



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Do cabimento do princípio da fungibilidade na interposição de recursos.

Rute Lopes de Araújo Tavares Pereira

Rio de Janeiro
2013

RUTE LOPES DE ARAÚJO TAVARES PEREIRA

Do cabimento do princípio da fungibilidade na interposição de recursos.

Artigo científico apresentado
como exigência de conclusão de Curso de
Pós-Graduação Lato Sensu da Escola de
Magistratura do Estado do Rio de Janeiro em
Direito Processual Civil.
Professores Orientadores:
Néli Luiza C. Fetzner
Nelson C. Tavares Junior
Rafael Iorio

Rio de Janeiro
2013

DO CABIMENTO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE NA INTERPOSIÇÃO DE RECURSOS.

Rute Lopes de Araújo Tavares Pereira

Graduada pela Universidade Veiga de Almeida.

Advogada.

Especialista em processo civil pela EMERJ.

Resumo: Os recursos previstos na lei processual brasileira são taxativos, ou seja, devem ser utilizados aqueles previstos em lei, porém, quando o recorrente utiliza-se do instrumento recursal inadequado em face de decisão que apresente dúvida objetiva, este poderá ser recebido em sua forma correta ou adequada, se valendo do princípio da fungibilidade recursal. Esse permissivo ajuda a proteger o direito de recorrer e ao duplo grau de jurisdição, valorizando o conteúdo e prestigiando a prestação jurisprudencial. Mas, ao interpor o recurso inadequado fora do prazo do recurso que seria cabível, afastar-se-á a utilização desse princípio, é o que vem entendendo os tribunais superiores brasileiros, bem como a doutrina majoritária. Cabe nos abordar o prestígio desse princípio quando intempestivo o recurso inadequado, definindo até que ponto é relevante o prazo diante de uma decisão judicial que apresenta dúvida, inclusive dúvida enfrentada pela doutrina e jurisprudência. Até onde a interpretação desse princípio inserido na lei processual, pode ser formatado, implicando em sua não utilização.

Palavra-chave: processo civil. fungibilidade recursal. Limites da aplicação. Requisitos legais. Requisitos doutrinários e jurisprudenciais. Intempestividade recursal. Taxatividade dos recursos.

Sumário: Introdução. 1. Definição do princípio da fungibilidade recursal. 2. Interpretação doutrinária e pontos controversos. 2.1. Entendimento jurisprudencial. 3. Requisitos para a aplicação do princípio da fungibilidade. 3.1. Erro Grosseiro. 3.2. Tempestividade. 3.3. Dúvida objetiva. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Neste trabalho analisaremos a utilização do princípio da fungibilidade recursal, na interposição de recursos, passando desde os registros legais até os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais dos tribunais superiores brasileiros, que se utilizam desse princípio para a conversão do recurso inapropriado, no apropriado.

Verificaremos os pontos discutidos pela doutrina quanto aos requisitos para aplicação do princípio da fungibilidade recursal, verificando os pontos controversos bem como suas fundamentações.

Ainda verificaremos a aplicação desse princípio pela jurisprudência, atentando para a também classificação jurisprudencial quanto aos requisitos de aplicação do princípio em foco.

As decisões proferidas com base na legislação e na doutrina, como eles se encontram apesar de percorrem caminhos diferentes, na visão de alguns autores e julgadores, mas, convergindo para a admissão dos requisitos legais.

Analisaremos a luz da lei, jurisprudência e doutrina, qual melhor interpretação se ajusta ao ordenamento jurídico brasileiro, sem desprestigiar os princípios do devido processo legal e da recorribilidade das decisões judiciais, bem como boa-fé e má-fé

Objetivando verificar até onde esse princípio pode ser utilizado de acordo com a norma legal que o instituiu, e as interpretações doutrinárias e sua aplicação pelos tribunais brasileiros.

Analisaremos os requisitos para a aplicação do princípio da fungibilidade e seus efeitos na prática.

Verificaremos se na prática o princípio da fungibilidade recursal trás benefícios ou piora a formalidade processual no caso concreto.

Qual melhor interpretação doutrinária e jurisprudencial se ajusta com a legislação que regula esse princípio.

O professor Araken de Assis¹ entende que o princípio da fungibilidade é designada pela tradição brasileira, dando tratamento mais favorável ao recorrente. “O princípio erradica ou atenua as imprecisões do sistema recursal; porém, há defesa veemente de aplicação mais ampla, servindo para combater o formalismo e realçar a instrumentalidade das formas.”

