMÉDIO PROCESSUAL INADEQUADO. No sistema do Código de Processo Civil de 1973, em vigor, inexistente a fungibilidade de recursos, admitida no anterior, e, assim, a interposição de um dos especificamente previstos, por outro, constitui erro grosseiro, o que impedirá o seu conhecimento na instância superior” (SÃO PAULO. TJSP. 1ª Câmara Civil. Agravo de Instrumento n. 203.400. Rel. Des. Francisco Negrissollo, julgado em 11 set. 1974. RT 473/114); e “EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTERPOSIÇÃO CONTRA DECISÃO QUE INDEFERE INICIAL. INADMISSIBILIDADE. HIPÓTESE DE APELAÇÃO. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. SUPRESSÃO PELO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL VIGENTE. I – O recurso cabível contra a sentença que indefere a petição inicial é o de apelação. II – O Código de Processo Civil atual eliminou o princípio da fungibilidade dos recursos” (SÃO PAULO. TJSP. 3ª Câmara Civil. Agravo de Instrumento n. 250.987. Rel. Des. Costa Manso, julgado em 6 maio 1976. RT 491/87).

⁶² MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974. v. 5.

⁶³ MOREIRA, 1974, p. 220.

⁶⁴ Id.

Além disso, é de sabença geral que os princípios não demandam previsão expressa na lei para sua aplicação. Por corolário lógico, tal fato não se erigiria em óbice para a conservação da fungibilidade recursal, especialmente porquanto remanesçam, como persistem, diversas situações em que a dúvida sobre o recurso cabível estava e está presente, respectivamente.

Acerca da desnecessidade de norma expressa, é imperativo transcrever a lição de Nery Júnior, segundo o qual:

os princípios são, normalmente, regras de ordem legal, que muitas vezes decorrem do próprio sistema jurídico e não necessitam estar previstos expressamente em normas legais, para que se lhes empreste validade e eficácia. Logo, mesmo à falta de regras expressas, pode-se entender, em tese, que a fungibilidade dos recursos não repugna ao sistema do CPC [...] ⁶⁵.

Assim, se é certo que a resolução quanto à aplicação do aludido princípio não demandou maiores esforços intelectuais, o mesmo não se pode dizer acerca do estabelecimento dos requisitos para tal pretensão.

A problemática se resume em saber se há que se ter em mira os requisitos adrede previstos no Código Processual de 1939, ou se tais requisitos não devem mais subsistir, não tendo chegado a um consenso, até os dias atuais, doutrina e jurisprudência.

Anote-se, por oportuno, que o que não se pode admitir, em hipótese nenhuma, é a aplicação temerária do princípio, como se extrai do Recurso Especial n. 166.460/BA, com voto vencido de lavra do Min. Eduardo Ribeiro:

Tenho entendimento firme, ainda que isolado, no sentido de que a circunstância de se tratar ou não de erro grosseiro não releva, frente ao direito vigente, para aplicação do princípio da fungibilidade dos recursos. Peço vênia para transcrever trecho do voto que, a propósito, proferi: “O Código vigente, como sabido, não contém regra expressa sobre a possibilidade de converter-se, no recurso cabível, aquele que houver sido equivocadamente manifestado, não havendo reproduzido a norma constante do artigo 810 da lei processual de 1939. Ali se previa que a parte não seria prejudicada pela interposição de um recurso por outro, mas ressalvada a hipótese de má-fé ou erro grosseiro. Havendo este, não se poderia fazer a conversão, já que o direito era explícito quanto ao ponto. À míngua de norma análoga, a questão haverá de resolver-se com base na orientação geral que se pode extrair do contido nos artigos 244 e 250 do CPC. Aí se consagrou, de forma enfática, o princípio da instrumentalidade das formas. Inexistindo cominação expressa de nulidade e não

⁶⁵ NERY JÚNIOR, 1997, p. 112-113.

resultando prejuízo, o ato será aproveitado. Não importa que escusável ou inescusável, grosseiro ou não o erro. Se não decorreu gravame algum, releva-se e aproveita-se”⁶⁶.

Com a devida vênia, tal exegese só se afiguraria possível num sistema em que, ao contrário do brasileiro, não se faz presente a unirrecorribilidade⁶⁷, quando, então, bastaria à parte manifestar seu intento recursal para ver sua insurgência reexaminada.

Ora, a “fungibilidade não se destina a legitimar o equívoco crasso, ou para chancelar o profissional inábil; serve, isto sim, para salvar o ato que, diante das circunstâncias do caso concreto, decorreu de dúvida objetiva”⁶⁸.

Sob as luzes desse posicionamento doutrinário que, de resto, é o desenho do entendimento da dogmática processual pátria, não se teria como admitir a fungibilidade entre agravo regimental e embargos declaratórios, salvo, excepcionalmente, quando expressamente a parte o requeresse e fosse uma postura compreensível ante a complexidade da matéria. Fica claro que o “erro inexplicável revela-se insuficiente para subtrair do recorrido o legítimo direito a um Juízo de inadmissibilidade do recurso impróprio”⁶⁹.

Recentemente, o colendo STJ fez assentar que o princípio da fungibilidade não é paladino para todos os males, enaltecendo a necessidade de se observar, em sua aplicação, princípios outros, de igual, ou quiçá, maior magnitude, como o da taxatividade, o da singularidade e o da adequação⁷⁰.

⁶⁶ BRASIL. STJ. 3ª Turma. REsp n. 166.460/BA. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 10 dez. 1999. *DJU*, Brasília, 17 abr. 2000, p. 57.

⁶⁷ Também conhecido como princípio da unicidade ou singularidade, que determina só caber um único recurso por vez, tendo em vista que ele é o adequado.

⁶⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. 7. ed. São Paulo: RT, 2008. v. 2, p. 512.

⁶⁹ ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 94.

⁷⁰ Nesse sentido: “EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – AGRAVO REGIMENTAL – RECURSO ESPECIAL – ART. 105, III, ‘A’ E ‘C’ – CONTRIBUIÇÃO SOCIAL PREVIDENCIÁRIA – REPETIÇÃO DO INDÉBITO – COMBINAÇÃO DE ESPÉCIES RECURSAIS – AGRAVO REGIMENTAL COM PEDIDOS DE REFORMA E DE SUPRIMENTO DE OMISSÕES E OBSCURIDADES – INADEQUAÇÃO – FUNGIBILIDADE IMPOSSÍVEL. 1. É pacífica a jurisprudência do STJ quanto à possibilidade de conversão de embargos declaratórios em agravo regimental, quando atendidos os requisitos da fungibilidade, especialmente a ausência de erro grosseiro e a adequação de forma, a tempestividade e a inexistência de má-fé. 2. Não é possível admitir a fungibilidade quando o agravante faz reunir em uma única espécie recursal os elementos distintos, diversos e indecomponíveis de agravo interno e de embargos declaratórios. A fungibilidade não alcança a mescla de elementos categoriais de dois recursos diferentes em um só. Ofensa aos princípios da taxatividade, singularidade e fungibilidade. 3. A flexibilização de formas, primado que rege a tolerância com certos desvios não prejudiciais no trato dos recursos, é de ser afastada quando se procede à autêntica criação de espécie nova. O recurso, além de direito da parte, termina por retardar a fruição de um direito subjetivo, daí ser necessário maior rigor no manuseio dessa forma de irresignação contra os provimentos judiciais. Agravo regimental não

Num quadro tal, fica claro que a fungibilidade recursal deve atender a certos requisitos de aplicabilidade, para que a sua incidência não resulte, repisa-se, em conflito com outros preceitos processuais, como o princípio da singularidade recursal, consistente na impossibilidade de se atacar uma decisão, utilizando-se mais de um tipo de recurso ao mesmo tempo.

Ao se debruçar sobre o exame dos requisitos, tem-se que parte da jurisprudência⁷¹ e da doutrina⁷² ainda se orienta no sentido de que o princípio da fungibilidade deva ser aplicado da mesma forma e com os mesmos requisitos do *codex* revogado.

Todavia, vozes não menos abalizadas propendem para a sua aplicação em face das necessidades e peculiaridades do sistema vigente, como Wambier⁷³ e Nery Júnior⁷⁴, entendimento esse que parece o mais técnico, *permissa venia*.

