

A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Fernanda Augusta Hernandes CARRENHO¹
Pedro Antônio Martins GREGUI²

RESUMO: O objetivo deste artigo foi expor o debate científico acerca da aplicação do princípio da fungibilidade recursal no Código de Processo Civil de 2015, diante das alterações promovidas pela nova lei no cenário jurídico até então vigente.

Palavras-chave: Princípio da Fungibilidade Recursal. Código de Processo Civil.

1. INTRODUÇÃO

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015, a doutrina e a jurisprudência brasileiras tiveram (e ainda têm) que encarar uma série de modificações no sistema processual brasileiro. Embora alguns institutos tenham permanecido intactos, outros sofreram mudanças profundas em suas estruturas, com afetações diretas na atuação prática dos operadores do direito.

Este trabalho científico se presta a analisar as mudanças trazidas pela nova lei de processo à fungibilidade recursal, bem como a atual situação deste princípio ligado à disciplina dos recursos.

Para atingir esta finalidade, fornecendo as bases necessárias à compreensão do assunto, serão expostas as principais questões relacionadas ao princípio da fungibilidade e à sua aplicação, cuja importância decorre, sobretudo, de dois pontos:

I) A necessidade de firme definição das hipóteses e requisitos da fungibilidade, considerando seu nítido caráter de exceção à norma do cabimento recursal;

¹ Procuradora do Estado de São Paulo; exerceu o cargo de Agente da Fiscalização Financeira do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo; graduada em Direito pela Universidade Estadual de Londrina; especialista em Direito Processual pela Universidade da Amazônia-Unama, em Direito Público pela Universidade Gama Filho e em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera.

² Advogado; graduado em Direito pelo Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente; especialista em Direito Processual Civil e pós-graduando em Direito Civil pela mesma instituição de ensino.

II) A previsão expressa, pelo novo código, de alguns casos de aplicação deste princípio, bem como a alteração do rol de requisitos necessários à sua verificação.

O presente trabalho se dedicou, primeiramente, a definir o instituto em questão, para somente após levantar a discussão sobre a temática e, então, tendo subsídios suficientes, chegar à conclusão sobre a atual situação do princípio da fungibilidade recursal no CPC de 2015.

2. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL

A primeira parte deste trabalho busca apresentar ao leitor, de forma breve, o instituto jurídico da *fungibilidade recursal*, que consiste em um dos inúmeros princípios relacionados ao tópico dos recursos, inserido na ciência processual.

2.1 Conceito e Fundamento

A expressão *fungibilidade*, usada para nomear o fenômeno estudado, deve ser interpretada de forma literal, uma vez que a finalidade deste instrumento realmente é uma substituição. Por ele, é dada ao magistrado a possibilidade de receber, como se o correto fosse, um recurso diverso do cabível para impugnar determinada decisão, fundamentando tal ato no princípio da instrumentalidade das formas. Assim diz Daniel Amorim Assumpção Neves (2013, p. 605):

Como o próprio nome sugere, *fungibilidade* significa troca, substituição, e no âmbito recursal significa **receber um recurso pelo outro**, mais precisamente receber o recurso que não se entende como cabível para o caso concreto por aquele que teria cabimento. Trata-se notoriamente de flexibilização do pressuposto de admissibilidade recursal do cabimento, considerando-se que, em regra, recurso que não é cabível não é recebido/conhecido. A fungibilidade se funda no *princípio da instrumentalidade das formas*, amparando-se na ideia de que o desvio da forma legal sem a geração do prejuízo não deve gerar a nulidade do ato processual.

É óbvio, contudo, que tal recebimento não se opera em todas as hipóteses de apresentação de recurso fora do cabimento, uma vez que isso equivaleria a desconsiderar as regras do jogo. Ao longo do tempo, formularam-se

requisitos que devem ser preenchidos para que a fungibilidade possa ocorrer. Logo, nos próximos tópicos, pretende-se abordar, ainda que sem esgotar totalmente o assunto, a evolução histórica do instituto e os requisitos exigidos para a sua utilização.