¹ Assis, Araken de. Manual dos Recursos. – 5. Ed. Ver. E atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 105.

1. DEFINIÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL

Se fizermos uma simples pesquisa na internet através do site de busca “Google” da palavra “fungibilidade” aparecerá como primeira fonte o site Wikipédia, que define da seguinte forma: “fungibilidade - é o atributo pertencente aos bens moveis que podem ser substituídos por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade.²”

Então entende-se que fungibilidade é a substituição de uma coisa por outra, do mesmo gênero, com a mesma “qualidade” e “quantidade” .

Se estendermos a pesquisa da mesma palavra agregando a palavra direito, o resultado será “o princípio da fungibilidade recursal”.

Frase introduzida no ordenamento jurídico brasileiro através do Código de Processo Civil de 1939 no art. 810³, que diz:

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.

O professor Araken de Assis⁴ conta que o autor do anteprojeto do CPC de 1973 era advogado atuante: –

À sua atuação profissional, além da competência como processualista – dominava, como ninguém à sua época, as origens históricas das vias de impugnação, e conhecia os sistemas recursais vigorantes no direito alemão, austríaco, Frances, espanhol, e português, bem como no italiano, todavia hoje prestigiado além da medida razoável - , repugnava a verdadeira “promiscuidade” recursal instituída no CPC de 1939. Escreveu que o sistema geral de recursos era “múltiplo, complexo e erizado de dificuldades”, constituindo “fonte permanente de tropeços para os que lidam no foro e uma arma poderosa de procrastinação dos feitos.

Conta que nos primórdios legal só cabia dois remédio, conforme o conteúdo da decisão, para atacar sentença nesse caso era apelação, e pra qualquer outra decisão era cabível o agravo de petição.

Ainda no Manual dos Recursos do professor Araken de Assis, ele apresenta a existência do princípio da fungibilidade em alguns códigos estaduais dando o exemplo

² Wikipedia. Disponível em <http://pt.wikipedia.org/wiki/Fungibilidade>. acesso em 24/11/2013.

³ Decreto-lei.

⁴ Assis, Araken de. Manual dos Recursos. – 5. Ed. Ver. E atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 99.

do CPC de Minas Gerais, art. 1.485, parágrafo único. Fala ainda da aparição desse princípio no ordenamento jurídico português no CPC art. 687-3, segunda parte.

Os autores José Miguel Garcia Medida e Teresa Arruda Alvim⁵, definem o princípio nas seguintes palavras: -

(...) apesar da tentativa do legislador em criar um sistema recursal perfeito, que não admitisse dúvida acerca do recurso cabível em relação a cada pronunciamento judicial, verifica-se, em certos casos, existe discussão acerca de se saber qual é o recurso cabível. Aplica-se, no caso, o princípio da fungibilidade – que, sob certo ponto de vista, pode ser visto como princípio oposto àqueles analisados nos dois itens precedentes -, que era expressamente previsto no código de Processo Civil de 1939 (art. 810) e que, apesar de não ter sido positivado no Código de 1973, é reconhecido pela doutrina e aplicado pela jurisprudência.

Há quem entenda ser mera flexibilidade do pressuposto de admissibilidade recursal de cabimento, como é o caso de Daniel Amorim Assumpção Neves⁶, que para ele “a fungibilidade se funda no princípio da instrumentalidade das formas, amparando-se na idéia de que o desvio da forma legal sem a geração do prejuízo não deve gerar a nulidade do ato processual.”

Entende ainda Daniel Amorim, que esse princípio é exceção a regra e só deve ser aplicado se preenchido os requisitos.

Com a existência dessa norma, o professor Fredie Didier Jr.⁷, entende que esse é o único princípio específico para a admissibilidade recursal, os outros taxatividade e unirrecorribilidade, entende o professor que “são regras extraídas do direito processual civil brasileiro”.

Ou seja, o dispositivo legal que o criou não impôs a ele nada mais que o direito de recorrer, mesmo que o recurso seja inadequado, excluindo as hipóteses de má-fé ou erro grosseiro.

Resumindo, essa substituição de qualidade ou quantidade, no processo civil, não pode ser utilizada para aqueles que com má-fé ou por erro grosseiro queiram vale-se do princípio da fungibilidade recursal.