Não se deve tão somente transportar os requisitos do sistema pretérito para o atual, já que a sistemática recursal foi mudada sobremaneira e o direito, assim como a sociedade, encontra-se em constante evolução. Deve-se, isto sim, fazer uso do tirocínio adquirido, estabelecendo-se concepção própria, de molde a relegar os problemas do passado e atender às necessidades do sistema vigente, em conformidade com Jorge⁷⁵.

Ao se compreender desse modo, o afastamento, desde já, da inexistência de má-fé, como requisito necessário para a aplicação do princípio, é medida que se impõe, notadamente diante da dificuldade e do inseparável casuismo para sua definição. Em abono à tese, Wambier aduz que:

a má-fé era aspecto que tinha de ser enfrentado à luz do estatuto revogado, que lhe fazia referência explícita, mas não, a nosso ver, à luz da lei

conhecido” (BRASIL. STJ. 2ª Turma. AgRg no REsp 741.541/SP. Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 18 dez. 2008. *DJ-e*, Brasília, 5 mar. 2009).

⁷¹ Dessa maneira: “EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPROVIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL. ERRO GROSSEIRO. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. INAPLICABILIDADE. I – *O princípio da fungibilidade recursal só é aplicável quando incorre má-fé ou erro grosseiro por parte do recorrente*. Na espécie houve patente erro grosseiro. A ‘lex legum’, em seu art. 105, inciso II, letra ‘b’, expressamente, diz que cabe recurso ordinário dos mandados de segurança decididos em única instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão. II – Agravo regimental improvido. Decisão, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental” (BRASIL. STJ. 6ª Turma. AgRg no Ag 41684, Processo 1993.00.22046-2/SP. Rel. Min. Pedro Aciole, julgado em 27 set. 1993. *DJU*, Brasília, 18 out. 1993, p. 21893) (grifo próprio).

⁷² Ver em MARINONI; ARENHART, 2008, p. 512-513; e, SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1, p. 707.

⁷³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *O novo regime do agravo*. 2. ed. São Paulo: RT, 1996.

⁷⁴ NERY JÚNIOR, 1997.

⁷⁵ JORGE, op. cit.

vigente, que nem menciona o princípio. Logo, parece que sua formulação deve ser a mais simples e operativa possível. A má-fé, a nosso ver, deve ficar de fora⁷⁶.

Adianta-se que, ainda que se tenha por aplicável a fungibilidade e, nada obstante, esteja o recorrente agindo premido de má-fé, ele será alcançado pela sanção geral dos arts. 17 e 18, ambos do CPC, devendo-se, entretanto, conhecer-se do recurso, visto que, como cediço, a má-fé não se mete a rol dentre os requisitos de admissibilidade dos recursos, nos termos do esboço ensinado de Nery Júnior⁷⁷.

Ressalta-se, por conseguinte, desde já, em conclusão antecipada, que o único requisito, como adiante se verá, a ser exigido para que se empregue o princípio da fungibilidade é a dúvida objetiva.

Dúvida objetiva

Para Nery Júnior⁷⁸, desde o sistema revogado, configura-se erro grosseiro a interposição de um recurso errado, sendo que o correto encontra-se, às escâncaras, no texto da lei.

Haverá erro grosseiro, igualmente, quando a doutrina ou jurisprudência forem unânimes quanto ao recurso cabível para a espécie, ou a jurisprudência não discrepar a respeito. Noutros termos, na lição de Jorge⁷⁹, em sendo a lei dúbia ou contraditória, além de conceituar uma decisão como sendo outra, ou, ainda, se existe divergência na doutrina e/ou na jurisprudência, a parte não incorrerá em erro grosseiro na agitação do recurso. Nesse mesmo sentido, são as lições de, entre tantos outros, Teixeira⁸⁰ e Lamy⁸¹.

Tais situações, fazendo coro ao que defende Wambier⁸², por si só, dão azo à incidência do princípio da fungibilidade recursal.

Dessa maneira, é de todo impertinente se distinguir ocorrência de dúvida objetiva de inexistência de erro grosseiro, como faz, por exemplo, Nery Júnior⁸³. Para o renomado processualista, o erro grosseiro só incidirá na ausência do requisito da dúvida objetiva, sendo que, para ele, existirá dúvida objetiva quando o próprio código designa uma decisão interlocutória como sentença ou vice-versa;

⁷⁶ WAMBIER, 1996, p. 114.

⁷⁷ NERY JÚNIOR, 1997.

⁷⁸ Id.

⁷⁹ JORGE, op. cit.

⁸⁰ TEIXEIRA, op. cit.

⁸¹ LAMY, op. cit.

⁸² WAMBIER, 1992, p. 60.

⁸³ NERY JÚNIOR, 1997.

quando a doutrina e/ou a jurisprudência divergirem quanto à classificação de determinados atos judiciais e, conseqüentemente, quanto à adequação do respectivo recurso para atacá-los; ou quando o juiz profere um pronunciamento em lugar de outro.

Como se pode inferir, existindo, a título de exemplo, dissenso jurisprudencial acerca do cabimento de um determinado recurso, tal fato, por si só, permite a incidência do princípio da fungibilidade, já que, em assim sendo, não se poderá considerar tal como erro grosseiro, visto que delineada restou a dúvida objetiva.

Como o mestre Nery Júnior⁸⁴, outros processualistas, ao definirem dúvida objetiva, acabam por consagrar situações ensejadoras de erro grosseiro, como é o caso do notável Desembargador do egrégio TJRS, Portanova⁸⁵.

⁸⁴ NERY JÚNIOR, 1997.

⁸⁵ A mesma contradição, *concessa venia*, cometem os Tribunais: “EMENTA: PROCESSO CIVIL. AGRAVO. LEI 8.038, ART. 28. DESCABIMENTO PARA ATACAR DECISÃO QUE ORDENA O DESENTRANHAMENTO DAS CONTRARRAZÕES AO RECURSO ESPECIAL. FALTA DE PREVISÃO LEGAL. FUNGIBILIDADE RECURSAL NÃO ACOLHIDA. ERRO INESCUSÁVEL. AGRAVO DESPROVIDO. I – A sistemática processual vigente somente prevê agravo de instrumento no Superior Tribunal de Justiça para viabilizar o seguimento do recurso especial obstado na origem e nos casos em que funcione ele, por previsão legal, como órgão de segunda instância, sendo descabido seu manejo contra decisão que ordena o desentranhamento das contrarrazões ao recurso especial. II – A fungibilidade recursal reclama, dentre outros pressupostos, que o erro seja escusável, como na hipótese de fundada dúvida. Decisão. Por unanimidade, negar provimento ao Agravo Regimental” (BRASIL. STJ. 4ª Turma. AGA 33557, Processo 1993.00.03898-2/SP. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgado em 24 jun. 1993. *DJU*, Brasília, 2 ago. 1993, p. 14256); e “EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. CONTRADIÇÃO ENTRE O VOTO-CONDUTOR E A EMENTA DO ACÓRDÃO PROFERIDO PELO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO: ADMISSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA MULTA PREVISTA NO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 538 DO CPC: IMPOSSIBILIDADE. DECISÃO HOMOLOGATÓRIA DE ATUALIZAÇÃO DE CÁLCULOS NO CURSO DA EXECUÇÃO. RECURSO CABÍVEL: AGRAVO DE INSTRUMENTO, E NÃO APELAÇÃO. DÚVIDA OBJETIVA: INEXISTÊNCIA. ERRO GROSSEIRO: CONSTATADO. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL: INAPLICÁVEL. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I – Não são protelatórios os embargos de declaração interpostos com o fito de eliminar contradição existente entre o voto-condutor e a ementa do acórdão. II – Embora não esteja inserto em nenhum dos dispositivos do Código de Processo Civil em vigor, o princípio da fungibilidade ainda rege o sistema recursal pátrio. O princípio da fungibilidade só tem aplicação quando o recorrente não comete erro grosseiro. Para que o equívoco na interposição de recurso seja escusável é necessário que haja dúvida objetiva, ou seja, divergência atual na doutrina ou na jurisprudência acerca do recurso cabível. Se, ao contrário, não existe dissonância ou já esta ultrapassado o dissenso entre os comentaristas e os tribunais sobre o recurso adequado, não há que se invocar o princípio da fungibilidade recursal. III – Constitui erro grosseiro a interposição de apelação, ao invés de agravo de instrumento, contra decisão homologatória de conta de atualização efetuada no curso da execução. IV – Recurso Especial conhecido e parcialmente provido para excluir a multa imposta. Decisão. Por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento” (BRASIL. STJ. 2ª Turma. REsp 117429, Processo 1997.00.05902-2/MG. Rel. Min. Adhemar Maciel, julgado em 19 maio 1997. *DJU*, Brasília, 9 jun. 1997, p. 25514) (grifo próprio). Por esses julgados, fica patente que, ao se ter por caracterizado o erro grosseiro, acaba-se por se reportar à dúvida objetiva.