2.2 Histórico

Antes de iniciar a análise histórica propriamente dita, deve-se observar que tal atividade se estabelecerá sobre o período compreendido entre o código processual de 1939 e os dias atuais, não sendo abordada nenhuma passagem anterior à década de 1930.

Definido isso, é possível começar a pequena caminhada.

O CPC de 1939 já previa, em resposta ao intrincado sistema recursal existente naquela ocasião, o instrumento da fungibilidade recursal. Dizia o artigo 810 que, "salvo a hipótese de má-fé ou erro grosseiro, a parte não será prejudicada pela interposição de um recurso por outro, devendo os autos ser enviados à Câmara, ou turma, a que competir o julgamento".

É interessante observar que os códigos posteriores (o de 1973 e o de 2015) não possuem um dispositivo semelhante.

Esta falta de previsão, especificamente quanto à codificação dos anos 1970, decorreu da presunção de simplificação das decisões e dos recursos decorrente da definição dos atos judiciais, realizada pelo artigo 162 da lei.

Entretanto, referida previsão demonstrou ser um ledó engano do legislador, pois o expediente de traçar o contorno das espécies de decisões judiciais não foi capaz de extinguir todas as dúvidas recursais advindas da prática do processo. Neste sentido, inclusive, vêm as palavras de Neves (2013, p. 605):

O princípio da fungibilidade recursal vinha consagrado no art. 810 do Código de Processo Civil de 1939, sendo que o legislador no atual diploma processual abandonou a expressa previsão legal desse princípio, na vã esperança de que a nova codificação recursal fosse suficiente a dissipar toda e qualquer dúvida a respeito do cabimento recursal. Apesar da melhora verificada nesse tocante, é inegável que em determinadas

hipóteses continuou - como continua até hoje - a existir dúvida a respeito do recurso cabível em determinadas situações, mantendo-se implicitamente o princípio da fungibilidade recursal.

Desta forma, por entendimento doutrinário e jurisprudencial, a fungibilidade continuou sendo utilizada durante toda a vigência do CPC/73.

Passando para o código de 2015, percebe-se o surgimento de uma realidade diversa da verificada nas duas normas anteriores. O CPC em vigor prevê expressamente algumas hipóteses de fungibilidade (que serão analisadas neste trabalho), embora não possua um artigo tão abrangente quanto o de n. 810, de 1939.

Para suprir as lacunas da nova lei processual, relativas à possibilidade ou impossibilidade da aplicação da fungibilidade, foram muito úteis os trabalhos do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, que em seu primeiro encontro, realizado na cidade de Salvador-BA, editou o enunciado de n. 104, no qual está dito que "(art. 1.024, § 3º) O princípio da fungibilidade recursal é compatível com o CPC e alcança todos os recursos, sendo aplicável de ofício. (*Grupo: Ordem dos Processos no Tribunal, Teoria Geral dos Recursos, Apelação e Agravo*)".

Logo, é possível afirmar que o princípio da fungibilidade sobreviveu ao surgimento da nova lei processual, encontrando, hoje, além do suporte interpretativo, o retorno da expressa previsão legal (ainda que limitada a alguns tipos de recursos).

2.3 Requisitos

Outras passagens deste texto já deixaram claro que a fungibilidade deve obediência a determinadas condições, cujo não atendimento torna inviável o acolhimento do recurso interposto.

Apesar das pequenas divergências doutrinárias e jurisprudenciais, o consenso da maioria indicava, antes do CPC de 2015, a presença de três requisitos, sendo eles:

- I) Dúvida objetiva quanto ao recurso que deve ser interposto;
- II) Inexistência de erro grosseiro;

III) Interposição do recurso no menor prazo (considerando os prazos dos recursos entre os quais se está em dúvida).

Os próximos três itens do presente trabalho se dedicam à análise destes elementos.

2.3.1 Dúvida objetiva

Para que se aceite a postura do advogado ao interpor um recurso em vez de outro, a primeira conferência que deve ser realizada é se sobre a situação realmente existe o que se chama de dúvida objetiva, pois a fungibilidade não tem como finalidade legitimar o erro crasso e cancelar o profissional incompetente (MARINONI e ARENHART, 2014, p. 505).