Alias o direito em hipótese alguma prestigia a má-fé.

⁵ Medina, José Miguel Garcia e Wambier, Teresa Arruda Alvim. Recursos e ações autônomas de impugnação. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013. p. 70.

⁶ Neves, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil. – 5. Ed. Ver., atual. E ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO. 2013

⁷ DIDIER Jr. Fredie. Curso de Direito Processual Civil. 9.ed. Jus Podivm. Bahia. 2011. P. 45.,

2. REQUISITOS PARA A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE

Os requisitos para a aplicação ou cabimento do princípio recursal da fungibilidade, estão estabelecidos na legislação, e são quase os mesmos os aceitos pela jurisprudência e doutrina, o que até ai não trás nenhuma divergência.

E são eles:

Dúvida objetiva – discussão na doutrina e jurisprudência a cerca de qual recurso é cabível, e ausência de erro grosseiro – já que os recursos estão previstos em lei e em atenção ao princípio da taxatividade, que para cada ato judicial impugnável tem um recurso cabível.

Para a jurisprudência se mantém, os dois primeiros, acrescentando-se a tempestividade, assim como acontece na doutrina (o recurso inadequado no tempo do recurso certo).

Na doutrina, o professor Araken de Assis, inevitavelmente atribui a duvida objetiva atual como condição da aplicação desse princípio, pelo simples fato do direito evoluir, e dessas questões serem enfrentadas pela jurisprudência dominante colocando sobre controle essa dúvida.

Ele enfrenta ainda as questões do erro grosseiro e má-fé, alegando que quanto a má-fé, nada a obsta, pois a parte pode interpor um recurso próprio de má-fé – “praticando o ato com intuito protelatório”.⁸

Os requisitos variam na mesma nomenclatura, quando não se aproximam do conceito, como é o caso da terminologia utilizada pelo professor Daniel Amorim a respeito da teoria do prazo menor, os outros requisitos de erro grosseiro e dúvida ele segue a maioria, quanto a nomenclatura

Os autores José Miguel Garcia Medida e Teresa Arruda Alvim Wambier, além de admitir os requisitos: erros grosseiro e duvida “objetiva”, na tempestividade, fala em “o recurso seja interposto no prazo para a interposição do recurso próprio.”

Sendo a tempestividade o ponto mais controverso do tema.

2.1. DÚVIDA OBJETIVA

Requisito exigido pela legislação, doutrina e jurisprudência.

⁸ Assis, Araken de. Manual dos Recursos. – 5. Ed. Ver. E atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 105.

Araken de Assis, não abre mão dessa dúvida ser atual, apesar de admitir que uma decisão pode ser viciada ou até mesmo o recorrente se vale de um recurso próprio. Além das “terminologias impróprias” e “opiniões discrepantes” levarem a dúvida, o professor preceitua que:

Situações desse naipe geraram dúvidas concretas reais que logo receberam o epíteto de objetivas. São hipóteses controversas, na doutrina e na jurisprudência, por força de razões mais ou menos convincentes, a respeito do recurso próprio contra algum ato decisório. Só em casos tais se pode cogitar, razoavelmente, do aproveitamento do recurso impróprio no lugar do próprio. A dúvida desprovida de controvérsia externa, ou de dados objetivos extraídos da lei, e que contamina o espírito do recorrente no ato de interposição, constitui simples erro e, nessas condições, não tem força suficiente para relevar o juízo de admissibilidade a que tem direito o recorrido.

Daniel Amorim⁹, diz que “existem três fatores capazes de gerar a dúvida objetiva no recorrente a respeito do cabimento do recurso”, a própria lei pode confundir a natureza da decisão, doutrina e jurisprudência divergirem a respeito do recurso adequado e o juiz que pode errar na espécie de decisão e assim proferir uma no lugar de outra.

Esclarece que para a divergência legal, existem poucos exemplos “nos quais o legislador conceitua uma espécie de decisão como outra”, dando como exemplo o art. 395 do CPC, “que prevê como sentença a decisão que resolve o incidente de falsidade documental”, ele consigna ainda que a última reforma do CPC afastou as dúvidas “a respeito de decisões que tradicionalmente eram conceituadas incorretamente”.

Já a divergência doutrinária e jurisprudência que se refere “a respeito do recurso cabível” cita como exemplo a “decisão que rejeita liminarmente a reconvenção, que julga a ação declaratória incidental antes da ação principal, de remoção de inventariante e no julgamento de exibição de coisa”.

