

Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP
Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em
Direito Processual Civil

THIAGO FREDERICO CHAVES TAJRA

O PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL:
a questão do prazo

Brasília – DF

2009

THIAGO FREDERICO CHAVES TAJRA

**O PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL:
a questão do prazo**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção de título de Especialista em Direito Processual Civil em Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Orientador: Prof.

BRASÍLIA-DF
2009

THIAGO FREDERICO CHAVES TAJRA

O PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL NO PROCESSO CIVIL: a questão do prazo

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção de título de Especialista em Direito Processual Civil em Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em __/__/__, com menção ____ (_____).

Banca Examinadora:

Presidente: Prof.

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

RESUMO

A presente monografia trata do princípio da fungibilidade recursal no processo civil, previsto no art. 810 do Código de Processo Civil de 1939. Apesar de não ter sido repetido pelo atual Código, a fungibilidade recursal subsiste no atual sistema dos recursos, não mais como norma expressa, mas como princípio. O ponto de maior discussão sobre este tema é a questão de qual prazo o recurso deve ser interposto: se no prazo do recurso considerado correto ou no prazo do recurso que foi efetivamente interposto. Este é o enfoque deste trabalho monográfico, no qual serão analisados argumentos visando demonstrar que para o princípio da fungibilidade atingir seu principal objetivo, que é o de preservar o direito do recorrente em face das imperfeições do sistema recursal, deve prevalecer o prazo do recurso que foi efetivamente interposto.

Palavras-chaves: Princípio da fungibilidade recursal, tempestividade, prazo menor.

ABSTRACT

This monograph deals with the principle of the recursal fungibility in the civil procedure, as disposed in the article 810 of the Code of Civil Procedure of 1939. In spite of not being repeated by current Code, the recursal fungibility still exists in the present recursal system, no more as a legal written disposition, but as a principle. The focus of the greater discussion about this theme is the point of which term the appeal shall be presented: if in the appeal term considered correct or in the term that the appeal was actually presented. This is the focus of this monograph study, in which will be analyzed the arguments that demonstrate that, if it is possible to the fungibility principle find it's main target, which is maintain the appellant Wright, facing the imperfections of the recursal system, must prevail the term of the appeal that has been actually presented.

Keywords: *Principle of the recursal fungibility, timing, shorter term.*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 ASPECTOS DA TEORIA GERAL DOS RECURSOS.....	10
1.1 Noções de princípio.....	10
1.2 Princípios do sistema recursal	11
1.2.1 Princípio do duplo grau de jurisdição.....	12
1.2.2 Princípio da voluntariedade.....	13
1.2.3 Princípio da dialeticidade.....	14
1.2.4 Princípio da singularidade	14
1.2.5 Princípio da taxatividade.....	16
1.2.6 Princípio da proibição da <i>reformatio in pejus</i>	17
1.3 Conceito de recurso	18
1.4 Natureza jurídica dos recursos.....	19
1.5 Atos impugnáveis por meio de recurso	20
1.6 Juízo de admissibilidade e juízo de mérito	22
2 O PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL NO PROCESSO CIVIL	25
2.1 Conceito de fungibilidade	25
2.2 Histórico – Código de Processo Civil de 1939.....	27
2.3 Subsistência do princípio da fungibilidade recursal no atual sistema	30
2.4 Requisitos para a aplicação do princípio da fungibilidade..	32
2.4.1 Inexistência de erro grosseiro.....	34
2.4.2 Dúvida objetiva	35
2.5 Irrelevância da má-fé	38
2.6 Procedimento para a aplicação da fungibilidade	40
2.7 Comentários sobre as alterações trazidas pela Lei 11.232 de 2005	42
3 PROBLEMÁTICA DO PRAZO MENOR	47
3.1 A questão do prazo para a aplicação do princípio da fungibilidade	47
3.2 A questão do prazo no CPC de 1939.....	48
3.3 A irrelevância do prazo para a aplicação da fungibilidade..	50
3.3.1 Aplicação da fungibilidade integralmente, inclusive quanto ao prazo	51
3.3.2 Interposição antes de acabar o prazo.....	52
3.3.3 Paralelo do art. 810 com o 809	54
3.3.4 Requisitos previstos no art. 810.....	55
3.3.5 Preclusão.....	56

3.4	Atual posicionamento jurisprudencial	57
3.5	Análise crítica	59
CONCLUSÃO		61
REFERÊNCIAS		65

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa analisar a aplicação do princípio da fungibilidade recursal em face da problemática relativa ao prazo de interposição do recurso. Esta discussão verifica-se sobre qual o prazo deve ser utilizado pelo recorrente para que haja incidência do princípio da fungibilidade: o do recurso considerado correto ou o do recurso efetivamente interposto.

O princípio da fungibilidade era previsto Código de Processo Civil de 1939, em seu art. 810. Contudo, tal artigo foi suprimido com a reforma processual que resultou no CPC de 1973, sob o argumento de que houve uma simplificação do sistema recursal. Apesar de não estar mais previsto no Código de Processo Civil, a fungibilidade recursal continua vigente no atual sistema, não mais como norma expressa, mas sim como um princípio.

Esta subsistência do princípio da fungibilidade demonstra a sua relevância para o atual sistema recursal, tendo em vista os casos de dúvida objetiva que, muitas vezes o recorrente se encontra diante de um verdadeiro dilema para escolher o recurso apto para impugnar determinada decisão.

No decorrer do trabalho, será apresentado o entendimento doutrinário e jurisprudencial sobre a questão da aplicação do princípio da fungibilidade e a questão do prazo para a aplicação desse princípio, desde o CPC de 1939 até os dias atuais.

Para uma melhor compreensão do tema, antes de abordar o princípio da fungibilidade, especialmente da questão do prazo, tratar-se-á de algumas questões relevantes referentes aos princípios e à teoria geral dos recursos.

No primeiro capítulo, apresenta-se uma breve noção do que vem a ser um princípio, sua importância para um sistema jurídico, além de mencionar alguns princípios que norteiam o sistema recursal. Ademais, para a compreensão de um

tema relacionado aos recursos, faz-se necessário o estudo dos aspectos relevantes da teoria geral dos recursos, como o próprio conceito de recurso, sua natureza jurídica, os atos que podem ser impugnados por meio de recurso e, por fim, os juízos de mérito e de admissibilidade.

No segundo capítulo, será estudado o princípio da fungibilidade. Primeiramente, tratar-se-á do conceito de fungível com origem no direito civil, para, posteriormente, aplicar este conceito ao direito processual. Além disso, será visto o histórico deste princípio, demonstrando como era aplicado na vigência do Código de Processo Civil de 1939. Em seguida, far-se-á alusão à subsistência deste princípio no atual sistema, os requisitos necessários à sua aplicação, e o procedimento a ser seguido quando há sua incidência. Ainda neste capítulo, serão abordados alguns casos de aplicação do princípio da fungibilidade, assim como algumas considerações sobre as inovações trazidas pela Lei 11.232 de 2005, que alterou o conceito de sentença.

Por fim, no terceiro capítulo serão abordadas a problemática do prazo menor e a aplicação do princípio da fungibilidade. Além disso, será apresentado o atual posicionamento jurisprudencial sobre o tema, assim como uma análise crítica a respeito desde.

1 ASPECTOS DA TEORIA GERAL DOS RECURSOS

1.1 Noções de princípio

A palavra princípio, em seu sentido etimológico, vem do latim *principiu*, e significa o momento em que algo tem origem, o começo; proposição diretora de uma ciência, ao qual todo o desenvolvimento posterior dessa ciência deve estar subordinado¹. Sob o enfoque jurídico, os princípios são considerados os alicerces de um ordenamento jurídico, conforme o clássico conceito de Bandeira de Mello²:

Princípio 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.

Neste contexto, podemos dizer que os princípios “expressam os valores historicamente preponderantes, originados de prévio consenso e estabelecidos em dado sistema”³. Por este motivo se diz que “violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma”.⁴

Como normas gerais e abstratas, os princípios podem ou não estar expressamente previstos em lei. No que concerne aos não expressos, segundo Norberto Bobbio⁵ “são princípios, ou normas generalíssimas formuladas pelo intérprete, que busca, colher, comparando normas aparentemente diversas entre si, aquilo que comumente se chama de espírito do sistema”.

Estes princípios não são positivados, são regras não escritas que decorrem de um sistema jurídico como um todo. Estas regras orientam na criação e na aplicação do direito positivo, que devem guardar obediência e hierarquia frente aos

¹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*, p. 1393.

² *Curso de direito administrativo*, p. 841 e 842.

³ ASSIS, Araken de. *Manual de execução*, p. 96.

⁴ BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. *Op.cit.*, p. 842.

⁵ *Teoria geral do ordenamento jurídico*, p. 159.

princípios ⁶. Por isso, os princípios são sempre dotados de um alto grau de abstração e, desta maneira, podendo ser concretizado pela via interpretativa e ter uma efetiva aplicação ao caso concreto, como ensina Luiz Fux: “Os princípios são extraídos das regras processuais como um todo e seus cânones influenciam na solução de inúmeras questões legisladas ou não, que na exegese empestada a determinado dispositivo, quer na supressão de uma lacuna legal”. ⁷

Neste mesmo sentido, Nery Junior⁸ afirma que “os princípios são, normalmente, regras de ordem geral, 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”. Por tal razão, não é necessário que um princípio esteja expressamente positivado na lei para que seja válido e eficaz, pois se trata de uma norma diretiva do sistema jurídico e, cuja posição na hierarquia das fontes de Direito é a mais elevada.

Assim, devido a importância dos princípios para um ordenamento jurídico, estes devem ser estudados conjuntamente com as regras positivadas, pois ambos se complementam, suprimindo os princípios as lacunas das regras expressas e orientando na sua aplicação.

No âmbito dos recursos não poderia ser diferente. Os princípios gerais dos recursos são fundamentais ao sistema recursal como um todo. Estes decorrem, direta ou indiretamente, de princípios superiores e fundamentais do processo civil ou de princípios constitucionais. Desta maneira, os princípios recursais servem para complementar a disciplina dos recursos e orientar para uma melhor compreensão do sistema recursal. ⁹

1.2 Princípios do sistema recursal

O estudo preliminar dos princípios recursais antes de adentrar no tema específico da fungibilidade, tem como principal objetivo traçar os contornos e estabelecer as regras gerais do sistema recursal. Com a identificação e com

⁶ PINTO, Nelson Luiz. *Manual dos recursos*, p. 84.

⁷ *Curso de Direito Processual Civil*, p. 246.

⁸ *Teoria geral dos recursos*, p. 139.

⁹ PINTO, Nelson Luiz. *Op.cit.*, p. 84 e 85.

compreensão destes princípios, será estabelecida uma série de características próprias de todos os recursos, facilitando, assim, o entendimento sobre os recursos em geral.

Contudo, por não decorrerem os princípios exclusivamente de normas escritas, há divergência entre os autores no que diz respeito aos princípios do sistema recursal. Por isso, abordar-se-á os princípios recursais mais importantes, que são mencionados pela maioria da doutrina.

1.2.1 Princípio do duplo grau de jurisdição

É inegável a correlação entre os recursos e o princípio do duplo grau de jurisdição, na medida em que a consagração dos recursos no processo civil significa dizer que a lide, em tese, será novamente julgada por órgão diverso daquele que proferiu a decisão¹⁰. Neste sentido, afirma Barbosa Moreira¹¹ que “poder-se-ia dizer que dele decorre a necessidade de permitir-se nova apreciação da causa, por órgão situado em nível superior na hierarquia judiciária, mediante a interposição de recurso ou expediente análogo”.

Assim, este princípio “funda-se na possibilidade de a decisão de primeiro grau ser injusta ou errada, daí decorrendo a necessidade de permitir sua reforma em grau de recurso”.¹²

Segundo Nelson Nery, o seu surgimento ocorreu após a revolução francesa, no momento em que “os novos detentores do poder viam no recurso forma de elitismo, onde os juízes dos tribunais superiores seriam uma espécie de casta com poderes de mando sobre os magistrados de primeiro grau”.¹³

Por este motivo o duplo grau de jurisdição possui natureza política, pois é necessário que se exerça um controle sobre a legalidade e a justiça das decisões,

¹⁰ ORIONE NETO, Luiz. *Recursos cíveis*, p. 137.

¹¹ *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 238 e 239.

¹² CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, p. 74.

¹³ NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*, p. 37 e 38.

não devendo nenhum ato estatal ficar imune a controle¹⁴. Assim, por causa deste controle o juiz de primeiro grau terá maior cuidado na elaboração da sentença, diminuindo a possibilidade de erro.

No ordenamento jurídico brasileiro, não há expressa previsão constitucional do princípio do duplo grau de jurisdição. Apenas implicitamente, quando a Constituição Federal trata da atribuição da competência recursal a vários órgãos de jurisdição¹⁵. Ademais, o referido princípio está presente no Código de Processo Civil, Código de Processo Penal, dentre outras leis infraconstitucionais.

Apesar de ser considerada uma garantia contra injustiças, deve-se fazer um paralelo entre segurança jurídica e estabilidade. Está claro que o direito de ter a decisão analisada novamente garante uma maior segurança para o sistema jurídico. Porém, este direito de recorrer deve ser limitado. Assim, conforme Nelson Luiz Pinto “deve-se chegar a um momento em que a parte não mais poderá insurgir-se contra a decisão, sob pena de se eternizarem os processos, em detrimento do valor segurança e estabilidade”.¹⁶

1.2.2 Princípio da voluntariedade

O princípio da voluntariedade se manifesta na vontade do recorrente em impugnar a decisão, sendo elemento essencial para a admissibilidade e existência do recurso. É com base neste princípio que o art. 501 estabelece que o recorrente poderá, a qualquer tempo, sem anuência do recorrido ou dos litisconsortes, desistir do recurso por ele interposto. Neste sentido, Bernardo Pimentel Souza afirma que “quando há desistência do recurso, renúncia ao direito de recorrer ou aceitação do julgado, o recurso nem sequer ultrapassa a barreira da admissibilidade”.¹⁷

Assim, da mesma forma que a jurisdição é inerte e atua somente quando provocada pelas partes, os recursos também só existem e podem provocar a

¹⁴ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, p. 75.

¹⁵ CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. Artigos 102, inc. II; 105, inc II; 108, II.

¹⁶ *Manual dos recursos*, p. 85.

¹⁷ PIMENTEL SOUZA, Bernardo. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*, p. 179.

atividade do órgão jurisdicional para revisão de determinada decisão, por manifestação expressa das partes.¹⁸

1.2.3 Princípio da dialeticidade

Consiste o princípio da dialeticidade na necessidade da exposição dos fundamentos de fato e de direito pelos quais o recorrente está inconformado com a decisão recorrida¹⁹. Estas razões do recurso “são elemento indispensável a que o tribunal, para o qual se dirige, possa julgar o mérito do recurso, ponderando-as em confronto com os motivos da decisão recorrida”.²⁰

A imprescindibilidade das razões do recurso acontece porque somente assim é permitida a outra parte a existência do contraditório regular e também será possível ao órgão julgador alcançar e identificar quais os limites da impugnação fixados no recurso. Por isso, devido a sua importância, a violação ao princípio da dialeticidade com a interposição do recurso sem as razões recursais impede a prolação do juízo positivo de admissibilidade do recurso, por falta de regularidade formal.²¹

1.2.4 Princípio da singularidade

A lei processual, ao estipular quais são os recursos cabíveis, evidentemente há de indicar uma função determinada bem como uma hipótese específica de cabimento para cada um dos recursos²². Com efeito, o princípio da singularidade, também denominado princípio da unicidade ou da unirecorribilidade, consiste “na exigência de que cada decisão seja atacada por apenas um recurso, qual seja, o previsto na legislação como adequado à impugnação do *decisum* causador do inconformismo”²³. Este princípio era tratado de forma expressa no Código anterior em seu artigo 809.²⁴

¹⁸ JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*, p. 179.

¹⁹ ORIONE NETO, Luiz. *Recursos cíveis*, p. 199.

²⁰ NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*, p. 177.

²¹ JORGE, Flávio Cheim. *Op.cit.*, p. 179.

²² MARINONE, Luiz Guilherme. *Processo de conhecimento*, p. 510.

²³ PIMENTEL SOUZA, Bernardo. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*, p. 151.

²⁴ CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1939. Art. 809, segunda parte: “a parte poderá variar de recurso dentro do prazo legal, não podendo, todavia, usar, ao mesmo tempo, de mais de um recurso”.

