

CYNTIA GRUNER BIRCKHOLZ

O PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL EM FACE DO SISTEMA
PROCESSUAL VIGENTE

Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito Processual Civil, Instituto de Ciências Jurídicas – INCIJUR, em convênio com a Universidade Federal do Paraná – UFPR, como requisito parcial à obtenção do título de especialista em Direito Processual Civil.

JOINVILLE

2001

*Aos Professores, Mestres e Doutores pela orientação
recebida, o meu reconhecido agradecimento.
Aos Colegas de turma pelo apoio, troca de idéias e
oportunidade de conhece-los e convosco aprender, o
meu sincero agradecimento.*

A todos aqueles que leram os manuscritos e fizeram críticas valiosas, especialmente ao meu marido, Carlos André Birckholz, quanto à coerência e forma, meu pai, Nelson Gonçalves Gruner, quanto ao conteúdo, e meu irmão, ainda acadêmico, mas muito interessado, Alessandro Gruner, quanto ao conteúdo e forma. E como, tudo o que faço em minha vida, a gratidão a meus pais, Nelson e Romilda, por me prepararem para a vida com muito amor e garra.

“O tempo é o mais persistente dos mestres, só que infelizmente termina matando todos os seus discípulos. Você pode ter somente o tempo como mestre e sofrer as conseqüências advindas da demora, ou acelerar o processo utilizando a experiência alheia. O mestre dos mestres é, sem dúvida, o próprio Universo. Se você conseguir incorporar na sua estrutura psicológica as Leis Universais, sucesso e sabedoria serão algumas das conseqüências.”

(Lair Ribeiro)

RESUMO

Trará a pesquisa observações acerca da fungibilidade recursal, seu conceito, aplicabilidade, requisitos e problemas, em vista de não haver regra positivada disciplinando a incidência de tal princípio no Código de Processo Civil atual. Analisar-se-á o histórico e os pressupostos recursais elementares atinentes à fungibilidade recursal. Colocar-se-á o posicionamento da doutrina acerca do assunto. Em seguida, elenca-se as hipóteses de ocorrência da fungibilidade. Trar-se-á a posição dos tribunais acerca da matéria. Enfim, busca-se saber se na atualidade é possível utilizar-se o princípio da fungibilidade, e qual o fundamento jurídico capaz de reconhecer o princípio que antes vigorava através de norma expressa e atualmente não está posto expressamente.

SUMÁRIO

RESUMO	iv
1 INTRODUÇÃO	02
2 FUNGIBILIDADE RECURSAL	04
2.1 A FUNGIBILIDADE NO SISTEMA PROCESSUAL VIGENTE	04
2.2 A FUNGIBILIDADE E OS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE DOS RECURSOS.....	05
2.2.1. Cabimento do Recurso	06
2.2.2 Singularidade do Recurso	06
2.2.3 Preparo do Recurso	06
2.2.4 Adequação do Recurso	07
2.2.5 Tempestividade do Recurso	07
2.3 DA DOCTRINA ACERCA DA FUNGIBILIDADE	08
2.4 REQUISITOS PARA O CABIMENTO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE	10
2.4.1. Da Má-fé	11
2.4.2 Do Erro Grosseiro	12
2.4.3 Da Dúvida Objetiva	13
2.5 O PROBLEMA DA TEMPESTIVIDADE FACE À FUNGIBILIDADE E A PRECLUSÃO	14
3 A POSIÇÃO DOS TRIBUNAIS PÁTRIOS	16
3.1 DECISÕES FAVORÁVEIS	16
3.2 DECISÕES CONTRÁRIAS	22
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS	30
REFERÊNCIAS	32

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa, sem a pretensão de esgotar por completo a matéria, resolver as posições doutrinárias e jurisprudenciais lançadas sobre o tema.

Trará a pesquisa algumas observações acerca da aplicação da fungibilidade dos recursos, seu conceito, aplicabilidade, requisitos e problemas, em vista de não conter regra positivada disciplinando a incidência de tal princípio no Código de Processo Civil atual.

O tema é de fundamental interesse para os aplicadores do direito processual civil, pois é capaz de proporcionar a adequada solução para situações em que não seria possível a continuidade do litígio, caso fosse mantido o apego extremo à forma, resguardando a garantia constitucional do acesso à justiça.

Para atingir tal desiderato, analisar-se-á, em primeiro plano o histórico e os pressupostos recursais elementares atinentes à fungibilidade recursal.

Posteriormente passar-se-á à exposição do posicionamento da doutrina acerca do assunto. Em seguida, elencar-se-á as hipóteses de ocorrência da fungibilidade. Analisar-se-á, a partir daí se atualmente ainda são utilizados os mesmos pressupostos, e quais os pressupostos acrescidos ou dispensados.

Tratar-se-á também de trazer à baila a posição dos tribunais acerca da matéria.

Enfim, o que se busca com a presente pesquisa é saber se, na atualidade é possível utilizar-se o princípio da fungibilidade em face do nosso sistema processual vigente, tendo em vista que não há regra positivada disciplinando a incidência de tal

princípio, e qual o fundamento jurídico capaz de reconhecer o princípio, que antes vigorava através de norma expressa, e na atual sistemática processual civil não está posto no ordenamento.

2 FUNGIBILIDADE RECURSAL

2.1 A FUNGIBILIDADE NO SISTEMA PROCESSUAL VIGENTE

“É razoável sustentar-se que o excessivo número de recursos existentes em nosso sistema processual contribui para a demora na solução definitiva dos litígios. Não há dúvidas, porém que a extinção dos recursos é providência que aponta para o totalitarismo para o julgador, que é plenamente alcançado com a abolição de todos os recursos, chegando-se ao sistema de jurisdição em grau único, o que também não seria justo. A virtude, com certeza e como sempre acontece, não está nos extremos. Nem é desejável o sistema que contempla recursos em quantidade capaz de ensejar intolerável demora no julgamento definitivo, nem tão pouco o sistema de jurisdição sem recursos, em grau único, ou sistema do juiz ditador”¹.

O Código de Processo Civil de 1939, em seu artigo 810 prescrevia literalmente o princípio da fungibilidade recursal. Assim dispunha:

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

Face às freqüentes dificuldades com que se deparava o profissional do direito, na vigência do Código de 1939, para a definição de qual recurso interpor contra a decisão atacada, de suma importância era o dispositivo contido no artigo 810, do Código de 1939 para que o recorrente não fosse prejudicado diante da dúvida existente.

¹ In Revista CONSULEX, Ano II – nº 14, Fevereiro/1998, p.37. Artigo escrito por Hugo de Brito Machado, intitulado: Agravo de Instrumento, agravo regimental e o princípio da fungibilidade.