Finalmente, ele aponta a dúvida provocada pelo juiz “que sentencia uma exceção de incompetência relativa, sendo inegável que nesse caso o juiz cometeu um equívoco.” Para este autor, o entendimento do pronunciamento que decide a exceção é uma decisão interlocutória e que esse entendimento é pacífico.

⁹ Neves, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil. – 5. Ed. Ver., atual. E ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO. 2013.

Autores como José Miguel Garcia Medida e Teresa Arruda Alvim Wambier¹⁰, compartilham do mesmo entendimento do professor Amorim, quanto ao requisito da dúvida objetiva.

2.2. ERRO GROSSEIRO

Ou melhor, ausência de erro grosseiro, como prefalado, tanto a jurisprudência como a doutrina se afinam com a necessidade desse requisito, como adiante restará demonstrado, até porque não poderia ser diferente, sem ferir outro princípio recursal que é o da taxatividade.

O erro grosseiro, foi justamente deixar de utilizar o recurso previsto em lei, que atende ao princípio da taxatividade dos recursos.

Para cada decisão, há um recurso previsto em lei, assim, o operador do direito que não atender a norma estará cometendo erro grosseiro.

Entende o professor Araken de Assis:¹¹

O fundamento para rejeitar a fungibilidade, nessas hipóteses, é bem claro: de fato, o recurso próprio exige pressupostos específicos (por exemplo, os dos embargos de divergência, previstos no art. 546), submetendo-se a negligência na simples troca do nome da espécie recursal ou investigando mais a fundo, a inépcia da petição recursal, em virtude do descumprimento daqueles pressupostos.

Mesmo tendo um bom direito, ou seja, a qualidade do conteúdo, a sua forma prejudicará o recurso que for interposto errado.

Além do mais, seria a técnica interpor um recurso errado, para uma determinada decisão judicial, quando existe para cada decisão judicial um recurso previsto em lei.

Daniel Amorim¹² entende que o erro grosseiro e a dúvida objetiva “são as duas faces da mesma moeda”, pois para ele “não resta dúvida de que a existência de dúvida fundada torna o eventual erro do recorrente justificável.

Para este professor:

¹⁰Medina, José Miguel Garcia e Wambier, Teresa Arruda Alvim. Recursos e ações autônomas de impugnação. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013. p. 70..

¹¹Assis, Araken de. Manual dos Recursos. – 5. Ed. Ver. E atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. P. 106.

¹²Neves, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil. – 5. Ed. Ver., atual. E ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO. 2013.

Existe ainda entendimento doutrinário que dissocia o erro grosseiro da dúvida objetiva. Para tanto, afirma que haverá erro grosseiro quando, existindo a dúvida fundada entre determinados recursos, a parte ingressa com outro recurso, diferente daqueles que geram a dúvida referente à recorribilidade. Assim, havendo dúvida objetiva entre o cabimento de agravo ou apelação, haverá erro grosseiro se a parte ingressar com recurso especial. Nesse caso, entretanto, se o recurso é estranho àqueles que geram dúvida objetiva, não há com relação ao seu não cabimento qualquer dúvida, retornando-se a idéia principal de que havendo uma dúvida fundada a respeito do recurso cabível, a interposição de qualquer dos recursos sobre os quais paira a dúvida constitui, no Maximo, um erro justificável.

Ele entende ainda que, o requisito de inexistência de erro grosseiro, que chama também de erro crasso, “gerado pela imperícia do patrono” deve impedir a aplicação do princípio nesses casos. Para ele “não resta dúvida de que existência de dúvida fundada torna o eventual erro do recorrente justificável, o que por si só já afasta a existência de erro grosseiro na interposição do recurso”.

No livro *Recursos e Ações Autônomas de Impugnação*¹³, os autores entendem “que dificilmente haverá erro grosseiro quando houver dúvida “objetiva”, uma vez que a existência de controvérsia é um dos fatores que contribuem para que o erro não seja grosseiro.”