No Código atual, não há previsão expressa do princípio da singularidade, apesar da sua subsistência no atual sistema recursal. Esta conclusão advém da interpretação sistemática do art. 496 do atual Código, pois este enumera os recursos admissíveis, fazendo a correlação entre o artigo 162 e os artigos 504, 513, 522.²⁵

Outro motivo pelo qual se pode considerar que o referido princípio foi adotado pelo atual sistema, é a existência da preclusão consumativa. De acordo com esta, uma vez interposto o recurso, consumou-se o momento em que ele deveria ser utilizado, não sendo mais possível ser emendado ou substituído. Desta maneira, se é interposto um determinado recurso contra a decisão, qualquer outro que venha a ser interposto pela parte, deixará de ser admitido em razão da preclusão consumativa.²⁶

Todavia, este princípio não é absoluto, contendo algumas exceções, sendo as principais as que dizem respeito aos embargos declaratórios e à interposição simultânea dos recursos especial e extraordinário.

A primeira consiste na possibilidade da interposição de embargos declaratórios e de outro recurso contra uma mesma decisão. Por serem os embargos declaratórios um recurso cabível contra qualquer decisão jurisdicional, estes não afastam a incidência de outro recurso. Assim, “além de poder ser impugnada por recurso específico, toda decisão jurisdicional pode ainda ser atacada por meio de embargos declaratórios”.²⁷

A segunda é a possibilidade de interposição simultânea dos recursos especial e extraordinário contra o mesmo acórdão. Assim, quando o acórdão recorrido está sustentado por dois fundamentos autônomos e suficientes, sendo um de índole constitucional e o outro infraconstitucional, é necessária a interposição simultânea dos recursos especial e extraordinário, respectivamente.²⁸

²⁵ NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*, p. 119.

²⁶ JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*, p. 181.

²⁷ PIMENTEL SOUZA, Bernardo. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*, p. 153.

²⁸ *Ibidem*, p. 153.

Portanto, de acordo com o princípio da singularidade, no qual cada decisão deve ser atacada pelo recurso cabível, sendo este previsto na legislação, se torna inadmissível o recurso porventura interposto no lugar de outro. No Código de 1939 esta regra não era absoluta, pois por “disposição expressa (art. 810)²⁹, semelhante consequência via-se muito atenuada pela possibilidade de aproveitamento do recurso erroneamente escolhido, mediante conversão no adequado”.³⁰

Este artigo 810 consiste em uma atenuação ao princípio da singularidade, ao passo que proporciona o conhecimento de mais de uma espécie de recurso contra uma única decisão judicial.³¹

Neste aspecto, ressalta Pontes de Miranda³² que “tal princípio apresentou o gravíssimo inconveniente de não saber a parte, no caso de obscuridade ou omissão da lei, ou no de vacilação da jurisprudência, qual o recurso a interpor; e ser vítima de erro, sem culpa”. Nestes casos, para que não haja um injusto prejuízo à parte, poderá ser aplicado o princípio da fungibilidade recursal, que é o tema deste trabalho e que será abordado mais adiante.

1.2.5 Princípio da taxatividade

De acordo com princípio da taxatividade, recurso “é somente aquele previsto em lei, não podendo se criar recurso por interpretação analógica ou extensiva, nem por norma estadual ou regimental”³³. Este princípio decorre da interpretação do art. 496 do Código de Processo Civil, que enuncia no seu *caput* as palavras “seguintes recursos”³⁴. Assim, o legislador tem intenção de estabelecer um rol taxativo dos

²⁹ CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1939. Art. 810: “Salvo 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”.

³⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, p. 249.

³¹ NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*, p. 175.

³² *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 42.

³³ DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro. *Curso de direito processual civil*, p. 47.

³⁴ C.f. NERY JUNIOR, Nelson. Op.cit., p. 50: “O CPC 496 faz uso exatamente do vocábulo seguinte, dando ao intérprete a indúvidosa opção pelo princípio da taxatividade dos recursos: somente aqueles meios de impugnação ali descritos é que são considerados pela lei como sendo recursos”.

recursos, comportando uma interpretação restritiva, discriminando todas as espécies recursais no art. 496.³⁵

Porém, a taxatividade não significa que existam somente os recursos enumerados pelo CPC. Conforme dito anteriormente, significa que os recursos devem ser previstos em lei federal, sendo assim por expressa disposição constitucional (art. 22, I Constituição Federal). Desta maneira, “a taxatividade é do sistema legal federal, e não do Código de Processo Civil, existindo, pois, outros recursos além dos elencados no art. 496 do CPC, previstos em leis extravagantes”.³⁶³⁷

1.2.6 Princípio da proibição da *reformatio in pejus*

O princípio da proibição da *reformatio in pejus* consiste na circunstância do recurso não poder prejudicar a situação da única parte recorrente, ou seja, o recurso somente poderá beneficiar o recorrente, jamais prejudicar. O Código de Processo Civil anterior continha regra expressa vedando a *reformatio in pejus*. Porém, o atual Código “não reproduziu a norma, mas o preceito continua vigente por força de princípio inerente ao sistema estrutural do processo de prestação jurisdicional”.³⁸

Este princípio possui como principal objetivo impedir que o tribunal destinatário do recurso agrave a situação do recorrente por força do julgamento do seu próprio recurso. Entretanto, essa regra não é absoluta, como no caso de sucumbência recíproca, ou seja, quando uma mesma decisão causa prejuízo a ambas as partes, e havendo recurso de ambas, a situação de qualquer uma delas poderá ser agravada como resultado do recurso interposto pela parte contrária, porém não haverá prejuízo do seu próprio recurso.³⁹

³⁵ Os recursos enumerados no art. 496 do CPC são: apelação; agravo; embargos infringentes; embargos de declaração; recurso ordinário, recurso especial; recurso extraordinário; embargos de divergência.

³⁶ PINTO, Nelson Luiz. *Manual dos recursos*, p. 88.

³⁷ São exemplos de recursos previstos em leis federais extravagantes: recurso inominado, previsto no art. 41 da Lei 9.999/95 (Juizados Especiais); embargos infringentes de alçada, previsto na Lei 6.830/80 (Execução fiscal).

³⁸ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*, v. 1, p. 513.

³⁹ PINTO, Nelson Luiz. *Op.cit.*, p. 92.

Da mesma maneira, nos casos de conhecimento de questões de ordem pública que deve ocorrer *ex officio* pelo magistrado e podem ser examinadas a qualquer tempo e grau de jurisdição, não há a proibição da *reformatio in pejus*. Assim ocorre porque são institutos distintos, pois a proibição da *reformatio in pejus* se refere somente em relação a matéria submetida ao tribunal pelo recorrente. Assim, conforme Bernardo Pimentel Souza ⁴⁰, “eventual prejuízo ao recorrente não se dá em virtude do seu próprio recurso, mas, sim, em razão da exigência do julgamento *ex officio* previsto na legislação. Os institutos são diferentes e não devem ser confundidos”.⁴¹

1.3 Conceito de recurso

A palavra recurso provém do latim *recursus*, que significa caminho de volta, retornar, retroagir. Assim, este tem como objetivo o novo exame das peças dos autos para averiguação da existência, ou não, de defeito na decisão causadora da insatisfação do recorrente.⁴²

Portanto, o direito de recorrer refere-se a um direito subjetivo, que pode ser exercido pela parte sucumbente. Este direito é uma extensão do direito de ação ou de defesa sendo praticado dentro da mesma relação processual e, conseqüentemente, prolongando a vida do processo e da litispendência existente.⁴³

Assim, pode-se dizer que as decisões jurisdicionais são impugnadas de duas formas: pelos recursos ou pelas ações autônomas de impugnação. A principal diferença entre estes meios de impugnação é a instauração, ou não, de uma nova relação jurídico processual, ou seja, de um novo processo. Assim, enquanto as ações autônomas de impugnação ensejam a formação de um novo processo, diverso daquele em que foi proferida a decisão que causou a insatisfação, os recursos são interpostos no mesmo processo em que foi prolatada a decisão

⁴⁰ *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*, p. 173.

⁴¹ C.f. NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*, p. 184: “Assim, não haverá reforma para pior proibida se o tribunal, a despeito de só haver um recurso interposto, decidir contra o recorrente em razão de exame de uma dessas matérias de ordem pública”.

⁴² PIMENTEL SOUZA, Bernardo. *Op.cit.*, p. 03.

⁴³ PINTO, Nelson Luiz. *Manual dos recursos*, p. 27.

causadora da insatisfação⁴⁴. São exemplos de ações autônomas de impugnação o mandado de segurança, a ação rescisória. Em contrapartida, são recursos a apelação, os agravos, os embargos de declaração. Apesar de ambos serem aptos a impugnar decisões, são meios distintos, não podendo ser confundidos entre si.⁴⁵

Portanto, feitas as devidas distinções, o recurso pode ser conceituado⁴⁶ como sendo o:

Ato processual que pode ser praticado voluntariamente pelas partes, pelo Ministério Público e até por terceiro prejudicado, em prazo peremptório⁵, apto a ensejar a reforma, a cassação, a integração ou o esclarecimento de decisão jurisdicional, pelo próprio julgador ou por tribunal ad quem, dentro do mesmo processo.⁴⁷

Estão presentes neste conceito os objetivos a serem atingidos pelos recursos, quais sejam: a reforma da decisão impugnada e, sua conseqüente substituição por outra, a ser proferida pelo órgão julgador do recurso (art. 512 do CPC); a anulação (ou invalidação) da decisão, a fim de que o órgão que a prolatou, quando isso seja possível, profira nova decisão, sanando os vícios que geraram sua anulação; o esclarecimento ou a integração da decisão impugnada, pelo mesmo órgão que a proferiu, com o objetivo de sanar-lhe a omissão, contradição, ou obscuridade.⁴⁸

1.4 Natureza jurídica dos recursos

Com relação à natureza jurídica dos recursos, mais uma vez a doutrina não é unânime. Existem duas principais correntes que se formam a respeito do tema, ambas partindo do direito de ação para chegar à natureza do instituto.

Para a primeira, o recurso é uma ação autônoma e distinta em relação ao processo em que foi prolatada a decisão recorrida. Desta maneira, com a

⁴⁴ C.f. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 233, v. 5: “Atente-se bem: dentro do mesmo processo, não necessariamente dos mesmos autos”.

⁴⁵ PIMENTEL SOUZA, Bernardo. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*, p. 08.

⁴⁶ C.f. SILVA, Ovídio A. Batista da. *Curso de processo civil*, p. 389. v. I.: “Recurso, em direito processual, é o procedimento através do qual a parte, ou que esteja legitimado a intervir na causa, provoca o reexame das decisões judiciais, a fim de que elas sejam invalidadas ou reformadas pelo próprio magistrado que as proferiu ou por algum órgão de jurisdição superior.”

⁴⁷ PIMENTEL SOUZA, Bernardo. *Op.cit.*, p. 04.

⁴⁸ PINTO, Nelson Luiz. *Manual dos recursos*, p. 30.

interposição do recurso, surge uma nova ação em relação àquela que vinha sendo exercida.⁴⁹

Com pensamento diverso, para uma segunda corrente, a interposição de recurso não enseja a instauração de processo distinto daquele em que se proferiu a decisão impugnada, mas apenas a continuidade do mesmo processo. Este entendimento é o mais aceito pelos autores pátrios, tendo em vista que no direito positivo nacional, com a interposição de um recurso não há instauração de novo processo. Apenas as ações autônomas de impugnação é que geram a instauração de um processo distinto daquele em que foi proferida a decisão desfavorável.⁵⁰

Sob outro ponto de vista, a interposição de recurso pode caracterizar-se como ônus processual e não um dever, já que o insatisfeito pode recorrer se desejar, para obter uma posição mais vantajosa no processo. Trata-se de um ato que a parte pode praticar para tornar possível a obtenção de uma vantagem ou para afastar a consumação de uma desvantagem. Distingue-se o ônus de um dever, pois neste a imposição é destinada à satisfação de um interesse alheio, ao passo que naquele, há a satisfação de um interesse próprio, neste ponto diferindo do dever. Ademais, o descumprimento de um dever gera uma sanção, na medida em que a não realização de um ônus algo tem como consequência a perda de uma possível vantagem.⁵¹

Em síntese, a natureza jurídica do recurso pode ser vista sob dois ângulos diferentes, não sendo estes incompatíveis entre si: o que tem a natureza de prolongamento do exercício de ação no mesmo processo da decisão recorrida e o que considera o recurso como um ônus processual.

1.5 Atos impugnáveis por meio de recurso

No sistema processual civil pátrio, existe previsão legal para os casos de recorribilidade dos atos processuais. Os artigos 162 e 163 do CPC estabelecem quais os atos do juiz e do tribunal. De acordo com o art. 162, são atos do juiz as

⁴⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 236, v. 5.

⁵⁰ ORIONE NETO, Luiz. *Recursos cíveis*, p. 10.

⁵¹ NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*, p. 234.

sentenças, as decisões interlocutórias e os despachos. Nos tribunais há o acórdão, disciplinado no art. 163 do CPC e, as decisões monocráticas.

Entretanto, não são todos os atos praticados pelo magistrado ou por um órgão jurisdicional colegiado que estão sujeitos a recurso. Para que um pronunciamento jurisdicional possa ser impugnado pela via recursal, é necessário que este possua conteúdo decisório e que cause gravame à parte. Conseqüentemente, os pronunciamentos sem conteúdo decisório e que não causam prejuízo são irrecorríveis. Por esta razão, os despachos são irrecorríveis, como disciplina o art. 504 do CPC⁵². Assim, são passíveis de recurso apenas os atos praticados pelo magistrado ou órgão jurisdicional colegiado que cause algum gravame à parte. Os demais atos do processo não podem ser impugnados, por não terem força de causar prejuízo às partes.⁵³

No que concerne aos atos do juiz de primeiro grau, são passíveis de recurso as sentenças e as decisões interlocutórias. Estes são pronunciamentos de cunho decisório de primeiro grau, capazes de gerar prejuízo a uma das partes, estando sujeitos a recurso. A sentença é definida no art. 162 § 1º do CPC, como sendo o ato do juiz que extingue o processo com ou sem resolução do mérito⁵⁴. O recurso cabível contra sentença é, em regra⁵⁵, a apelação prevista no art. 513 do CPC⁵⁶. Diferentemente da sentença, a decisão interlocutória é o ato segundo o qual o juiz, no curso do processo, resolve uma questão incidente, sem, contudo, colocar fim ao processo (art. 162 § 2º do CPC). As decisões interlocutórias estão sujeitas ao recurso de agravo, previsto no art. 522 do CPC.⁵⁷

⁵² CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Art. 504: “Dos despachos não cabe recurso”.

⁵³ PIMENTEL SOUZA, Bernardo. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*, p. 16.

⁵⁴ Com a redação determinada pela Lei nº. 11.232, de dezembro de 2005, o § 1º do art. 162 passou a ter a seguinte redação: “Sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei”.

⁵⁵ PIMENTEL SOUZA, Bernardo. *Op.cit.*, p. 20: “Há, entretanto, exceções ao binômio sentença-apelação no sistema recursal cível brasileiro. A primeira está inserta no artigo 105, inciso II, alínea ‘c’, da Constituição Federal: recurso ordinário. A segunda consta do artigo 34 da Lei n. 6.830: embargos infringentes de alçada. Já a última está prevista nos artigos 41 da Lei n. 9.099 e 1º e 5º da Lei n. 10.259: recurso inominado”.

⁵⁶ CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Art. 513: “Da sentença caberá apelação”.

⁵⁷ CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Art. 523, primeira parte: “Das decisões interlocutórias caberá agravo”.

Quanto às decisões dos tribunais, são atos decisórios o acórdão e a decisão monocrática, ambos passíveis de impugnação pela via recursal. O acórdão é a decisão por um órgão colegiado. Este pode ser impugnado por meio de embargos infringentes, quando se tratar de acórdão proferido por maioria de votos em provimento de apelação de sentença definitiva ou de aresto não unânime de procedência em ação rescisória (art. 530 do CPC). Os acórdãos também são passíveis de recurso ordinário, como dispõe o artigo 539, I e II do CPC. Os demais arestos, desde que presentes os requisitos, podem ser combatidos via recursos extraordinário e especial (arts. 102, III e 105, III da CF). São cabíveis, ainda, os embargos de divergência dos acórdãos proferidos em julgamento de recursos especial e extraordinário.⁵⁸

Ainda com relação às decisões dos tribunais, pode haver decisões emanadas de um só de seus membros. São estas as decisões monocráticas, que comportam o agravo interno, também denominado agravo regimental (art. 557, § 1º do CPC) como meio de impugnação. Estas não são decisões finais e, por isso não podem ser impugnadas por recurso especial ou extraordinário.⁵⁹

Convém ressaltar que os embargos de declaração são cabíveis contra qualquer decisão jurisdicional, seja em primeiro grau ou no tribunal. Conforme Barbosa Moreira⁶⁰, “quaisquer decisões os comportam, seja qual for o grau de jurisdição, inclusive quando o texto legal as declare irrecorríveis”. Assim, os embargos declaratórios são cabíveis contra a sentença, decisão interlocutória, acórdão e decisão monocrática.

