



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

O Princípio da Fungibilidade Recursal e seus Efeitos no Ordenamento Jurídico

Isabel Cristina Albinante

Rio de Janeiro

2014

ISABEL CRISTINA ALBINANTE

O Princípio da Fungibilidade Recursal e seus Efeitos no Ordenamento Jurídico

Artigo apresentado como exigência de conclusão
de Curso de Pós Graduação Lato Sensu da Escola
da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro em
Direito Processual Civil

Professores Orientadores:
Guilherme Sandoval
Mônica Areal
Néli Luiza C.Fetzner
Nelson C. Tavares Júnior
Rafael Iório

Rio de Janeiro

2014

O PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL E SEUS EFEITOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Isabel Cristina Albinante

Graduada pela Faculdade Brasileira de Ciências Jurídicas – SUESC. Pós Graduada Lato Sensu pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ. Advogada.

Resumo: O princípio da fungibilidade recursal é um instrumento processual utilizado com a finalidade de interpor recurso diverso daquele determinado legalmente diante de uma dúvida objetiva de qual recurso interpor sem que haja má-fé e erro grosseiro por parte do Recorrente. O recurso ocasiona a revisão da questão de mérito pelo Tribunal *ad quem*, porém é necessário a admissibilidade prévia do recurso para tal fim. A não aplicação do princípio da fungibilidade acarreta a inadmissibilidade do recurso interposto, ou seja, a causa não será revista pelo Tribunal *ad quem* e tornará definitiva aquela decisão, que terá *status* de coisa julgada.

Palavras-Chave: Processo Civil. Princípio da Fungibilidade. Recurso. Efeitos. Coisa Julgada.

Sumário: Introdução. 1. Análise do princípio da fungibilidade. 2. Características do princípio da fungibilidade recursal e sua admissão. 3. Divergência quanto a aplicação do princípio da fungibilidade recursal. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho é decorrente de decisão judicial¹ em sede de julgamento conjunto de embargos de declaração em que se pretende o conhecimento de agravo interposto contra decisão que inadmitira recurso extraordinário. O recurso possui como pressuposto a aplicação do princípio da fungibilidade para destrancar o recurso principal. O julgado apresentou divergência e está pendente de decisão final em

¹ BRASIL Supremo Tribunal Federal - ARE n 688776/RS, Relator Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia>. Acesso em 2.4.2013.

decorrência da não unanimidade dos votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal.

O julgado versa sobre a (in)admissão da conversão dos embargos declaratórios em agravo regimental, o que não foi unânime e demonstra que a matéria não é pacífica e deve ser aplicada em casos específicos. Nesse julgamento, o STF não foi propenso a aplicar de imediato o princípio da fungibilidade, ou seja, não é em qualquer hipótese que haverá aplicação de tal princípio.

Ademais, a falta de conversão dos embargos declaratórios em agravo regimental traz como consequência para a parte recorrente a “negativa em obter a tutela jurisdicional” no modo pretendido, ou seja, em última instância acarreta a “negativa da jurisdição em grau recursal”, pois a via escolhida de forma errônea pelo advogado acarretará que a pretensão do recorrente não seja revista e, portanto, o *decisum* estará revestido do manto da coisa julgada, o que impede a interposição de recurso. Dessa forma, é uma situação impeditiva de recurso, que extermina a chance de procrastinar o feito e preserva o princípio da duração razoável do processo.

A pretensão do recorrente foi obviamente rediscutir a matéria e, entendeu ser cabível a oposição dos embargos declaratórios diante da possibilidade do art. 535 do CPC, que não limita a possibilidade de admissão dos embargos (posição do Min. Marco Aurélio). No entanto, o STF, por maioria, entendeu que caberia a parte recorrente interpor o recurso de agravo, na forma do § 1º do art. 557 do CPC.

Com efeito, os Tribunais Superiores têm limitado a incidência de seus recursos a fim de diminuir a procrastinação do feito, ou seja, não há a intenção de manter a parte vencedora sem o objeto satisfativo da tutela jurisdicional, mesmo que haja execução provisória.

Portanto, para a aplicação do princípio da fungibilidade recursal é necessário: 1) Inexistência de erro grosseiro; 2) Que haja dúvida objetiva (quanto a origem na conduta

do julgador) acerca do recurso cabível; 3) Que tenha sido interposto no mesmo prazo do recurso determinado legalmente. Nesse sentido, no caso ora em análise não se vislumbra óbice legal quanto a oposição de embargos de declaração contra a decisão que inadmitiu o recurso extraordinário, porém é correto afirmar que tal conduta do recorrente gera uma extensão do lapso temporal em relação ao recurso específico a ser interposto. Cabe agora o voto de desempate para definir tal imbróglio.