Eles sustentam que a existência de erro grosseiro “quando a parte faz uso de um recurso, no lugar de outro”, nesse caso afrontando a lei e “quando a jurisprudência e a doutrina são absolutamente indiscrepantes quanto ao cabimento de outro recurso”, o que já dá como exemplo situação já vivenciada no direito processual civil. –

Considerou-se também erro grosseiro a interposição de agravo de instrumento contra a decisão que indeferiu liminarmente embargos à execução. No caso, há regra expressa a respeito (CPC, art. 520, V). Já se decidiu, no entanto, em sentido oposto, pela aplicação do princípio da fungibilidade a agravo de instrumento interposto contra sentença que rejeitou embargos à execução. Tem-se decidido, a nosso ver com acerto, que se os embargos à execução (de título judicial) foram ajuizados antes do advento da Lei 11.232/2005 e foi prolatada sentença posteriormente a essa alteração legislativa, a via recursal adequada é a apelação, não o agravo de instrumento. Contudo, nesse caso, tendo em vista o que hoje dispõe o art. 475-M, § 3.o, não caracteriza erro grosseiro a interposição do agravo que, pelo princípio da fungibilidade, pode ser apreciado como apelação.

2.3. TEMPESTIVIDADE

¹³ Medina, José Miguel Garcia e Wambier, Teresa Arruda Alvim. *Recursos e ações autônomas de impugnação*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013. p. 70.

Na legislação que permite a aplicação do princípio da fungibilidade, não há qualquer exigência quanto à tempestividade.

A jurisprudência consultada em sua totalidade exige esse requisito para cabimento do recurso através do princípio da fungibilidade, o recurso inadequado tem que ser no prazo do recurso cabível, para que viabilize a conversão.

Já na doutrina, às consultas, a coisa muda, há muitos posicionamentos inclusive com fundamentações diferentes.

O professor Elpídio Dionizzetti, admite que é necessário, mas, vislumbra a possibilidade de não exigir tal requisito.

A quem entenda que não é correto a exigência de tempestividade, como é o caso do professor Fredie Didier Jr.

José Miguel Arruda Garcia Medina e Teresa Arruda Alvim Wambier¹⁴, fazem som ao professor Fredie Didier Jr., e não estão de acordo com o requisito de tempestividade “interposição do recurso que tem prazo maior dentro do prazo menor do outro recurso”, pelo simples fato de violar o devido processo legal, pela não aplicação do princípio da fungibilidade.

Chama atenção o entendimento do autor Daniel Amorim¹⁵ que mais se afina com o professor Fredie Didier, apesar de seguirem linhas diferentes para justificar a aplicação equivocada do prazo menor, eles entendem que esse requisito é aplicado equivocadamente, ferindo outros princípios do direito, como o da boa-fé.

Para aplicar o princípio em questão, o professor Daniel Amorim¹⁶, cita em seu manual crítica da maioria da doutrina ao Superior Tribunal de Justiça, a cerca da aplicação do prazo menor “para se aferir a existência de má-fé na interposição do recurso”.

Prossegue o autor –

Pelo incorreto entendimento do tribunal, considera-se recorrente de má-fé na aquele que na duvida entre dois ou mais recursos, escolhe o que tem o maior prazo e recorre nesse prazo, o que demonstraria, na visão do tribunal, sua malícia em aproveitar de mais tempo para a interposição de recursos. Dessa forma, só é aplicado o princípio da fungibilidade quando o recorrente, ao escolher o recurso a ser interposto, o faz no menor prazo sempre que entre os recursos que geram a duvida existam prazos diferentes. Tem muita aplicação pratica na fungibilidade entre o agravo e apelação, admitindo o Superior

¹⁴ p. 72

¹⁵ Neves, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil. – 5. Ed. Ver., atual. E ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO. 2013.

¹⁶

tribunal de Justiça a aplicação da fungibilidade desde que o recurso – agravo ou apelação – seja interposto no prazo de dez dias.

Considerando tal entendimento do Superior Tribunal de Justiça como lamentável.

No caso do professor Araken de Assis¹⁷ “o único requisito a se observar, nesse âmbito, é o da tempestividade do recurso impróprio”.

Aumentando o coro da necessidade de interposição do recurso impróprio no prazo do que seria próprio, se une os autores Flavia da Silva Xavier e José Antonio Savaris¹⁸, que argumentam a exigência da “tempestividade” por dois motivos, o primeiro que quebraria o princípio da igualdade entre as partes, caso permitir o “elastecimento do prazo recursal a título de fungibilidade” e segundo, por que se há a dúvida quanto ao recurso, a parte tem que ser prudente “quanto ao prazo de interposição segundo a lógica própria do princípio da fungibilidade” possibilitando que “o recurso adequado intempestivamente logre conhecimento pela via do recurso inadequado.”