De fato, ainda sob a égide do sistema revogado, já exortava Seabra Fagundes⁸⁶, no sentido de que se deveria sempre fechar os olhos para o erro na interposição de um recurso, se presente estivesse a dúvida.

Por todo o exposto, crê-se que não há que se cogitar em diferenciar a dúvida objetiva da inexistência de erro grosseiro, sendo aquela pressuposto desse, motivo por que se antolha preferível a utilização do primeiro termo.

Nesse momento, impede apontar alguns casos em que os doutrinadores sustentam estar presente a dúvida objetiva: o ato do juiz que decide o pedido de adjudicação de bens aos parentes do devedor (antiga remição de bens) em execução; o ato do juiz que decreta, processualmente, o usufruto forçado de imóvel ou de empresa; o ato de juiz que julga o incidente de falsidade; a rejeição liminar da reconvenção ou da ação declaratória incidental; a decisão sobre a remoção do inventariante, para Nery Júnior⁸⁷; pronunciamento que julga a exibição de documento ou coisa em poder de terceiro; decisão que concede a antecipação de tutela com base no art. 273, § 6º, do CPC; resolução que julga a liquidação de sentença; decisão que julga a impugnação ao cumprimento de sentença; dúvida entre o cabimento de agravo interno e agravo regimental; dúvida entre o cabimento de embargos declaratórios e agravo interno; dúvida entre o cabimento de embargos infringentes ou apelação na execução fiscal, segundo Vasconcelos⁸⁸; decisão sobre cabimento da denunciação à lide; decisão que indefere oposição; julgamento da questão de estado requerido incidentalmente (art. 265, IV, c, do CPC), na lição de Wambier⁸⁹; dúvida entre o cabimento de embargos infringentes ou recursos de estrito direito; decisão que exclui litisconsorte do processo; fungibilidade entre meios de destrancamento dos Recursos Especial e Extraordinário retidos e entre meios de depósito para suspensão da exigibilidade do crédito tributário, em conformidade com Lamy⁹⁰.

50

De fato, parte dos exemplos citados são de questionável juridicidade, além de que alguns casos mencionados se fazem superados, na atualidade, por entendimentos jurisprudenciais mais recentes e pelas também recentes reformas do CPC. Contudo, a análise em pormenor a esse respeito, em virtude da riqueza de argumentos a se expor, desbordaria dos lindes a que se propõe este trabalho.

Contrariamente, doutrinadores como Medina⁹¹, em franca maioria, rejeitam a aplicação do princípio da fungibilidade dos recursos em tema de Recurso Especial

⁸⁶ SEABRA FAGUNDES, Miguel. *Dos recursos ordinários em matéria civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1946.

⁸⁷ NERY JÚNIOR, 1997.

⁸⁸ VASCONCELOS, op. cit.

⁸⁹ WAMBIER, 2005b.

⁹⁰ LAMY, op. cit.

⁹¹ MEDINA, José Miguel Garcia. *O pré-questionamento nos recursos extraordinário e especial*. 3. ed. São Paulo: RT, 2002.

e de Recurso Extraordinário, dadas as peculiaridades rigidamente positivadas na CR/88, outra não sendo a inteligência da jurisprudência⁹². É de se apontar aqui a posição divergente de Vasconcelos⁹³ e Lamy⁹⁴, em casos como os de decisões acerca do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, em que os recursos oscilam quanto ao amparo na Lei de Introdução ao Código Civil (LICC) ou na CR/88, sendo certo que o trato da matéria é controvertido entre os membros dos próprios Tribunais Superiores competentes.

Destaca-se que, por óbvio, a dúvida deve ser objetiva, *id est*, não pode fazer tão só no recôndito do recorrente, não se perdendo de vista, sem embargo, que, em havendo nova hipótese de dúvida, isto é, ainda não assinalada em doutrina ou jurisprudência, desde que a parte apresente razões consistentes, ter-se-á a incidência do princípio em tela. Ademais, a dúvida deve ser atual, ou seja, descabe se cogitar na aplicação do princípio da fungibilidade recursal se fenecido o dissenso doutrinário e/ou jurisprudencial de outrora a respeito do recurso cabível, na preleção de Jorge⁹⁵.

Em linha de remate, urge mencionar que a importância do princípio da fungibilidade recursal se avultou após a edição da Lei n. 11.232/05, a qual modificou a redação do § 1º, do art. 162, do CPC, nos seguintes termos: “Art. 162. [...] § 1º Sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei”⁹⁶.

É inegável que a *mens legis* dirigiu-se a considerar a implementação definitiva na sistemática processual civil do processo sincrético, fixando-se as fases de conhecimento e de cumprimento de sentença, bem como adaptando o conceito de sentença, no sentido de que o juiz não mais acaba o ofício jurisdicional com a sentença, porque deverá, de regra, cumpri-la.

Não se pode descartar, ante a literalidade do predito dispositivo legal, a possibilidade de se alvitrar como sentença – e, como tal, recorrível por apelação – todo e qualquer ato judicial que implique uma das situações descritas nos arts. 267 e 269, ambos do CPC, em especial decisões com resolução parcial do mérito

⁹² Em sentido equivalente: “EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO QUE NÃO ATACA TODOS OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. DESPROVIMENTO. I – Deixando o agravante de refutar fundamento suficiente à manutenção do decisório agravado, nega-se provimento ao agravo regimental. II – *Inaplicável o princípio da fungibilidade recursal para se convolar em recurso extraordinário apelo originariamente interposto como recurso especial*. III – Agravo regimental desprovido. Decisão. Por unanimidade, negar provimento ao Agravo Regimental” (BRASIL. STJ. 1ª Turma. AGA 26016, Processo 1992.00.20452-0/SP. Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, julgado em 5 maio 1993. DJU, Brasília, 7 jun. 1993, p. 11240) (grifo próprio).

⁹³ VASCONCELOS, op. cit.

⁹⁴ LAMY, op. cit.

⁹⁵ JORGE, op. cit.

⁹⁶ BRASIL. Código de Processo Civil (1973). Lei n. 5869, de 11 de janeiro de 1973. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 jan. 1973.

(homologação de transação parcial, acolhimento de prescrição quanto a determinadas parcelas de um débito etc.) ou, ainda, de exclusão de litisconsorte e de indeferimento liminar da reconvenção. Em realidade, os exemplos citados são, nessa análise, hipóteses claras de cabimento do recurso de agravo de instrumento, mas, como visto anteriormente neste mesmo tópico, a exegese a tal respeito não é uníssona em sede doutrinária. Isso, por si só, rende ensanchas à incidência do princípio da fungibilidade, não se podendo, encareça-se, conferir relevo à presente proposta ou mesmo à de um renomado processualista, mas, sim, insista-se, a ocorrência de dissenso respeitante ao tema na doutrina e/ou na jurisprudência.

Como posição denominada intermediária, tem-se a lição de uma das maiores processualistas brasileiras, a qual, a despeito de reconhecer o cabimento do recurso de agravo nas hipóteses, pontua que, não obstante, tratar-se-ia de sentenças, gerando perplexidade no jurisdicionado, e, por tal razão, ensejando a fungibilidade recursal:

Definimos sentença a partir do critério consistente *em seu conteúdo*. A nosso ver, é este o critério que distingue sentença dos demais pronunciamentos judiciais, como já dissemos. Assim, a decisão que indefere liminarmente a reconvenção *é sentença*, pelo critério do seu conteúdo, pois que o juiz proferirá decisão com fulcro necessariamente num dos incisos dos arts. 267 ou 269, ou, mais especificamente, arts. 267, I, IV, VI; 269, IV; 295, I a VI e parágrafo único, I a IV. Como dissemos, o legislador especificou quais conteúdos fazem com que se possa identificar um pronunciamento judicial como sentença. Estes possíveis conteúdos estão previstos justamente nos incisos dos arts. 267, 269 e 295 do Código de Processo Civil. Destes pronunciamentos, o recurso cabível é a apelação, segundo o art. 513. Esta é a regra.