Em resumo, pode-se dizer que esta dúvida é a confusão causada na cabeça do operador do Direito pelo próprio sistema jurídico (doutrinário, jurisprudencial e legal), motivando a apresentação de um ou de outro meio de impugnação.

É verdade que a terminologia "dúvida objetiva" contém um erro de estrutura, considerando que todas as dúvidas, por lógica, são subjetivas. Assim, a leitura correta a ser feita, no caso, é "dúvida razoavelmente aceita, baseada em elementos objetivos" (DIDIER JÚNIOR, 2013, p. 47).

Caso se adote o significado do parágrafo anterior, o conceito formulado para tal requisito neste tópico adquire, de melhor forma, um sentido que o defina como realmente é.

Referida dúvida pode ter origem: i) na lei processual, que nomeia as sentenças como decisões interlocutórias e vice-versa; ii) nas discussões doutrinárias e jurisprudenciais sobre a natureza jurídica de certos atos processuais, como por exemplo o debate acerca da decisão que decide a ação declaratória incidental, antes da sentença final da causa principal; iii) no proferimento de um ato judicial por outro, como por exemplo a denominar e conformar como sentença uma decisão interlocutória e vice-versa (MARINONI e ARENHART, 2014, p. 505).

2.3.2 Inexistência de erro grosseiro

Realizada a aproximação com a hipótese, constatando-se a dúvida debatida no item anterior, é feita agora a checagem da existência ou não de erro grosseiro por parte do advogado.

O erro grosseiro se verifica quando o profissional incorre em dúvida sem que existam os elementos objetivos outrora mencionados, sendo possível citar, como exemplo, a situação na qual se interpõe um recurso diverso daquele legalmente previsto para combater a decisão atacada.

Logo, é possível concluir que inexistente erro grosseiro quando existe dúvida objetiva. Como o raciocínio contrário também é válido, pode-se falar que estes dois requisitos são, na verdade, realidades excludentes. Corroborando tal assertiva, vêm as linhas de Fredie Didier Júnior (2013, p. 47):

[...] b) *Inexistência de erro grosseiro*: fala-se em erro grosseiro quando nada justificaria a troca de um recurso pelo outro, pois não há qualquer controvérsia sobre o tema (ou seja, não será grosseiro o erro quando houver dúvida razoável sobre o cabimento do recurso, 69-70);

[...]

69. Enunciado n. 272 da súmula da jurisprudência do STF: "Não se admite como recurso ordinário, recurso extraordinário de decisão denegatória de mandado de segurança".

70. Na verdade, inexistência de erro grosseiro e a existência de "dúvida objetiva" são as 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 a dúvida, haverá erro grosseiro.

Por outro lado, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2014, p. 506) defendem a ideia de simultaneidade da dúvida objetiva e da inexistência de erro grosseiro. Este raciocínio se baseia naqueles casos em que, verificada a dúvida entre dois tipos de recurso, a parte interpõe um terceiro tipo, alheio à esfera da dúvida.

2.3.3 Interposição do recurso no menor prazo

Por último, depois de satisfeitas as exigências da dúvida e da ausência de erro, deve-se mencionar que existia ainda um terceiro requisito para a

fungibilidade. Tratava-se da interposição do recurso no menor prazo (levando em conta, aqui, os prazos das modalidades de impugnação entre as quais se está em dúvida).

Atualmente, esta condição está praticamente superada, pois a unificação de todos os prazos recursais em quinze dias (exceto para os embargos de declaração), realizada pelo artigo 1.003, § 5º, do CPC, praticamente extinguiu a preocupação de realizar a apresentação do recurso no menor prazo.