3. INTERPRETAÇÃO DOUTRINARIA E SEUS PONTOS CONTROVERSOS.

Para Elpídio Donizetti¹⁹, esse princípio decorre do princípio da singularidade, pois tem que ser utilizado na via adequada para não incorrer em ausência dos requisitos de admissibilidade do recurso, cabimento por exemplo.

Diz ainda, que em caso de dúvida objetiva para interpor o recurso cabível, “admite-se o recebimento de recurso inadequado como se adequado fosse”, tudo para não prejudicar o recorrente, mas, recomenda que o recurso inadequado necessita ser interposto no prazo do recurso certo.

Admite, ser razoável que no caso da dúvida objetiva possa se desconsiderar o prazo do recurso certo, afinal a fungibilidade visa não prejudicar aquela parte que interpôs o recurso errado, claro, com exceção daqueles de má-fé e erros grosseiros.

¹⁷ Assis, Araken de. Manual dos Recursos. – 5. Ed. Ver. E atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. P. 107

¹⁸ Xavier, Flavia da Silva e Savaris, José Antonio. Manual dos recursos nos juizados especiais federais. 2.ed. Curitiba. Juruá. 2011.p. 48

¹⁹ DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de direito processual civil*. 12.ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2009.

Já o professor Humberto Dalla Bernardina de Pinho²⁰, diz que “o recurso inadequado poderá ser admitido como se adequado fosse em virtude de dúvida objetiva,”²¹ para a aplicação do princípio da fungibilidade recursal deve ser “nas hipóteses em que exista maior dificuldade na determinação do provimento proferido, gerando dúvidas quanto ao recurso cabível”, ou seja, necessita de dúvida objetiva, erro grosseiro e “desde que interposto no prazo adequado para o recurso correto.”

Professor Fredie Didier Jr., é um do lado da corrente minoritária que não acha correto a exigência de observância do prazo “não é, enfim correta a exigência de observância do prazo para a aplicação do princípio da fungibilidade. O STJ, contudo exige que se obedeça ao prazo para que se aplique o princípio.”

O professor Araken de Assis²², foca na evolução da norma jurídica como causa da apresentação de dúvida objetiva da decisão recorrida, ele menciona que desde a lei processual de 1939 apareceram interpretações equivocadas das normas ao longo do tempo, bem como decisões judiciais que deu ao princípio da fungibilidade recursal “uma aplicação estranha à dúvida objetiva”.

Para o citado professor, esse princípio se consagra no trecho do art. 810 do CPC de 1939 na parte que diz “a parte não será prejudicada pela interposição de um recurso por outro”.

Mas seu entendimento sobre a existência de dúvida objetiva vai além da maioria aqui citada, e faz sentido, a dúvida objetiva tem que ser atual, que para ele olhando para a evolução da norma, ela só aparece mediante uma inovação, alteração ou atualização legal.

Sobre a má-fé, entende que mesmo em um recurso próprio, se ela estivesse presente, estaria condenado e sujeito as penalidades legais para tal artifício.

Quanto ao prazo, para ele é óbvio a necessidade da tempestividade para o cabimento da fungibilidade.

Daniel Amorim, entende que há a necessidade dos requisitos de dúvida, inexistência de erro grosseiro e como ele mesmo denomina em seu livro “teoria do prazo menor”, que para ele é lamentável.

²⁰ PINHO, Humberto Dalla de. Direito Processual Civil Contemporâneo. 4. Ed. São Paulo. Saraiva. 2012. P. 498.

No Manual dos Recursos nos juizados especiais federais os autores Flavia da Silva Xavier e José Antonio Savaris²³ justificam que o princípio “não subsiste em nosso sistema processual” “por imperativa exigência do devido processo legal”.

Discorrem ainda:

Se existe controvérsia da doutrina a respeito da figura recursal cabível em determinada hipótese e se mesmo a jurisprudência se revela divergente na interpretação dessa mesma questão, o devido processo legal esta a exigir a aplicação do princípio da fungibilidade. Isso porque, de um lado, a segurança jurídica e a previsibilidade quanto aos efeitos de nossas ações compõem a essência do Estado de Direito. De outro lado, é demanda nuclear do devido processo legal que o caminho a percorrer judicialmente para a satisfação de um direito material seja de antemão reconhecido. É a velha noção de conhecer, antes de mais anda, as regras do jogo. Mas o que fazer se o sistema processual titubeia a ponto de suas normas, de tão ambíguas ou complexas, acenarem com mais de uma possibilidade recursal? Seria razoável reputar as chances da parte que não se pode dizer concorreu para tal naufrágio processual? Em que situação se encontraria ela quando a doutrina se cala e a jurisprudência, ao tempo da interposição, aponta para dois caminhos.