1.6 Juízo de admissibilidade e juízo de mérito

Todo provimento jurisdicional importa invariavelmente numa dupla investigação, quais sejam o exame da admissibilidade e do mérito. Para que haja exame do mérito, da pretensão deduzida em juízo, é necessário que estejam preenchidas as condições da ação. Somente depois de ultrapassado o seu exame é que o magistrado poderá aplicar o direito ao caso concreto.

⁵⁸ PIMENTEL SOUZA, Bernardo. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*, p. 21.

⁵⁹ NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*, p. 241.

⁶⁰ *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 248, v. 5.

Nos recursos, ocorre fenômeno semelhante, pois existem algumas condições de admissibilidade que necessitam estar presentes para que o juízo *ad quem* possa proferir o julgamento do mérito do recurso. O exame destes requisitos é chamado de juízo de admissibilidade. Já o exame do recurso pelo seu fundamento, isto é, saber se o recorrente tem ou não razão quanto ao objeto do recurso, denomina-se juízo de mérito.⁶¹

Importa, portanto, em um primeiro momento, investigar “se a decisão a ser proferida atende e conforma-se com as exigências impostas pelo próprio processo”⁶². Assim, os requisitos de admissibilidade se situam no plano das preliminares, ou seja, vão possibilitar ou não o exame de mérito do recurso.

Na sistemática adotada pelo sistema recursal cível brasileiro, vigora a regra de que o juízo de admissibilidade é duplo e deve ser proferido de ofício. O primeiro juízo cabe ao órgão de interposição, que examina se os requisitos indispensáveis ao julgamento do mérito do recurso estão preenchidos. O segundo cabe ao órgão julgador do recurso, não estando vinculado à decisão proferida na origem.⁶³

Assim, como o objeto do juízo de admissibilidade são os requisitos necessários para que se possa legitimamente apreciar o mérito do recurso, quando estes estiverem presentes há a prolação do juízo de admissibilidade positivo e, por conseqüência, havendo exame do mérito. Entretanto, não estando presentes tais requisitos, ocorre a prolação de juízo de admissibilidade negativo e, conseqüentemente, não há exame do mérito.

Estes requisitos de admissibilidade classificam-se em dois grupos: os requisitos intrínsecos, concernentes à própria existência do poder de recorrer, e os requisitos extrínsecos, relativos ao modo de exercê-lo. Ao primeiro grupo pertencem o cabimento, a legitimação para recorrer, o interesse em recorrer e a inexistência de fato impeditivo. O segundo compreende a tempestividade, a regularidade formal e o

⁶¹ NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*, p. 252.

⁶² SILVA, Ovídio A. Batista da. *Curso de processo civil*, p. 394. V. I.

⁶³ PIMENTEL SOUZA, Bernardo. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*, p. 84.

preparo. Estes são os requisitos genéricos, podendo, todavia, assumir aspectos específicos, variáveis de um recurso para o outro.⁶⁴

No que concerne ao exame do juízo de mérito, o seu objeto é o próprio conteúdo da impugnação da decisão recorrida. Quando nesta há erro na aplicação do direito, erro de interpretação, resultante de má apreciação das questões de direito e/ou de fato, há um vício de juízo (*error in iudicando*) e, conseqüentemente, o objeto do recurso é a reforma desta decisão, por ser esta injusta. Entretanto, diante de um vício de atividade (*error in procedendo*), que consiste em um vício de forma, em defeito estrutural de construção do pronunciamento jurisdicional, o objeto do recurso é a invalidação da decisão, averbada de ilegal.⁶⁵

Assim, a análise do mérito do recurso resultará seu provimento ou não, isto é, um pronunciamento no sentido de que o recorrente tem ou não razão. Entretanto, não se pode confundir o mérito do recurso com o mérito da ação. Enquanto aquele é o pedido formulado pela parte em relação à decisão recorrida, isto é, a anulação, a reforma o esclarecimento ou a integração da decisão judicial impugnada, este consiste no pedido formulado pela parte na petição inicial.⁶⁶

⁶⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 262 e 263, v. 5.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 267.

⁶⁶ PINTO, Nelson Luiz. *Manual dos recursos*, p. 49.

2 O PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL NO PROCESSO CIVIL

2.1 Conceito de fungibilidade

O termo fungibilidade tem sua origem no direito civil, sendo neste utilizado como uma classificação para certas espécies de bens. Conforme Caio Mário, são fungíveis as coisas que

Guardam entre si uma relação de equivalência, o que lhes atribui um mesmo poder liberatório, e significa que o devedor tem uma faculdade de se quitar da obrigação, entregando ao credor uma coisa em substituição à outra, desde que do mesmo gênero, da mesma qualidade, e na mesma quantidade.⁶⁷

A fungibilidade dos bens está prevista expressamente no Código Civil de 2002, em seu art. 85, o qual conceitua fungível como sendo os bens que podem substituir-se por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade. Assim, “como são homogêneas e equivalentes, a substituição de umas por outras é irrelevante”.⁶⁸

Igualmente, no direito judiciário, se vislumbra a mesma idéia de fungibilidade, quando é permitido ao juiz, como à parte, citar outra lei, não referida na inicial, desde que respeitadas os fatos da lide. Neste sentido, afirma Washington de Barros Monteiro⁶⁹ que nos bens fungíveis “substituem-se uma coisa por outra da mesma espécie, qualidade e quantidade; no direito judiciário, tolera-se também a substituição de um texto por outro, quer pela parte, quer pelo juiz”.

Da fungibilidade no direito civil, pode-se concluir que esta ocorre quando há uma troca com equivalência de valores fazendo com que se “apresentem reciprocamente substituíveis, sem prejuízo para quem quer que seja”.⁷⁰

⁶⁷ *Instituições de direito civil*, p. 268.

⁶⁸ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*, p. 122 e 123, v.1.

⁶⁹ *Curso de direito civil. Parte geral*, p. 178, v. 1.

⁷⁰ RODRIGUES, Silvio. *Op.cit.*, p. 123.

No direito processual, a fungibilidade é considerada descendente do princípio da instrumentalidade das formas, significando que preenchidas determinadas condições, tanto um meio quanto o outro podem ser utilizados para se chegar a determinado resultado.⁷¹

No que concerne aos recursos, a fungibilidade é aplicada com a mesma idéia de substituição com equivalência de valores. Havendo, desta maneira, a substituição de um recurso pelo outro, desde que estejam presentes os requisitos. Assim, o princípio da fungibilidade recursal pode ser conceituado como a

Admissibilidade da troca de um recurso por outro, desde que o recorrente, apoiado na existência de dúvida objetiva acerca do recurso cabível, não tenha incorrido em erro grosseiro quando da impugnação ao pronunciamento causador do inconformismo.⁷²

De acordo com a fungibilidade, há o aproveitamento do recurso erroneamente interposto, mediante sua conversão no recurso adequado, seguindo o princípio de que o processo não deve ser sacrificado pelo simples erro de forma.⁷³

Conforme visto no capítulo 1, para a interposição de um recurso deve haver a recorribilidade e a adequação do recurso. A decisão deve ser, em tese, recorrível e a parte deve-se valer do recurso adequado, de acordo com o caso concreto.

O problema se encontra exatamente no que tange ao cabimento do recurso no atual sistema recursal. Existem muitas dúvidas a respeito da adequação entre os atos recorríveis e os recursos adequados para impugná-los. Muitas destas são causadas por imperfeições terminológicas constantes na própria lei, sendo outras decorrentes de divergências doutrinárias e jurisprudenciais. Diante destes fatos, é necessário que sejam estabelecidos mecanismos capazes de contornar esse grave problema, de modo que a parte não seja prejudicada.

Neste contexto, o princípio da fungibilidade surge com a finalidade de “evitar o perecimento do direito do recorrente, por vezes ameaçado por lacunas,

⁷¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*, p. 492

⁷² PIMENTEL SOUZA, Bernardo. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*, p. 208.

⁷³ GRINOVER, Ada Pellegrini. Um enfoque constitucional da Teoria Geral dos Recursos. *Revista Jurídica*, p. 47.

contradições e impropriedades existentes na legislação ou perpetradas pelo prolator da decisão”⁷⁴. Não podendo o recorrente ser prejudicado pelas falhas do sistema recursal ou do próprio judiciário. No mesmo sentido, Frederico Marques⁷⁵ afirma que seu principal objetivo é “evitar o formalismo excessivo no conhecimento dos recursos e também as conseqüências iníquas e injustas muitas vezes daí advindas”.

A fungibilidade insere-se, desta maneira, “com vistas a afastar os danos eventualmente causados pela ausência de clareza do sistema recursal positivado, isentando jurisdicionado das mazelas geradas pela incerteza”.⁷⁶

Em suma, a possibilidade de utilização do princípio da fungibilidade está vinculada a dois principais objetivos. O primeiro refere-se à circunstância de se evitar o formalismo excessivo na admissão do recurso. E o segundo, e mais importante, é a circunstância das impropriedades presentes na própria lei, quanto ao recurso cabível contra certa decisão, o que não pode causar prejuízo ao recorrente.⁷⁷

2.2 Histórico – Código de Processo Civil de 1939

O princípio da fungibilidade recursal era expressamente previsto no art. 810 do Código de Processo Civil de 1939, com a seguinte redação: “Salvo 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”.

No direito português, o Código de Processo Civil de 1939 em seu art. 688, também consagrou o princípio da fungibilidade, com o objetivo de simplificar o acesso à instância recursal. O referido artigo disciplinava que “tendo-se interposto apelação ou revista, se o juiz entender que o recurso competente é o agravo ou vice-versa, não indeferirá o requerimento por este motivo e mandará seguir os termos do recurso que julgar competente”.⁷⁸

⁷⁴ PIMENTEL SOUZA, Bernardo. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*, p. 210.

⁷⁵ *Instituições de direito processual civil*, v. 4, p. 50.

⁷⁶ KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *Manual dos recursos cíveis*, p. 145.

⁷⁷ JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*, p. 233.

⁷⁸ NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*, p. 141.

Dispositivo semelhante ao art. 810 do CPC, também foi previsto no direito alemão. Neste, a discussão era qual o recurso deveria ser interposto quando o juiz proferisse um julgamento errôneo. Duas correntes se formaram, a objetiva e a subjetiva, para tentar responder qual deveria ser o recurso interposto. De acordo com a teoria objetiva, o recurso correto seria aquele adequado à essência da decisão, prevalecendo o conteúdo, a finalidade da decisão. Para a teoria subjetiva, o recorrente deveria interpor o recurso contra a decisão “querida” e não a efetivamente proferida pelo tribunal, não importando o aspecto objetivo da decisão, já que o seu conteúdo era irrelevante.⁷⁹

Todavia, nenhuma das duas teorias conseguiu resolver as dificuldades concernentes à matéria. Por esta razão, foi idealizado pela doutrina o denominado princípio do recurso indiferente (“*Sowohl-als-auch-Theorie*”), no qual tanto é admissível o recurso interposto contra a decisão incorreta do juiz, como também àquele contra a decisão que deveria ter sido proferida, ou seja, a correta. Modernamente, a doutrina alemã tem chamado de princípio do maior favor (“*Grundsatz der Meistbegünstigung*”), prevalecendo a idéia de não se prejudicar a parte, pela interposição de um recurso por outro, nos casos em que a decisão é erroneamente proferida.⁸⁰

No direito brasileiro, até mesmo antes do Código de Processo Civil de 1939, já existiam algumas disposições nos Códigos Estaduais que permitiam a aplicação do princípio da fungibilidade. Era assim no Código de Processo Civil de Minas Gerais, em seu art. 1.485, parágrafo único; do Distrito Federal, art. 1.143; do Rio de Janeiro, art. 2.289.⁸¹

O Código de Processo Civil de 1939 possuía uma previsão expressa quanto a fungibilidade, no qual a parte não pode ser prejudicada pela interposição de um recurso por outro, salvo em hipótese de má-fé ou erro grosseiro (art. 810). Esta previsão se fez necessária diante das freqüentes dificuldades com que se deparava o profissional do direito, para a definição do recurso adequado para se pleitear a

⁷⁹ PINTO, Teresa Arruda Alvim. “Dúvida” objetiva. *Revista de Processo*, p. 61 e 62.

⁸⁰ NERY JUNIOR, Nelson. *Op.cit.*, p. 174.

⁸¹ JORGE, Flávio Cheim. *Apelação cível*, p. 213.

reforma de determinadas decisões. A importância do referido dispositivo estava em evitar que o recorrente sofresse injustos prejuízos diante da dúvida existente.⁸²

Eram freqüentes, no diploma passado, as situações de perplexidade das partes quando lhes cabia escolher o recurso correto para determinada decisão. Essa situação era freqüente quando se tratava de optar entre apelação e agravo de petição, sendo fruto da ambígua redação dos artigos 842 e 846 do CPC de 1939.⁸³

Assim, de acordo com o art. 810 do CPC de 1939, excluída a hipótese de erro grosseiro ou má-fé, era expressamente admitido a possibilidade de interposição de um recurso por outro, bastando, somente a simples manifestação da desconformidade do recorrente, em relação a uma decisão desfavorável, para que o recurso fosse processado e conhecido⁸⁴. Neste sentido, conforme Seabra Fagundes⁸⁵ “somente razões muito ponderáveis devem obstar ao exame do seu pedido de novo julgamento”.

Todavia, com a reforma processual, o disposto no mencionado artigo 810 não foi adotado pelo Código de Processo Civil de 1973. Na exposição de motivos do novo Código, verifica-se a intenção de eliminar a interposição de um recurso por outro, já que o sistema recursal seria mais simplificado com a redução do número de recursos e, desta maneira, não havendo mais dúvida quanto ao seu cabimento. O referido artigo também era considerado de uma eficácia limitada, porque os recursos interpostos erroneamente, freqüentemente não eram conhecidos pelo Tribunal.⁸⁶

Conclui-se, ainda, da exposição de motivos, que a distinção entre apelação e agravo seria bastante simples, ou seja, se o juiz põe termo ao processo, cabe apelação, sendo irrelevante a questão sobre se decidiu ou não o mérito. Ao passo

⁸² FERNANDES, Luis Eduardo Simardi. O princípio da fungibilidade recursal. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JUNIOR, Nelson (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos de acordo com a Lei 9.756*, p. 434.

⁸³ JORGE, Flávio Cheim. *Apelação cível*, p. 213

⁸⁴ SOUZA, Paulo Roberto Pereira. Da fungibilidade dos recursos. *Revista de Processo*, p. 201.

⁸⁵ *Dos recursos ordinários em matéria civil*, p. 159.

⁸⁶ CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973. Exposição de Motivos, Lei n. 5.869 de 11-11-1973, itens 31 e 33.

que, cabe agravo de instrumento de toda a decisão interlocutória proferida no curso do processo, pela qual o juiz resolve questão incidente.⁸⁷

Assim, “não elevou tal princípio a nível de norma posta o legislador de 1973, porque acreditou que, em face da nova sistemática recursal, mais minuciosa que a anterior, difícil seria haver enganos”.⁸⁸

2.3 Subsistência do princípio da fungibilidade recursal no atual sistema

O atual Código de Processo Civil não faz referência em nenhum dispositivo expresso que admita a possibilidade da aplicação do princípio da fungibilidade dos recursos. Como citado anteriormente, na exposição de motivos do novo Código, esta foi bem clara quanto a não haver necessidade de qualquer previsão neste sentido.

Entretanto, mesmo com a reforma e a conseqüente simplificação do sistema recursal do novo Código, continuou havendo “hipóteses em que é difícil aferir qual o recurso cabível, tendo em conta a natureza do pronunciamento judicial que se pretenda atacar”⁸⁹. Para estes casos, continua sendo necessária a aplicação do princípio da fungibilidade, com o objetivo de não prejudicar a parte por algo a que não deu causa, ou seja, a dúvida na interposição do recurso correto.

