



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Aplicação do princípio da fungibilidade recursal: análise sobre as controvérsias  
existente quanto aos requisitos para a sua aplicação

Marcelle Gandara Esteves Vidal Simões

Rio de Janeiro

2015

MARCELLE GANDARA ESTEVES VIDAL SIMÕES

**Aplicação do princípio da fungibilidade recursal: análise sobre as controvérsias  
existente quanto aos requisitos para a sua aplicação**

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.  
Professores Orientadores:  
Prof. Mônica Areal  
Prof. Nelson Tavares  
Prof. Néli Luiza C. Fetzner

Rio de Janeiro

2015

# APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL: ANÁLISE SOBRE AS CONTROVÉRSIAS EXISTENTES QUANTO AOS REQUISITOS PARA SUA APLICAÇÃO

Marcelle Gandara Esteves Vidal Simões

Graduada pela Universidade Candido Mendes.  
Técnica de atividade judiciária. Pós-graduada  
em Direito Tributário pela Universidade  
Candido Mendes.

**Resumo:** O princípio da fungibilidade recursal tem sua aplicação muito restrita em razão dos requisitos estabelecidos pelos Tribunais Superiores. Apesar da inexistência de previsão expressa no ordenamento jurídico pátrio quanto ao princípio da fungibilidade recursal, é pacífico na doutrina e na jurisprudência o reconhecimento de sua existência. Tal instituto é um instrumento muito importante no combate ao formalismo processual, na garantia ao acesso à justiça, bem como na pacificação social. A essência do trabalho é abordar a importância do princípio em estudo, bem como expor a necessidade de mitigação dos requisitos para sua aplicação, permitindo um maior aproveitamento do instituto.

**Palavras-chave:** Processo Civil. Recursos. Fungibilidade. Requisitos. Mitigações.

**Sumário:** Introdução. 1. Breve histórico. 2. Conceito e finalidade. 3. Requisitos e mitigações. Conclusão. Referências.

## INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a possibilidade de mitigação dos requisitos necessários para a aplicação do princípio da fungibilidade recursal. Procura-se demonstrar que a análise objetiva dos mencionados requisitos muitas vezes inviabilizam o acesso a justiça e conseqüentemente à prestação jurisdicional adequada.

Para tanto, serão abordadas as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema, de modo a expor os requisitos para a aplicação do princípio em comento e a forma como esses requisitos inviabilizam a aplicação do princípio.

O princípio da fungibilidade serve como meio de se combater o formalismo excessivo no direito processual civil. O processo civil moderno deve ser visto como mecanismo de realização do direito material, um processo civil de resultados. O princípio da fungibilidade recursal permite que se alcance a satisfação da sociedade sem que para isso seja preciso abrir mão da forma que garante a regularidade do procedimento.

A fungibilidade existe para evitar que o excesso de formalismo interfira na prestação jurisdicional de modo a comprometer o acesso à justiça. Nesse contexto, surge o princípio da fungibilidade recursal, que admite que um recurso, ainda que incabível em certo momento processual, seja recebido no lugar do recurso que seria adequado, desde que observados alguns requisitos.

A relevância do tema em análise se verifica diante das divergências sobre a interpretação dos requisitos para a aplicação da fungibilidade recursal entre os doutrinadores e as decisões das Cortes Superiores são causa de insegurança aos operadores do Direito.

O tema também possui inegável importância social, eis que a fungibilidade existe para evitar que o excesso de formalismo interfira na prestação jurisdicional de modo a comprometer o acesso à justiça.

Entretanto, a aplicação do referido princípio é extremamente dificultosa em razão da interpretação que os Tribunais Superiores faz sobre os requisitos para a sua aplicação.

Para melhor compreensão do tema, busca-se apresentar um breve histórico do princípio em análise, esclarecer o conceito e a finalidade do mesmo, e fazer uma análise aprofundada sobre os requisitos necessários para a sua aplicação. Pretende-se, ainda, despertar a atenção para a possibilidade de mitigação desses requisitos, viabilizando uma maior efetividade ao princípio da fungibilidade.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando um breve histórico do princípio da fungibilidade, sua origem e previsão no ordenamento jurídico pátrio.

Segue-se, no segundo capítulo, demonstrando o conceito de “fungibilidade” e a finalidade do referido princípio.

O terceiro capítulo destina-se a examinar detalhadamente os requisitos necessários para a aplicação do princípio da fungibilidade, quais sejam, a existência de dúvida objetiva, a ausência de erro grosseiro e a tempestividade.

O quarto capítulo analisa a possibilidade de mitigação dos mencionados requisitos. Procura-se explicitar que a interpretação dada pelos Tribunais Superiores afasta a aplicação do princípio, o que prejudica o acesso à justiça.