Excepcionalmente, se recorre de sentenças por meio de agravo⁹⁷.

Parece que o pronunciamento judicial se erigirá à categoria de sentença se, a par de conter as matérias previstas nos arts. 267 ou 269 do CPC (CPC, 162, § 1º), der cabo a uma fase processual, o que pode, aliás, ser extraído da interpretação, *contrario sensu*, do art. 162, § 2º, do CPC. Noutras palavras, a decisão judicial não será tecnicamente sentença se estiver solucionando questão incidental, a despeito de conter alguma das hipóteses plasmadas nos arts. 267 ou 269, ambos do CPC, quando então se cuidará de decisão interlocutória e, como tal, recorrível na forma do art. 522 do CPC.

Câmara⁹⁸ fornece essa como sendo a interpretação a ser adotada, *mutatis mutandis*:

⁹⁷ WAMBIER, 2005b, p. 190; no mesmo sentido LAMY, op. cit., p. 150-151.

⁹⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v. 1.

Não me parece, porém, que seja assim. Estou convencido de que, apesar das novas redações dos dispositivos legais, a sentença continua a ser, no direito processual civil brasileiro, um *ato final*. Aceita a ideia de que existem três módulos processuais distintos (o de conhecimento, o de execução e o cautelar), deve-se considerar sentença o ato do juiz que, resolvendo ou não o mérito da causa, tenha sido capaz de pôr termo a um módulo processual (no primeiro grau de jurisdição). Em outros termos, isto significa dizer que o conceito de sentença, afinal de contas, não se alterou, embora a Lei n. 11.232/05 tenha modificado o texto legal como o fez.

[...] Atos de resolução parcial do mérito, que não determinam a extinção do módulo processual em que proferidos, não são sentenças, mas decisões interlocutórias⁹⁹.

Na mesma toada, Theodoro Júnior:

[...] Se resolve qualquer dessas matérias, o ato judicial, sem dúvida, terá enfrentado situação prevista ou no art. 267 ou no 269 do CPC. Mas seria compatível com o sistema de efetividade e celeridade do processo qualificar como sentença, e permitir a interposição de apelação, antes que o mérito da causa tenha sido completamente resolvido? As regras legais não podem ser lidas e interpretadas isoladamente, fora do sistema a que se integram e em atrito com a sua teleologia.

A reforma ficou a meio caminho; criou um grave problema e não cuidou de dar-lhe solução, quer no campo da maior precisão do que deveria ser a sentença, quer na adaptação do sistema recursal à nova definição de sentença.

Cabe ao intérprete a penosa missão de descobrir o caminho jurídico da superação da deficiência normativa.

[...] Pela insuficiência teórica e operacional do conceito de sentença formulado pelo § 1º do art. 162, sua real delimitação há de ser feita por exclusão: só se deverá considerar como sentença o ato decisório que não configurar decisão interlocutória. Se se resolve questão incidente (questão que não encerra o acerto, nem põe fim à relação processual), o pronunciamento sobre qualquer tema dentre os previstos nos arts. 267 e 269 não assumirá a categoria de sentença; será decisão interlocutória, devendo sua impugnação ocorrer por meio de agravo, e não de apelação¹⁰⁰.

Conforme dito alhures, esses dois últimos juristas possuem razão, não se descartando, porém, a possibilidade de uma decisão interlocutória gerar efeitos

⁹⁹ CÂMARA, op. cit., p. 410.

¹⁰⁰ THEODORO JÚNIOR, op. cit., p. 581.

próprios de uma sentença, como a formação de coisa julgada material e o cabimento de ação rescisória, consoante exemplos fornecidos por Dinamarco¹⁰¹ e Araújo¹⁰².

Da tempestividade

Não há como encerrar o exame dos requisitos para incidência do princípio da fungibilidade recursal sem tecer considerações acerca do prazo para a interposição do recurso. Vale mencionar, se o recorrente deve obediência ao prazo do recurso tido como adequado ou não.

Conforme já foi exposto, a tendência preponderante à verificação da inexistência de má-fé pelo irrisignante radica-se no fato de que ele deverá se valer do prazo do recurso de menor tempestividade, exegese que valia para a sistemática revogada e, para aqueles que a ela se prendem, continua persistindo. Noutros termos, para os seguidores dessa corrente, havendo dúvida, por exemplo, entre o cabimento do recurso apelatório e o de agravo de instrumento, deverá o recorrente observar o prazo legal de 10 dias, previsto no art. 522 do CPC, e não o de 15 dias do art. 508 do mesmo diploma.

Roga-se obsequiosa vênua a quem entende de forma diversa, considerando que tal exigência é um rematado absurdo, haja vista, como antes destacado, a grande dificuldade para delinear a má-fé, o que gerava intensa celeuma desde a sistemática passada, desaguando em critérios absolutamente subjetivos e casuístas para tanto, o que não pode e não deve ocorrer em decisões judiciais.

54

Ademais, a má-fé, além de não se erigir em qualquer dos pressupostos processuais que regem a admissibilidade dos recursos, deve ser punida na forma dos arts. 17 e 18 do CPC ou, na fase executiva, na forma dos arts. 600 e 601, desse mesmo estatuto processual.

Dessa forma, fica claro que o recorrente deve respeito ao prazo do recurso efetivamente interposto.

No entanto, para a maioria da jurisprudência, o recurso errado deve ser interposto no prazo do recurso tido por adequado. A jurisprudência dominante adota esse, ora combatido, ponto de vista, como se pode ver, inclusive, de recentes decisões do colendo STJ, órgão a que a CR/88 incumbiu de dar a correta, adequada e uniforme interpretação à legislação infraconstitucional, no caso a processual¹⁰³.

¹⁰¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2004.

¹⁰² ARAÚJO, José Henrique Mouta. *Coisa julgada progressiva & resolução parcial do mérito*. Curitiba: Juruá, 2007.

¹⁰³ Nesse sentido: "EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DO DEVEDOR – EXECUÇÃO DE TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL – ART. 475 DO CPC ALTERADO PELA LEI 11.232/2005 – RECURSO CABÍVEL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – ERRO ESCUSÁVEL – FUNGIBILIDADE – ALEGAÇÃO DE PAGAMENTO NA FASE DE EMBARGOS-QUESTÃO NÃO SUSCITADA NA FASE DE FORMAÇÃO DO TÍTULO JUDICIAL – EXCESSO DE EXECUÇÃO NÃO

Da leitura atenta dos arestos transcritos, pode-se afirmar que seus ilustres prolores encontram-se por demais influenciados pelos restolhos do sistema revogado de 1939.