O Código atual é omissivo, surgindo dúvidas, na doutrina e na jurisprudência acerca da admissibilidade ou não do princípio da fungibilidade recursal. Os operadores do direito acreditavam que com o novo diploma estivessem cessadas as dúvidas e erros que admitiam a aplicação do princípio da fungibilidade. "À vista da omissão da lei, houve quem interpretasse que desaparecera o princípio da fungibilidade na sistemática vigente. Todavia, acabou vencedor o entendimento de que o princípio da instrumentalidade das formas explica e fundamenta, em caráter geral, o problema específico da fungibilidade dos recursos.² Porém, é necessário que saibamos exatamente a natureza do ato impugnado, para se chegar à certeza do recurso cabível. Senão vejamos: para que o Estado-juiz possa pronunciar-se sobre o direito invocado através da ação judicial, faz-se necessário verificar se a situação posta em juízo preenche um mínimo de requisitos que tornem admissível o próprio pronunciamento judicial, e se há condições do órgão jurisdicional tornar possível uma solução para o caso. Primeiramente discorre-se acerca dos pressupostos de admissibilidade dos recursos pertinentes ao princípio da fungibilidade, para então verificarmos ou não a sua aplicação na fase recursal:

2.2 A FUNGIBILIDADE E OS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE DOS RECURSOS

A admissibilidade dos recursos está intimamente subordinada ao preenchimento de certos requisitos ou pressupostos gerais para que sejam aceitos. Os pressupostos recursais de admissibilidade dividem-se em pressupostos objetivos e subjetivos. Dentre os objetivos, temos: existência, adequação (cabimento), interesse em recorrer, tempestividade, preparo, fundamentação, pedido de nova decisão e

² In GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*, 1997, p. 273.

regularidade procedimental. O pressuposto subjetivo é a legitimidade ou não da parte em recorrer. Comenta-se a seguir os pressupostos afins ao princípio da fungibilidade recursal.

2.2.1 Cabimento do Recurso

O cabimento do recurso é o pressuposto número 1 (um) dos pressupostos, “pois se trata da existência, num dado sistema jurídico, de um provimento judicial capaz de ser atacado por meio de recurso. Caso a decisão não seja recorrível, faltarão um dos pressupostos de admissibilidade recursal.”³

2.2.2 Singularidade do Recurso

Da singularidade do recurso advém o princípio da unirecorribilidade, onde para cada decisão, sentença ou acórdão não se admite a interposição de mais de um recurso simultaneamente, salvo exceções previstas em lei.

2.2.3 Preparo do Recurso

Preparo do recurso significa pagamento prévio, na época certa, das despesas para a interposição do recurso. Não é propriamente um pressuposto do recurso, uma vez que o recurso pode ser recebido não tendo preparo, o que resultará na deserção do recurso pela falta do mesmo. Existem exceções de recursos que independem de preparo, como é o caso dos recursos interpostos pelo Ministério Público, Fazenda Pública, dentre outras, que gozam de isenção legal, bem como aquele interposto por

³ In ATHANÁSIO, João Batista. Manual de Direito Processual Civil, 1998, p.127.

quem está amparado pelo benefício da justiça gratuita, embargos de declaração e embargos infringentes.

2.2.4 Adequação do Recurso

Diz que o recurso é adequado quando este puder ser interposto por incidir sobre decisão recorrível, ou quando é ele o recurso indicado legalmente para o reexame da decisão que se impugna. Porém, se o ato alcançar sua finalidade não é de bom alvitre que lhe seja decretada a nulidade.

“Embora a decisão seja recorrível, pode suceder que o recorrente não interponha o recurso certo e cabível, e, sim um outro que para o caso não era o previsto na lei processual.”⁴ E aí chegamos no cerne do que pretende-se discorrer no presente estudo.

2.2.5 Tempestividade do Recurso

O recurso além de ser recorrível deve ser interposto em tempo hábil para que seja aceito. “O prazo recursal não é o mesmo para as várias espécies de recursos.”⁵ O início do prazo recursal conta-se da data em que os advogados são intimados da decisão, da sentença ou do acórdão. “O prazo para recorrer é peremptório, fatal, improrrogável, não se admitindo a sua prorrogação por acordo das partes, nem a sua delimitação por meio de suspensão do processo (...)”⁶, a menos que o seja em função de superveniência de férias ou outro motivo relevante como a morte da parte ou de seu

⁴ In MARQUES, José Frederico. Instituições de Direito Processual Civil, p.57

⁵ In SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, 1985, p.86.

⁶ Obra supra citada, p. 87.

procurador. Caso não seja cumprido o prazo do recurso, perde-se o direito de recorrer, com a preclusão ou o trânsito em julgado da decisão. O Código atual até que tentou fazer uma unificação dos prazos para interpor e responder os recursos, porém ainda ficaram de fora os embargos de declaração e o agravo.

2.3 DA DOCTRINA ACERCA DA FUNGIBILIDADE

Conforme já frisado, o artigo 810 do Código de Processo Civil de 1939 prescrevia que “salvo a hipótese de má-fé ou erro grosseiro, a parte não será prejudicada pela interposição de um recurso por outro, devendo os autos ser enviados à Câmara ou Turma, a que competir o julgamento”, hoje revogado. Consagrava essa norma o princípio da fungibilidade recursal, como ensina PONTES DE MIRANDA, citado por MARQUES ([?], p. 57): “Seu objetivo foi o de evitar o formalismo excessivo no conhecimento dos recursos e também as conseqüências iníquas muitas vezes daí advindas.”

Para GRECO FILHO, citado por ATHANÁSIO (1998, p. 127-8), “este princípio só é aplicável quando não houver má-fé nem erro grosseiro. É que esse princípio decorre de outro denominado “princípio da instrumentalidade da formas”, segundo o qual, mesmo que o ato seja praticado de forma diversa da convencional, uma vez que atinja a sua finalidade, deve ser admitido.”

A questão posta à lume neste estudo é inicialmente saber se, face a exclusão no Código de Processo Civil atual, mantém implicitamente o princípio da fungibilidade recursal, e sendo aceito quais os pressupostos para sua aplicabilidade. Como já dito anteriormente há na doutrina, como na jurisprudência, entendimentos no sentido de que a fungibilidade não tem guarida na sistemática atual, pelo fato de o Código dela não ter cogitado, o que por outros doutrinadores já é tido como ultrapassado.

PONTES DE MIRANDA, citado por NEVES (1999, p. 12), por ex., escreve: “O Código de 1973 eliminou a regra jurídica que se concebera em 1939. Dela não precisava como dela precisava o Código de 1939, porque a redução do número de recursos simplificou o problema. Não há mais dúvidas quanto ao cabimento de recurso, como poderia ocorrer sob o Código de 1939 e o direito anterior.”⁷ Concluindo, o autor entende não mais ser possível fazer-se a conversão do recurso. No mesmo ponto de vista segue SÉRGIO FADEL e IVAN DE HUGO SILVA.

Porém não é assim que é visto o princípio da fungibilidade recursal pela maioria da doutrina e da jurisprudência.