A pesquisa se valerá do meio bibliográfico e comparado, em abordagem qualitativa e predominantemente explicativa.

## **1 BREVE HISTÓRICO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE**

O princípio da fungibilidade tem origem no direito alemão nas teorias subjetiva e objetiva e no direito português.

A teoria subjetiva entendia que caso o magistrado não proferisse a decisão correta e o recurso interposto pelo recorrente fosse voltado à esta decisão que não foi proferida, o recurso seria incabível. Em sentido contrário, a teoria objetiva entendia que o recurso interposto deve ser cabível para a decisão prolatada independentemente de esta estar ou não correta.

Nesse contexto, foi criado o princípio do recurso indiferente, posteriormente denominado de teoria do maior favorecimento. O mencionado princípio estabelecia que o recurso deveria ser admitido quando interposto contra decisão erroneamente proferida pelo magistrado, bem como quando interposto em face da decisão que deveria ter sido prolatada. Assim, o mencionado princípio superou as teorias subjetiva e objetiva.

No Código Civil Português, o princípio da fungibilidade tinha previsão expressa, semelhantemente como o previa o Código brasileiro revogado de 1939, em seu art. 687, item 3, parte final, *verbis*:

- ARTIGO-687. (Interposição do recurso - Despacho do requerimento)
1. Os recursos interpõem-se por meio de requerimento, dirigido ao tribunal que proferiu a decisão recorrida e no qual se indique a espécie de recurso interposto e, nos casos previstos nos nos 2, 4 e 6 do artigo 678.o e na parte final do no 2 do artigo 754.o, o respectivo fundamento.
  2. Tratando-se de despachos ou sentenças orais, reproduzidos no processo, o requerimento de interposição pode ser ditado para a acta.
  3. Junto o requerimento ao processo, será indeferido quando se entenda que a decisão não admite recurso, ou que este foi interposto fora de tempo, ou que o requerente não tem as condições necessárias para recorrer. Mas não pode ser

indeferido com o fundamento de ter havido erro na espécie de recurso: tendo-se interposto recurso diferente do que competia, mandar-se-ão seguir os termos do recurso que se julgue apropriado.<sup>1</sup>

Ademais, desde o advento do decreto 21.287 de 1932, alterando o CPC Português de 1876, já havia proibição no sentido do juiz indeferir o recurso por entender que outro seria o competente. Neste caso deveria o magistrado mandar seguir nos termos do recurso que julgava competente.<sup>2</sup>

O princípio da fungibilidade recursal ingressou no ordenamento jurídico brasileiro por meio da previsão expressa contida no artigo 810 do Código de Processo Civil de 1939 que dispunha: “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.”.

Após a criação de um novo Código de Processo Civil, em 1973, o legislador entendeu desnecessário manter a referida previsão, uma vez que, na visão do legislador, o novo Código não deixava dúvida objetiva acerca do recurso apropriado.

Entretanto, o código vigente, embora menos confuso que o anterior, também possui dúvidas capazes de fazer com que os operadores do direito cometam equívocos no momento da interposição dos recursos.

Apesar do princípio da fungibilidade não estar positivado expressamente no nosso ordenamento jurídico, ele encontra correspondência no Princípio da instrumentalidade das formas, que está consagrado nos artigos 154, caput e 244, ambos do CPC. Dessa forma, trata-se de um princípio jurídico implícito, que deriva do princípio da instrumentalidade das formas.

O princípio da instrumentalidade das formas é de fundamental importância para proporcionar uma maior dinâmica ao sistema processual, evitando-se o excesso de

---

<sup>1</sup> NERY, Nelson Junior. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 141.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 140.

formalismo e privilegiando a finalidade do ato. Assim, reconhece-se que mesmo sendo importante a observância das formas para garantir a regularidade procedimental, o aspecto formal deve ceder ao sentido teratológico, desde que não tenha advindo, do erro de forma, nenhum prejuízo para as partes.

Logo, apesar da ausência de norma explícita a respeito do princípio da fungibilidade recursal, é pacífico na doutrina o reconhecimento de sua existência.