CONFIGURADO – DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO. I – Embargos à execução fundados em título executivo judicial, após a entrada em vigor da lei 11232/05, passam a ser denominados impugnação ao cumprimento de sentença, devendo observar o procedimento previsto nos arts. 475-J e seguintes do CPC, que prevê o recurso de apelação em caso de extinção da execução. II – *Havendo fundada dúvida doutrinária e jurisprudencial sobre qual o recurso cabível contra decisão que julgar os Embargos à execução, agora denominados impugnação, não há falar em erro grosseiro se o recurso ajuizado de forma equivocada tiver sido interposto no prazo do recurso adequado, aplicando-se o princípio da fungibilidade recursal.* III – Transitada em julgado a sentença executada, descabe a discussão acerca da certeza do título ou até mesmo de fatos impeditivos, extintivos ou modificativos do direito do exequente, se anteriores ao provimento judicial exequendo, vez que a decisão executada está protegida pelo manto da coisa julgada” (MINAS GERAIS. TJMG. 12ª Câmara. Apelação Cível n. 1.0079.06.289916-0/001. Rel. Des. Alvimar de Ávila, julgado em 3 dez. 2008. TJMG, Belo Horizonte, Data da publicação 12 jan. 2009) (grifo próprio); “EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. APELAÇÃO. RECURSO INADEQUADO. ERRO GROSSEIRO PRESENTE. FUNGIBILIDADE RECURSAL INVIÁVEL. RECURSO NÃO PROVIDO. I – *A fungibilidade recursal é excepcional e pressupõe a existência de dúvida objetiva quanto à espécie de recurso cabível, não estar presente erro grosseiro e o recurso inadequado tenha sido interposto no prazo legal daquele que seria correto.* II – O provimento judicial que julga liquidação de sentença é decisão interlocutória e desafia agravo de instrumento nos exatos termos do art. 475H do CPC. III – Diante da expressa previsão legal, a parte que interpõe apelação contra o mencionado provimento judicial pratica erro grosseiro, o que impede a excepcional aplicação da fungibilidade. 4. Agravo de instrumento conhecido e não provido, mantida a decisão que negou recebimento à apelação por ser recurso inadequado” (MINAS GERAIS. TJMG. 2ª Câmara. Agravo de Instrumento n. 1.0105.95.006479-7/001. Rel. Des. Caetano Levi Lopes, julgado em 17 abr. 2007. TJMG, Belo Horizonte, Data da publicação 27 abr. 2007) (Grifo próprio); “EMENTA: AÇÃO CIVIL. INDEFERIMENTO PARCIAL DA INICIAL. RECURSO DE AGRAVO. APELAÇÃO INTERPOSTA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. OBSERVÂNCIA DO PRAZO. PRECEDENTES. TEMPESTIVIDADE NÃO COMPROVADA. SÚMULA 7/STJ. I – *Ainda que pertinente a existência de dúvida quanto ao recurso a ser utilizado contra decisão que indefere parcialmente a inicial, na hipótese não se pode falar na aplicação do princípio da fungibilidade recursal, que exige o cumprimento de mais dois requisitos: ausência de erro grosseiro e que o recurso erroneamente interposto, tenha sido protocolado dentro do prazo do recurso que se quer seja admitido.* Este último requisito não pode ser comprovado dos elementos trazidos aos autos, uma vez que o recorrente não cuidou de juntar a certidão da intimação da decisão atacada via tal recurso. Incidência da Súmula 7/STJ. II – Precedentes: REsp n. 641.431/RN, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ de 17/12/2004, REsp n. 117.429/MG, Rel. Min. ADHEMAR MACIEL, DJ de 09/06/1997, AgRg nos EREsp n. 588.006/SC, Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, DJ de 13/12/2004. III – Agravo improvido” (BRASIL. STJ. 1ª Turma. AgRg no REsp 920.389/RS. Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 17 maio 2007. DJU, Brasília, 31 maio 2007, p. 407) (grifo próprio); e, finalmente, “EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO AO INVÉS DE APELAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE MÁ-FÉ E ERRO GROSSEIRO. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. APLICABILIDADE. I – *É possível sanar o equívoco na interposição do recurso pela aplicação do princípio da fungibilidade recursal, se inócurre erro grosseiro e inexistente má-fé por parte do recorrente, além de comprovada a sua tempestividade.* II – 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, situação em que seria cabível a apelação. Ocorre,

Não se pode refrear o movimento de progresso pelo qual perpassa o processo civil pela óptica paralisante do medo. É o que se pode dizer daqueles, renovada vênua, que, até os dias de hoje, permanecem infensos à exegese ora defendida.

Não será excessivo repisar que nada há que justifique essa exigência, mesmo porque, a rigor, nem o diploma passado aludia a isso, bem como, porquanto, e isto é irretorquível, o que se presume é a boa-fé.

O principal argumento dos que pensam dessa maneira é o de que, se agitado o recurso errado, após o escoamento do prazo do remédio correto, operada estaria a preclusão ou a coisa julgada, de tal sorte a impossibilitar a aplicação do princípio da fungibilidade.

Ao se dissecar a questão posta com o bisturi do bom senso, vale dizer, a ocorrência de preclusão ou de coisa julgada, Moreira adverte que, em virtude do princípio da fungibilidade dos recursos, há que se abrandar essa regra:

O que se tem de reconhecer é que a lei abriu uma exceção à regra, segundo a qual o escoamento *in albis* do prazo para o recurso cabível faz transitar em julgado a decisão; ou, antes, que a *res iudicata* se forma sob condição resolutiva da subsequente interposição de recurso inadequado, mas conversível no adequado por inexistência de erro grosseiro ou má-fé¹⁰⁴.

56

A razão acompanha, uma vez mais, o apontado mestre. Em verdade, fungibilidade, reitera-se, implica permuta. E, assim considerando, o câmbio quanto ao recurso adequado há de ser pleno, englobando-se, por natural consectário, seus prazos e procedimentos¹⁰⁵.

Cumprido salientar que é dever do magistrado de, em nome do princípio da fungibilidade, receber um recurso por outro, visando, inclusive, dar concretude

entretanto, que ao apreciar os embargos declaratórios opostos pelo ora recorrente contra a decisão terminativa, denominada de 'despacho', o próprio juiz de 1º grau o induziu a erro, no que consignou que: 'a irresignação 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). III – A indução à interposição de recurso equivocado pelo próprio órgão recorrido, aliada ao prazo mais exíguo do agravo de instrumento, quando em comparação com a apelação, afasta a suspeita de má-fé e o erro grosseiro, permitindo a aplicação do princípio da fungibilidade recursal. IV – Recurso especial provido" (BRASIL. STJ. 1ª Turma. REsp 898.115/PE. Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 3 maio 2007. DJU, Brasília, 21 maio 2007, p. 551) (grifo próprio).

¹⁰⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Juízo de admissibilidade no sistema dos recursos cíveis*. Rio de Janeiro: [s.n.], 1968. p. 51.

¹⁰⁵ Nesse sentido é a melhor doutrina, valendo exaltar, dentre tantos outros: NERY JÚNIOR, 1997, p. 142; PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. *Manual dos recursos cíveis*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 61; LAMY, 2007, p. 148; ASSIS, 2008, p. 96; MARINONI; ARENHART, 2008, p. 513; WAMBIER, 2005b, p. 161-162; JORGE, 2002, p. 233 e seguintes; VASCONCELOS, 2007, p. 84 e seguintes; e, TEIXEIRA, 2008, p. 157-158.

ao postulado constitucional da efetiva tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV, da CR/88). Não é admitido, em um Estado que se quer Democrático de Direito, que o intérprete se atenha à literalidade de norma infraconstitucional não mais existente, ou seja, pertencente ao sistema processual revogado (do Código de 1939), até porque “se assegurado o *process* em texto democrático-constitucional, só nos restaria afirmar que o processo tem, na atualidade, como lugar devido de sua criação a Lei Constitucional”¹⁰⁶.

Ademais, a segurança jurídica demanda interpretação que favoreça ao recorrente, tendo em vista a restrição de direitos e por se tratar de ramo do direito público que, segundo basilar regra de hermenêutica, só admite tal limitação quando houver norma explícita nesse sentido, em conformidade com Maximiliano¹⁰⁷.

Assim, tendo entendido a parte que o recurso adequado é o de apelação, manejada que foi no décimo quinto dia, o remédio processual adotado tem que ser havido como tempestivo, já que de 15 dias é o seu prazo para interposição (art. 508 do CPC).

Ao entender o órgão julgador competente que o caso seria de recurso de agravo, cujo prazo é de 10 dias (art. 522 do CPC), mesmo assim deverá recebê-lo, não se operando a preclusão temporal e nada importando a convicção pessoal do magistrado, uma vez que jamais se poderá olvidar que o princípio da fungibilidade foi instituído em benefício da parte, e não do Estado. Não se pode prejudicar os jurisdicionados por erro do próprio sistema, sendo escorreita – não se cansa de insistir – a interposição do recurso impertinente dentro do prazo que a norma jurídica instrumental lhe previu.

Não é só. A exigência do prazo menor, diverso daquele próprio do recurso que a parte considerou cabível, afronta o princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CR/88) e o da ampla defesa (art. 5º, LV, da CR/88), por subtrair ao interessado o direito de recorrer em consonância com as regras processuais.