Antes do código de 2015, alguns entendiam que a boa-fé do recorrente deveria estar presente, verificando-se tal fato sobretudo pela observância do prazo recursal. Entretanto, a lei de 1973 não trazia uma uniformidade de prazos que servisse como critério satisfatório para apurar a boa-fé sob este prisma, levando à aceitação da interposição do recurso (sobre o qual pairava a dúvida objetiva) dentro de seu prazo legal (CAMBI, DOTTI, PINHEIRO, MARTINS e KOZIKOSKI, 2017, p. 1466). Para tanto, a doutrina usava como um dos argumentos a impossibilidade de penalizar a parte em razão de erro gerado pelo próprio sistema. Apesar de esse ponto de vista encontrar grande resistência na jurisprudência, o Superior Tribunal de Justiça já o empregou em alguns de seus acórdãos - ver: STJ, 4ª T., Resp 16.978/SP, Rel. Min. Athos Carneiro, ac. 16.11.1992, RSTJ 43/348 (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 959).

3. DISCIPLINA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Agora, adentrando no núcleo do debate proposto por este trabalho, será iniciada a análise do princípio da fungibilidade recursal no CPC em vigor, com observações gerais relativas às hipóteses expressas de sua aplicação, bem como à possibilidade de seu uso nos casos em que tal previsão não está presente.

3.1 Hipóteses Expressas

Diferenciando-se da legislação de 1973, o código processual de 2015 trouxe de forma expressa duas hipóteses nas quais o princípio da fungibilidade será empregado. Diz o artigo 1.024, § 3º, do CPC:

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

[...]

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

Diz, também, o seu artigo 1.032:

Art. 1.032. Se o relator, no Superior Tribunal de Justiça, entender que o recurso especial versa sobre questão constitucional, deverá conceder prazo de 15 (quinze) dias para que o recorrente demonstre a existência de repercussão geral e se manifeste sobre a questão constitucional.

Parágrafo único. Cumprida a diligência de que trata o caput, o relator remeterá o recurso ao Supremo Tribunal Federal, que, em juízo de admissibilidade, poderá devolvê-lo ao Superior Tribunal de Justiça.

Diz, por último, o seu artigo 1.033:

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

A simples leitura dos dispositivos citados já dá ao intérprete toda a explicação necessária, pois são previsões legais de aplicação da fungibilidade entre: i) os recursos de embargos de declaração e agravo interno; ii) os recursos especial e extraordinário (ou extraordinário e especial, caso seja o artigo 1.033).

Quanto ao artigo 1.024, § 3º, o principal objetivo da substituição é a apreciação da questão infringente incompatível com a natureza do recurso interposto, tratando-se de uma fungibilidade separada dos pressupostos da dúvida fundada e do erro grosseiro, ou seja, uma fungibilidade de meios e não propriamente recursal (NERY JÚNIOR e NERY, 2016, p. 2290).

Importante destacar, ainda, a aplicação de alguns enunciados (de n. 564, 565 e 566) do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis aos artigos 1.032 e 1.033. Referidos verbetes se relacionam com o direito intertemporal e com o procedimento a ser observado em caso de conversão do recurso, citando-se abaixo os seus conteúdos:

564. (arts.1032-1033). Os arts. 1.032 e 1.033 devem ser aplicados aos recursos interpostos antes da entrada em vigor do CPC de 2015 e ainda pendentes de julgamento. (Grupo: Direito Intertemporal)

565. (art. 1.032; art. 1.033) Na hipótese de conversão de recurso extraordinário em recurso especial ou vice-versa, após a manifestação do recorrente, o recorrido será intimado para, no prazo do caput do art. 1.032, complementar suas contrarrazões. (Grupo: Recursos (menos os repetitivos) e reclamação)

566. (art. 1.033; art. 1.032, parágrafo único) Na hipótese de conversão do recurso extraordinário em recurso especial, nos termos do art. 1.033, cabe ao relator conceder o prazo do caput do art. 1.032 para que o recorrente adapte seu recurso e se manifeste sobre a questão infraconstitucional. (Grupo: Recursos (menos os repetitivos) e reclamação)

O que é novo, no atual código, é a própria previsão destas hipóteses de substituição nos artigos mencionados, inexistente na lei anterior. Verifica-se, contudo, que o legislador poderia ter dado um passo a mais e estabelecido, em cláusula aberta, a possibilidade de aplicação do princípio da fungibilidade para toda e qualquer situação recursal que nela venha a se enquadrar.