Nesse sentido é o entendimento de Guilherme Freire de Barros Teixeira: “Não obstante o Código de Processo Civil de 1973 não tenha reproduzido o dispositivo da lei revogada, o princípio da fungibilidade tem aplicação ainda hoje, tratando-se de um princípio implícito, decorrente da instrumentalidade das formas.”<sup>3</sup>

No mesmo sentido, de defender a aplicação da fungibilidade mesmo diante da ausência de previsão expressa, Barbosa Moreira afirma que:

a solução não repugna ao sistema do novo Código, que não leva a preocupação do formalismo a ponto de prejudicar irremediavelmente o interesse substancial das partes por amor ao tecnicismo. Se o erro de forma não torna inaproveitável a própria ação, menos ainda a escolha de for a imprópria para impugnar determinada decisão tornará inaproveitável o recurso<sup>4</sup>

A professor Rita de Cássia Vasconcelos sustenta que “os princípio são normas jurídicas de caráter geral, que não precisam estar positivadas. Não é exigida a previsão legal expressa para que os princípio tenha validade e eficácia; eles decorrem do próprio sistema jurídico”.<sup>5</sup>

Dessa forma, constata-se que, diversas vezes, a própria legislação deixa dúvidas a respeito do recurso adequado ao pronunciamento judicial que se quer impugnar, o que fez com que a ideia da fungibilidade mantivesse a importância, ainda que não prevista

---

<sup>3</sup> TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. Teoria do princípio da fungibilidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 102.

<sup>4</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. O processo cautelar. Estudos sobre o novo código de processo civil, apud: Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos. *Princípio da Fungibilidade*: hipóteses de incidência no processo civil brasileiro contemporâneo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 79.

<sup>5</sup> VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa. *Princípio da Fungibilidade*: hipóteses de incidência no processo civil brasileiro contemporâneo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 79.

expressamente.

Assim, o princípio da fungibilidade, que é reconhecido doutrinariamente, consagra, a possibilidade da parte interpor um recurso que não seja o adequado para aquela decisão de que se recorre.

Contudo, para que esse recurso seja recebido é necessário o preenchimento de alguns requisitos, que serão oportunamente analisados.

## **2 CONCEITO DE FUNGIBILIDADE E FINALIDADE DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE**

Fungibilidade significa a qualidade de poder ser substituída por outra coisa da mesma espécie, qualidade e quantidade.

Segundo o dicionário jurídico, fungível é derivado do latim *fungibilis*, de fungir, cumprir, satisfazer, entende-se, no conceito jurídico, tudo que possa ser substituído. Embora fungível se mostre na acepção de consumível porque tem sentido de referir-se ao que satisfaz ou cumpre suas funções, na técnica jurídica eles se distinguem, notadamente quando se refere às coisas.<sup>6</sup>

Conforme o art. 85, do Código Civil de 2002, são bens fungíveis os móveis que podem substituir-se por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade.<sup>7</sup>

Logo, para o Direito Material, fungibilidade significa substitutividade, ou possibilidade de troca.

Consagrado no meio processual, o princípio da fungibilidade indica que um recurso, mesmo sendo incabível para atacar determinado tipo de decisão, pode ser considerado válido.

Assim, recurso fungível é aquele que pode ser trocado por outro, em determinadas hipóteses, desde que preenchidos alguns requisitos, que serão estudados adiante.

---

<sup>6</sup> SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 646.

<sup>7</sup> BRASIL, Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Art. 85, do Código Civil Brasileiro.



Segundo Rita de Cassia Corrêa de Vasconcelos, o princípio da fungibilidade recursal “é uma atenuação de diversos outros princípios, num abrandamento das respectivas regras, na medida em que autoriza o recebimento de um recurso por outro, proporcionando o conhecimento de mais de uma espécie de recurso contra uma única decisão judicial.”<sup>8</sup>

Com efeito, o Código de Processo Civil privilegia o respeito às formalidades procedimentais, porém, o nosso sistema processual, embora discipline quais as situações que ensejarão os tipos de processos e suas respectivas formas, apresenta dispositivos que suavizam o seu rigorismo, com objetivo de resolver a lide posta e facilitar que a efetiva prestação jurisdicional.

O formalismo objetiva dar segurança e efetividade às relações jurídicas já aperfeiçoadas. Diante dessa realidade, o princípio da instrumentalidade das formas e dos atos processuais evitam que a finalidade do ato seja substituída pela formalidade do mesmo.

A fungibilidade, como já mencionado no capítulo anterior, é um desdobramento do princípio da instrumentalidade das formas e dos atos processuais, porque tem como objetivo manter o ato que em seu conteúdo atingiu a sua finalidade.

Assim, a flexibilidade do procedimento às exigências da causa é fundamental para a melhor consecução dos seus fins, em uma perspectiva instrumentalista do processo.