Entendo, em princípio, que é possível a aplicação do princípio da fungibilidade e não houve má-fé do recorrente, pois apenas entendeu pela admissão dos embargos de declaração diante da existência legal de possibilidade do manejo de tal recurso para todas as decisões em que haja contrariedade, omissão e obscuridade.

1. ANÁLISE DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE:

O princípio da fungibilidade é utilizado em sede recursal, sendo corolário do princípio da instrumentalidade das formas aplicável no primeiro grau de jurisdição.

O conceito de fungibilidade recursal é analisado de acordo com seus requisitos, quais sejam: a) haja fundada dúvida acerca do recurso a ser interposto, sendo certo que a dúvida deve, obrigatoriamente, ser de cunho objetivo e, não, ser a dúvida única e exclusiva do patrono do recorrente. Enfim, a dúvida deve ser objetiva e generalizada no ordenamento jurídico; b) inexistência de erro grosseiro – Nessa hipótese o erro grosseiro é aquele em que a Lei diz qual é o recurso a ser interposto, porém a parte interpõe outro recurso; c) o recurso interposto deve ser efetuado no mesmo prazo legalmente determinado para o recurso cabível.

Esses três requisitos são unânimes em nossa jurisprudência²³⁴ e são maciçamente utilizados para a aplicação ou não do princípio da fungibilidade recursal.

² BRASIL TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Apelação Cível n 0215568-21.2010.8.19.0001, Relator Desembargador Emílio Ribeiro Von Melentovytsch. Disponível em: http://www.tjrj.jus.br/portal/jurisprudencia/listar_consultaJurisprudencia. Acesso em 26/04/2014.

Há que se analisar a existência de má-fé na interposição do recurso errôneo, o que redundará na característica do erro grosseiro. Observa-se que a má-fé é vista no momento da interposição do recurso, ou seja, qual o interesse naquela interposição em que a parte recorrente, já deveria ao menos saber da impropriedade do recurso manejado. Quando a parte deixa para interpor o recurso no último dia do prazo, realiza alegações infundadas ou que nada acrescentam a questão de mérito já debatida, podemos falar em má-fé, pois nessa situação é clarividente que a parte recorrente apenas quis postergar aquele *decisum* condenatório, ou seja, a pretensão do recorrente era ao máximo retardar o cumprimento daquela obrigação.

Nota-se ainda mais que a característica da má-fé é vista de forma subjetiva pelo julgador em cada caso concreto, pois ela somente é aferível na situação enfrentada, uma vez que não é possível generalizar toda e qualquer atuação da parte na interposição de recurso errôneo como sendo ato de má-fé do recorrente.

Cumprir frisar que a fungibilidade recursal é um meio eficaz da parte ter admitido o recurso, mesmo quando o interpõe de forma errônea. Assim, a admissão do recurso interposto erroneamente é admitida, desde que preenchidos os requisitos de admissibilidade do recurso correto.

Depreende-se, que a fungibilidade recursal estará sempre intrinsecamente relacionada com o recurso correto, o qual deveria ter sido interposto. Nesse sentido, de nada adianta alegar a fungibilidade entre os recursos se os mesmos são dispares entre si e não se relacionam, pois o erro grosseiro é evidente e não irá socorrer o recorrente.

³ BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Apelação Cível n 0013716-58.2001.8.19.0001, Relator Desembargador Juarez Fernandes Folhes. Disponível em: http://www.tjrj.jus.br/portal/jurisprudencia/listar_consultaJurisprudencia. Acesso em 26/04/2014

⁴ BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Apelação Cível n 0003648-31.2012.8.19.0044, Relator Desembargador Caetano Ernesto da Fonseca Costa. Disponível em: http://www.tjrj.jus.br/portal/jurisprudencia/listar_consultaJurisprudencia. Acesso em 26/04/2014

Diz o art. 244 do CPC, *in verbis*: “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”. Sob esse prisma se insere o princípio da fungibilidade que se relaciona diretamente com o princípio da instrumentalidade das formas, sendo que ambos visam precipuamente a finalidade do ato. Assim, a intenção do recorrente é de todo modo assegurar que a decisão seja revista, porém quando restar configurado o erro grosseiro não haverá admissão do recurso e, portanto, acarretará o seu não conhecimento, tornando a coisa julgada com o decurso do período de 15 dias.