Para THEODORO JÚNIOR (1999, p. 167) o fato de o Código de 1973 não dispor expressamente acerca do princípio da fungibilidade recursal não significa que por não conter regra expressa equivalente, tenha o Código atual abolido expressamente tal princípio. Para o referido autor “os princípios independem de consagração literal e muitas vezes se deduzem do sistema e não de dispositivos isolados”.⁸

“A vida, no entanto, nos ensina que o desígnio do legislador nem sempre se cumpre de acordo com seu desiderato. É claro que ao tempo do Código anterior o critério de definição dos recursos era complexo e quase mesmo caótico, donde a diuturna perplexidade de partes e tribunais quanto ao recurso cabível, a cada passo. A regra da fungibilidade era invocada a todo instante. Com a racionalização da classificação dos atos decisórios pelo art. 162 do Código atual, seguida de uma previsão de recursos que conecta com tal classificação (arts. 513 e 522), muito se reduziu a possibilidade de dúvidas sérias em torno do cabimento de um ou outro recurso, ao longo da marcha processual.

A experiência do foro, no entanto, tem demonstrado que, às vezes, por deficiência terminológica do próprio Código, e outras vezes por divergências doutrinárias, ainda ocorrem situações de dúvida na definição do recurso cabível, o que continua a justificar a invocação do princípio da fungibilidade, mesmo na vigência do Código atual”.⁹

⁷ In NEVES, Iêdo Batista. O Processo Civil na Doutrina e na Prática dos Tribunais, 1999, p.12.

⁸ In THEODORO JÚNIOR, Humberto. O Processo Civil Brasileiro no limiar do novo século, 1999, p. 167.

⁹ In THEODORO JÚNIOR, Humberto. O Processo Civil Brasileiro no limiar do novo século, 1999, p. 167-8.

A ausência de previsão do princípio da fungibilidade no Código de Processo Civil não pode levar à conclusão de que não mais se encontra em nosso sistema.. “A fungibilidade não repugna ao sistema do Código de Processo Civil, que contém hipóteses capazes de gerar dúvida objetiva a respeito da adequação do recurso ao ato judicial recorrível”¹⁰ É certo nos dias atuais que a polêmica acerca da possibilidade ou não do uso do princípio da fungibilidade recursal, mesmo omissa no Código de Processo atual já se encontra dissipada, não havendo mais dúvidas acerca da sua existência, mesmo que implícita. Resta-nos então estabelecer as situações em que a incidência do princípio se faz possível e necessária.

O festejado BARBOSA MOREIRA situa-se em posição diversa daqueles inclinados à infungibilidade, pertencendo à maioria nacional. Acompanha-o no mesmo sentido FREDERICO MARQUES, LUIZ ANTÔNIO DE ANDRADE, CARLOS SILVEIRA NORONHA, bem como ALCIDES DE MENDONÇA LIMA, que deixa bastante claro: “Enquanto, pois, por norma expressa não for vedado o princípio da fungibilidade, que art. 810, do Código de 1939, consagrava, impõe-se a sua aplicabilidade, sem extremado rigorismo, respeitados apenas os requisitos que lhe são ínsitos: sem erro grosseiro e sem malícia.”¹¹

2.4 REQUISITOS PARA O CABIMENTO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE

O dispositivo contido no Código de 1939 determinava que, para a aplicação do princípio da fungibilidade recursal, exigida era a ausência de má-fé e erro grosseiro.

¹⁰ In Recursos Cíveis de Acordo com a lei 9.756/98, p. 435.

¹¹ In ARANOVICH, Rosa Maria de Campos, O Princípio da Fungibilidade dos Recurso, p. 167.

Hoje, tem-se como tranqüilo na doutrina e na jurisprudência o cabimento da fungibilidade recursal, desde que concorram os requisitos da dúvida objetiva e o não cometimento de erro grosseiro.

No que tange à sistemática do Código atual quanto à classificação do atos do juiz e sua correlação com os recursos, ARANOVICH (1978, p. 160-2) explica que:

“(...) sentença e decisão são termos que tecnicamente se equivalem. Sentença é espécie, da qual decisão é o gênero. (...) A sentença e a decisão interlocutória se distinguem por uma questão meramente topológica. Uma está no fim do processo, outra no seu curso. (...) O novo Código considerou como sentença as antigas interlocutórias mistas, com caráter terminativo, que encerram o processo sem penetrar no *meritum causae*. A decisão interlocutória é a que, resolvendo questão incidente, for proferida no curso do processo.

Problema delicado é o de saber-se o significado de questão incidente, já que o Código não a definiu. (...) As questões incidentes (...) dizem respeito à relação processual.

2.4.1 Da Má-fé

Na vigência do Código atual não mais há que se investigar a existência de má-fé, que ocorria no Código anterior, quando, por exemplo, se interpunha recurso de maior prazo e o recurso cabível era de prazo menor. Se fosse conhecido, haveria benefício adicional para o recorrente. Entretanto, a dificuldade para se caracterizar a má-fé era muito grande. Para caracterização da má-fé havia necessidade de se penetrar no ânimo do recorrente, o que é bastante difícil. ALCIDES DE MENDONÇA LIMA, citado por WAMBIER, afirma categoricamente ser a má-fé elemento de “impossível ou de quase impossível comprovação, inclinando-se por optar pela posição segundo a qual a má-fé não seria requisito autônomo capaz de afastar a incidência do princípio(...)”¹² Seria necessário fixar quais as circunstâncias indicam haver má-fé, ou,

¹² In Revista de Processo, n. 65, p. 60.

mais especificamente, que hipóteses podem ser identificadas como “sintomas” da má-fé.

“A má-fé, se pudesse ser definida em relação à possibilidade de aplicação do princípio da fungibilidade recursal, seria a circunstância de a parte, embora sabendo que o recurso correto seria “X”, interpor o recurso “Y”, com o fito de disto tirar proveito.”¹³ Entretanto isso é muito difícil de se comprovar, ficando difícil flagrar o recorrente de má-fé, que sempre terá alguma jurisprudência em seu favor.

Existem doutrinadores, tais como PONTES DE MIRANDA, citado por MARQUES, que entendem que o simples fato do aproveitamento do prazo “maior” para interpor determinado recurso já indica má-fé, ou seja, não admitem que seja trocado um recurso por outro, e também seu próprio prazo.

Assim, para a corrente doutrinária majoritária, o único pressuposto para aplicação da fungibilidade recursal é a presença de dúvida objetiva, na doutrina ou jurisprudência, na identificação do recurso adequado para se pleitear a reforma de determinada decisão.

2.4.2 Erro Grosseiro

Para alguns o erro grosseiro está longe de ser relacionado com a dúvida objetiva. No entendimento destes, ou o recorrente errou, ou tinha dúvidas acerca da corrente de doutrina e jurisprudência que entendeu mais acertada para o caso em concreto.

Porém, o entendimento majoritário acerca de erro grosseiro frisa que este ocorrerá quando há prescrição expressa no pergaminho instrumental com relação à especificidade de determinado recurso e o recorrente interpõe recurso diverso, não

¹³ In Dúvida objetiva: único pressuposto para a aplicação do princípio da fungibilidade, p. 57.

tendo como o recorrente fazer jus ao princípio da fungibilidade. Em outras palavras, o recorrente interpõe um recurso quando a lei expressamente estabelece outro. Exemplo eminentemente típico neste sentido é aquele em que o credor interpõe agravo de instrumento da sentença que não declarasse a falência do devedor comerciante, pois, a expresse teor do art. 19, da Lei de Falências, o recurso cabível é apelação. Outros exemplos: interpor agravo de instrumento quando o juiz indefere a inicial, tendo em vista que o art. 296 diz expressamente que cabe apelação, ou ainda, quando a situação não apresenta dúvida de nenhuma espécie.