Nesse sentido Fred Didier, mencionando Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, diz que:

A flexibilidade do procedimento às exigências da causa é, no entanto, fundamental para a melhor consecução dos seus fins, em uma perspectiva instrumentalista do processo, facultando ao juiz, obtido o acordo das partes, e sempre que a tramitação processual prevista na lei não se adapte perfeitamente às exigências da demanda aforada, a possibilidade de amoldar o procedimento à especificidade da causa, por meio da prática de atos que melhor se prestem à apuração da verdade e acerto da decisão, prescindindo dos que se revelem inidôneos para o fim do processo.<sup>9</sup>

---

<sup>8</sup> VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa. *Princípio da Fungibilidade*: hipóteses de incidência no processo civil brasileiro contemporâneo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 78.

<sup>9</sup> DIDIER, Fredie Souza Junior. *Sobre dois importantes (e esquecidos) princípios do processo*: adequação e adaptabilidade do procedimento. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2986>>. Acesso realizado em 23/08/2015.

Assim, a aplicabilidade do princípio implícito da fungibilidade deve ser aceita, desde que os requisitos para uma satisfatória prestação jurisdicional estejam satisfeitos, no âmbito processual.

Contudo, não se pode admitir a aplicação do princípio da fungibilidade a qualquer título, para salvar erros cometidos no curso processual, uma vez que não se admite erros absurdos nem se ameniza efeitos da preclusão e demais disposições expressas em lei.

Ademais, deve haver o cuidado na aplicabilidade do princípio da em análise para que a sua incidência não resulte em conflito com outros preceitos processuais, como por exemplo, o princípio da singularidade recursal, dentre outros outros, evitando-se o conflito de princípios.

Assim, a aplicação do princípio da fungibilidade requer boa-fé e tem de se coadunar com as exigências doutrinárias e jurisprudenciais. Esse princípio serve para mitigar o rigor do requisito chamado adequação, e não para admitir a qualquer pretexto, o recebimento de um recurso pelo outro.

Para evitar subjetivismos, a doutrina e a jurisprudência pátria vêm criando requisitos para afastar a má-fé, quais sejam: a existência de dúvida objetiva, a ausência de erro grosseiro e a tempestividade.

A dúvida objetiva consiste em situações que ensejem dúvidas concretas, sendo hipóteses de controvérsia doutrinária e jurisprudencial. O erro grosseiro consiste em situações atécnicas, ou seja, quando há interposição de um recurso no lugar do outro, afrontando a lei e a jurisprudência. Por fim, a tempestividade se refere à observância do prazo recursal cabível.

### **3 REQUISITOS E MITIGAÇÕES À LUZ DA DOUTRINA E DA JURISPRUDÊNCIA**

Ao ter expressamente reconhecido a fungibilidade recursal, no artigo 810 do Código de Processo Civil de 1939, o legislador excepcionou sua aplicação em duas hipóteses, quais

sejam, ausência de erro grosseiro e de má-fé.

A ausência de erro grosseiro era interpretada como sendo a existência de uma situação de dúvida que justificasse o equívoco da parte recorrente, evolução essa da qual resultou a ideia hoje bastante difundida de que a fungibilidade se aplica às situações de dúvida objetivamente verificável junto ao sistema jurídico.

Por sua vez, a má-fé era associada à ideia da utilização do princípio para o fim de admitir recurso intempestivamente interposto. Assim, para demonstrar a ausência de má-fé, o recurso interposto necessitava ter sempre um prazo maior ou igual ao prazo do que o tido como correto.

Por se tratarem de requisitos que demandavam a interpretação de conceitos vagos, a norma da fungibilidade, dentro daquela sistemática, era realmente um princípio e não uma regra, sendo aplicada na maior medida possível, conforme a análise havida em cada caso concreto.

Diante da ausência de previsão do mencionado princípio no Código de Processo Civil atualmente vigente, a jurisprudência, além de expressamente o admitir no ordenamento jurídico, estabeleceu os requisitos para sua aplicação.

No julgamento do Recurso Especial 1.330.172/MS, o STJ dispôs que os requisitos necessários para a aplicação do princípio em análise são: a ausência de erro grosseiro; a ausência de má-fé do recorrente; e a tempestividade do recurso cabível.

No que tange aos requisitos, a aplicação do princípio da fungibilidade norteia-se pela ausência de erro grosseiro e de má-fé do recorrente, desde que respeitada a tempestividade do recurso cabível

Pode-se dizer que haverá erro grosseiro sempre que não houver dúvida objetiva, ou, em outras palavras, quando (i) a lei for expressa ou suficientemente clara quanto ao cabimento de determinado recurso e (ii) inexistirem dúvidas ou posições divergentes na doutrina e na jurisprudência sobre qual o recurso cabível para impugnar determinada decisão.<sup>12</sup> Assim, não se admite a interposição de um recurso por outro se a dúvida decorrer única e exclusivamente da interpretação feita pelo próprio recorrente do texto legal, ou seja, se se tratar de uma dúvida de caráter subjetivo.<sup>10</sup>

---

<sup>10</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.330.172/MS. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. Julgamento em 11/03/2014. Disponível em:

A dúvida objetiva pode ser positiva ou negativa. Será positiva sempre que decorre da divergência que a doutrina e a jurisprudência possuem a respeito de determinado meio processual. Será negativa quando decorre da falta de informação sobre certo meio processual, lacuna informativa essa que também pode provocar dúvida a respeito da caminho a ser utilizado pelo operador do direito.