Conforme se deixou entrever ao ensejo do presente estudo, interpretação em sentido contrário do que se está a apregoar implica malferir o postulado constitucional do acesso amplo à jurisdição (art. 5º, XXXV, da CR/88), sobrelevando trazer ao cotejo a magistral lição do tantas vezes mencionado Nery Júnior:

Em igual medida, todo e qualquer expediente destinado a dificultar ou mesmo impedir que a parte exerça sua defesa no processo civil atenta contra o princípio da ação e, por isso, deve ser rechaçado. Um exemplo que nos ocorre é o da aplicação do princípio da fungibilidade no processo civil. [...] Para que seja cumprido o comando constitucional que garante

¹⁰⁶ LEAL, op. cit., p. 52.

¹⁰⁷ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

o exercício do direito de ação, deve ser aplicado o princípio da fungibilidade, substituindo-se o recurso erroneamente interposto pelo que seria o correto, desde que presentes os requisitos da existência de dúvida objetiva sobre qual seria o recurso adequado e da inexistência de erro grosseiro por parte daquele que pretende beneficiar-se da fungibilidade. Estando presentes os requisitos para a incidência do princípio da fungibilidade dos recursos no processo civil e o juiz deixar de aplicá-lo, estará infringindo o princípio constitucional da garantia do direito de ação¹⁰⁸.

Para além de todos os fundamentos jurídicos expostos, suficientes *de per se* para amparar a tese colocada, convém sublinhar que ofende a lógica do razoável exigir que a parte utilize o menor prazo, se o do recurso por ela alvitado como correto é maior. A rigor, decisões fundadas em premissas desarrazoadas assim também o são e, como tais, receberão a pecha da inconstitucionalidade, por ferirem de morte o art. 5º, *caput*, e inciso LIV, da CR/88 – previsão implícita do princípio da proporcionalidade, citado sob o prisma de seu aspecto substancial – e o art. 13 da Constituição do Estado de Minas Gerais (CE-MG), o qual prevê de maneira explícita o princípio da razoabilidade.

58

Importa registrar o fato de os especialistas apontarem diferentes sedes para o princípio constitucional da proporcionalidade, tais como a cabeça, o § 2º, os incisos V, X e XXV do art. 5º, os incisos VI, VII, XXI do art. 7º, o inciso XI do art. 37, todos da CR/88, além de outros. Como noticia Suppioni de Aguirre¹⁰⁹, o qual se encarrega de justificar a divergência como fruto do recente “reconhecimento da positivação constitucional do princípio”¹¹⁰. Aliás, no ponto, importa transcrever a lição de Barroso:

O princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade, termos aqui empregados de modo fungível, não está expresso na Constituição, mas tem seu fundamento nas ideias de devido processo legal substantivo e na de justiça. [...] Em resumo sumário, o princípio da razoabilidade permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou administrativos quando: a) não haja adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado (adequação); b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo menos gravoso para chegar ao mesmo resultado (necessidade/vedação do excesso); c) não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha (proporcionalidade em sentido estrito). O princípio pode operar, também, no sentido de permitir que o juiz gradue o peso da norma, em uma determinada

¹⁰⁸ NERY JÚNIOR, 2009, p. 177.

¹⁰⁹ SUPPIONI DE AGUIRRE, José Eduardo. *Aplicação do princípio da proporcionalidade no processo civil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 114.

*incidência, de modo a não permitir que ela produza um resultado indesejado pelo sistema, assim fazendo a justiça do caso concreto*¹¹¹ (grifo próprio).

Ao se acolher a lição transcrita, vê-se claramente que o juiz, ao aplicar o princípio da fungibilidade recursal, deverá verificar a obediência ao prazo do recurso efetivamente interposto, sob pena de inegável paradoxo e aplicação do princípio pela metade (adequação). Além de que, havendo o Juízo de admissibilidade positivo do recurso e em sendo constatado o emprego de malícia processual pelo recorrente, limitar-se-á o magistrado a apenar o mesmo (arts. 17 e 18 do CPC), sem lhe subtrair, todavia, o reexame da matéria deduzida em Juízo em assonância com as regras processuais vigentes (necessidade). Esses fatos, somados, ensejarão, aí sim, o conhecimento do litígio em sua plenitude pelo Estado-juiz, conduzindo o processo ao efetivo cumprimento de seu escopo sócio-político-jurídico e estabelecendo-o como lídimo instrumento de entrega da tutela jurisdicional e de realização de justiça no caso concreto (proporcionalidade em sentido estrito).

Adite-se, outrossim, que o estabelecimento da má-fé presumida, como corolário do respeito ao prazo do recurso adequado, acaba por criar, como se deixou entrever anteriormente, pressuposto recursal inexistente no ordenamento jurídico, o que ofende o princípio constitucional da anterioridade legal (art. 5º, II, da CR/88) e, em essência última, o próprio Estado Democrático de Direito, assentado que é em ordenamento jurídico escrito, daí resultando que o agir dos jurisdicionados não pode encontrar óbice outro que não o contido em lei. Dito com outras palavras, é de todo ilegítimo que o Estado-juiz restrinja o direito à tutela jurisdicional no recurso da parte sem amparo de lei em sentido estrito.

Na confluência do exposto, a não aplicação do princípio da fungibilidade recursal com o pressuposto único da dúvida objetiva importará negativa aos princípios constitucionais da anterioridade legal, do acesso amplo e efetivo à jurisdição, da segurança jurídica, do devido processo legal, em que se insere o da proporcionalidade e da ampla defesa, previstos, respectivamente, nos incisos II, XXXV, XXXVI, LIV e LV, do art. 5º da CR/88, além do postulado maior do Estado Democrático de Direito, preconizado pelo art. 1º, *caput*, da CR/88.

E a maior força normativa dos princípios é, de sabença geral, desde o início do século XX, quando as “novas Constituições promulgadas acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais”¹¹². Cuida-se do denominado pós-positivismo, o qual tem como essência a valorização dos princípios com vista à edificação de um instrumental técnico-jurídico aplicável

¹¹¹ BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006a, p. 362-363.

¹¹² BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 264.

aos diferentes problemas concretos. A esse respeito, invoca-se, uma vez mais, a lição de Barroso:

A interpretação jurídica tradicional desenvolveu-se sobre duas grandes premissas: (i) quanto ao papel da norma, cabe a ela oferecer, no seu relato abstrato, a solução para os problemas jurídicos; (ii) quanto ao papel do juiz, cabe a ele identificar, no ordenamento jurídico, a norma aplicável ao problema a ser resolvido, revelando a solução nela contida. Vale dizer: a resposta para os problemas está integralmente no sistema jurídico e o intérprete desempenha uma função técnica de conhecimento, de formulação de juízos de fato. No modelo convencional, as normas são percebidas como regras, enunciados descritivos de condutas a serem seguidas, aplicáveis mediante subsunção. Com o avanço do direito constitucional, as premissas ideológicas sobre as quais se erigiu o sistema de interpretação tradicional deixaram de ser integralmente satisfatórias. Assim: (i) quanto ao papel da norma, verificou-se que a solução dos problemas jurídicos nem sempre se encontra no relato abstrato do texto normativo. Muitas vezes só é possível produzir a resposta constitucionalmente adequada à luz do problema, dos fatos relevantes, analisados topicamente; (ii) quanto ao papel do juiz, já não lhe caberá apenas uma função de conhecimento, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo. O intérprete torna-se coparticipante do processo de criação do direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis¹¹³.

60

Por tudo o que se vem de dizer, deve-se garantir à parte o acesso à jurisdição sempre que haja dúvida, nada mais, nos termos da lição de Santos¹¹⁴.

Do procedimento a ser seguido em caso de incidência do princípio da fungibilidade recursal

Feitas as considerações acerca da incidência do princípio da fungibilidade recursal, cabe lançar apontamentos sobre a aplicação prática do princípio, mais especificamente no que concerne ao órgão julgador competente para o intento e o procedimento a ser adotado no caso da interposição errônea de um recurso.

A todas as luzes, a fungibilidade recursal toca ao exame dos pressupostos que regem a admissibilidade de tais remédios processuais, daí resultando a inafastável

¹¹³ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. *Revista da Escola Nacional da Magistratura*, Brasília: Escola Nacional da Magistratura – ENM, ano I, n. 2, p. 26-72, out. 2006b, p. 35.