2.4.3 Dúvida Objetiva

“Por dúvida objetiva deve entender-se a divergência existente na doutrina e/ou jurisprudência sobre o recurso correto cabível contra determinado pronunciamento judicial.”¹⁴

Muitas vezes é a doutrina que cria a dúvida, não deixando clara a definição dos atos judiciais. Às vezes a doutrina não consegue caracterizar o ato, se, sentença ou decisão interlocutória, gerando dúvidas. Outras vezes, o próprio magistrado é quem provoca a dúvida. Estas situações é que configuram o quadro da dúvida objetiva, e são suficientes para levar a parte a um estado de perplexidade no momento da eleição do recurso a manejar.

Para alguns doutrinadores, além da existência de dúvida objetiva e erro grosseiro, outra exigência há que ser satisfeita para que o princípio da fungibilidade seja aplicado. O recurso, mesmo que inadequado, deve ser interposto no prazo do recurso que seria adequado. Caso contrário não terá validade.

¹⁴ In Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor, p. 961.

2.5 O PROBLEMA DA TEMPESTIVIDADE FACE À FUNGIBILIDADE E A PRECLUSÃO

O problema da tempestividade do recurso interposto em face da possibilidade de preclusão é tópico importantíssimo e merece análise.

“O problema reside no fato de que comumente a parte se utiliza de quase todo o prazo que lhe é destinado, onde surge a questão relativa à admissibilidade da conversão de um recurso em outro, se deverá obedecer o seu próprio prazo ou o prazo do recurso que deveria ter sido interposto.”¹⁵ Tal matéria está estreitamente relacionada com o instituto da preclusão. Sendo os prazos recursais peremptórios seu fluxo é inexorável. A dificuldade surgiu quando o recurso que fora considerado certo tivesse prazo menor que o interposto erroneamente. Apareceram então duas correntes doutrinárias e jurisprudenciais: uma que aceita e faz valer que só e tão somente só haverá fungibilidade recursal se for desconsiderada a questão dos prazos, entendendo que se os recursos tiverem que ser interposto no prazo “menor” estará se ofendendo princípio constitucional do acesso à justiça. Entende esta corrente que deva haver uma troca plena de um recurso por outro, sob pena de não haver fungibilidade, mas apenas mudança do nome do recurso.

A outra corrente (a majoritária) é no sentido contrário, aplicando a fungibilidade somente se o recurso tiver sido interposto no prazo “menor”.

Segundo THEODORO JÚNIOR (1999, p. 169) “deve-se lembrar que o uso de um recurso por outro, quando preservados os requisitos de conteúdo daquele que seria o correto, e não constatada a má-fé nem o erro grosseiro, resolve-se em erro de forma; e, para o sistema de nosso Código, não se anula, e sim adapta-se à forma devida, o ato processual praticado sem sua estrita observância.”

¹⁵ In Revista de Processo, n. 38, p. 203-4

Diz o artigo 244 e 250, do Código de Processo Civil:

Art. 244. Quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade.

Art. 250. O erro de forma do processo acarreta unicamente a anulação dos atos que não possam ser aproveitados, devendo praticar-se os que forem necessários, a fim de se observarem, quanto possível, as prescrições legais.

Parágrafo único. Dar-se-á o aproveitamento dos atos praticados, desde que não resulte prejuízo à defesa”

A fungibilidade traz em si a idéia de substituição, não podendo ser desprezada, tendo em vista que a forma no processo não constitui num fim. É meio, e não fim. O que interessa é o objetivo do ato.

3 A POSIÇÃO DOS TRIBUNAIS

Decorridos mais de vinte anos de vigência do atual Código de Processo Civil, a simplicidade de seu sistema recursal ainda não nos permite afastar o princípio da fungibilidade. A doutrina não o afastou, aceitando-o unanimemente. A Jurisprudência dividiu seu entendimento.

Diante da controvérsia jurisprudencial existente, entende-se válida a transcrição de decisões de nossos Tribunais, favoráveis e contrárias à possibilidade da conversão de recursos.

3.1 DECISÕES FAVORÁVEIS¹⁶

Fungibilidade. Indeferimento de remissão. Se a lei é dúbia, se os doutrinadores se atritam entre si, e a jurisprudência não é uniforme, o erro da parte apresenta-se escusável e relevável, ainda que o recurso dito impróprio tenha sido interposto após findo o prazo assinado para o recurso dito próprio. Prevalência da regra maior do duplo grau de jurisdição, e aplicação da antiga teoria do “recurso indiferente”, consagrada no CPC/39810, nos casos de ausência de má-fé e de erro grosseiro. A fungibilidade recursal é aceita na sistemática vigente CPC (STJ, 4ª T., Resp 12610-MT, rel. Min Athos Carneiro, v.u., j. 26.11.1991, DJU 24.2.1992, p. 1874 e JSTJ 38/116).

PROCESSUAL: CIVIL. IMPUGNAÇÃO DO VALOR DA CAUSA. NATUREZA INTERLOCUTÓRIA DA DECISÃO. RECURSO COMPETENTE. AGRAVO DE INSTRUMENTO.

I- A decisão em impugnação do valor da causa, ainda que tenha sido nominada de “sentença”, tem natureza interlocutória, e desafia recurso de agravo de instrumento, pois é irrelevante para a natureza jurídica do ato o “nomem juris” que se dá.

II- Apelo não conhecido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Cível nº 0382979000026, em que é apelante Pedro Evandro Valente Pereira, e Apelado Ely Pereira da Silva. (TJES)

Processual Civil. Liquidação. Sentença que homologa cálculo do contador. Cabível recurso de apelação e não agravo de instrumento. Princípio da fungibilidade.

¹⁶ Acórdãos colhidos nos *sites* www.tj.sc.gov.br e www.stj.gov.br

I- Da decisão que homologa liquidação por cálculo do Contador cabe recurso de apelação. A interposição, no entanto, do Agravo de Instrumento, em lugar daquele, não constitui erro grosseiro, podendo um recurso ser admitido em substituição ao outro, pelo princípio da instrumentalidade das formas.

II- Subsiste o princípio da fungibilidade dos recursos no Código de Processo Civil de 1973, como regra geral de processo, desde que não caracterizado erro grosseiro ou má-fé e estejam atendidos os demais requisitos formais. Hipótese em que não configurados tais vícios.

III- Recurso conhecido e provido. (STJ – Resp. 85.258-SP (960001082-0) DF – Ac. 3ª T. – Rel.: Ministro WALDEMAR ZVEITER, j. em 04 de junho de 1996).

Colhe-se do corpo do acórdão:

A jurisprudência do colendo SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA já deixou claro:

“PROCESSUAL CIVIL. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. INAPLICAÇÃO.

“A adoção do princípio da fungibilidade exige sejam presentes: a) dúvida objetiva sobre qual o recurso a ser interposto; b) inexistência de erro grosseiro que se dá quando se interpõe recurso errado quando o correto encontra-se expressamente indicado na lei e sobre o qual não se opõe nenhuma dúvida; c) que o recurso erroneamente interposto tenha sido agitado no prazo do que se pretende transformá-lo.