Há ainda uma terceira ordem de dúvida que merece atenção, que são aquelas oriundas de pronunciamentos incorretos por parte do magistrado. Em tais hipóteses a jurisprudência tem afastado a existência de erro grosseiro e má-fé, para admitir a aplicação do princípio da fungibilidade.

Nesse sentido, foi o entendimento do STJ, no julgamento do Recurso Especial 898.115/PE, que admitiu a aplicação do princípio em comento em uma hipótese em que o magistrado induziu a erro quanto a interposição do recurso equivocado. Tal decisão merece ser transcrita:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO AO INVÉS DE APELAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE MÁ-FÉ E ERRO GROSSEIRO. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. APLICABILIDADE.

1. É possível sanar o equívoco na interposição do recurso pela aplicação do princípio da fungibilidade recursal, se inócurre erro grosseiro e inexistente má-fé por parte do recorrente, além de comprovada a sua tempestividade.

2. Informa o acórdão recorrido que o recorrente interpôs recurso de agravo de instrumento em situação em que o juiz de 1º grau determinou o arquivamento, com baixa na distribuição, situação em que seria cabível a apelação. Ocorre, entretanto, que ao apreciar os embargos declaratórios opostos pelo ora recorrente contra a decisão terminativa, denominada de "despacho", o próprio juiz de 1º grau o induziu a erro, no que consignou que: "a irresignação dos autores traz ínsito o escopo de reforma do decisório, vertendo-se, pois, contra os próprios argumentos de direito abraçados em sua fundamentação, insurgência que não cabe na estreita via declaratória, havendo de conformar-se ao recurso cabível, precisamente o de agravo de instrumento" (fl. 275).

3. A indução à interposição de recurso equivocado pelo próprio órgão recorrido, aliada ao prazo mais exíguo do agravo de instrumento, quando em comparação com a apelação, afasta a suspeita de má fé e o erro grosseiro, permitindo a aplicação do princípio da fungibilidade recursal.

4. Recurso especial provido. (RESP 898.115/PE. Ministro Teori Zavasky. Primeira Turma. Julgamento em 03/05/2007).<sup>11</sup>

---

<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24988802/recurso-especial-resp-1330172-ms-2012-0061580-6-stj/inteiro-teor-24988803>>. Acesso realizado em 05/09/2015.

<sup>11</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 898.115/PE. Relator: Ministro Teori Zavasky. Primeira Turma. Julgamento em 03/05/2007. Disponível em <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8935617/recurso-especial-resp-898115-pe-2006-0237558-5/inteiro-teor-14103511>>. Acesso realizado em 05/09/2015.

O erro grosseiro consiste na interposição de recurso que não encontra amparo legal, violando o ao princípio da taxatividade.

Nesse sentido cabe destacar o entendimento do STF, no julgamento no Agravo Regimental no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 821.490/SP.

A apresentação de simples petição, como na espécie, configura erro grosseiro, não se admitindo, ao menos, a invocação do princípio da fungibilidade, incidente apenas nas hipóteses de dúvida objetiva, o que não é o caso. Há certeza sobre o recurso cabível na espécie e sobre os efeitos dele decorrentes. Não se revela admissível “agravo regimental” contra acórdão emanado de órgão colegiado (Turma ou Plenário) do Supremo Tribunal Federal. Precedentes. Tratando-se de erro grosseiro, mostra-se inaplicável o princípio da fungibilidade recursal.<sup>12</sup>

Ressalte-se que a preocupação da jurisprudência é a possibilidade da exceção fungibilidade, tornar-se regra, subvertendo-se a ordem do sistema processual. Nesse sentido, cabe destacar a decisão do STJ no julgamento do Embargos de declaração no Agravo Regimental em Mandado de Segurança 23605MG:

O princípio da fungibilidade recursal deve ser aplicado com parcimônia, sob pena de comprometer-se o sistema recursal previsto no Código de Processo Civil, principalmente quando há erro grosseiro na escolha do recurso cabível.<sup>13</sup>

Com efeito, esse requisito está diretamente relacionado à dúvida objetiva, pois inexistindo erro grosseiro, certamente estamos diante de dúvida objetiva, e conseqüentemente, escusável.