Cito Rodolfo Kronenberg Hartmann⁵ que evidencia o tema ora em debate com maestria, *in verbis*: “Sob essa ótica, de que o princípio da instrumentalidade é o que deveria ser adotado no processo civil, seria irrelevante analisar a presença ou não da má-fé por parte do recorrente, bem como se há ou não uma fundada dúvida para a interposição do recurso.”

No decorrer do presente estudo verifico que a jurisprudência tem exigido para a aplicação do princípio da fungibilidade recursal que haja realmente um questionamento concreto sobre qual recurso deve ser utilizado naquele caso específico, não cabendo a utilização em situações que evidenciam erro grosseiro ou má-fé por parte do recorrente.

2. CARACTERÍSTICAS DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE E ADMISSÃO:

O princípio da fungibilidade possui três requisitos a serem cumpridos pela parte para a admissão do recurso erroneamente interposto pela parte recorrente. Assim, apresentamos os três requisitos, quais sejam: a) haja fundada dúvida acerca do recurso a ser interposto; b) inexistência de erro grosseiro; c) o recurso interposto deve ser efetuado no mesmo prazo legalmente determinado para o recurso cabível.

⁵ HARTMANN, Rodolfo Kronenberg. *Curso de Direito Processual Civil*. V. I, Rio de Janeiro, Impetus, 2012, p.32.

A fundada dúvida possui caráter objetivo, ou seja, reflete aquilo que é realmente duvidoso no mundo jurídico, pois com base na lei processual civil é utilizado determinado recurso e a lei específica estipula diverso recurso cabível para aquela decisão. Observamos que a dúvida se torna real e impõe ao intérprete a análise de qual recurso seria o corretamente interposto, sob pena de sua inadmissão e não conhecimento do recurso.

Dessa forma, a dúvida existente é decorrente, poderíamos assim dizer, do sistema processual civil vigente, que possui uma gama de entrelaçamento e ramificações que trazem dificuldades no momento da escolha do recurso a ser interposto, pois sempre há alguma antinomia. Nesse sentido, repise-se a dúvida é objetiva e paira no mundo jurídico como algo nebuloso acerca de tal recurso interpor.

Quanto à inexistência de erro grosseiro, devemos ter que a sua incidência se mostra razoável diante da falta expressa na lei do recurso cabível. A jurisprudência⁶⁷⁸, em sua maioria, diante da evidencia do erro grosseiro não perquire os demais requisitos do princípio da fungibilidade, ou seja, tendo recurso expressamente definido na lei para aquela determinada situação deve a parte, obrigatoriamente, interpor tal recurso, sob pena de erro grosseiro. Significa, com clarividência, o esvaziamento da aplicação do princípio da fungibilidade em nosso sistema processual recursal, pois se houvesse a interposição direta do recurso nominado pela legislação não haveria que se falar em erro grosseiro ou mesmo em aplicação do princípio da fungibilidade recursal.

⁶ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRG no REsp n 1.184.036-DF, Relator Ministro Antônio Carlos Ferreira. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia>. Acesso em 26/04/2014.

⁷ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. EDcl nos EREsp n 1.021.634-SP, Relator Ministro Gilson Dipp. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia>. Acesso em 26/04/2014.

⁸ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 611.877-RR, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia>. Acesso em 26/04/2014

No tocante ao prazo processual para a interposição do recurso errôneo ser utilizado o mesmo prazo do recurso legalmente cabível, acarreta ao intérprete a imensa dificuldade em obter êxito na aplicação do princípio da fungibilidade. Importa assim dizer que o prazo a ser observado pela parte que não sabe qual recurso interpor deve aplicar o de menor prazo, pois assim terá a certeza que haverá chance de ser admitida a fungibilidade do recurso.

Nesse sentido, o prazo a ser utilizado será sempre aquele oriundo do não recurso interposto, ou seja, a parte recorrente deve utilizar não o prazo nominal de seu recurso e, sim aquele que se quer distinguir do recurso efetivamente interposto. Explicamos melhor, o prazo a ser utilizado deve ser entendido como aquele que possui dois recursos disponíveis, na visão do intérprete ao menos, para a mesma situação enfrentada.