“Ausente um desses pressupostos (no caso, os dois primeiros), não deve ser aplicado o princípio da fungibilidade.” (RMS n. 888-0/DF, Min. César Asfor Rocha, DJU n. 58, 25/03/96, p. 8.544)

Acórdão

EDAG 290783/PR ; EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO (2000/0016819-0)

Fonte

DJ DATA:07/05/2001 PG:00132

Relator(a)

Min. MILTON LUIZ PEREIRA (1097)

Data da Decisão

12/09/2000

Orgão Julgador

T1 - PRIMEIRA TURMA

Ementa

Processual Civil. Agravo Regimental. Princípio da Fungibilidade.

Conhecimento na Via dos Embargos de Declaração (art. 535, I e II, CPC).

1. Aplicável o princípio da fungibilidade, conhece-se de agravo interno lançado processualmente contra ato judicial que negou provimento a Agravo de Instrumento, como embargos declaratórios, acolhidos com efeito modificativo para negar seguimento ao predito agravo.

2. Agravo conhecido como embargos declaratórios acolhidos.

Decisão

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas:

Decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, acolher os embargos, nos termos do voto do Senhor Ministro Relator, determinando-se a anotação na autuação de que como tal foi julgado o agravo regimental, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Votaram de acordo com o Relator os Senhores Ministros José Delgado, Francisco Falcão, Garcia Vieira e Humberto Gomes de Barros. Presidiu o julgamento o Senhor Ministro José Delgado.

Acórdão

RESP 197857/RJ ; RECURSO ESPECIAL(1998/0090575-8)

Fonte

DJ DATA:27/11/2000 PG:00130

Relator(a)

Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS (1096)

Data da Decisão

26/09/2000

Orgão Julgador

T1 - PRIMEIRA TURMA

Ementa

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. DECISÃO QUE OS EXTINGUE. RECURSO CABÍVEL. FUNGIBILIDADE. - Ao interpor agravo de instrumento contra decisão que, sob o rótulo de "interlocutória", extingue processo de embargos a execução, o recorrente não comete erro grosseiro. Nesta situação, o agravo pode ser conhecido como apelação, em homenagem aos princípios da fungibilidade e instrumentalidade das formas.

Decisão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, prosseguindo no julgamento, por maioria, vencido o Sr. Ministro Milton Luiz Pereira, negar provimento ao recurso. Votaram de acordo com o Sr. Ministro Relator os Srs. Ministros José Delgado e Francisco Falcão. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Garcia Vieira.

Acórdão

RESP 151668/SP ; RECURSO ESPECIAL (1997/0073417-0)

Fonte

DJ DATA:11/09/2000 PG:00253

Relator(a)

Min. CESAR ASFOR ROCHA (1098)

Data da Decisão

29/06/2000

Orgão Julgador

T4 - QUARTA TURMA

Ementa

PROCESSUAL CIVIL. FUNGIBILIDADE RECURSAL. O princípio da instrumentalidade das formas, aplicado à teoria geral dos recursos, induz a que se aplique a fungibilidade recursal desde que o recurso erroneamente interposto não importe em erro grosseiro, que haja dúvida objetiva quanto ao recurso pertinente, e que tenha sido lançado dentro do prazo daquele que seria correto.

Recurso conhecido e provido.

Decisão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Aldir Passarinho Júnior, Sálvio de Figueiredo Teixeira e Barros Monteiro. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar.

Acórdão

RESP 164170/RJ ; RECURSO ESPECIAL(1998/0010114-4)

Fonte

DJ DATA:28/02/2000 PG:00086

RSTJ VOL.:00132 PG:00425

Relator(a)

Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA (1088)

Data da Decisão

28/04/1998

Orgão Julgador

T4 - QUARTA TURMA

Ementa

PROCESSUAL CIVIL. INVENTÁRIO. COMPANHEIRA. HABILITAÇÃO. DECISÃO INDEFERITÓRIA. NATUREZA JURÍDICA. INTERLOCUTÓRIA. CABIMENTO DE AGRAVO. FUNGIBILIDADE. APELAÇÃO COMO AGRAVO. POSSIBILIDADE. NOVA SISTEMÁTICA DO AGRAVO. IRRELEVÂNCIA. RSTJ, ART. 257.RECURSO PROVIDO.

I - A decisão que indefere, no inventário, habilitação de companheira do falecido, excluindo-a do feito, tem natureza jurídica de decisão interlocutória, sendo cabível, então, o recurso de agravo.

II - O princípio da fungibilidade recursal tem aplicação desde que haja dúvida objetiva na doutrina e na jurisprudência a respeito do cabimento do recurso e que esse tenha sido interposto no prazo do apelo próprio.

III - 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.

Decisão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento. Votaram com o Relator os Ministros Barros Monteiro, Cesar Asfor Rocha, Ruy Rosado de Aguiar e Bueno de Souza.

Acórdão

RESP 192987/RS ; RECURSO ESPECIAL(1998/0078633-3)

Fonte

DJ DATA:07/06/1999 PG:00138

Relator(a)

Min. LUIZ VICENTE CERNICCHIARO (1084)

Data da Decisão

29/04/1999

Orgão Julgador

T6 - SEXTA TURMA

Ementa

RESP - PROCESSUAL CIVIL - ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA - RECURSO - CABIMENTO. - O juiz, ao decidir pedido de assistência judiciária com base na Lei 1060/50, profere sentença contra a qual cabível recurso de apelação. Porém, os modernos princípios de acesso ao judiciário recomendam a aplicação do princípio da fungibilidade dos recursos, uma vez ausente a má-fé e o propósito meramente procrastinatório.

Decisão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram com o Sr. Ministro-Relator os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido e Vicente Leal. Ausentes, por motivo de licença, o Sr. Ministro William Patterson e, justificadamente, o Sr. Ministro Fernando Gonçalves.

Acórdão

RESP 118890/MG ; RECURSO ESPECIAL(1997/0009434-0)

Fonte

DJ DATA:22/03/1999 PG:00261

Relator(a)

Min. ANSELMO SANTIAGO (1100)

Rel. p/ Acórdão

Min. LUIZ VICENTE CERNICCHIARO (1084)

Data da Decisão

23/06/1998

Orgão Julgador

T6 - SEXTA TURMA

Ementa

RESP - PROCESSUAL CIVIL - RECURSO - FUNGIBILIDADE - ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA - O processo é instrumento. O Judiciário visa a solucionar o "meritum causae". Daí, recomenda-se a fungibilidade dos recursos, notadamente quando o Recorrente se vale da assistência judiciária. Sabe-se, a instituição, com eficiência, desenvolve seu mister, todavia, o acúmulo de processos, por vezes, não permite atenção mais acurada. Solução voltada por realização da justiça material.

Decisão

Por maioria, conhecer do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, que lavrará o acórdão. Vencido o Sr. Ministro Relator.