Mesmo diante destas dúvidas, nos primeiros anos de vigência do atual Código de Processo Civil, a jurisprudência possuía o entendimento de não considerar vigente o princípio da fungibilidade recursal, em face das disposições do Código de 1973, que estabeleciam, à primeira vista, uma exata e precisa correspondência entre as espécies de decisões judiciais e os recursos contra elas cabíveis⁹⁰. Pois, se há uma exata correlação entre as decisões e os recursos aptos a impugná-las, todo o erro cometido na escolha do recurso seria grosseiro e, conseqüentemente, impeditivo da aplicação da fungibilidade recursal.⁹¹

⁸⁷ SOUZA, Paulo Roberto Pereira. Da fungibilidade dos recursos. *Revista de Processo*. [s.l.], p. 200.

⁸⁸ PINTO, Teresa Arruda Alvim. “Dúvida” objetiva. *Revista de Processo*, p. 56 e 57.

⁸⁹ NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*, p. 145.

⁹⁰ PINTO, Nelson Luiz. *Manual dos recursos*, p. 89.

⁹¹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. AG nº. 250.987. Relator Des. Costa Manso. São Paulo, SP, 06.05.1976, in RT 491/87.

Para doutrina da época, que caminhou no mesmo sentido da jurisprudência, “as modificações introduzidas pelo então novo Código na sistemática recursal gerou elogios de toda a sorte e comentários otimistas”⁹². No mesmo sentido, e na mesma época, para Arruda Alvim⁹³ “diante da nitidez do sistema, em regra, há de ser atenuado o princípio da fungibilidade”.

Contudo, nos anos seguintes, percebeu-se que a simplificação dos recursos pelo novo Código não eliminou todas as dificuldades, persistindo dúvidas quanto ao recurso adequado em certas situações. Por esta razão, se fazia necessária a aplicação do referido princípio, para que não se prejudicasse injustamente o recorrente. Por fim, para evitar estes prejuízos, voltou a ser plenamente aceito pela doutrina e jurisprudência a aplicação da fungibilidade dos recursos⁹⁴. Tendo sido esta opinião logo endossada pela jurisprudência do STF⁹⁵: “O princípio da fungibilidade dos recursos subsiste no sistema do Código de Processo Civil de 1973, a despeito de não haver este reproduzido norma semelhante à do art. 810 do Estatuto Processual de 1939”.

Assim, o fato de não haver previsão expressa para aplicação do princípio da fungibilidade não pode ser um obstáculo para sua existência no sistema recursal. Isto ocorre, porque os princípios não necessitam estar expressamente previsto em lei para que tenham validade e eficácia, já que muitas vezes decorrem do próprio sistema jurídico.⁹⁶

Desta maneira o princípio da fungibilidade prevalece, ainda que não de forma expressa na lei. Além disso, o mencionado princípio pode ser considerado como um desdobramento de um princípio superior, o da conversão dos atos processuais, que é manifestação do princípio da instrumentalidade das formas⁹⁷. Este consiste no aproveitamento dos atos que praticados de forma errada, desde

⁹² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*, p. 158.

⁹³ Dogmática jurídica e o novo CPC. *Revista de Processo*, p. 130.

⁹⁴ FERNANDES, Luis Eduardo Simardi. O princípio da fungibilidade recursal. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JUNIOR, Nelson (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos de acordo com a Lei 9.756*, p. 435.

⁹⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1ª Turma. RE 92314. Rel. Min. Thompson Flores. Brasília, DF, 11 mar. 1980.

⁹⁶ NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*, p.139.

⁹⁷ PINTO, Teresa Arruda Alvim. “Dúvida” objetiva. *Revista de Processo*, p.58.

que não resulte em prejuízo para a parte, devem ser considerados válidos se alcançarem a finalidade.⁹⁸

Assim, se o ato atingiu sua finalidade, não pode o recorrente ter seu interesse prejudicado por simples preocupação com o formalismo excessivo, a perfeição pela técnica. O princípio da instrumentalidade das formas está previsto no CPC nos artigos 244 e 250. Neste sentido, para Dinamarco:⁹⁹

Cada ato do procedimento há de ser conforme a lei, não em razão de estar descrito na lei nem na medida do rigor das exigências legais, mas na medida da necessidade de cumprir certas funções do processo e porque existem funções a cumprir. Daí a grande elasticidade a ser conferida ao princípio da instrumentalidade das formas, que no tradicional processo legalista assume papel de válvula no sistema, destinada a atenuar e racionalizar os rigores das exigências formais.

Além de ser aplicado como princípio, a fungibilidade está presente no art. 579 do Código de Processo Penal: “Se o juiz, desde logo, reconhecer a impropriedade do recurso interposto pela parte, mandará processá-lo de acordo com o rito cabível”. Assim em conformidade com o art. 126 do CPC, a aplicação da fungibilidade por analogia Processo Penal ao Processo Civil é perfeitamente cabível.¹⁰⁰

Atualmente não há mais discussão quanto à aplicação do princípio da fungibilidade no Código vigente, não restando mais dúvida quanto a sua necessidade, sendo este o entendimento pacífico tanto na doutrina quanto na jurisprudência.

2.4 Requisitos para a aplicação do princípio da fungibilidade

A principal dificuldade encontrada com a inexistência de regra expressa é o entendimento sobre quais são os requisitos necessários para a aplicação do

⁹⁸ C.f SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 4ª Turma REsp 151.668/SP, Rel. Min. Asfor Rocha, Brasília, DF, j. 29.06.2000, DJ 11.09.2000, p. 253: “O princípio da instrumentalidade das formas, aplicado à teoria geral dos recursos, induz a que se aplique a fungibilidade recursal”.

⁹⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, p. 182 e 183.

¹⁰⁰ C.f SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 2ª Turma. RMS 7823. Rel. Min. Adhemar Maciel. Brasília, DF, 19 fev. 1998. DJ 16.03.1998, p. 74: “Embora não esteja incerto em nenhum dos dispositivos do Código de Processo Civil em vigor, o princípio da fungibilidade ainda rege o sistema recursal pátrio. É que o art. 579 do CPP pode ser aplicado por analogia (art. 126 do CPC)”.

princípio da fungibilidade. Se no sistema recursal anterior, o Código exigia a inexistência de erro grosseiro e a ausência de má-fé. No atual, em razão da ausência de regra expressa, essa função vem sendo exercida pela doutrina e jurisprudência.¹⁰¹

A doutrina não é uniforme no que se refere aos requisitos para aplicação do princípio da fungibilidade, havendo posicionamento em diversos sentidos. Parte da doutrina entende que somente não havendo erro grosseiro, deve-se aplicar a fungibilidade¹⁰². Por outro lado, há posicionamento no sentido de que o único requisito para sua aplicação seria a existência da dúvida objetiva sobre o recurso cabível¹⁰³. Há também o entendimento de que basta que se configure a dúvida objetiva ou a inexistência de erro grosseiro, ou seja, “ou há dúvida ou, alternativamente, inexistente erro grosseiro e se aplica a fungibilidade”¹⁰⁴. Por fim, parte da doutrina entende que para que se aplique o princípio da fungibilidade são necessários além da dúvida objetiva e a inexistência de erro grosseiro, que o recurso seja interposto no prazo daquele que seria o recurso correto para determinado caso concreto.

A jurisprudência majoritária do Superior Tribunal de Justiça, órgão máximo na defesa da integridade do Direito Positivo Federal infraconstitucional, tem o posicionamento de acordo com esta última corrente doutrinária. Assim, para que se aplique a fungibilidade dos recursos, é necessário que estejam presentes os três requisitos conjuntamente, que são dúvida objetiva sobre o cabimento do recurso, inexistência de erro grosseiro, e que o recurso erroneamente utilizado tenha sido interposto no prazo do recurso considerado correto.¹⁰⁵

¹⁰¹ JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*, p. 233.

¹⁰² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*, p. 160.

¹⁰³ CARVALHO, Ernesto Antunes de. Princípio da fungibilidade recursal: prazo. *Revista de Processo*, p. 252.

¹⁰⁴ NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*, p.170.

¹⁰⁵ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1ª Turma. AgRg no REsp 920389. Relator: Min. Francisco Falcão. Brasília, DF, 17 mai. 2007. DJ de 31.05.2007 p. 407; SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1ª Turma. REsp 898115. Relator: Min. Teori Albino Zavaski. Brasília, DF, 03 mai. 2007. DJ 21.05.2007 p. 551; SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3ª Turma. REsp n.º 1026021. Relator: Nancy Andrigh. Brasília, DF, 17 abr. 2008. DJE 30.04.2008.

Neste capítulo, abordar-se-á a seguir sobre a inexistência de erro grosseiro e a dúvida objetiva. A questão do prazo do recurso, que é o enfoque deste trabalho, será tratada com maior propriedade no capítulo 3.

2.4.1 Inexistência de erro grosseiro

A doutrina ainda não conceituou claramente o que seja erro grosseiro na interposição de um recurso por outro. Ainda sobre a vigência do CPC de 1939, Seabra Fagundes¹⁰⁶ afirmou que “não é fácil contê-lo numa forma genérica e capaz de abranger as múltiplas hipóteses de sua aplicação”. Como se pode notar, essa dificuldade se estende desde a vigência do Código revogado até os dias atuais. Por esta razão, “não encontramos outro caminho a seguir que não o de inferir o referido significado das decisões jurisprudenciais”.¹⁰⁷

Em uma tentativa de conceituar erro grosseiro, Didier¹⁰⁸ ensina que este ocorre “quando nada justificaria a troca de um recurso pelo outro, pois não há qualquer controvérsia sobre o tema”.

Para Teresa Arruda Alvim Wambier¹⁰⁹ o erro grosseiro se configura em duas hipóteses:

a) quando a parte faz uso de um recurso, no lugar de outro, *afrontando de maneira flagrante os princípios básicos do sistema recursal do Código de Processo Civil*; e, b) quando a jurisprudência e a doutrina são absolutamente indispares quanto ao cabimento de outro recurso, que não o interposto, contra a decisão recorrida.

Configura também erro grosseiro a interposição do recurso inadequado, quando o correto está expressamente indicado no texto da lei. É o que acontece, por exemplo, quando se agrava da sentença que indefere a petição inicial, pois o art. 296 do CPC dispõe: “Indeferida a petição inicial, o autor poderá apelar[...]”. Neste caso, a lei expressamente disciplina de forma clara e inequívoca pelo cabimento de apelação, sendo que qualquer outro recurso manejado pela parte será erro grosseiro. Conforme Seabra Fagundes¹¹⁰ “desde que se discrimine o recurso no

¹⁰⁶ FAGUNDES, M. Seabra. *Dos recursos ordinários em matéria civil*, p. 161 e 162.

¹⁰⁷ NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*, p.162.

¹⁰⁸ *Curso de direito processual civil*, p. 46.

¹⁰⁹ *Os agravos no CPC brasileiro*, p. 167.

¹¹⁰ *Dos recursos ordinários em matéria civil*, p. 162 e 163.

texto legal e esta discriminação se apresente tão flagrantemente clara, que nem os comentadores, nem os tribunais, sejam levados a divergir no interpretá-lo, o erro do recorrente será grosseiro”.^{111 112}

Deve-se ressaltar que a oscilação da jurisprudência é fator decisivo para afastar a configuração do erro grosseiro. Por esta razão, alguns “erros”, inicialmente tidos como toleráveis, ou seja, não grosseiros, em razão da controvérsia existente sobre a matéria, “gradativamente passam a ser qualificados como ‘grosseiros’, em razão de se ter pacificado a orientação em torno do cabimento de um ou outro recurso”.¹¹³

A *contrario sensu*, se a própria lei dá margem à interpretação duvidosa, conceituando, por exemplo, uma decisão como sendo outra, se na doutrina existe controvérsia e se a jurisprudência é divergente, o recorrente não comete erro grosseiro na interposição do recurso quando há uma dessas situações.¹¹⁴

Em suma, em se tratando de erro grosseiro, não é possível a aplicação do princípio da fungibilidade, “pois não seria razoável premiar-se o recorrente desidioso, que age em desconformidade com as regras comezinhas do direito processual”¹¹⁵. Caso contrário, se o erro for plenamente escusável, não sendo caracterizado como grosseiro, está preenchido o primeiro requisito para a aplicação do referido princípio.

2.4.2 Dúvida objetiva

O Código de Processo Civil, apesar de estabelecer a correlação entre os atos recorríveis do juiz (art. 162 do CPC) e os recursos cabíveis contra estes atos

¹¹¹ C.f SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1ª Turma. RMS 5663. Relator Min. Cesar Asfor Rocha. Brasília, DF, 02 dez. 1995. DJ 15.04.1996 p. 11493: “Não se aplica o princípio da fungibilidade quando evidente o erro grosseiro na sua interposição que ocorre quando se agita um recurso por outro, quando o correto encontra-se expressamente indicado na lei e sobre o qual não se opõe nenhuma dúvida objetiva”.

¹¹² ENUNCIADO N. 272 DA SÚMULA DA JURISPRUDÊNCIA DO STF: “Não se admite como recurso ordinário, recurso extraordinário de decisão denegatória de mandado de segurança.”

¹¹³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*, p. 169.

¹¹⁴ JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*, p. 234.

¹¹⁵ NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*, p.167.

(art. 504, 513 e 522), existem casos em que o “recorrente se depara com um dilema, não sabendo exatamente de qual recurso deva lançar mão”.¹¹⁶

Essa dúvida na escolha do recurso, de acordo com Nery Junior¹¹⁷, pode ser de três ordens:

a) o próprio código designa uma decisão interlocutória como sentença ou vice-versa, fazendo-o obscura ou impropriamente; b) a doutrina e/ou a jurisprudência divergem quanto à classificação de determinados atos judiciais e, conseqüentemente, quanto à adequação do respectivo recurso para atacá-los; c) o juiz profere um pronunciamento ao invés de outro.

No que diz respeito à impropriedade ou obscuridade da lei, pode-se citar como exemplos a apelação em adjudicação, apelação em remição de bens e a apelação em usufruto. Nestes casos, apesar de o CPC denominar os pronunciamentos jurisdicionais como sendo sentença, tratam na realidade de decisões interlocutórias. Assim, a “sentença” em questão possui natureza jurídica de decisão interlocutória, sendo, portanto, o recurso cabível o agravo de instrumento, e não a apelação. Por esta razão, mesmo sendo o recurso cabível, neste caso, no agravo de instrumento, deve-se aplicar o princípio da fungibilidade quando a parte interpõe apelação tomando como base a literalidade da lei.

A segunda situação ocorre quando há uma divergência doutrinária e/ou jurisprudencial quanto ao cabimento de um recurso, o que também possibilita a incidência do princípio da fungibilidade. Esta divergência, entretanto, além de ser atual deve se fundamentar em uma razoável discussão sobre o recurso cabível, pois uma simples divergência minoritária não enseja a aplicação do referido princípio, como enuncia a conclusão nº. 55 do 6º Encontro dos Tribunais de Alçada: “Admite-se a fungibilidade dos recursos desde que inócurre o erro grosseiro. Inexiste este quando há acentuada divergência doutrinária – jurisprudencial sobre qual seria o recurso próprio”.¹¹⁸

Convém ressaltar que esta dúvida deve ser objetiva, não bastando que a dúvida esteja presente apenas no subjetivismo do recorrente. Por tal razão, estas

¹¹⁶ NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*, p.145.

¹¹⁷ *Ibidem*, p.146.

¹¹⁸ *Apud* PIMENTEL SOUZA, Bernardo. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*, p. 208.

divergências devem ser “demonstráveis, ou por convincentes argumentos ou por citações doutrinárias, ou por precedentes jurisprudenciais num e noutro sentido”.¹¹⁹

120

Assim sendo, há uma discussão acentuada e atual sobre tal divergência. Sendo esta devidamente demonstrada, não pode a parte ser prejudicada pela interposição “errada” de um recurso, se nem mesmo a doutrina e a jurisprudência, que são fontes do direito, possuem um entendimento pacífico sobre o assunto. Devendo-se, nesses casos, ser aplicada a fungibilidade dos recursos como meio de sanar possíveis prejuízos ao recorrente.