Dessa forma, embora seu reconhecimento na doutrina e jurisprudência seja praticamente unânime, tal requisito deve ser dispensável em face da já presente exigência de dúvida objetiva. Repita-se que demonstrada a dúvida objetiva, é descabido falar em erro grosseiro.

O mais instigante dos requisitos para a aplicação do princípio em análise é a ausência de má-fé que se relaciona com a tempestividade, motivo pelo qual serão tais requisitos

---

<sup>12</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ag.Rg. no Ag.Rg. no RE com Agravo n. 821.490/SP. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Julgamento em 25/02/2015. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/171812183/andamento-do-processo-n-821490-do-dia-06-03-2015-do-stf>>. Acesso realizado em 05/09/2015.

<sup>13</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS n. 23605 AgE-ED/MG. Relatora: Ministra Ellen Grace. Julgamento em 21/09/2005. Disponível em <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:supremo.tribunal.federal;plenario:acordao;ms:2005-09-21;23605-3685473>>. Acesso realizado em 05/09/2015.

abordados com maior detalhamento.

Como já mencionado anteriormente, o Código de Processo Civil de 1939, positivou a má-fé como um dos requisitos para a aplicação do princípio da fungibilidade recursal.

Em razão da imprecisão e subjetividade desse requisito, os aplicadores do direito, buscando sua objetivação, acordaram que presumir-se-ia a má-fé do recorrente quando, na dúvida, interpusessem o recurso de maior prazo.

Como já exposto, a doutrina e a jurisprudência entendiam que a interposição no menor prazo era um indício razoável de que o de boa-fé do recorrente, desde que ausente o erro grosseiro. O fundamento era o de que, se o recurso adequado fosse o de menor prazo do que aquele efetivamente interposto, ter-se-ia operado a preclusão, circunstância que inviabilizaria a aplicação do instituto da fungibilidade recursal.

Após o advento do Código de Processo Civil de 1973, a maioria da jurisprudência manteve o entendimento de que esse requisito seria fundamental para a aplicação da fungibilidade.

Nesse sentido cabe destacar a decisão do STJ no julgamento do Agravo Regimental no Agravo Regimental no Agravo 1364118/MT:

Não incide o princípio da fungibilidade em caso de ausência de qualquer dos requisitos a que se subordina, quais sejam: a) dúvida objetiva sobre qual o recurso cabível; b) inexistência de erro grosseiro; c) que o recurso inadequado tenha sido interposto no prazo do que deveria ter sido apresentado.<sup>14</sup>

Com efeito, a análise dos requisitos para a aplicação do princípio da fungibilidade conforme entendimento dos Tribunais Superiores, inviabiliza a utilização do princípio, motivo pelo qual grande parte dos doutrinadores vêm se convencendo, gradualmente, da impropriedade dessas exigências, afirmando a necessidade de que os Tribunais revejam o tradicionalmente esses requisitos, principalmente o da da tempestividade.

---

<sup>14</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Agrg no Ag n. 1.364.118/MT. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Julgamento em 05/04/2011. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18805672/agravo-regimental-no-agravo-regimental-no-agravo-de-instrumento-agrg-no-agrg-no-ag-1364118-mt-2010-0203972-1>>. Acesso realizado em 05/09/2015.

Fato é que o prazo para a interposição do recurso não pode ser considerada indicativa de má-fé. Em primeiro lugar, porque a presunção do sistema é sempre a de boa-fé, nunca o contrário. Assim, exigir que o recorrente demonstre sua boa-fé é subverter a lógica do direito. Em segundo lugar, dispõe a legislação processual de outros meios mais objetivos e eficientes de sancionar atos de má-fé que não o não conhecimento da demanda em virtude do prazo.

Em sentido contrário ao entendimento adotado pelos Tribunais Superiores, Teresa Arruda Alvim Wambier leciona que a boa-fé do recorrente induz ao mesmo a interpor o recurso no prazo do que entende ser adequado, ainda que este seja o de maior prazo:

Não nos parece coerente essa afirmação, pois o recorrente de boa-fé, que está sincera e intimamente convencida de que o recurso cabível é o de prazo maior, neste prazo maior, evidentemente, há de interpô-lo. De fato, interpor o recurso, ainda que não o mais correto, no prazo que a lei prevê, na verdade poderia até ser indício de boa-fé. O tema deve ser examinado em face da própria amplitude e significação do princípio da fungibilidade. A fungibilidade não admitiria que se trocasse integralmente um recurso por outro e, pois, também, o próprio prazo? Se assim não for, estar-se-ia negando a própria existência do princípio da fungibilidade.<sup>15</sup>