Em vez disso, optou por trazer apenas dois casos expressos, deixando para a doutrina e para a jurisprudência a missão de solucionar os casos sem base legal. Não que isso seja um grande problema, uma vez que elas continuarão fazendo o que fazem desde a época do CPC/73, ou seja, aplicando a fungibilidade com fundamento na prática já consagrada.

3.2 Aplicação do Princípio da Fungibilidade às Hipóteses Não Previstas em Lei

O Código de Processo Civil de 2015, imbuído pela vontade de dar máximo cumprimento ao mandamento constitucional do devido processo legal, previu uma série de normas fundamentais cujas disposições devem ser observadas no exercício processual.

Uma destas normas, precisamente a do artigo 4º, contém o que se chama de princípio da primazia da análise do mérito, segundo o qual deverá o magistrado envidar todos os esforços no sentido de resolver integralmente o mérito.

Faz parte do espírito do novo código efetivamente solucionar os problemas levados à apreciação do Poder Judiciário, que deverá se concentrar nas técnicas processuais adequadas e fechar os olhos para meros formalismos.

Assim, não é errado falar que, embora o CPC vigente tenha sido omissivo quanto a um dispositivo universal para a fungibilidade recursal, essa decorre da interpretação teleológica que se faz da lei.

Nos termos do que já foi falado durante a exposição histórica, no início deste texto, os juristas brasileiros não cruzaram os braços diante dos desafios trazidos pelo código de 2.015. Pelo contrário. Desenvolvendo trabalhos de debate, o Fórum Permanente de Processualistas Civis editou diversos enunciados até o momento, entre os quais se encontra o de n. 104 (já citado), que estampa este raciocínio sobre a compatibilidade do princípio da fungibilidade com todos os recursos do CPC.

Reforçando esta ideia, consegue-se identificar um tipo de pensamento quase idêntico vindo da doutrina. Como exemplo, cabem perfeitamente as palavras de Theodoro Júnior (2016, p. 960):

Com isto, restou claro para o NCPC, no campo dos recursos excepcionais, ser irrelevante o equívoco da parte em usar o especial em lugar do extraordinário e vice e versa, pois sempre será possível a conversão do inadequado no adequado. Se tal é autorizado perante esses recursos, nada impedirá que a fungibilidade seja também observada em relação aos recursos ordinários.

Portanto, respeitando aqueles que pensam de forma diversa, o entendimento mais adequado para a situação (e que provavelmente deverá prevalecer) é aquele que admite a aplicação do princípio da fungibilidade recursal mesmo para os casos que não envolvam as hipóteses típicas.

4. CONCLUSÃO

A pesquisa em questão, apesar de breve, teve como objetivo proporcionar ao leitor o conhecimento relativo à discussão doutrinária e jurisprudencial que se estabelece sobre o princípio da fungibilidade recursal no Código de Processo Civil de 2015.

Embora tenha agido bem ao prever algumas hipóteses de fungibilidade na lei de processo, o legislador foi tímido demais, pois teve a oportunidade de disciplinar o assunto de forma mais abrangente e geral, tornando desnecessários os

debates dos juristas sobre como resolver os casos de dúvida objetiva em matéria recursal que porventura surjam ao longo do tempo.

O raciocínio desenvolvido neste artigo não pretende estabelecer, como verdade absoluta, o caminho que a questão deverá seguir a partir de agora. Todavia, parece claro que a ampliação de incidência do princípio ora analisado, como foi dito, coaduna-se perfeitamente com os ideais do novo código, que visam justamente a instituição de ferramentas e procedimentos que resolvam de forma célere e efetiva os problemas levados ao Poder Judiciário, promovendo assim a paz social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Decreto-lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939. Código de Processo Civil.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil.

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

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais**. 11. ed. Salvador: JusPODIVM, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**. 12. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo código de processo civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973**. 5.ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado**. 16. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção Neves. **Manual de direito processual civil: volume único**. 5. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: MÉTODO, 2013.

PINHEIRO, Paulo Eduardo D'Arce et al. **Curso de processo civil completo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**: volume III. 47. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.