Assim, diante de dois lapsos temporais distintos para os dois recursos disponíveis deve o intérprete aplicar o prazo inferior, pois nessa circunstância a parte estará cumprindo o prazo tanto de um recurso quanto de outro, ou seja, não haverá extemporaneidade sob qualquer circunstância do recurso interposto.

Observo que o princípio da fungibilidade não é muito aplicado em nosso sistema processual em decorrência da dificuldade para o intérprete demonstrar todos os requisitos. Ao contrário, a não aplicação do princípio da fungibilidade acarreta a comprovação para o julgador de que a parte recorrente se utilizou de má-fé do recurso errôneo para postergar o cumprimento de uma decisão. Nesse sentido, os três requisitos a serem cumpridos são de difícil configuração no mundo jurídico e por tal motivo encontramos um número maior de jurisprudências não admitindo o princípio da fungibilidade⁹¹⁰¹¹.

⁹ BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Apelação Cível n 0074067-74.2013.8.19.0001, Relator Desembargador Maurício Caldas Lopes. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/portalJurisprudencia/listarJurisprudencia>. Acesso em 26/04/2014.

O princípio da fungibilidade recursal já possui intrinsecamente a característica de aplicação em sede recursal e se apresenta diante do recurso especificamente interposto.

A parte recorrente deve, obrigatoriamente, efetuar a alegação do princípio da fungibilidade como questão preliminar no tocante as hipóteses de cabimento do recurso interposto, ou seja, deve ser tratado como pressuposto recursal intrínseco do recurso, que será analisado sob o prisma imediato do cabimento e, por conseguinte, da sua admissão ou não, o que acarretará na admissão ou inadmissão do recurso.

Assim sendo, a parte recorrente deve expor as razões que motivaram a escolha daquele recurso e deve apresentar jurisprudências que indiquem ou comprovem a realidade da existência de dúvida no cenário jurídico acerca da interposição de tal recurso. Além disso, deve protocolar o recurso com base no prazo menor, ou seja, mesmo que o prazo do seu recurso (o escolhido pela parte recorrente) seja superior em comparação com o nome do recurso divergente, deverá a parte recorrente interpor o recurso com base nesse prazo. Significa, então, que a parte recorrente utilizará de prazo recursal diverso do recurso que pretende interpor, o que demonstra a boa-fé do recorrente.

Dessa forma, cumprindo todos os requisitos o princípio da fungibilidade merece aplicação no caso concreto, pois restará comprovado nos autos que a parte recorrente teve boa-fé na utilização do recurso errôneo. No entanto, quando a parte recorrente interpõe o recurso errôneo sem a observância desses requisitos e nem ao menos tem ciência do seu erro, observamos com clarividência que de fato o recorrente errou na

¹⁰ BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Agravo de Instrumento n 0052686-13.2013.8.19.0000, Relator Desembargador Edson Aguiar de Vasconcelos. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/portal/Jurisprudencia/listarJurisprudencia>. Acesso em 26/04/2014.

¹¹ BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Agravo de Instrumento n 0044370-11.2013.8.19.0000, Relatora Desembargadora Denise Lvy Tredler. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/portal/Jurisprudencia/listarJurisprudencia>. Acesso em 26/04/2014.

escolha do recurso, ou seja, acreditou que o recurso interposto era o efetivamente correto, quando não o era.

3. DIVERGÊNCIA QUANTO A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL:

Como podemos observar do acima exposto, a aplicação do princípio da fungibilidade recursal é difícil de ser aceita em nosso cenário jurídico processual.

A divergência que motivou o presente artigo científico é derivada de decisão em sede de inadmissão de recurso extraordinário/especial na origem, tendo a parte recorrente oposto embargos de declaração e com isso ao ser encaminhado a Corte Superior houve a necessidade de conversão do recurso em agravo regimental para então se alcançar o mérito do recurso. Todavia, cumpre destacar que a decisão de conversão não foi unânime.

Observo nesse caso¹² que a busca do recorrente era sanar a omissão, obscuridade ou contradição na decisão guerreada, porém não foi assim que o julgador do Tribunal de origem entendeu, uma vez que o recurso foi encaminhado diretamente para o Tribunal Superior com o *status* de agravo regimental, quando intencionalmente a parte recorrente não possuía tal amago.