Acórdão

AGEDAG 127337/SP ; AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AG(1996/0066155-3)

Fonte

DJ DATA:03/08/1998 PG:00221

Relator(a)

Min. WALDEMAR ZVEITER (1085)

Data da Decisão

26/05/1998

Orgão Julgador

T3 - TERCEIRA TURMA

Ementa

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AGRAVO REGIMENTAL - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - MATERIA DE PROVA - NÃO CARACTERIZAÇÃO DO DISSÍDIO.

1 - SE, EQUIVOCADAMENTE, JULGOU-SE OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, OS QUAIS, EM VERDADE, DEVERIAM TER MENCIONADO QUE SE RECEBIAM COMO AGRAVO REGIMENTAL, PELO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE, DEVE SER SANADO O EQUIVOCO, RECEBENDO-SE O AGRAVO REGIMENTAL ORA INTERPOSTO, COMO DECLARATORIOS, EVITANDO-SE, ASSIM, PREJUÍZO A PARTE RECORRENTE.

II - MATERIA DE PROVA E FATOS NÃO SE REEXAMINAM EM RECURSO ESPECIAL.

III - QUANTO AO DISSÍDIO, A PRETENSÃO NÃO MERECE ACOLHIDA. A RECORRENTE NÃO DEMONSTROU ANALITICAMENTE AS CIRCUNSTÂNCIAS QUE IDENTIFIQUEM OU ASSEMELHEM OS CASOS CONFRONTADOS, NÃO OFERECENDO, ASSIM, CONDIÇÕES PARA A VERIFICAÇÃO DO DISSÍDIO.

IV - RECURSO ACOLHIDO COMO EMBARGOS DECLARATORIOS E RECEBIDO, TÃO SO, PARA QUE SE CORRIJA O ERRO MATERIAL OCORRIDO NO JULGAMENTO ANTERIOR, MANTENDO-SE, NO MAIS, A DECISÃO DENEGATORIA DO RECURSO ESPECIAL.

Decisão

POR UNANIMIDADE, CONHECER DO AGRAVO COMO SE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO SE TRATASSE E OS RECEBER EM PARTE.

3.2 DECISÕES CONTRÁRIAS¹⁷

Fungibilidade. RE e Resp. Erro grosseiro. A interposição de RE com fundamento em matéria infraconstitucional, própria do Resp, impede a aplicação do princípio da fungibilidade, porque constitui erro grosseiro. Recurso não conhecido (JSTF 179/69)¹⁸

Fungibilidade. Erro grosseiro. Configura-se o erro grosseiro, impedindo a aplicação do princípio da fungibilidade, pela interposição de recurso impertinente em lugar daquele expressamente previsto em norma jurídica própria (RTJ 132;1374)¹⁹

É erro grosseiro “a interposição de Ag quando cabível o AgRg contra decisão do relator que indeferiu MS” (STJ, 1ª T., RMS 5050-5- DF, rel. Min. César Asfor Rocha, v.u., j. 14.12.1994, DJU 6.3.1995, p. 4316)²⁰

TIPO DE PROCESSO	: Agravo Regimental em Agravo de Instrumento
NÚMERO ACÓRDÃO	: 00.021822-7
COMARCA	: Blumenau
DES. RELATOR	: Jaime Ramos
ÓRGÃO JULGADOR	: Câmara Civil Especial
DATA DECISÃO	: 30 de novembro de 2000
PUBLICADO NO DJESC	: Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n. 00.021822-7, de Blumenau.

¹⁷ Acórdãos colhidos nos sites www.tj.sc.gov.br e www.stj.gov.br.

¹⁸ In Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor, p. 967.

¹⁹ In Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor, p. 966.

²⁰ In Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor, p. 966.

Relator: Des. Jaime Ramos.

AGRAVO REGIMENTAL – DESPACHO DO RELATOR QUE NEGA SEGUIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO RECURSO INADEQUADO – CABIMENTO DO AGRAVO DO ART. 557, § 1º, DO CPC – ERRO GROSSEIRO – FUNGIBILIDADE INADMISSÍVEL.

Não se conhece do agravo regimental interposto no lugar do agravo inominado previsto no art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil (redação dada pela Lei nº 9.756/98), em face do erro grosseiro, que impede a fungibilidade recursal, uma vez que se trata de recurso expressamente previsto na lei processual, e, por isso, não se admite discussão jurídica a respeito do cabimento.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n. 00.021822-7, da Comarca de Blumenau (1ª Vara Cível), em que é agravante FMB Produtos Metalúrgicos Ltda, sendo agravada Unicar Catarinense de Veículos:

ACORDAM, em Câmara Civil Especial, por votação unânime, não conhecer do agravo regimental.

Custas na forma da lei.

Colhe-se do corpo do acórdão:

Estando o recurso adequado previsto em lei, é inadmissível a fungibilidade, que tem como pressupostos: a) a interposição do recurso dentro do menor dos prazos previstos para os recursos postos em dúvida; b) a inexistência de má-fé, na interposição de um recurso em lugar de outro; c) a existência de dúvida jurídica objetiva acerca de qual dos recursos é cabível na espécie; d) a inexistência de erro grosseiro.

A dúvida objetiva vem estampada na tergiversação doutrinária ou jurisprudencial, quanto ao cabimento de um ou de outro recurso, em face de determinada decisão.

O erro grosseiro se constitui, ad exempla, na interposição de um recurso no lugar de outro expressamente previsto na lei, como é o caso dos autos, em que a norma processual estabelece o recurso adequado para atacar a decisão monocrática do Relator, que nega seguimento ao agravo de instrumento.

Presente o erro grosseiro, e inexistente a dúvida jurídica, obstado se encontra o reconhecimento da fungibilidade recursal.

TIPO DE PROCESSO : **Apelação Cível**
NÚMERO ACÓRDÃO : **98.010759-8**
COMARCA : **Capital**
DES. RELATOR : **Luiz César Medeiros**
ÓRGÃO JULGADOR : **Sexta Câmara Civil**
DATA DECISÃO : **17 de novembro de 2000**
PUBLICADO NO DJESC :

Apelação Cível n. 98.010759-8, da Capital.

Relator: Des. Luiz César Medeiros.

REVOGAÇÃO DE MANDATO NO CURSO DO PROCESSO. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. APELAÇÃO. RECURSO INADEQUADO. NÃO CONHECIMENTO.

A decisão que põe fim a litígio incidental acerca da representação do advogado de uma das partes, é interlocutória e, portanto, agravável.

Ante a nova processualística do agravo de instrumento, se torna inviável a aplicação do princípio da fungibilidade dos recursos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.010759-8, da comarca da Capital (Vara das Precatórias e Precatórios), em que é apelante Nelson Pereira Pavan e apelados Irialdo Medeiros e sua esposa Vera Regina Tonon Medeiros:

ACORDAM, em Sexta Câmara Civil, por votação unânime, não conhecer do recurso.

Custas na forma da lei.

Colhe do corpo do acórdão:

Por outro lado, ante a nova processualística do recurso de agravo, se torna impossível a aplicação do princípio da fungibilidade.