Alexandre Câmara também se opõe ao entendimento dos Tribunais Superiores, aduzindo que na existência da dúvida objetiva devem ser analisados os requisitos de admissibilidade do recurso efetivamente interposto e não os do recurso que o magistrado entende adequado. Nesse sentido dispõe:

Importante notar, por fim, que a dúvida objetiva alcança não só o mens iuris do remédio a ser utilizado, mas também os seus requisitos de admissibilidade, inclusive quanto ao prazo. Assim, por exemplo, no caso de ter interposta apelação no lugar de agravo, não se pode aplicar o princípio da fungibilidade para, posteriormente, se considerar o recurso inadmissível por intempestividade. A aplicação do princípio da fungibilidade leva a que se admita a via utilizada. Desde que presentes os seus próprios requisitos de admissibilidade (e não os requisitos da outra via, que não foi empregada).<sup>16</sup>

Ressalte-se que a aplicação do mencionado requisito inviabiliza a aplicação do princípio da fungibilidade, pois havendo dúvida objetiva, temos que exigir que a parte interponha um recurso dentro do prazo indicado para aquele que considerou o recurso

---

<sup>15</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues ; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim ; MEDINA, J. M. G. *Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil 3*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 384.

<sup>16</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*, v. 2, 23. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 76.

adequado, entendimento contrário é negar a própria existência do princípio da fungibilidade.

Importante mencionar que o STJ já mitigou a própria regra estabelecida quanto ao requisito da tempestividade para aplicação do princípio da fungibilidade, no julgamento do Recurso Especial 16.978/SP e admitiu um recurso interposto fora do prazo do recurso próprio, com fundamento na prevalência do princípio do duplo grau de jurisdição e aplicação da antiga teoria do recurso indiferente. Cabe destacar parte do julgado:

Se a jurisprudência ainda não tornou perfeitamente uniforme, o erro pode apresentar-se escusável e assim ser revelado, ainda que o recurso impróprio haja sido interposto após findo o prazo assinada para o recurso próprio. Prevalência da regra maior do duplo grau de jurisdição, e aplicação da antiga teoria do ‘recurso indiferente’, consagrada no CPC de 1939, artigo 810, nos casos de ausência de má-fé e de erro grosseiro. Fungibilidade recursal aceita na sistemática vigente do Código processual civil.<sup>17</sup>

Com efeito, a aplicação do princípio da fungibilidade recursal sempre foi uma manifestação de desvio de perspectiva, o que impede a aplicação do mencionado princípio. Ao “receber um recurso como se fosse outro”, o que o Estado-Juiz faz, a rigor, não é considerar os recursos fungíveis, mas conversíveis.

Frise-se que o princípio que se está objetivando aplicar não é o “princípio da conversibilidade”, mas o da fungibilidade. Fungível, como já mencionado, é o que pode ser substituído por outro. Assim, por exemplo, ao receber uma apelação como agravo, ou vice-versa, não se está a substituir um recurso pelo outro, mas sim convertendo um recurso no outro, e não é isso que se trata a aplicação do princípio da fungibilidade.<sup>18</sup>

Aplicar o princípio da fungibilidade é admitir o recurso interposto, ainda que não seja o adequado, no lugar do que deveria ter sido ajuizado, desde que esteja ausente o erro grosseiro, Assim, o recurso inadequado não deve ser convertido no adequado, e sim deve ser julgado pelo procedimento previsto para aquela espécie recursal.

---

<sup>17</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 16.798/SP. Relator: Ministro Athos Carneiro. Quarta Turma. Julgado em 20/11/1992. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=199100244783&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos>>. Acesso em 05/09/2015.

<sup>18</sup> CÂMARA, op. cit., p. 75.



## CONCLUSÃO

Inicialmente pensado com o objetivo de mitigar o formalismo legislativo e processual, atenuando imprecisões do sistema e evitando que as partes viessem a ser prejudicadas pela interposição de recursos considerados impróprios pelos aplicadores do direito, naquelas tantas hipóteses duvidosas, o princípio da fungibilidade recursal encontrou em sua concretização um obstáculo quase intransponível.

Apesar de não estar positivado no ordenamento jurídico vigente, é pacífico na doutrina e na jurisprudência que o referido princípio tem aplicabilidade atualmente, restando superada a polêmica de sua existência na ordem jurídica.

Em razão da ausência de sua positivação, a jurisprudência criou requisitos para a sua aplicação, quais sejam, a existência de dúvida objetiva, ausência de erro grosseiro e de má-fé e tempestividade. Ressalte-se que esses requisitos apresentam contornos excessivamente rígidos, que acabam por inviabilizar a consecução do seu objetivo.