Por fim, a última hipótese de dúvida objetiva acontece quando ocorre um erro do próprio juiz ao proferir um pronunciamento em lugar de outro. Em nosso sistema recursal, o pronunciamento do juiz é de extrema relevância porque é com base nele que se sabe qual o recurso adequado para atacar determinada decisão. Assim, se o juiz profere um pronunciamento de forma equivocada, o recorrente, com base no pronunciamento proferido, interporá o recurso inadequado. Portanto, este deve ser considerado como se correto fosse, devendo ser conhecido pelo Tribunal.¹²¹

Como exposto, nos casos de dúvida objetiva não há como imputar à parte responsabilidade pela interposição equivocada de um recurso. Neste sentido afirma Nelson Luiz Pinto¹²² que:

Se a prática tem demonstrado que muitas vezes a própria doutrina processual mais autorizada e também a jurisprudência não são pacíficas a respeito de qual o recurso adequado diante de determinadas situações – controvérsias, estas, derivadas muitas vezes de imprecisões e impropriedades terminológicas encontradas na lei -, não há por que deixar de admitir a aplicação desse princípio, que de forma alguma fere o sistema legal como um todo, mesmo porque não pode a parte ser prejudicada em razão das imperfeições da lei e das divergências doutrinárias e jurisprudenciais.

¹¹⁹ PINTO, Teresa Arruda Alvim. “Dúvida” objetiva. *Revista de Processo*, p. 59.

¹²⁰ Vide: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3ª Turma. REsp 729053. Min. Humberto de Gomes de Barros. Brasília, DF, 17 mai. 2005. DJ 27.06.2005, p. 391: “Para configurar divergência jurisprudencial é necessário demonstrar a semelhança entre os arestos confrontados. Simples transcrições de ementas não bastam.”.

¹²¹ NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*, p.147.

¹²² *Manual dos recursos*, p. 90.

Há, ainda, quem sustente, com propriedade, que a dúvida objetiva e a inexistência de erro grosseiro são uma relação de causa e efeito:

Na verdade, inexistência de erro grosseiro e a existência de “dúvida objetiva” são duas faces de uma mesma moeda. Poder-se-ia dizer, em resumo, que o requisito para a aplicação da fungibilidade seria um só: a existência de “dúvida objetiva”, pois havendo tal dúvida não há erro grosseiro; não havendo dúvida haverá erro grosseiro.¹²³

Em resumo, para que seja aplicável o princípio da fungibilidade, é necessário que fique claro que o recorrente tinha fortes razões para entender que o recurso adequado era o recurso que efetivamente foi interposto. Estas razões fundadas não só no seu subjetivismo, no seu íntimo, mas sustentadas por precedentes jurisprudenciais ou pela doutrina, mesmo que apenas por parcela destas.¹²⁴

2.5 Irrelevância da má-fé

A má-fé do recorrente era prevista expressamente no art. 810 do CPC revogado, juntamente com o erro grosseiro, como sendo uma das hipóteses impeditivas para a aplicação do princípio da fungibilidade. Ainda sobre a vigência do Código anterior, Seabra Fagundes¹²⁵ conceituou má-fé como sendo um “erro intencional: a parte interpõe o recurso consciente da sua impropriedade”.

De acordo com este conceito, estaria presente a má-fé na circunstância de a parte, embora sabendo que o recurso correto seria “X”, interpusesse o recurso “Y”, tendo como finalidade tirar algum proveito disto¹²⁶. Sobre este aspecto, é importante salientar a opinião de Alcides de Mendonça Lima:¹²⁷ “É difícil compreender qual o motivo de o recorrente usar, propositadamente, de recurso errado, pois se deve presumir seu interesse pela solução do caso em segundo grau, que prevê favorável, conforme sua honesta expectativa”.

¹²³ DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro. *Curso de direito processual civil*, p. 47.

¹²⁴ FERNANDES, Luis Eduardo Simardi. O princípio da fungibilidade recursal. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JUNIOR, Nelson (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos de acordo com a Lei 9.756*, p. 436.

¹²⁵ *Dos recursos ordinários em matéria civil*, p. 160.

¹²⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*, p. 160 e 161.

¹²⁷ *Introdução aos recursos cíveis*, p. 247.

Pontes de Miranda ¹²⁸ aponta quatro hipóteses para justificar a opção da parte por outro recurso, propositadamente e de má-fé:

a) usar de recurso impróprio de prazo maior, por ter perdido o prazo do recurso cabível; b) valer-se do recurso de maior devolução para escapar à coisa julgada formal; c) protelar o processo, como se lança mão de recurso mais demorado; d) provocar apenas divergência na jurisprudência para se assegurar, depois, outro recurso.

Convém observar que estas quatro hipóteses não se referem especificamente ao direito brasileiro, mas sim ao direito processual como ciência. Atualmente, no direito pátrio, não ocorre a hipótese “b”, ou seja, valer-se a parte do recurso de maior devolução para escapar à coisa julgada formal. ¹²⁹

O fator que mais influenciou na aferição da má-fé, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, foi a questão do prazo. Havia o entendimento de que era fator excludente da má-fé o fato de o recorrente ter interposto o recurso no prazo menor, ficando assim demonstrada a inexistência da intenção de ampliar o prazo recursal pela interposição do recurso errado. Todavia, este entendimento não é o melhor, tendo em vista que, se o legislador quisesse subordinar o aproveitamento do recurso impróprio ao fato de haver sido interposto dentro do prazo legal do recurso próprio, teria indicado de modo expresso na lei essa condição. ¹³⁰

No sistema anterior, a exigência da ausência de má-fé do recorrente para aplicação da fungibilidade foi muito questionada, mesmo com sua previsão expressa no art. 810. Por ser um aspecto inteiramente subjetivo e cuja identificação torna-se muito difícil, praticamente toda a doutrina e jurisprudência desconsiderou a ausência de má-fé como requisito para a incidência ou não da fungibilidade dos recursos. ¹³¹

Como o atual sistema recursal não fez referência expressa à fungibilidade, como ocorria na Lei revogada, “parece que sua formulação deve ser a mais simples e operativa possível” ¹³², devendo-se excluir a ausência de má-fé como requisito. No

¹²⁸ Apud MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*, v. 4, p. 51.

¹²⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*, p. 165.

¹³⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. Um enfoque constitucional da Teoria Geral dos Recursos. *Revista Jurídica*, p. 48.

¹³¹ JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*, p. 233.

¹³² PINTO, Teresa Arruda Alvim. “Dúvida” objetiva. *Revista de Processo*, p. 60.

mesmo sentido, Luiz Rodrigues Wambier ¹³³ afirma que “a ausência de má-fé é requisito que não deve ser exigido para aplicações do princípio”.

Convém destacar que o recorrente não precisa demonstrar a boa-fé ao recorrer, já que esta é presumida. Diversamente do que acontece com a má-fé, que não se presume. Além disso, há uma sanção específica para o litigante de má-fé, prevista nos artigos 17 e 18 do CPC. Caso o recorrente realmente aja de má-fé, se estiverem presentes todos os requisitos para aplicação da fungibilidade, deve ser aplicada a devida sanção ao litigante, e o recurso deve ser conhecido. ¹³⁴

Por estas razões, a má-fé se torna irrelevante para a aplicação do princípio da fungibilidade, já que o recurso deve ser conhecido, não porque o recorrente esteja de boa-fé, mas sim porque há dúvida quando ao recurso correto, sendo assim, o recorrente não teria agido com erro grosseiro. ¹³⁵

2.6 Procedimento para a aplicação da fungibilidade

Uma questão relevante diz respeito ao procedimento a ser seguido pelo recurso quando é aplicado o princípio da fungibilidade, ou seja, quando determinado órgão julgador efetua a substituição do recurso interposto por outro.

Primeiramente, deve-se questionar: qual o órgão competente para sua aplicação: o juízo de origem ou o tribunal, ou ambos? A princípio, a fungibilidade deve ser aplicada pelos órgãos que têm competência para exercer o juízo de admissibilidade dos recursos, já que o objetivo deste princípio é justamente o de influir sobre a decisão da admissibilidade ser positiva ou negativa. ¹³⁶

Antes do advento da Lei nº. 9.139/95, o agravo de instrumento, assim como a apelação, era interposto perante o juízo de primeiro grau, sendo sua admissibilidade feita por este. Entretanto, a lei supracitada “influenciou de forma determinante no procedimento do recurso para a aplicação do princípio da

¹³³ *Curso avançado de processo civil*, v. 2, p. 638.

¹³⁴ NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*, p.170.

¹³⁵ *Ibidem*, p. 170.

¹³⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*, p. 181.

fungibilidade”¹³⁷, pois com sua nova redação, o agravo passou a ser interposto diretamente no tribunal. Por esta razão, a sua admissibilidade passou a ser feita pelo tribunal *ad quem*, portanto, sendo este o juízo competente para a aplicação da fungibilidade.

Com a modificação, muito se discutiu se esta teria inviabilizado a aplicabilidade do princípio da fungibilidade. Sustenta Vicente Greco Filho¹³⁸, que isto aconteceria no caso de ser interposta a apelação, ao invés do agravo, pois não poderia o recurso ser remetido ao tribunal e ser julgado como agravo, já que este deveria ter sido interposto diretamente no tribunal. Assim, caso isto viesse a acontecer, restaria apenas indeferir a apelação por ser o recurso inadequado.

Não há como negar que as alterações procedimentais relativas ao agravo tenham dificultado a aplicação do princípio da fungibilidade, todavia, o entendimento acima mencionado não merece prosperar. Pois, conforme afirma Tereza Arruda Alvim Wambier:¹³⁹

Os embaraços de natureza procedimental, como regra geral, não devem influir sobre a concepção que se possa ter sobre a aplicabilidade de tal princípio, o que faria com que, sob certo aspecto, nosso processo civil se acabasse desviando daquilo que hoje os processualistas consideram ser o melhor caminho.

A jurisprudência tem entendido no mesmo sentido, considerando a subsistência do princípio da fungibilidade, apesar das alterações no procedimento em relação ao agravo de instrumento. Deste modo, decidiu-se que “Ainda que tenha havido grande modificação na sistemática do agravo, com a sua interposição direta na segunda instância, não há impossibilidade de se adotar o princípio da fungibilidade, ensejando-se à parte recorrente a sua regularização”.¹⁴⁰

Por ser o agravo de instrumento interposto no juízo *ad quem*, a conversão deste em apelação é sempre determinada pelo tribunal. Assim, interposto o agravo diretamente no tribunal, cabe ao relator examinar sua admissibilidade. Aplicando a

¹³⁷ JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*, p. 241.

¹³⁸ *Apud* WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*, p. 181.

¹³⁹ *Ibidem*, p. 181.

¹⁴⁰ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 4ª Turma. Resp 164.170. Relator Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Brasília, DF, 28 abr. 1998. DJ de 28.02.2000, p. 86.

fungibilidade e recebendo o agravo como apelação, cumpre ao relator intimar o recorrente desta decisão e enviar as peças que comporiam o instrumento ao juízo *a quo* para que se processe o recurso como de apelação. Caso a admissibilidade seja feita pelo órgão colegiado, não há nenhuma providência prática a ser tomada pelo tribunal. Deve-se conhecer o agravo de instrumento como apelação, pois já está composto de todas as peças, inclusive as contra-razões do agravado, estando devidamente instruído para julgamento.¹⁴¹

No caso da apelação, cabe tanto ao juízo *a quo* quanto ao tribunal *ad quem* a aplicação da fungibilidade. Assim acontece porque ambos possuem competência para apreciar a admissibilidade da apelação.

Caso o juízo *a quo* receba a apelação como agravo, deverá determinar que o recorrente prepare os documentos que formarão o instrumento, para depois, encaminhar os autos diretamente ao tribunal para que se siga o procedimento do agravo.¹⁴²

A segunda situação ocorre quando a apelação é recebida como agravo pelo tribunal. Nesta situação, sendo a conversão determinada pelo relator, ou pelo órgão colegiado competente para julgá-lo, deverá haver o julgamento do agravo, sem maiores conseqüências práticas, visto que o mesmo já estará devidamente instruído.¹⁴³

2.7 Comentários sobre as alterações trazidas pela Lei 11.232 de 2005

A Lei 11.232, publicada em 23 de dezembro de 2005, modificou substancialmente o Código de Processo Civil. A relevância destas modificações para este trabalho encontra-se na nova conceituação que foi dada à sentença e a sua importância em face da recorribilidade dos atos judiciais.

Em sua redação original, o artigo 162 do CPC estabelecia os atos do juiz da seguinte forma: se a finalidade do ato fosse extinguir o processo, seria sentença; se

¹⁴¹ NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*, p.171.

¹⁴² *Ibidem*, p.171.

¹⁴³ JORGE, Flávio Cheim. *Apelação cível*, p. 241.

seu objetivo fosse decidir, no curso do processo, questão incidente, sem extinguí-lo, seria decisão interlocutória; se seu objetivo fosse apenas dar andamento ao processo, sem nada decidir, seria despacho. Como se pode notar, o critério utilizado pelo CPC para classificar os pronunciamentos do juiz de primeiro grau “era somente a finalidade do ato, seu objetivo, seu sentido teleológico, sua consequência”.¹⁴⁴

Este critério fixado *ex lege* possui somente a finalidade como parâmetro classificatório. Por esta razão, toda e qualquer outra tentativa de classificação daqueles atos, que não utilizasse o elemento teleológico deveria ser interpretado como sendo *de lege ferenda*.¹⁴⁵

Entretanto, parte da doutrina não concordava com o critério da finalidade, adotado pelo Código. Para esta corrente doutrinária, não é o simples fato de colocar fim ao processo que caracteriza essencialmente a sentença, mas deve-se levar em consideração principalmente o seu conteúdo. Assim, pôr fim ao processo é apenas um efeito das sentenças.¹⁴⁶

Além disso, como corretamente já se afirmou na doutrina, “a extinção do processo, a rigor, não se dá pela sentença (ou pelo acórdão), mas pelo esgotamento das vias recursais. Por isso, de modo geral a sentença não extingue o processo, mas apenas o procedimento em primeiro grau de jurisdição”.¹⁴⁷

Com o advento da Lei 11. 232/2005 e, atendendo aos reclamos de parte da doutrina, foi modificado o conceito de sentença, não sendo mais definida apenas pela finalidade, como estabelecia o art. 162 § 1º em sua redação original, mas sim pelo critério misto do conteúdo e da finalidade.¹⁴⁸

Assim, de acordo com a nova redação do art. 162 § 1º do CPC, a sentença pode ser definida como o “ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei”.

¹⁴⁴ NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*, p. 312.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 312.

¹⁴⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*, p. 107.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 108.

¹⁴⁸ NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria. *Op.cit.*, p. 373.

Tendo em mente este novo conceito, imagine-se a hipótese de indeferimento da petição inicial em face de um dos réus, que se apresenta como parte ilegítima, num litisconsórcio passivo e facultativo. O pronunciamento em relação a este réu terá conteúdo do art. 267, I do CPC e, de acordo com a nova Lei, este pronunciamento seria uma sentença. Desta maneira, por se tratar de uma sentença, o recurso apto a impugnar tal decisão seria a apelação, conforme previsto no art. 513 do CPC.¹⁴⁹

Todavia, por mais que este raciocínio advenha de uma interpretação literal do art. 162 § 1º do CPC, não é considerado o mais correto. Tal pronunciamento não é uma sentença, mas sim uma decisão interlocutória, já que deve ser considerado que o procedimento prosseguirá, para que os pedidos do outro réu sejam apreciados.

Neste contexto, Nery Junior¹⁵⁰ expõe que:

O pronunciamento do juiz só será sentença se a) contiver uma das matérias prevista no CPC 267 ou 269 (CPC 162 § 1º) e, cumulativamente, b) extinguir o processo (CPC 162, § 2º, a *contrario sensu*), porque se o pronunciamento for proferido “no curso do processo”, isto é, sem que se lhe coloque termo, deverá ser definido como decisão interlocutória, impugnável por agravo (CPC 522) sob pena de instaurar-se o caos em matéria de recorribilidade desse mesmo pronunciamento.

A nova redação não afasta todos os problemas, pois como demonstrado, há pronunciamentos judiciais que, embora proferidos no curso do processo, apresentam conteúdos próprios dos arts. 267 ou 269 do CPC, não podendo ser considerados sentenças, mas sim decisões interlocutórias.

Tendo em vista os aspectos apresentados, a sentença pode ser definida como o “pronunciamento do juiz que contém alguma das circunstâncias descritas no CPC 267 ou 269 e que, ao mesmo tempo, extingue o processo ou procedimento no primeiro grau de jurisdição, resolvendo ou não o mérito”.¹⁵¹

¹⁴⁹ CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Art. 513: Da sentença caberá apelação (arts. 267 e 269).