Colhe-se da doutrina:

“Conversão e fungibilidade. Dada a divergência de ritos procedimentos, bem como de órgãos destinatários da admissibilidade preliminar do agravo (tribunal, para o de instrumento; juízo a quo, para o retido), não é possível a conversão do agravo retido em agravo de instrumento, tampouco a aplicação do princípio da fungibilidade, recebendo-se o retido como de instrumento. Inadmissível o agravo na forma retida, o juiz deve pura e simplesmente indeferi-lo”. (NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 1022,1999)

Neste sentido, *mutatis mutandis*:

“VALOR DA CAUSA (IMPUGNAÇÃO) – INTERPOSIÇÃO DE RECURSO DE APELAÇÃO – ERRO GROSSEIRO – NÃO CONHECIMENTO.

Não sendo sentença a decisão que julga um incidente da causa, embora autuado em separado, como sói ocorrer com a impugnação ao valor da causa, o recurso hábil é o de agravo de instrumento. Inaplica-se, nesse caso, o princípio da fungibilidade recursal, posto que, pela inexistência de divergência jurisprudencial sobre o tema, configurado resulta o erro grosseiro se interposto o recurso de apelação”. (Apelação cível n. 99.000718-9, de Anchieta, Relator Des. Alcides Aguiar, 03.02.2000)

Ante o exposto, em razão do equívoco manifesto e da impossibilidade jurídico-processual da transformação da apelação civil em agravo de instrumento, voto pelo não conhecimento do recurso.

TIPO DE PROCESSO : Agravo de Instrumento
 NÚMERO ACÓRDÃO : 99.003782-7
 COMARCA : Palhoça
 DES. RELATOR : Pedro Manoel Abreu
 ÓRGÃO JULGADOR : Quarta Câmara Civil
 DATA DECISÃO : 09 de novembro de 2000
 PUBLICADO NO DJESC

Agravo de Instrumento n. 99.003782-7, de Palhoça.

Relator: Des. Pedro Manoel Abreu.

Agravo de instrumento. Embargos a execução julgados intempestivos. Decisão terminativa. Inaplicabilidade, na espécie, do princípio da fungibilidade. Litigância de má-fé mantida.

O recurso próprio em virtude de regra específica (CPC, art. 513) é a apelação. Inexistindo dúvida objetiva a esse respeito, a fungibilidade é incogitável. Reclamo não conhecido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de agravo de instrumento n. 99.003782-7, da comarca de Palhoça, em que é agravante Cerâmica Tapuia Ltda., sendo agravado BADESC – Banco de Desenvolvimento do Estado de Santa Catarina:

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, não conhecer o recurso.

Custas legais.

Acórdão

RESP 281366/SP ; RECURSO ESPECIAL (2000/0102245-8)

Fonte

DJ DATA:16/04/2001 PG:00121

Relator(a)

Min. FERNANDO GONÇALVES (1107)

Data da Decisão

26/03/2001

Orgão Julgador

T6 - SEXTA TURMA

Ementa

PROCESSUAL CIVIL. LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. HOMOLOGAÇÃO DE CÁLCULOS. RECURSO CABÍVEL. APELAÇÃO. USO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ERRO GROSSEIRO. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. NÃO APLICAÇÃO.

1 - Inexistindo dúvidas doutrinárias ou jurisprudenciais acerca de qual o recurso adequado para atacar decisão homologatória de conta de liquidação, não há espaço para aplicação do princípio da fungibilidade recursal, quando manejado agravo de instrumento no lugar de apelação, ante o flagrante erro grosseiro que se opera.

2 - Recurso especial conhecido mas improvido.

Decisão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso mas lhe negar provimento. Votaram com o Ministro-Relator os Ministros Hamilton Carvalhido e Vicente Leal. Ausentes, ocasionalmente, o Ministro Fontes de Alencar e, justificadamente, o Ministro Paulo Gallotti.

Acórdão

AGA 249768/SP ; AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO (1999/0058215-2)

Fonte

DJ DATA:12/03/2001 PG:00146

Relator(a)

Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR (1110)

Data da Decisão

06/02/2001

Orgão Julgador

T4 - QUARTA TURMA

Ementa

PROCESSUAL CIVIL. DECISÃO QUE EXCLUI LITISCONSORTES PASSIVOS DA LIDE, QUE PROSSEGUEM CONTRA OS RÉUS REMANESCENTES. CARÁTER INTERLOCUTÓRIO. APELAÇÃO INCABÍVEL. ERRO GROSSEIRO AFASTADO PELO TRIBUNAL ESTADUAL. APROVEITAMENTO COMO AGRAVO, NO ENTANTO, IMPOSSIBILITADO PELO AVIAMENTO DO RECURSO APÓS O QÜINQUÍDEO LEGAL. ENTENDIMENTO HARMÔNICO COM A ORIENTAÇÃO DO STJ.

I. Contra a decisão que exclui litisconsorte da lide, que prossegue contra a parte passiva remanescente, cabe agravo de instrumento.

II. Inobstante o afastamento, pela instância de origem, da caracterização de "erro grosseiro", a apelação, de toda sorte, para permitir o seu aproveitamento como agravo pelo princípio da fungibilidade recursal, teria de ser aviada dentro do qüinquídeo legal. Não o sendo, correto o acórdão que dela não conheceu, por intempestividade.

III. Agravo improvido.

Decisão

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, à unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo Teixeira, Barros Monteiro, Cesar Asfor Rocha e Ruy Rosado de Aguiar.

Custas, como de lei.

Acórdão

AIRES 250984/RJ ; AGRAVO DE INSTRUMENTO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO REsp (2000/0092872-0)

Fonte

DJ DATA:19/02/2001 PG:00143

Relator(a)

Min. FERNANDO GONÇALVES (1107)

Data da Decisão

08/11/2000

Orgão Julgador

S3 - TERCEIRA SEÇÃO

Ementa

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. INDEFERIMENTO LIMINAR. AGRAVO DE INSTRUMENTO DO ART. 525 DO CPC. NÃO CABIMENTO. FUNGIBILIDADE RECURSAL. NÃO OBSERVÂNCIA DO PRAZO CORRETO. IMPOSSIBILIDADE.

1 - Nos termos do art. 557, §1º do Código de Processo Civil e do art. 258 do RISTJ, o recurso cabível contra as decisões monocráticas dos Relatores é o agravo regimental.

2 - Para utilização do princípio da fungibilidade, é necessário, dentre outros requisitos, que o recurso interposto erroneamente tenha sido protocolado dentro do prazo previsto para o recurso

adequado, o que não ocorre na situação em tela. Precedente.

3 - Agravo não conhecido.

Decisão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do agravo de instrumento. Votaram com o Ministro-Relator os Ministros Felix Fischer, Gilson Dipp, Hamilton Carvalhido, Jorge Scartezzini, Fontes de Alencar e José Arnaldo da Fonseca. Ausentes, justificadamente, o Ministro Edson Vidigal e, por motivo de licença, o Ministro William Patterson.