¹¹⁴ SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. *A inversão do ônus da prova como garantia constitucional do devido processo legal*. São Paulo: RT, 2002.

conclusão no sentido de que o seu emprego deve ser feito pelo Juízo responsável pela admissibilidade do recurso efetivamente interposto.

Ultrapassado esse ponto, deve-se dizer que o procedimento a ser aplicado, após o emprego da fungibilidade recursal, não demanda maiores indagações, cabendo ao órgão julgador adaptar a sistemática do recurso interposto ao do efetivamente cabível.

Certo é que a maior dificuldade no que se refere ao procedimento da fungibilidade recursal cinge-se àqueles cabíveis contra decisórios de primeiro grau, mais acentuadamente nos casos de troca entre a apelação e o agravo de instrumento, recursos que concentram boa parte das hipóteses em que se vislumbra a possibilidade de incidência do princípio sob exame, o que deflui da diversidade dos órgãos judiciais competentes para o exame da admissibilidade. É dizer, o agravo de instrumento deve ser dirigido diretamente ao Juízo *ad quem* (art. 524 do CPC), enquanto a apelação se materializa por petição encaminhada ao Juízo *a quo*, prolator da decisão vergastada (art. 514 do CPC).

Assim, interposto agravo de instrumento em substituição da apelação, o relator decidirá sobre a incidência do princípio da fungibilidade e, em caso positivo, determinará a intimação das partes, especialmente do recorrido, para a oferta de contraminuta, avocando junto ao Juízo *a quo* os autos principais e processamento o recurso, a partir daí, como se de apelação se cuidasse, segundo procedimento previsto nos arts. 547 e seguintes do CPC.

Há quem defenda a intimação do recorrido, pelo relator, a fim de responder ao recurso e, instruído completamente o instrumento, levá-lo a julgamento pelo órgão colegiado como se fosse apelação, conforme Jorge¹¹⁵. Igualmente, caso o colegiado, por ocasião do julgamento, entenda que o agravo de instrumento deva ser recebido como apelação, deverá passar ao imediato julgamento, a menos que nos autos não se façam presentes os elementos para tanto, na preleção de Teixeira¹¹⁶.

De outra forma, no caso de interposição de apelação no lugar do agravo de instrumento, a questão deve ser aquilatada sob dois diferentes enfoques, já que não se perde de vista o fato de o Juízo de admissibilidade ser levado a efeito pelos Juízos *a quo* e *ad quem*, sendo do último a palavra final.

Por primeiro, para Assis¹¹⁷, entendendo o Juízo *a quo* pela aplicação da fungibilidade recursal, impor-se-á ao julgador a intimação do recorrente para juntar as peças que formarão o instrumento e, ao depois, determinar sua remessa à instância superior.

¹¹⁵ JORGE, op. cit.

¹¹⁶ TEIXEIRA, op. cit.

¹¹⁷ ASSIS, op. cit.

Como dito, o Juízo de admissibilidade feito no Juízo *a quo* é provisório, o que não impedirá que o órgão *ad quem* entenda de maneira diversa, afastando o emprego do princípio da fungibilidade dos recursos ou, inclusive, que o recurso interposto é o próprio para a espécie. Em situações tais, bastará que não receba o recurso na primeira hipótese e, na segunda, processará o recurso que foi efetivamente interposto, mediante avocação dos autos principais, acaso necessário.

Entretanto, inaplicada a fungibilidade recursal pelo Juízo primevo, tal providência poderá ser adotada diretamente no tribunal, ensejo em que o relator ou o colegiado julgará o recurso apelatório como agravo de instrumento, o qual já estará natural e suficientemente instruído. Se, porventura, o recurso for inadmitido em 1º grau, bastará ao recorrente provocar a subida do apelo mediante oportuno manejo de agravo de instrumento, em harmonia com as disposições contidas nos arts. 522, 524 e seguintes, todos do CPC.

Em remate, é bom fincar que, havendo aplicação da fungibilidade recursal, caberá ao órgão julgador adaptar a sistemática do recurso interposto ao do efetivamente cabível, observando o procedimento de cada qual, nos termos dos arts. 547 e seguintes do CPC.

Assim, interposta, por exemplo, apelação no lugar do agravo de instrumento, a toda evidência se fará desvaliosa a providência reclamada pelo art. 526 do CPC, haja vista que o Juízo *a quo* já tomou ciência da irrisignação, o que lhe viabiliza, de pronto, exercer Juízo de retratação.

Outrossim, por não se desconhecer que as despesas processuais dos recursos são calculadas de maneira díspar, certamente a parte interessada deverá ser intimada para complementá-las, quando insuficientes (art. 511, § 2º, CPC), ou para levantá-las, se excessivas.

O que jamais se poderá ignorar é que, em qualquer hipótese de incidência do princípio da fungibilidade dos recursos, “eventuais dificuldades procedimentais não bastam para impedir a sua viabilização prática, devendo-se fazer, sempre que necessário, as devidas alterações e adaptações no procedimento e na tramitação do recurso”¹¹⁸.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, com espeque no art. 5º, inciso XXXV, da CR/88, todos têm direito à busca da tutela jurisdicional justa, adequada e efetiva, de há muito se encontrando ultrapassada a estrita visão de simples acesso aos diversos órgãos integrantes do Poder Judiciário, o que reduzia o amplo acesso à jurisdição a um direito puramente formal.

¹¹⁸ TEIXEIRA, op. cit., p. 162.

Nessa linha de raciocínio, o processo não é um fim em si mesmo, devendo o Estado-juiz acatar a inobservância de determinada forma, desde que tenha o ato atingido sua finalidade, sobrepujando-se, assim, o princípio da instrumentalidade das formas.

A fungibilidade recursal é princípio decorrente da instrumentalidade das formas e dos atos processuais que, por seu turno, decorre de postulados maiores, que são os princípios do devido processo legal, do acesso amplo e efetivo à jurisdição, da proporcionalidade e da razoabilidade, todos de envergadura constitucional. É certo que aquele se faz presente no sistema processual vigente de modo implícito, incidindo sempre que existente dúvida objetiva sobre qual o recurso adequado a atacar uma decisão judicial.

Assim é que, à míngua de consenso doutrinário e/ou jurisprudencial acerca do recurso cabível contra uma decisão – dúvida objetiva –, deverá o Poder Judiciário admitir e conhecer do recurso tido por incorreto, aplicando-se a fungibilidade recursal por meio da ponderação entre os princípios da legalidade, do devido processo legal, da inafastabilidade do controle da jurisdição e do Estado Democrático de Direito. Essa ponderação será propiciada pelos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, preservando os direitos fundamentais das partes e garantindo-lhes uma tutela jurisdicional verdadeiramente justa, adequada e efetiva. Tal conduta respaldará a idiosincrasia normativa dos princípios constitucionais.

Bem por isso, tem-se como não razoável a exigência de que o recorrente observe o prazo do recurso que se tem como apropriado pelo Poder Judiciário, por total ofensa aos aludidos postulados, consolidando-se uma aplicação mutilada do princípio da fungibilidade ou, em última análise, sua própria negação.

Finalmente, ainda que se tenha por aplicável a fungibilidade, caso esteja o recorrente agindo premido de má-fé, ele será alcançado pela sanção geral dos arts. 17 e 18 do CPC, devendo-se, entretanto, conhecer-se do recurso, visto que, como cediço, a má-fé não se mete no rol dos requisitos de admissibilidade de tais remédios impugnativos.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. *Coisa julgada progressiva & resolução parcial do mérito*. Curitiba: Juruá, 2007.

ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006a.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. *Revista da Escola Nacional da Magistratura*, Brasília: Escola Nacional da Magistratura – ENM, ano I, n. 2, p. 26-72, out. 2006b.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL. *Código de Processo Civil (1939)*. Decreto-lei n. 1.608, de 18 set. 1939. Coleção de Leis do Brasil de 1939. v. 1.