Com efeito, é de extrema importância a ponderação de alguns princípios, como forma a delimitar o conteúdo do da fungibilidade recursal. De um lado, deve ser observado o princípio da unicidade recursal, bem como o respeito à lógica dos recursos; de outro, os princípios da instrumentalidade das formas e economia processual. Deve prevalecer, pois, uma interpretação sistemática e teleológica dos institutos propostos.

Diante do exposto, resta evidente que a previsão de dúvida objetiva quando da interposição do recurso é um requisito necessário decorrente da indicada ponderação. A sua finalidade é impedir que a parte seja prejudicada em virtude de imprecisões do sistema que ocasionem dúvidas intransponíveis, não podendo ser vista como um artifício de proteção de erros individuais. Por essa razão, em respeito à minuciosa organização instituída, não pode sua aplicação ser irrestrita e imoderada.

Ademais, como já mencionado oportunamente, o requisito da inexistência de erro

grosseiro é decorrência implícita e lógica da existência de dúvida objetiva, razão pelo qual o melhor entendimento é no sentido de que seja dispensável tal requisito.

Resta, por fim, a questão da tempestividade associada à má-fé. Como já disposto, a forma como vem sendo interpretada a aplicação dos mencionados requisitos pelos Tribunais Superiores não deve prosperar, sob pena de se estar afastando a aplicação do princípio da fungibilidade.

Diante do exposto, deve ser realizada uma abordagem alternativa de modo a compatibilizar devidamente os princípios em conflito. Assim, a aplicação da fungibilidade recursal deve se dar exclusivamente em função de um único requisito, qual seja, a existência de dúvida objetiva.

Demonstrada a divergência atual entre parte da doutrina e a jurisprudência recente, o benefício da fungibilidade não pode ser negado, sob pena de tornar-se letra morta.

Assim, privilegia-se a substância em detrimento da forma, concretizando o objetivo para o qual fora instituído, e dá-se verdadeira estima ao princípio da economia processual. Em consequência, excepciona-se, diante da situação de imperfeição inerente à atividade humana, o rigor formal dos institutos recursais, bem como a unirecorribilidade.

Dessa forma, o processo efetivamente poderá atingir seu escopo maior, hoje pouco considerado pelos Tribunais, qual seja, a pacificação social.

## **REFEFÊNCIAS**

BRASIL, Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Art. 85, do Código Civil Brasileiro.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.330.172/MS. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. Julgamento em 11/03/2014. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24988802/recurso-especial-resp-1330172-ms-2012-0061580-6-stj/inteiro-teor-24988803>>. Acesso realizado em 05/09/2015.

\_\_\_\_\_. REsp n. 898.115/PE. Relator: Ministro Teori Zavasky. Primeira Turma. Julgamento em 03/05/2007. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8935617/recurso-especial-resp-898115-pe-2006-0237558-5/inteiro-teor-14103511>>. Acesso realizado em

05/09/2015.

\_\_\_\_\_. AgRg no Agrg no Ag n. 1.364.118/MT. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Julgamento em 05/04/2011. Disponível em:

<<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18805672/agravo-regimental-no-agravoregimental-no-agravo-de-instrumento-agrg-no-agrg-no-ag-1364118-mt-2010-0203972-1>>. Acesso realizado em 05/09/2015.

\_\_\_\_\_. REsp 16.798/SP. Relator: Ministro Athos Carneiro. Quarta Turma. Julgado em 20/11/1992. Disponível em:

<<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=199100244783&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos>>. Acesso em 05/09/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ag.Rg. no Ag.Rg. no RE com Agravo n. 821.490/SP. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Julgamento em 25/02/2015. Disponível em:

<<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/171812183/andamento-do-processo-n-821490-do-dia-06-03-2015-do-stf>>. Acesso realizado em 05/09/2015.

\_\_\_\_\_. MS n. 23605 AgE-ED/MG. Relatora: Ministra Ellen Grace. Julgamento em 21/09/2005. Disponível em:

<<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:supremo.tribunal.federal;plenario:acordao;ms:2005-09-21;23605-3685473>>. Acesso realizado em 05/09/2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. v. 2, 23. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DIDIER, Fredie Souza Junior. *Sobre dois importantes (e esquecidos) princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento*. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2986>>. Acesso realizado em 23/08/2015.

WAMBIER, Luiz Rodrigues ; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim ; MEDINA, J. M. G. *Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil 3*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NERY, Nelson Junior. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 22. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *Teoria do princípio da fungibilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa. *Princípio da Fungibilidade: hipóteses de incidência no processo civil brasileiro contemporâneo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.