¹⁵⁰ *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*, p. 372.

¹⁵¹ NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*, p. 373.

Deve-se ressaltar que esta nova redação, “tem a grande vantagem de não *restringir excessivamente* o conceito de sentença, como fazia a redação anterior. Ter ou não aptidão para extinguir o processo não é efetivamente, critério hábil a definir se se está ou não diante de uma sentença” ¹⁵². Como exemplo, pode-se citar as ações executivas *lato sensu*, já que, antes de dar cabo do processo, a sentença dá início a uma nova fase processual, voltada para a execução do direito cuja existência foi reconhecida na sentença. ¹⁵³

No que concerne à decisão interlocutória, a Lei manteve inalterado o seu conceito, permanecendo o art. 162 § 2º com sua redação originária de 1973, definindo-a como sendo o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente, sendo para tanto irrelevante o seu conteúdo. Desta maneira, se o pronunciamento foi proferido no curso do processo, isto é, sem que lhe coloque termo, deverá ser definido como decisão interlocutória. ¹⁵⁴

Na questão da recorribilidade com o advento da Lei 11.232/2005, deve-se atentar para dois principais aspectos. Se o ato encerra uma face do procedimento de primeiro grau e, cumulativamente, possui um dos conteúdos dos artigos 267 e 269 do CPC, é que dele caberá o recurso de apelação. Caso contrário, mesmo que a decisão possua um dos conteúdos daqueles dois dispositivos, mas não põe fim a nenhuma etapa do procedimento de primeiro grau, caberá o recurso de agravo do art. 522. ¹⁵⁵

Em suma, a nova Lei não mudou a sistemática recursal, conforme afirma Didier ¹⁵⁶:

A alteração do § 1º do art. 162 do CPC não alterou o sistema recursal brasileiro. É preciso que o intérprete perceba isso, caso contrário essa opção legislativa terá um grave efeito colateral de criar discussões jurisprudenciais/doutrinárias bizantinas acerca do recurso cabível contra essa ou aquela decisão.

¹⁵² WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Sentença civil*, p. 35.

¹⁵³ *Ibidem*, p. 35.

¹⁵⁴ NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*, p. 372.

¹⁵⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*, p. 20, v. 1.

¹⁵⁶ *Curso de direito processual civil*, p. 34.

Entretanto, por se tratar de uma alteração recente no Código de Processo Civil, há muita discussão sobre seus reflexos na sistemática recursal. Deve-se considerar que os dois principais meios de interpretação das leis, a doutrina e a jurisprudência, ainda não se manifestaram maciçamente sobre o assunto, principalmente esta, que somente agora vai ter a oportunidade de decidir com base na nova redação do art. 162.

Neste contexto, ao menos no início de vigência da Lei 11.232/2005, deve ser dada maior importância ao princípio da fungibilidade dos recursos, principalmente até haver entendimento dominante que minimize as dúvidas objetivas sobre o cabimento dos recursos, sob pena de vigorar uma insegurança sobre qual o recurso cabível para impugnar determinado pronunciamento judicial.¹⁵⁷

¹⁵⁷ VAREJÃO, José Ricardo do Nascimento. As classificações, a Lei 11.232/2005 e o “novo” conceito de sentença. *In* WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos da nova execução* 3, p. 394.

3 PROBLEMÁTICA DO PRAZO MENOR

3.1 A questão do prazo para a aplicação do princípio da fungibilidade

O enfoque do presente trabalho monográfico e a questão mais controvertida com relação ao princípio da fungibilidade, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, é saber qual o prazo a ser observado para a interposição do recurso. “Tudo gira em torno da questão de saber se deve ser obedecido o seu próprio prazo ou se deve prevalecer o do outro que teria de ser normalmente intentado”.¹⁵⁸

A problemática reside em saber qual o prazo para a interposição do recurso, se o do recurso tido como correto (prazo próprio), ou do recurso efetivamente interposto (prazo impróprio). A discussão ocorre quando o prazo para a interposição do recurso tido como correto é menor do que o prazo do recurso interposto, e o recorrente utiliza-se de todo o prazo disponível.¹⁵⁹

Isso ocorre principalmente quando se trata dos recursos de apelação e agravo de instrumento, já que os prazos destes recursos são distintos, sendo de 15 e 10 dias respectivamente. Assim, quando o recorrente, fundado em uma dúvida objetiva e não agindo com erro grosseiro, interpõe a apelação no 15º dia, quando o recurso tido como correto era o agravo, o prazo para este já estaria esgotado.

Como exposto anteriormente (item 2.4), a jurisprudência atual majoritária exige, para que se aplique o princípio da fungibilidade, além de haver dúvida objetiva e inexistência de erro grosseiro, que o recurso erroneamente interposto tenha sido utilizado no prazo do que se pretende transformá-lo. Desta maneira, “a jurisprudência tem optado pela corrente mais rígida – o recurso inadequado deve ter sido interposto no prazo daquele tido como o correto”.¹⁶⁰

¹⁵⁸ LIMA, Alcides Mendonça. *Introdução aos recursos cíveis*, p. 250.

¹⁵⁹ JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*, p. 236.

¹⁶⁰ RODRIGUES, Libanio Alves. O princípio da fungibilidade recursal do STJ. *Revista dos Tribunais*, p. 259.

Todavia, este não é o melhor entendimento como será demonstrado a seguir.

3.2 A questão do prazo no CPC de 1939

A problemática sobre o prazo qual prazo deve prevalecer, o próprio ou o impróprio, para a aplicação do princípio da fungibilidade se estende desde o Código revogado até os dias atuais. No sistema anterior prevalecia o entendimento de que o recurso interposto erroneamente deveria ter sido utilizado no prazo do recurso próprio.

Na doutrina da época do CPC de 1939, afirma Seabra Fagundes¹⁶¹ que não se “relewa o êrro de interposição (intencional ou culposo), quando se manifeste o recurso incabível depois de esgotado o prazo, dentro do qual teria lugar o recurso próprio”. Acrescenta, ainda, o citado autor que “interpretar doutro modo será abrir ensejo à parte, que perca o prazo para o recurso, de vê-lo recebido, por via oblíqua, servindo-se de outro, sujeito a prazo maior”.

No mesmo caminho também seguia a jurisprudência, no sentido de que “não é possível aplicar o art. 810 do Código de Processo Civil quando a parte interpõe apelação, após o decurso do prazo de cinco dias, em lugar o recurso cabível de agravo”.^{162 163}

Com efeito, tanto a doutrina quanto a jurisprudência majoritária colocavam a questão relacionada ao prazo como um terceiro requisito para a admissibilidade do princípio da fungibilidade. Assim, além da inexistência de erro grosseiro e má-fé, o recurso também deveria ser interposto no prazo do recurso tido como correto.¹⁶⁴

No entanto, esta posição de não considerar, para a aplicação do princípio da fungibilidade, o recurso interposto no prazo impróprio, apesar de ser majoritária não

¹⁶¹ *Dos recursos ordinários em matéria civil*, p. 167 e 168.

¹⁶² TRIBUNAL DE APELAÇÃO DE SÃO PAULO. 3ª Câmara Cível. Apelação nº 22.312. Relator: J. Barbosa Almeida. São Paulo, SP, 25 jan. 1945, in RT 160/663.

¹⁶³ C.f. TRIBUNAL DE APELAÇÃO DO RIO GRANDE DO NORTE. Apelação nº 851. Relator: Benício Filho, Natal, RN, 01 set. 1941: “Mesmo que não haja erro grosseiro na interposição de apelação em vez de agravo, deixa-se de conhecer o recurso erradamente interposto, se esgotado o prazo de cinco dias dentro do qual o recurso legítimo poderia ter sido interposto”.

¹⁶⁴ JORGE, Flávio Cheim. *Apelação cível*, p. 234.

era unânime, havendo uma corrente minoritária em sentido contrário tanto na doutrina quanto na jurisprudência.

Na doutrina, esta posição era endossada por De Plácido e Silva ¹⁶⁵, que afirmava:

Mesmo que, pela impropriedade o recurso, se verifique haver o recurso inadequado sido interposto quando já era esgotado o prazo para o recurso próprio, o conhecimento dele se deve deferir, contanto que não se evidencie o defeito que lhe traria o erro grosseiro ou a má-fé.

Na jurisprudência durante a vigência do CPC revogado, alguns julgados caminhavam no sentido de “não tendo ocorrido má-fé ou erro grosseiro toma-se o conhecimento do recurso interposto em lugar de outro cabível pouco importando que já tivesse terminado o prazo para êste”. ^{166 167}

Para esta corrente jurisprudencial, o art. 810 do Código de Processo Civil de 1939 estabelece somente dois requisitos para a aplicação da fungibilidade, que são a ausência de má-fé e a inoccorrência de erro grosseiro, não estabelecendo sobre qual prazo deve ser respeitado. Portanto, tendo em vista a literalidade do citado artigo, não é requisito a interposição do recurso no prazo próprio. Neste sentido, a jurisprudência ¹⁶⁸ decidiu que:

O art. 810 do CPC só exige tais condições para que a parte não seja prejudicada pela interposição de um recurso por outro: a de não ter o recorrido agido de má-fé ou por erro grosseiro. Não exige que a apelação para poder ser conhecida como agravo, seja, além disso, interposta nos 5 primeiros dias do prazo.

Desta maneira, apesar da doutrina e jurisprudência majoritária entenderem não ser possível a aplicação da fungibilidade depois de esgotado o prazo próprio,

¹⁶⁵ *Apud* ENGLERT, Alfredo Guilherme. O prazo na fungibilidade recursal. *Estudos jurídicos*, p. 95-100, p. 97.

¹⁶⁶ TRIBUNAL DE APELAÇÃO DE SÃO PAULO. Câmaras Cíveis reunidas. Recurso de Revista 21.404. Relator: J. M. Gonzaga. São Paulo, SP, 11 ago. 1944, in RT 154/279.

¹⁶⁷ Neste sentido: TRIBUNAL DE APELAÇÃO DE SÃO PAULO. 1ª Câmara Cível. Apelação Cível 21.798. Relator: P. Gomes de Oliveira. São Paulo, SP, 13 mar. 1944, in RT 151/681: “Conhece-se como Agravo de Instrumento, embora interposto fora do seu prazo, a apelação interposta que julgou concurso creditório, ante dúvida existente a respeito do recurso”.

¹⁶⁸ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Câmaras Cíveis Reunidas. Recurso de Revista 56.366. Relator: J. M. Gonzaga, São Paulo, SP, 24 nov. 1952, in RT 208/364.

uma parte minoritária da jurisprudência entendia em sentido diverso, como sendo possível esta aplicação mesmo depois de ultrapassado o prazo.

3.3 A irrelevância do prazo para a aplicação da fungibilidade

Durante a vigência do CPC de 1939, com visto no item anterior, prevalecia o entendimento de que o recurso deveria ser interposto dentro do prazo do recurso próprio, ou seja, no prazo menor, para que se pudesse aplicar o princípio da fungibilidade.¹⁶⁹

Esta divergência continua atual e, da mesma forma que no sistema passado, a corrente mais restritiva, que exige a interposição do recurso no prazo do tido como correto, tem prevalecido.¹⁷⁰

Como argumento central, diz-se que se manifestado o recurso errado, quando já ultrapassado o prazo para a interposição do recurso próprio, já teria havido a preclusão temporal, sendo que isto consistiria um óbice intransponível à aplicação do princípio ora tratado.¹⁷¹

Assim, transcorrido o prazo para o recurso tido como correto, a decisão teria transitado em julgado, não mais sendo possível o seu reexame. Por esta razão, quando se interpõe o recurso errôneo, já não seria mais possível reabrir a discussão sobre esta decisão transitada em julgado.¹⁷²

A orientação, contudo, não parece ser a mais correta. Apesar de minoritária, existe outra corrente doutrinária e jurisprudencial que, com acerto, tem sustentado ser irrelevante a observância do prazo próprio.

¹⁶⁹ NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*, p. 167.

¹⁷⁰ JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*, p. 238.

¹⁷¹ NERY JUNIOR, Nelson. *Op.cit.*, p. 168.

¹⁷² JORGE, Flávio Cheim. *Apelação cível*, p. 234.

Neste sentido, na doutrina, afirma Ada Pellegrini Grinover¹⁷³ que “para a subsistência do princípio, em sua inteireza, deveria haver aproveitamento do recurso impróprio, mesmo quando interposto fora do prazo cabível”.

Na jurisprudência, o Superior Tribunal de Justiça¹⁷⁴ já decidiu no mesmo sentido: “Se a lei é dúbia, se os doutrinadores se atritam entre si, e jurisprudência não é uniforme, o erro da parte apresenta-se escusável, ainda que o recurso dito impróprio tenha sido interposto após findo o prazo assinado para o recurso dito próprio”.¹⁷⁵

3.3.1 Aplicação da fungibilidade integralmente, inclusive quanto ao prazo

O princípio da fungibilidade consiste na troca de um recurso por outro, mediante a conversão do recurso efetivamente interposto no adequado. Essa troca deve ocorrer de forma integral, inclusive quanto ao prazo.¹⁷⁶

Esta é a melhor conclusão tendo em vista que a aplicação de tal princípio só tem alguma relevância se também se estender aos prazos recursais, caso contrário nunca seria tempestiva apelação (prazo de 15 dias) recebida como agravo de instrumento (prazo de 10 dias), se a parte utilizasse todo o prazo.¹⁷⁷

Aliás, conforme afirma com propriedade Nery Junior¹⁷⁸ “essa é uma das principais conseqüências da adoção do princípio: a troca em toda a sua plenitude, precipuamente no que concerne ao prazo”.

¹⁷³ Um enfoque constitucional da Teoria Geral dos Recursos. *Revista Jurídica*, p. 47.

¹⁷⁴ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 4ª Turma. REsp nº 12.610. Relator: Min. Athos Carneiro. Brasília, DF, 26 nov. 1991. DJ de 24.02.1992, p. 1874, in RT 687/193.

¹⁷⁵ No mesmo sentido já decidiu o TJDF: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. 3ª Turma Cível. AGI nº 20040020020434. Relator: Fernando Habibe. Brasília, DF, 15 ago. 2005. DJ 10.11.2005, p. 104: “Para a incidência do aludido princípio é irrelevante que a interposição haja ocorrido quando já expirado o prazo destinado ao recurso que seria adequado, pois, do contrário, não haveria, em rigor, fungibilidade, mas simples correção do nome do recurso”.

¹⁷⁶ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. 10ª Câmara Cível. AGI nº 233.480-2. Relator: Ralpho Oliveira. São Paulo, SP, 17 mar. 1994. in LEX 158/193: “O princípio da fungibilidade dos recursos deve ser aplicado integralmente, inclusive no tocante ao prazo, sob pena de prejudicar a quem tem justificável dúvida”.

¹⁷⁷ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. 10ª Câmara Cível. AGI nº 233.480-2. Relator: Ralpho Oliveira. São Paulo, SP, 17 mar. 1994. in LEX 158/193.

¹⁷⁸ *Teoria geral dos recursos*, p. 169.

Além disso, não se estaria aplicando realmente o princípio da fungibilidade, pois, se há dúvida e se a parte optou por um dos recursos, esta opção deve ser feita integralmente.¹⁷⁹

Caso contrário, estar-se-ia diante da chamada fungibilidade pela metade, na qual se admite a premissa maior da possibilidade que é a da conversão no recurso adequado, mas não da menor, relativa unicamente ao prazo.^{180 181}

Desta maneira, se o princípio da fungibilidade existe justamente para que o recorrente não seja prejudicado pela dúvida criada pelo próprio sistema, não há razão para mutilá-lo. Por isso, o referido princípio deve ser aplicado por inteiro, na sua integralidade, inclusive no que se refere ao prazo.¹⁸²

3.3.2 Interposição antes de acabar o prazo

O prazo a ser considerado para a aferição do princípio da fungibilidade é o do recurso efetivamente interposto, ou seja, o prazo impróprio. Pois, não se pode exigir que o recorrente interponha o recurso no prazo de outro recurso, quando há dúvida objetiva e inexistente o erro grosseiro.^{183 184}

Em outras palavras, deve-se simplesmente respeitar o prazo do recurso que a parte julgou ser o correto. Assim deve acontecer, pois, caso contrário, estar-se-á obrigando a parte a interpor o recurso que julga adequado, no prazo do recurso que acredita ser o inadequado.¹⁸⁵

¹⁷⁹ WAMBIER, Luiz Rodrigues (coord.). *Curso avançado de processo civil*, v.2, p. 638.