BRASIL. *Código de Processo Civil (1973)*. Lei n. 5869, de 11 de janeiro de 1973. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 jan. 1973.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma. AGA 26016, Processo n. 1992.00.20452-0/SP. EMENTA: Processual Civil. Agravo que não ataca todos os fundamentos da decisão agravada. Desprovemento. Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, julgado em 5 maio 1993. *Diário de Justiça da União*, Brasília, 7 jun. 1993, p. 11240.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma. AgRg no Ag n. 847.616/MG. EMENTA: Preenchimento dos Requisitos. Tempestividade dos embargos. Princípio da fungibilidade recursal. Possibilidade de aplicação. Responsabilidade do sócio vinculada ao exercício de gerência ou ato de gestão. Súmula n. 7/STJ. Agravo Desprovido. Rel. Min. Denise Arruda, julgado em 4 set. 2007. *Diário de Justiça da União*, Brasília, 11 out. 2007, p. 302.

64

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma. AgRg no REsp n. 920.389/RS. EMENTA: Ação Civil. Indeferimento parcial da inicial. Recurso de agravo. Apelação interposta. Aplicação do princípio da fungibilidade recursal. Observância do prazo. Precedentes. Tempestividade não comprovada. Súmula n. 7/STJ. Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 17 maio 2007. *Diário de Justiça da União*, Brasília, 31 maio 2007, p. 407.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma. REsp n. 898.115/PE. EMENTA: Processual Civil. Recurso especial. Interposição de agravo de instrumento em vez de apelação. Inexistência de má-fé e erro grosseiro. Princípio da fungibilidade. Aplicabilidade. Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 3 maio 2007. *Diário de Justiça da União*, Brasília, 21 maio 2007, p. 551.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma. AgRg no REsp n. 741.541/SP. EMENTA: Processual Civil e Tributário – Agravo Regimental – Recurso Especial – art. 105, III, *a e c* – Contribuição social previdenciária – Repetição do indébito – Combinação de espécies recursais – Agravo regimental com pedidos de reforma e de suprimento de omissões e obscuridades – Inadequação – Fungibilidade impossível. Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 18 dez. 2008. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 5 mar. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma. REsp n. 117429, Processo n. 1997.00.05902-2/MG. EMENTA: Processual Civil. Contradição entre o voto-condutor e a ementa do acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal. Embargos de declaração: Admissibilidade. Aplicação da multa prevista no parágrafo único do art. 538 do CPC: Impossibilidade. Decisão homologatória de atualização de cálculos no curso da execução. Recurso cabível:

Agravo de instrumento, e não apelação. Dúvida objetiva: Inexistência. Erro grosseiro: Constatado. Princípio da fungibilidade recursal: Inaplicável. Recurso parcialmente provido. Rel. Min. Adhemar Maciel, julgado em 19 maio 1997. *Diário de Justiça da União*, Brasília, 9 jun. 1997, p. 25514.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. REsp n. 166.460/BA. EMENTA: Homologação de Cálculos. Recurso cabível. Erro grosseiro. Súmula n. 118 da Corte. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 10 dez. 1999. *Diário de Justiça da União*, Brasília, 17 abr. 2000, p. 57.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. AGA 33557, Processo n. 1993.00.03898-2/SP. EMENTA: Processo Civil. Agravo. Lei n. 8.038, art. 28. Descabimento para atacar decisão que ordena o desentranhamento das contrarrazões ao recurso especial. Falta de previsão legal. Fungibilidade recursal não acolhida. Erro inescusável. Agravo desprovido. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgado em 24 jun. 1993. *Diário de Justiça da União*, Brasília, 2 ago. 1993, p. 14256.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 6ª Turma. AgRg no Ag n. 41684, Processo n. 1993.00.22046-2/SP. EMENTA: Processual Civil. Agravo de instrumento. Improvimento. Agravo regimental. Erro grosseiro. Princípio da fungibilidade recursal. Inaplicabilidade. Rel. Min. Pedro Acioli, julgado em 27 set. 1993. *Diário de Justiça da União*, Brasília, 18 out. 1993, p. 21893.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v. 1.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2004.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GOMES NETO, José Mário Wanderley. *O acesso à justiça em Mauro Cappelletti: análise teórica desta concepção como “movimento” de transformação das estruturas do processo civil moderno*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

GOMES, Daniela Vasconcellos. A distinção entre regras e princípios na visão de J. J. Gomes Canotilho. *Boletim Jurídico*, Uberaba/MG, ano 4, n. 180, 31 maio 2006. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1318>>. Acesso em: 16 mar. 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

JORGE, Flávio Cheim. *Apelação cível: teoria geral e admissibilidade*. 2. ed. São Paulo: RT, 2002.

LAMY, Eduardo de Avelar. *Princípio da fungibilidade no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2007.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. v. 1.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. 7. ed. São Paulo: RT, 2008. v. 2.

MARTINS, Pedro Batista. *Recursos e processos da competência originária dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MEDINA, José Miguel Garcia. *O pré-questionamento nos recursos extraordinário e especial*. 3. ed. São Paulo: RT, 2002.

MINAS GERAIS. Constituição (1989) *Constituição do Estado de Minas Gerais*. Belo Horizonte: Inédita, 2001.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. 12ª Câmara. Apelação Cível n. 1.0079.06.289916-0/001. EMENTA: Embargos do devedor. Execução de título executivo judicial. Art. 475 do CPC alterado pela Lei n. 11.232/2005. Recurso cabível. Agravo de instrumento. Erro escusável. Fungibilidade. Alegação de pagamento na fase de embargos questão não suscitada na fase de formação do título judicial. Excesso de execução não configurado. Decisão transitada em julgado. Rel. Des. Alvimar de Ávila, julgado em 3 dez. 2008. *Tribunal de Justiça de Minas Gerais*, Belo Horizonte, Data da publicação 12 jan. 2009. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br>>. Acesso em: 1º jul. 2009.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. 2ª Câmara. Agravo de Instrumento n. 1.0105.95.006479-7/001. EMENTA: Ação de indenização. Liquidação de sentença. Apelação. Recurso inadequado. Erro grosseiro presente. Fungibilidade recursal inviável. Recurso não provido. Rel. Des. Caetano Levi Lopes, julgado em 17 abr. 2007. *Tribunal de Justiça de Minas Gerais*, Belo Horizonte, Data da publicação 27 abr. 2007. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br>>. Acesso em: 1º jul. 2009.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974. v. 5.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Juízo de admissibilidade no sistema dos recursos cíveis*. Rio de Janeiro: [s.n], 1968.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na constituição federal: processo civil, penal e administrativo*. 9. ed. São Paulo: RT, 2009.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*. 6. ed. São Paulo: RT, 1997.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997.

OLIVEIRA E CRUZ, João Claudino de. *Do recurso de apelação (cível)*. Rio de Janeiro: Forense, 1949.

- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960. t. 9.
- PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. *Manual dos recursos cíveis*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.
- SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1.
- SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. *A inversão do ônus da prova como garantia constitucional do devido processo legal*. São Paulo: RT, 2002.
- SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. 1ª Câmara Civil. Agravo de Instrumento n. 203.400. EMENTA: Princípio da fungibilidade dos recursos no Código de Processo Civil de 1973. Inexistência. Não conhecimento, assim, de remédio processual inadequado. Rel. Des. Francisco Negrissollo, julgado em 11 set. 1974. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 473/114.
- SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. 3ª Câmara Civil. Agravo de Instrumento n. 250.987. EMENTA: Interposição contra decisão que indefere inicial. Inadmissibilidade. Hipótese de Apelação. Princípio da fungibilidade. Supressão pelo Código de Processo Civil vigente. Rel. Des. Costa Manso, julgado em 6 maio 1976. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 491/87.
- SEABRA FAGUNDES, Miguel. *Dos recursos ordinários em matéria civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1946.
- SUPPIONI DE AGUIRRE, José Eduardo. *Aplicação do princípio da proporcionalidade no processo civil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.
- TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *Teoria do princípio da fungibilidade*. São Paulo: RT, 2008.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 1.
- VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. *Princípio da fungibilidade*. São Paulo: RT, 2007.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Dúvida objetiva: o único pressuposto para aplicação do princípio da fungibilidade. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 17, n. 65, p. 56-74, jan./mar. 1992.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *O novo regime do agravo*. 2. ed. São Paulo: RT, 1996.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. O princípio da fungibilidade sob a ótica da função instrumental do processo. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JÚNIOR, Nelson (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. São Paulo: RT, 2005a. p. 739-792.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4. ed. São Paulo: RT, 2005b.

Data de recebimento: 12/05/2010

Data de aprovação: 20/07/2010