Acórdão

RESP 154764/MG ; RECURSO ESPECIAL (1997/0081068-2)

Fonte

DJ DATA:25/09/2000 PG:00086

Relator(a)

Min. ADHEMAR MACIEL (1099)

Data da Decisão

20/10/1998

Orgão Julgador

T2 - SEGUNDA TURMA

Ementa

PROCESSUAL CIVIL. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. APLICAÇÃO: IMPOSSIBILIDADE, TENDO EM VISTA A OCORRÊNCIA DE ERRO GROSSEIRO NA INTERPOSIÇÃO DO RECURSO. HÁ ERRO GROSSEIRO SE NÃO EXISTE DÚVIDA OBJETIVA (OU SEJA, DIVERGÊNCIA ATUAL NA DOCTRINA OU NA JURISPRUDÊNCIA) ACERCA DO RECURSO CABÍVEL. PRECEDENTES DO STJ.

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

I - Embora não esteja inserto em nenhum dos dispositivos do Código de Processo Civil em vigor, o princípio da fungibilidade ainda pode ser validamente invocado no sistema recursal pátrio.

II - O princípio da fungibilidade só tem aplicação quando o recorrente não comete erro grosseiro. Para que o equívoco na interposição de recurso seja escusável é necessário que haja dúvida objetiva, ou seja, divergência atual na doutrina ou na jurisprudência acerca do recurso cabível. Se, ao contrário, não existe dissonância ou já está ultrapassado o dissenso entre os comentadores e os tribunais sobre o recurso adequado, não há que se invocar o princípio da fungibilidade recursal. Precedentes do STJ:

REsp n. 117.429/MG e REsp n. 126.734/SP.

III - É sentença a decisão judicial que indefere liminarmente embargos à execução, já que põe fim ao processo. Por essa razão, o recurso cabível é a apelação, configurando erro grosseiro a interposição de agravo.

IV - Recurso especial conhecido e provido.

Decisão

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas. Decide a SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Votaram de acordo os Srs. Ministros Aldir Passarinho Júnior e Hélio Mosimann. Vencidos os Srs. Ministros Ari Pargendler e Peçanha Martins.
Custas, como de lei.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante das considerações feitas acerca do princípio da fungibilidade recursal, entende-se que tal princípio está presente e é compatível com o vigente Código de Processo Civil. Mesmo depois das alterações realizadas, em especial às alterações das leis 9139/95 e 9756/98, o princípio está implícito .

Estando o princípio da fungibilidade consubstanciado na regra que possibilita substituir um recurso por outro, estar-se-ia retroagindo à um formalismo exacerbado, ignorando-o. O apego extremo à forma depõe contra a própria segurança que se pretende buscar com a formalidade, pois esta pode levar a ineficiência da prestação jurisdicional, desvirtuando a finalidade do ato.

Verificou-se que não basta reconhecer a existência da fungibilidade recursal, deve-se analisar em que situações (requisitos) ela pode ser aplicada. As incidências verificadas durante a pesquisa são: dúvida objetiva, inexistência de erro grosseiro e tempestividade.

Em relação ao último pressuposto (tempestividade), alguns juristas divergem sobre a sua real necessidade, em virtude da irrelevância do prazo com a substituição plena de um recurso por outro que a fungibilidade impõe. A jurisprudência majoritária entende inadmissível a aplicação do princípio sem que observada a tempestividade, sob pena de ferir o instituto da preclusão.

Entende-se, acerca de tal pressuposto, que ainda que houvesse decorrido o prazo limite para o recurso cabível, este deveria ser recebido, processado e conhecido.

De outro vértice, reconhece-se que o princípio da fungibilidade recursal é importantíssimo, inclusive para a garantia do acesso à justiça. Mas a pergunta persiste: onde buscar abrigo ao princípio ante a ausência de norma expressa consagrando a fungibilidade? A forma mais simples de resolver a questão é apelar-se para o capítulo

do Código que trata das nulidades. Existem dispositivos no pergaminho instrumental vigente, atinentes às nulidades, que permitem o máximo aproveitamento dos atos, tornando-os válidos, desde que preencham a sua finalidade essencial e não prejudiquem a defesa. A fungibilidade recursal é princípio decorrente da instrumentalidade das formas e dos atos processuais.

Vale lembrar ainda que a fungibilidade recursal está intimamente ligada, além do princípio da instrumentalidade das formas, à outros princípios, quais sejam: aquele segundo o qual não há nulidade sem prejuízo; princípio da conservação ou do aproveitamento e principalmente o princípio da busca da verdade.

Diante do exposto, entende-se que não pode-se fugir da presença da fungibilidade recursal no Código de Processo Civil vigente. É claro que necessário se faz existir fundada dúvida quanto à interposição do recurso, mitigando-se os formalismos em benefício às partes e garantindo a economia processual.

Por fim, não é demais frisar novamente que o princípio da fungibilidade está encampado por um princípio de maior abrangência dentro da teoria geral do processo, qual seja o da instrumentalidade das formas, que assume papel de válvula do sistema, destinada a atenuar e racionalizar os rigores das exigências formais.

REFERÊNCIAS

- 1 ARANOVICH, Rosa Maria de Campos. **O princípio da fungibilidade dos recursos no atual código de processo civil**, Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, n. 13.
- 2 ATHANÁSIO, João Batista. **Manual de direito processual civil**. Curitiba: Juruá, 1998.
- 3 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil**. (arts. 476 a 565), Rio de Janeiro: Forense, 1974, vol. V.
- 4 FORNACIARI JÚNIOR, Clito. **A reforma processual civil** (artigo por artigo). São Paulo: Saraiva, 1996.
- 5 GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 1997. vol. 2.
- 6 LEITE, José Oswaldo de Oliveira. **Da fungibilidade dos recursos**, Revista dos Tribunais, n. 488.
- 7 MACHADO, Hugo de Brito. **Agravo de instrumento, agravo regimental e o princípio da fungibilidade**, Revista Consulex, n. 14, ano II, Fevereiro de 1998.
- 8 MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. 2.ed. São Paulo: Forense, IV.
- 9 NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor atualizado até 10.03.1999**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- 10 NEVES, Iêdo Batista. **O Processo civil na doutrina e na prática dos tribunais**. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

11 PONTES DE MIRANDA. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975. Tomo VII – Dos Recursos.

12 RODRIGUES, Libanio Alves. **O princípio da fungibilidade recursal no STJ**, Revista dos Tribunais, n. 688.

13 SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de direito processual civil**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1988-1994.

14 SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 1985.

15 SOUZA, Paulo Roberto Pereira de. **Da fungibilidade dos recursos**, Revista de Processo, n. 38.

16 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Jurisprudência**. Disponível em: <http://www.stj.gov.br> . Acesso em 28 mai. 2001.

17 THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O processo civil brasileiro no limiar do novo século**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

18 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA. **Jurisprudência**. Disponível em: <http://www.tj.sc.gov.br> . Acesso em: 28 mai. 2001.

19 WANBIER, Teresa Arruda Alvim. **Dúvida objetiva: o único pressuposto para aplicação do princípio da fungibilidade**, Revista de Processo, n. 65.

20 _____. **O novo regime do agravo**. 2.ed. São Paulo: RT, 1996.

21 _____; NERY JÚNIOR, Nelson. **Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis de Acordo com a Lei 9.756/98**. 1.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.