¹⁸⁰ ENGLERT, Alfredo Guilherme. O prazo na fungibilidade recursal. *Estudos Jurídicos*, p. 95-100, p. 99.

¹⁸¹ No mesmo sentido: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. 7ª Câmara Cível. AGI nº 61.436-1. Relator: Néelson Hanada. São Paulo, SP, 30 out. 1985. in RJTJSP 101/292: “Não parece correto, por ferir a natureza eminentemente instrumental do processo, entender que na aplicação do princípio da fungibilidade se deve exigir a interposição no prazo menor, porque a aplicação desse princípio já pressupõe a existência de dúvida razoável a respeito do recurso adequado. Uma tal orientação constituiria a aplicação do princípio da fungibilidade pela metade”.

¹⁸² JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*, p. 239.

¹⁸³ *Ibidem*, p. 239.

¹⁸⁴ Neste sentido na jurisprudência: SEGUNDO TRIBUNAL DE ALÇADA CIVIL DE SÃO PAULO. 2ª Câmara. AI nº 263080-6. Relator: Batista Lopes. São Paulo, SP, 23 abr. 1990, in RT 127/244: “Não obsta à aplicação do princípio a alegação de intempestividade, porquanto irrelevante a circunstância de haver o recorrente, ante divergência existente, deixado de observar o recurso de prazo menor”.

¹⁸⁵ KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *Manual dos recursos cíveis*, p. 147.

O argumento de que, se há divergência difundida entre autores e juízes sobre a matéria, deve o recorrente utilizar o lapso do recurso de prazo menor não procede. Exatamente porque há a divergência, o recorrente não pode ser prejudicado com a elaboração mais rápida de suas razões, até porque essa atitude pode se mostrar inútil se o juiz entender que o recurso adequado é mesmo o de prazo maior.¹⁸⁶

Além disso, os prazos de interposição dos recursos são estabelecidos em Lei, sendo um direito da parte utilizá-lo por inteiro. Neste contexto, Nery Junior¹⁸⁷ expõe a seguinte situação: “Se o recorrente, convicto de que o recurso correto seria a apelação, o interpõe no 15º dia, por que retirar-lhe o direito de assim proceder, subtraindo-se um terço do prazo, a pretexto de que o recurso correto seria o de agravo?”

É inconcebível e ilógico que o recorrente, de boa-fé, sinceramente convencido de que dispõe do prazo de 15 dias da apelação, interponha o agravo no prazo de 10 dias.¹⁸⁸

Ademais, esta exigência chega a afrontar o princípio do devido processo legal, garantido expressamente na Constituição Federal, já que se estará negando ao recorrente o direito de usar o recurso X, no prazo que a lei processual estabeleceu para este recurso X.¹⁸⁹

Conforme Nery Junior¹⁹⁰, não seria razoável exigir-se do recorrente, que observasse o prazo do recurso próprio, porque:

a) isto configuraria imputar-se-lhe, presumivelmente, a má-fé, quando o contrário é que seria verdadeiro (a presunção é a da boa-fé); b) em assim agindo, estar-se-ia, em última análise, negando a existência do princípio da fungibilidade; c) essa atitude caracterizada ofensa do direito constitucional do devido processo legal, pois que se estaria subtraindo do recorrente o direito, que pelas regras processuais ele possui, de, por exemplo, interpor o recurso de apelação em quinze dias.

¹⁸⁶ LIMA, Alcides de Mendonça. *Introdução aos recursos cíveis*, p. 255.

¹⁸⁷ *Teoria geral dos recursos*, p. 169.

¹⁸⁸ ENGLERT, Alfredo Guilherme. O prazo na fungibilidade recursal. *Estudos Jurídicos*, p. 95-100, p. 98.

¹⁸⁹ PINTO, Teresa Arruda Alvim. “Dúvida” objetiva. *Revista de Processo*, p. 58.

¹⁹⁰ *Teoria geral dos recursos*, p. 175.

Assim, não se pode exigir do recorrente a interposição de um recurso no prazo de outro. Segundo lição de Nery Junior ¹⁹¹, “o recorrente deve, isto sim, observar o prazo do recurso efetivamente interposto, havido por ele como o correto para a espécie”.

3.3.3 Paralelo do art. 810 com o 809

O Código de Processo Civil de 1939, em seu art. 809, disciplinava que a parte poderia variar de recurso dentro do prazo legal, não podendo, todavia, usar, ao mesmo tempo, de mais de um recurso. Este artigo, assim como o art. 810, que trata do princípio da fungibilidade, não foi repetido no novo Código vigente.

A análise deste dispositivo faz-se necessária devido a expressão “dentro do prazo legal”. Neste caso, por expressa previsão da lei, a parte somente poderia variar de recurso se estivesse dentro do prazo legal.

Ocorre que, quando este artigo disciplinava a possibilidade de se trocar de recurso “dentro do prazo legal”, isto se confinava, exclusivamente, à função do art. 809, não sendo cogitável de se considerar existente tal requisito também para o art. 810. ¹⁹²

Assim, se também se entendesse sua aplicabilidade ao art. 810, devendo ser o recurso interposto dentro do prazo do recurso reputado como certo, “estar-se-ia deixando de levar às últimas conseqüências o sentido do preceito que é o do maior favorecimento do recorrente”. ¹⁹³

Conclui-se que, se o legislador de 1939 pretendesse dizer que a fungibilidade somente poderia ser aplicada dentro no prazo legal assim teria disposto no art. 810, à similitude do art. 809. ¹⁹⁴

¹⁹¹ *Teoria geral dos recursos*, p. 168.

¹⁹² ALVIM, Arruda. Comentário. *Revista de Processo*, p. 193.

¹⁹³ *Ibidem*, p. 193.

¹⁹⁴ ENGLERT, Alfredo Guilherme. O prazo na fungibilidade recursal. *Estudos Jurídicos*, p. 99.

3.3.4 Requisitos previstos no art. 810

O art. 810 do CPC de 1939 disciplinava que salvo hipótese de má-fé e erro grosseiro, a parte não será prejudicada pela interposição de um recurso por outro. A própria lei estabeleceu os requisitos para a aplicação do princípio da fungibilidade, que são a ausência de má-fé e de erro grosseiro, todavia nada dispondo sobre a questão do prazo.

Com efeito, não se pode apurar se o prazo para o recurso que deveria ser interposto havia acabado, ou não, exatamente porque o art. 810 somente se referia somente aos dois requisitos citados, nada dispondo se o recurso deveria ser interposto no prazo próprio ou no impróprio.¹⁹⁵

Alcides Mendonça Lima¹⁹⁶ sustenta pela que “o excesso de prazo não deve ter maior importância. O não conhecimento do recurso errado somente se deve operar quando incide num daqueles defeitos graves indicados pelo art. 810 do Código de Processo Civil”.

Neste mesmo sentido, Teresa Arruda Alvim¹⁹⁷ ensina que “nada justifica, esta exigência, ou seja, a de que se interponha o recurso de prazo mais longo dentro do menor, até porque nem mesmo a lei anterior fazia esta exigência”.¹⁹⁸

Entretanto, no sistema passado, como demonstrado (item 3.2), a jurisprudência acabou por criar, *contra legem*, esse terceiro requisito do prazo, vindo a ser amplamente aceito pela atual jurisprudência.¹⁹⁹

Assim, com base na literalidade do art. 810, somente devem ser considerados como requisitos a ausência de erro grosseiro e má-fé. Se nem mesmo a Lei exigiu que o recurso fosse interposto no prazo próprio, não cabe à jurisprudência exigir tal requisito.

¹⁹⁵ JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*, p. 237.

¹⁹⁶ *Introdução aos recursos cíveis*, p. 256.

¹⁹⁷ “Dúvida” objetiva. *Revista de Processo*, p. 61.

¹⁹⁸ Cf. LIMA, Alcides de Mendonça. *Introdução aos recursos cíveis*, p. 255 e 256: “A lei não falava na interposição dentro do prazo do outro recurso, não exigia tal requisito para justificar a admissibilidade daquele que seria o errado ante aquele considerado certo pelos órgãos judiciais”.

¹⁹⁹ JORGE, Flávio Cheim. *Apelação cível*, p. 238.

3.3.5 Preclusão

A questão da preclusão é o principal argumento invocado pela corrente mais rígida, que exige a interposição no prazo do recurso próprio. De acordo com este entendimento, o recorrido, após término do lapso estabelecido pela lei para o recurso considerado correto, obtém uma sentença transitada em julgado, não podendo que, por simples erro da parte, permaneça esta decisão suscetível de reexame.²⁰⁰

Todavia, esta não parece a orientação mais correta, tendo em vista que se assim fosse, “tal conclusão significaria simplesmente negar a aplicação do princípio da fungibilidade recursal no sistema recursal brasileiro”.²⁰¹

Por este motivo, se o recurso tido como inadequado for interposto dentro do prazo que a lei lhe assinalou, havendo dúvida aferível objetivamente, a nível de doutrina e, principalmente, no âmbito da jurisprudência, a decisão não terá transitada em julgado.²⁰²

Neste contexto, Mendonça Lima²⁰³ faz a seguinte indagação:

Por que se conferir ao recorrido o privilégio de contar com a *res judicata*, quando doutrinadores eminentes e julgados respeitáveis (não só pelos órgãos de que promanam, como pelo prestígio pessoal de seus subscritores) apontam o interposto como correto, impedindo, assim, o decurso de seu prazo a formação da coisa julgada?

Deve-se concluir que a aplicação do princípio da fungibilidade significa uma exceção à regra relacionada à preclusão e à coisa julgada. Ou seja, diante de uma situação alheia a vontade do recorrente e criada pelo próprio sistema, onde não se conseguiu prever com exatidão todas as hipóteses corretas de cabimento dos recursos, há uma exceção à regra de que, escoado o prazo para o recorrer, aquela decisão não pode mais ser atacada.²⁰⁴

²⁰⁰ LIMA, Alcides de Mendonça. *Introdução aos recursos cíveis*, p. 256.

²⁰¹ JORGE, Flávio Cheim. *Apelação cível*, p. 240.

²⁰² PINTO, Teresa Arruda Alvim. “Dúvida” objetiva. *Revista de Processo*, p. 61.

²⁰³ *Introdução aos recursos cíveis*, p. 257.

²⁰⁴ JORGE, Flávio Cheim. *Op.cit.*, p. 238.

Enfrentando diretamente esta questão da preclusão, Barbosa Moreira ²⁰⁵ se posiciona no mesmo sentido, afirmando que em face do princípio da fungibilidade há uma exceção à regra da preclusão, colocando ainda que a coisa julgada ficaria sob condição resolutiva a interposição do recurso tido como incorreto:

O que se tem de reconhecer é que a lei abriu aqui 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-fé.

Diante destas considerações, uma vez que não ocorrendo o erro grosseiro e havendo dúvida objetiva, ainda que o recurso tenha sido interposto fora do prazo, deverá operar-se a conversão no recurso adequado, não ocorrendo a preclusão. ²⁰⁶

Portanto, em se tratando de princípio da fungibilidade, devem ser atenuadas as regras relativas à preclusão e à coisa julgada, sendo considerado uma exceção a esses institutos. Se assim não ocorrer, estar-se-á negando a aplicação a fungibilidade recursal no sistema pátrio.

3.4 Atual posicionamento jurisprudencial

Da mesma forma como acontecia no sistema no CPC de 1939, tem prevalecido o entendimento de se exigir como requisito para a aplicação do princípio da fungibilidade a interposição do recurso no prazo próprio. Todavia, apesar de este ser o entendimento majoritário, não é unânime, havendo alguns julgados em sentido contrário, sustentando pela interposição do recurso no prazo impróprio.

A 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça considerou, inicialmente, por unanimidade de seus julgados, que existindo dúvida objetiva e inexistindo erro grosseiro, é irrelevante a interposição do recurso após findo o prazo para o recurso dito próprio. Neste sentido, já decidiu o STJ: “Se a lei e dúvida, se os doutrinadores se atritam entre si, e a jurisprudência não é uniforme, o erro da parte apresenta-se

²⁰⁵ O *juízo de admissibilidade no sistema dos recursos civis*, p. 51.

²⁰⁶ SOUZA, Paulo Roberto Pereira. Da fungibilidade dos recursos. *Revista de Processo*, p. 202.

escusável e relevável, ainda que o recurso dito impróprio tenha sido interposto após findo o prazo assinado para o recurso dito próprio”.²⁰⁷

Entretanto, o posicionamento adotado por essa Turma do STJ veio a ser alterado em 1996, com julgamento de relatoria do Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira²⁰⁸, que marcou a mudança de entendimento:

Posteriormente, no entanto, firmou-se em posição contrária, a exigir o requisito da interposição no prazo do recurso próprio, em observância ao princípio da preclusão e sob o fundamento de que, havendo dúvida, o correto seria o recorrente acautelá-lo.

Este entendimento continua sendo o adotado pela corrente majoritária atualmente²⁰⁹. Entretanto, apesar de minoritária, parte da jurisprudência tem sustentado com propriedade, a tese contrária, ou seja, pela interposição do recurso no prazo impróprio, sendo irrelevante a questão do prazo para a aferição do princípio da fungibilidade.

Além da jurisprudência apresentada no decorrer o deste trabalho que defende esta tese, destacam-se alguns julgados no mesmo sentido.

O Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul assim já decidiu: “Se aceito o princípio da fungibilidade recursal, torna-se irrelevante o problema do prazo de recurso, sob pena de perder sentido aquele princípio”.²¹⁰

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios já endossou esta tese em alguns julgados, decidindo que para “a aplicação do princípio da fungibilidade na atual sistemática processual, necessária a existência de dúvida objetiva sobre qual o

²⁰⁷ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 4ª Turma. REsp nº 12.610. Relator: Athos Carneiro. Brasília, DF, 26 nov. 1991. DJ 24.2.92, p. 1874, in RT 687/194.

²⁰⁸ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 4ª Turma. REsp nº 91.203. Relator: Sálvio de Figueiredo Teixeira. Brasília, DF, 18 jun. 1996. DJ 05.8.96, p. 26366, in RSTJ 89/331.

²⁰⁹ C.f SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3ª Turma. REsp nº 1026021. Relator: Nancy Andrigh. Brasília, DF, 17 abr. 2008. DJE 30.04.2008: “Conforme já sedimentado na jurisprudência desta Corte, a aplicação do princípio da fungibilidade recursal demanda, além da não configuração da má-fé da parte, a existência de dúvida objetiva na doutrina e na jurisprudência, a ausência de erro grosseiro na interposição, e a observância do prazo do recurso adequado”. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. 6ª Turma Cível. Ag nº 20090020041409. Relator: Jair Soares. Brasília, DF, 27 mai. 2009. DJ 10.06.2009, p. 107.

²¹⁰ TRIBUNAL DE ALÇADA DO RIO GRANDE DO SUL. 3ª Turma Cível. AGI nº 191007806. Relator: Sérgio Gischkow Pereira. Porto Alegre, RS, 18 set. 1991.

recurso cabível, inexistência de erro grosseiro e que seja irrelevante o prazo do recurso próprio”.²¹¹

Por fim, convém salientar que mesmo após a mudança de posicionamento em 1997, como visto anteriormente, o STJ decidiu em 2001 em julgamento de relatoria do Min. Aldir Passarinho Junior ²¹², pela irrelevância do prazo para aplicação da fungibilidade: “Aplica-se no caso o princípio da fungibilidade, uma vez presente dúvida objetiva a respeito do recurso cabível, e também por incurrir erro grosseiro e má-fé, sendo dispensável o pressuposto do prazo menor como requisito”.

3.5 Análise crítica

Apesar de não parecer a mais correta, a atual jurisprudência dominante entende não ser possível a aplicação do princípio da fungibilidade depois de escoado o prazo do recurso tido como correto, ou seja, do prazo próprio.

Contudo, este entendimento não condiz com o principal objetivo do princípio ora tratado, que é o de “evitar o perecimento do direito do recorrente, por vezes ameaçado por lacunas, contradições e impropriedades existentes na legislação ou perpetradas pelo prolator da decisão”.²¹³

Por esta razão, não parece correta a orientação de que o princípio da fungibilidade somente pode ser aplicado quando o recurso é interposto no prazo próprio, tendo em vista que este princípio existe justamente para que a parte não seja prejudicada pela dúvida existente e criada pelo próprio sistema, não há razão para mutilá-lo.²¹⁴

²¹¹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. 1ª Turma Cível. Agravo Regimental no AGI nº 20030020066384. Relatora: Maria Beatriz Parrilha. Brasília, DF, 01 set. 2003. DJ 19.11.2003, p. 25.