Há que se destacar que não há qualquer impedimento legal para que a parte oponha embargos de declaração quando estiverem presentes os requisitos do art. 535 do CPC sobre qualquer decisão judicial, não havendo restrição nesse sentido. Essa posição não é unânime. Ao revés, é jurisprudência antiga e reiterada que os embargos de declaração não são admitidos quando houver inadmissão na origem do recurso extraordinário e/ou especial¹³.

De outro lado, entendeu-se que não é cabível embargos de declaração de decisão que inadmitira recurso extraordinário/especial, pois o recurso cabível é o agravo de instrumento e/ou regimental. Nesse sentido, a aplicação do princípio da fungibilidade ficaria novamente esvaziada, pois a mera conversão não foi unânime em sede de Corte Superior, uma vez que o mérito do recurso de embargos de declaração e o mérito do agravo regimental e/ou de instrumento não possuem a mesma questão de fundo a ser dirimida.

Todavia, se não admitirmos a aplicação do princípio da fungibilidade recursal a parte recorrente terá por finda uma relação jurídica litigiosa quando não era a sua real intenção, pois se interpôs recurso é porque desejava o revolvimento daquela matéria em debate.

- CONCLUSÃO:

O princípio da fungibilidade recursal necessita ser aplicado com base nos três requisitos cumulativos, quais sejam: a) haja fundada dúvida objetiva acerca do recurso a ser interposto; b) inexistência de erro grosseiro e, c) que o recurso tenha sido interposto no mesmo prazo do recurso primitivamente aceito.

A jurisprudência não é pacífica em sua aplicação e admissão. Colaciono jurisprudências¹⁴¹⁵ que refletem a possibilidade de aplicação do princípio da fungibilidade recursal com base no tecnicismo jurídico, ou seja, em bases não empíricas, inclusive, em procedimentos especiais.

Concluo que o processo não é um fim em si mesmo e sim um fim que deve atender precipuamente a pacificação social, porém com vistas ao real interesse da parte,

¹⁴ BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Apelação Cível n 0393364-33.2009.8.19.0001, Relator Desembargador Plínio Pinto Coelho Filho. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/portal/Jurisprudencia/listarJurisprudencia>. Acesso em 26/04/2014.

¹⁵ BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Mandado de Segurança n 0048504-81.2013.8.19.0000, Relator Desembargador Gilberto Guarino. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/portal/Jurisprudencia/listarJurisprudencia>. Acesso em 26/04/2014.

que busca ter a sua pretensão acolhida ou não com base na questão meritória posta sob julgamento. Portanto, a negativa da tutela com base em não acolhimento do princípio da fungibilidade recursal acarreta a formação da coisa julgada, quando na realidade a parte pretendia ver a sua questão rediscutida.

Todavia, cabe mencionar que o princípio da fungibilidade tem aplicação restrita em nosso ordenamento jurídico diante da utilização indevida e aleatória dos patronos das partes em sempre pretenderem ampliar o prazo processual e, além disso, a parte propriamente dita não querer cumprir a ordem judicial transitada em julgado.

Enfim, a fungibilidade recursal fica sendo utilizada como uma “carta coringa” para socorrer aquele que procrastina o feito ou mesmo não quer cumprir a decisão, pois o não conhecimento da técnica em si torna o advogado, pessoa essencial ao funcionamento da justiça, desacreditado perante os julgadores e acima de tudo pessoa sem conhecimento técnico específico acerca da matéria.

É por tal motivo que alguns Ministros (Dias Toffoli e Rosa Weber) negaram a conversão do recurso e tampouco o seu conhecimento, pois restringem de sobremodo a utilização do princípio da fungibilidade fundado na característica de evidente erro grosseiro tendo em vista que pressupõem, de forma correta, que o advogado conhece da técnica processual. Em contrapartida, os Ministros (Marco Aurélio e Luiz Fux) por serem mais flexíveis e confiarem na presteza jurisdicional efetiva acolheram a tese do recorrente diante da salvaguarda do direito de recorrer e da ausência de impedimento legal para tal manejo do recurso de embargos de declaração.

A decisão divergente ainda está pendente de julgamento pela Corte Suprema diante do aguardo do voto de desempate.

REFERÊNCIAS:

HARTMANN, Rodolfo Kronenberg. *Recursos Cíveis e Outros Temas*. Impetus, 2011.

NEVES, Daniel Assumpção e Freire, Rodrigo da Cunha Lima. *Código de Processo Civil para Concursos*. JusPodivm, 3.ed.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Recursos*. Revista dos Tribunais, 7.ed.