²¹² SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 4ª Turma. REsp. 113.443. Relator: Aldir Passarinho Junior. Brasília, DF, 11 dez. 2001. DJ 01.07.2004, p. 195.

²¹³ PIMENTEL SOUZA, Bernardo. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*, p. 210.

²¹⁴ JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*, p. 239.

Ademais, convém ressaltar que, segundo Alcides de Mendonça Lima,²¹⁵ “na dúvida, porém, deverá prevalecer aquela que melhor resguarde o direito dos litigantes, acolhendo suas comunicações de vontade”.

Em vista disso, conclui-se que a proibição da aplicação do princípio da fungibilidade quando o recurso inadequado não é apresentado no prazo próprio configura restrição inaceitável, cuja subsistência certamente conduzirá à eliminação do instituto da fungibilidade recursal na prática forense.²¹⁶

²¹⁵ *Introdução aos recursos cíveis*, p. 255.

²¹⁶ PIMENTEL SOUZA, Bernardo. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*, p. 210 e 211.

CONCLUSÃO

Os princípios são os alicerces de um sistema jurídico, funcionando como regras gerais, norteando suas diretrizes. Alguns princípios são expressamente positivados na lei, todavia esta não é uma condição para que aqueles possuam validade e eficácia. Por serem normais gerais, os princípios orientam na criação e, ainda, na interpretação do direito positivo, suprindo suas lacunas.

Neste contexto, surge o princípio da fungibilidade recursal com o objetivo de preservar o direito do recorrente, que se encontra diante de uma dúvida objetiva criada pelo próprio sistema recursal, e pela qual não pode ser prejudicado. Assim, este princípio consiste na troca de um recurso por outro, desde que presentes os seguintes requisitos: dúvida objetiva e inexistência de erro grosseiro.

O princípio da fungibilidade era previsto expressamente no CPC de 1939, em seu art. 810. Este estabelecia que salvo hipótese de erro grosseiro ou má-fé, a parte não seria prejudicada pela interposição de um recurso pelo outro. Com a reforma do CPC em 1973, tal dispositivo não foi repetido no atual diploma processual, pois houve uma simplificação no sistema recursal e, por este motivo, não haveria mais dificuldades na escolha do recurso adequado.

No entanto, com a entrada em vigor no CPC de 1973, apesar da simplificação do sistema recursal, continuou havendo situações nas quais era difícil estabelecer qual o recurso adequado. Depois de uma resistência inicial contra a aplicação da fungibilidade recursal como princípio, tanto a doutrina quanto a jurisprudência pacificaram o entendimento no sentido de se aplicar o princípio da fungibilidade no atual sistema dos recursos. Ademais, este princípio decorre de um princípio superior, que o da instrumentalidade das formas (art. 244 e 250 do CPC). E, também, pode-se aplicar por analogia o art. 579 do CPP, no qual a expressa previsão da fungibilidade recursal. Desta maneira, apesar de não ser mais previsto no Código, o princípio da fungibilidade subsiste no atual sistema.

Para a aplicação da fungibilidade é necessário que estejam presentes alguns requisitos. No sistema anterior, o CPC de 1939 exigia a ausência de má-fé e do erro grosseiro. Atualmente, por não se tratar mais de uma norma expressa, cabe à doutrina e à jurisprudência estabelecer quais os requisitos para sua aplicação. A doutrina não é uniforme sobre os requisitos, havendo posicionamentos em diversos sentidos. Contudo, a jurisprudência majoritária do STJ estabeleceu os seguintes requisitos para aplicação da fungibilidade: inexistência de erro grosseiro, dúvida objetiva e, que o recurso tenha sido interposto no prazo próprio.

A presença de erro grosseiro na interposição do recurso é fator impeditivo para aplicação da fungibilidade. Este está presente quando não há divergência doutrinária ou jurisprudencial acerca do recurso cabível, quando existe afronta aos princípios básicos do direito processual e, por fim, quando o recurso correto encontra-se expressamente previsto na lei. Assim, quando não está presente nenhum destes casos, inexistente o erro grosseiro, estando preenchido um dos requisitos para a aplicação da fungibilidade.

A dúvida objetiva, segundo requisito da fungibilidade recursal, acontece quando o recorrente se encontra diante de um dilema, não sabendo qual recurso escolher para impugnar determinado pronunciamento. Esta dúvida pode decorrer de três fatores: impropriedade ou obscuridade da lei; divergência doutrinária e/ou jurisprudencial sobre o recurso adequado; erro do magistrado ao proferir um pronunciamento. Havendo algum destes três casos, está presente o requisito da dúvida objetiva.

Por fim, a questão do prazo é o terceiro requisito exigido pela jurisprudência para aplicação do princípio da fungibilidade dos recursos. Este tema sempre foi mais debatido quando se trata de fungibilidade. A discussão se encontra em qual o prazo deve ser obedecido para a interposição do recurso: o do recurso tido como correto (próprio), ou o do recurso que foi efetivamente interposto (impróprio). Esta discussão possui maior relevância quando o prazo do recurso impróprio é maior do que o de prazo próprio, já que quando fosse interposto aquele, já teria se esgotado o prazo deste.

Durante a vigência do CPC de 1939, prevalecia o entendimento de que deveria se interposto o recurso no prazo próprio. Apesar deste ser o entendimento majoritário, havia entendimentos em sentido diverso, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, que defendiam o prazo impróprio para a aferição da fungibilidade.

Esta corrente mais rígida, que entende pela prevalência do prazo próprio, sustenta que quando se esgota o prazo para interposição do recurso próprio se opera a preclusão e, desta maneira, a decisão teria transitado em julgado. Todavia, tal entendimento é uma afronta ao princípio da fungibilidade, configurando uma restrição que pode levar à sua extinção. Por esta razão, deve-se observar o prazo impróprio para aplicação da fungibilidade.

Assim deve acontecer, pois se o princípio da fungibilidade é a substituição de um recurso por outro, esta deve acontecer integralmente, inclusive no tocante ao prazo. Caso contrário, estar-se-ia aplicando o mencionado princípio pela metade: admite-se a substituição do recurso, mas não se aceita o seu prazo.

Neste caso, a parte seria obrigada a interpor o recurso que julga correto, no prazo do recurso que acredita ser incorreto. Esta exigência afronta o princípio do devido processo legal, já que o recorrente não poderia usar o prazo estabelecido em lei para o recurso que julga correto. Desta maneira, deve-se observar o prazo do recurso que foi efetivamente interposto, não sendo razoável a exigência de se utilizar o prazo de outro recurso.

Ademais, fazendo-se um paralelo ente os artigos 809 e 810 do Código revogado, pode-se perceber que se o legislador quisesse estabelecer qual o prazo deveria ser obedecido pelo recorrente para interposição do recurso, teria estabelecido tal condição no art. 810 assim como fez no art. 809.

Além disso, somente dois requisitos eram exigidos pelo art. 810: ausência de erro grosseiro e da má-fé. O CPC revogado nada dispunha com relação ao prazo, tendo sido este terceiro requisito criado pela jurisprudência. Convém ressaltar que, se nem mesmo a Lei exigiu tal requisito, não cabe à jurisprudência ir contra a literalidade da própria Lei e exigí-lo.

A questão da preclusão e a conseqüente coisa julgada, tido como principal argumento para a corrente mais rígida, são regras que devem ser atenuadas em face do princípio da fungibilidade. Assim, diante de uma situação de dúvida objetiva criada pelo próprio sistema recursal, haveria uma exceção à regra da preclusão, ficando a coisa julgada sob condição resolutiva à interposição do recurso impróprio.

Assim como no Código revogado, o atual entendimento jurisprudencial tem exigido como requisito para a aplicação do princípio da fungibilidade a interposição do recurso no prazo próprio. Apesar de haverem algumas decisões judiciais e, grande parte da doutrina em sentido contrário, o entendimento dominante continua sendo o mesmo do CPC de 1939.

Entretanto, não se pode olvidar que o principal objetivo do princípio da fungibilidade é o de preservar o direito do recorrente, que não pode ser prejudicado por uma dúvida objetiva criada pelo próprio sistema recursal. Entender que o recurso deva ser interposto no prazo próprio é uma forma de negar subsistência a um princípio que visa exclusivamente resguardar direitos, proteger as partes das contradições presentes no direito pátrio. Por tais razões, não deve ser exigido que o recurso seja interposto no prazo próprio.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. Comentário. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano I, jan./mar., n. 1, 1976.

_____. Dogmática jurídica e o novo CPC. *Revista de Processo*, [s.l.]:[s.n.], ano I, jan./mar., n. 1, 1976.

ASSIS, Araken de. *Manual de execução*. 11. ed. rev., ampl. e atual. Com a Reforma Processual -2006/2007. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do ordenamento jurídico*. 10. ed. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*, Comentários sistemáticos às Leis n. 11.187, de 19.10.2005, e 11.232, de 22.12.2005. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 1.

CARVALHO, Ernesto Antunes de. Princípio da fungibilidade recursal: prazo. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº. 79, jul./dez. 1995.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 20. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 7. ed. rev. ampl. atual. Salvador: 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

ENGLERT, Alfredo Guilherme. O prazo na fungibilidade recursal. *Estudos Jurídicos*. São Leopoldo-RG: [s.n.], ano XVIII, n. 44, 1985.

FAGUNDES, M. Seabra. *Dos recursos ordinários em matéria civil*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1946.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Um enfoque constitucional da Teoria Geral dos Recursos. *Revista Jurídica*, Porto Alegre: Síntese, ano XLII, n. 198, abril de 1994.

JORGE, Flávio Cheim. *Apelação cível: teoria geral e admissibilidade*. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Teoria geral dos recursos cíveis*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *Manual dos recursos cíveis: teoria geral e recursos em espécie*. Curitiba: Juruá, 2003.

LIMA, Alcides Mendonça. *Introdução aos recursos cíveis*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

MARINONE, Luiz Guilherme. *Processo de conhecimento*. 7. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Millennium, 2000, v. 4.

MIRANDA, Pontes. *Comentários ao código de processo civil, tomo VII: arts. 496 a 538*. 3. ed. rev. e aument. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil. Parte geral*. 39. ed. rev. e atual. Por Ana Cristina de Barros Monteiro França. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao código de processo civil: arts. 476 a 565*. 10. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. 5.

_____. *O juízo de admissibilidade no sistema dos recursos civis*. Rio de Janeiro: [s.n.], 1968.

NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. atual. amp. e reform. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*: atualizado até 1º de março de 2006. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ORIONE NETO, Luiz. *Recursos cíveis: teoria geral, princípios fundamentais, dos recursos em espécie, tutela de urgência no âmbito recursal, da ordem dos processos no tribunal*. 3. ed. São Paulo: 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: teoria geral do direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

PIMENTEL SOUZA, Bernardo. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 3. ed amp. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

PINTO, Nelson Luiz. *Manual dos recursos*. 3. ed. amp. atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

PINTO, Teresa Arruda Alvim. "Dúvida" objetiva: único pressuposto para a aplicação do princípio da fungibilidade. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, nº. 65, jan./mar., 1992, 61 e 62.

RODRIGUES, Libanio Alves. O princípio da fungibilidade recursal do STJ. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Fevereiro, n. 688, 1993.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. Parte geral. 27. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1997, v.1.

SEGUNDO TRIBUNAL DE ALÇADA CIVIL DE SÃO PAULO. 2ª Câmara. AI nº 263080-6. Relator: Batista Lopes. São Paulo, SP, 23 abr. 1990, in RT 127/244.

SILVA, Ovídio A. Batista da. *Curso de processo civil*. 7. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2006, Vol. I.

SOUZA, Paulo Roberto Pereira. Da fungibilidade dos recursos. *Revista de Processo*. [s.l.]: Revista dos Tribunais, nº. 38, 200-206, abr./jun., 1985.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1ª Turma. RMS 5663. Relator Min. Cesar Asfor Rocha. Brasília, DF, 02 dez. 1995. DJ 15.04.1996 p. 11493.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 4ª Turma. REsp nº 91.203. Relator: Sálvio de Figueiredo Teixeira. Brasília, DF, 18 jun. 1996. DJ 05.8.96, p. 26366, in RSTJ 89/331.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 2ª Turma. RMS 7823. Rel. Min. Adhemar Maciel. Brasília, DF, 19 fev. 1998. DJ 16.03.1998, p. 74.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 4ª Turma. REsp 164.170. Relator Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Brasília, DF, 28 abr. 1998. DJ de 28.02.2000, p. 86.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 4ª Turma REsp 151.668/SP, Rel. Min. Asfor Rocha, Brasília, DF, j. 29.06.2000, DJ 11.09.2000, p. 253

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 4ª Turma. REsp. 113.443. Relator: Aldir Passarinho Junior. Brasília, DF, 11 dez. 2001. DJ 01.07.2004, p. 195.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3ª Turma. REsp 729053. Min. Humberto de Gomes de Barros. Brasília, DF, 17 mai. 2005. DJ 27.06.2005 p. 391.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1ª Turma. REsp 898115. Relator: Min. Teori Albino Zavaski. Brasília, DF, 03 mai. 2007. DJ 21.05.2007 p. 551.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1ª Turma. AgRg no REsp 920389. Relator: Min. Francisco Falcão. Brasília, DF, 17 mai. 2007. DJ de 31.05.2007 p. 407.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3ª Turma. REsp n º 1026021. Relator: Nancy Andrigh. Brasília, DF, 17 abr. 2008. DJE 30.04.2008

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 1ª Turma, RE 92314, Rel. Min. Thompson Flores, Brasília, DF, 11.04.1980.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 1.

TRIBUNAL DE ALÇADA DO RIO GRANDE DO SUL. 3ª Turma Cível. AGI nº 191007806. Relator: Sérgio Gischkow Pereira. Porto Alegre, RS, 18 set. 1991.

TRIBUNAL DE APELAÇÃO DE SÃO PAULO. 1ª Câmara Cível. Apelação Cível 21.798. Relator: P. Gomes de Oliveira. São Paulo, SP, 13 mar. 1944, in RT 151/681.

TRIBUNAL DE APELAÇÃO DE SÃO PAULO. Câmaras Cíveis reunidas. Recurso de Revista 21.404. Relator: J. M. Gonzaga. São Paulo, SP, 11 ago. 1944, in RT 154/279.

TRIBUNAL DE APELAÇÃO DE SÃO PAULO. 3ª Câmara Cível. Apelação 22.312. Relator: J. Barbosa Almeida. São Paulo, SP, 25 jan. 1945, in RT 160/663.

TRIBUNAL DE APELAÇÃO DO RIO GRANDE DO NORTE. Apelação nº 851. Relator: Benício Filho, Natal, RN, 01 set. 1941.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Câmaras Cíveis Reunidas. Recurso de Revista 56.366. Relator: J. M. Gonzaga, São Paulo, SP, 24 nov. 1952, in RT 208/364.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. AG nº. 250.987. Relator Des. Costa Manso. São Paulo, SP, 06.05.1976, in RT 491/87.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. 7ª Câmara Cível. AGI nº 61.436-1. Relator: Néelson Hanada. São Paulo, SP, 30 out. 1985. in 101/292.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. 10ª Câmara Cível. AGI nº 233.480-2. Relator: Ralpo Oliveira. São Paulo, SP, 17 mar. 1994. in LEX 158/193.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. 1ª Turma Cível. Agravo Regimental no AGI nº 20030020066384. Relatora: Maria Beatriz Parrilha. Brasília, DF, 01 set. 2003. DJ 19.11.2003, p. 25.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. 3ª Turma Cível. AGI nº 20040020020434. Relator: Fernando Habibe. Brasília, DF, 15 ago. 2005. DJ 10.11.2005, p. 104.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. 6ª Turma Cível. Ag nº 20090020041409. Relator: Jair Soares. Brasília, DF, 27 mai. 2009. DJ 10.06.2009, p. 107

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4. ed. ver. atual. e ampl. de acordo com a nova Lei do Agravo (Lei 11.187) São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____ (coord.). *Aspectos polêmicos da nova execução 3: de títulos judiciais*, Lei 11.232/2005. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Nulidades do processo e da sentença*. 6. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JUNIOR, Nelson (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos de acordo com a Lei 9.756*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

WAMBIER, Luiz Rodrigues (coord.). *Curso avançado de processo civil*. 3. ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, v. 2.

_____. *Sentença civil: liquidação e cumprimento*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.