Notadamente, divergem em pontos específicos, por motivos na maioria das vezes diversos.

3.1. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL.

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em decisão proferida pela 5 Turma Cível, reiterou o entendimento da doutrina majoritária, na inadmissibilidade do recebimento do recurso inadequado em caso de erro grosseiro, a referida decisão inadmitiu “os embargos à execução que foram oferecidos no lugar da impugnação ao cumprimento de sentença”²⁴, inaplicável assim, o princípio da fungibilidade quando não há dúvida objetiva do ato impugnado pela via recursal.

No Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, se afasta a aplicabilidade do princípio da fungibilidade recursal, quando há primeiro:

²³ Xavier, Flavia da Silva e Savaris, José Antonio. Manual dos recursos nos juizados especiais federais. 2.ed. Curitiba. Juruá. 2011.p. 47

²⁴ Brasil. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação Cível nº 0008778-20.2010.8.07.0007. Relatora Gislene Pinheiro. Órgão julgador 5 Turma Cível. Data do Julgamento 06/11/2013. Fonte DJe 14/11/2013. Disponível em <http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. acesso em 24/11/2013.

Porque o erro foi grosseiro, e a duas, porque o prazo utilizado foi o maior, ou seja, o da apelação, o que fulmina a possibilidade de mitigação da forma, e a três, por ser norma de ordem pública, de observância cogente. Precedentes do STJ e TJ/RJ. 4. Recurso não conhecido.²⁵

Já no Tribunal de Justiça de Minas Gerais o entendimento é:

Em atenção ao princípio da fungibilidade recursal pode o Tribunal pode conhecer do recurso erroneamente interposto, mas desde que exista dúvida objetiva sobre qual o recurso cabível contra determinado pronunciamento judicial e não ocorra erro grosseiro da parte na interposição do recurso equivocado.²⁶

Por isso no caso citado, por entender que ocorreu erro grosseiro, não admitiu o recurso inadequado interposto.

Para o Tribunal de Justiça de São Paulo, o princípio da fungibilidade recursal pode ser estendidos mesmos aos casos em que o erro é do julgador, aplicou o princípio em um caso que o relator do agravo de instrumento inadmitiu por falta de preparo (tinha uma peça nomeado com um nome trocado, o que dificultou ao relator identificá-la) implicando assim em sua extinção.

A parte, dessa decisão monocrática, interpôs embargos de declaração que foi recebida como agravo regimental pelo princípio da fungibilidade recursal.

Esse caso, foi decidido no processo eletrônico, que já define as peças que devem acompanhar o recurso, tendo gerado confusão na nomeação do arquivo por parte da agravante, que por sua vez gerou a dificuldade do relator em localizá-la, conforme fala do relator :

Comumente os procuradores falham na instrução dos agravos digitais, ora com cópias ilegíveis, ora com juntadas fora de ordem ou “de ponta cabeça”, ora sem documentos essenciais, o que pode dificultar a

²⁵ Brasil. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Civil nº 0005266-11.2012.8.19.0044. Relator José Carlos Paes. Órgão Julgador 14 Câmara Cível. Data do Julgamento 7/11/2013. Fonte Dje 12/11/2013. Disponível em <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000407C019CE71CE827A69D77AD25C62087EC5024C3E2B05>. Acesso em 24/11/2013.

²⁶ Brasil. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Civil nº 0137037-44.2011.8.13.0035 (1). Relator Dárcio Lopardi Mendes. Órgão Julgador 4 Câmara Cível. Data do julgamento 24/10/2013. Fonte Dje 01/11/2013. Disponível em

compreensão da controvérsia, além de causar demora no julgamento do feito, ou pode até mesmo levar ao não conhecimento do mérito recursal. Na hipótese, a agravante utilizou-se das nomenclaturas disponibilizadas no sistema, com individualização de inicial (fl. 01/07), procuração (fl. 08/36), guia de custas (fl. 37/38) e documentos (fl. 39/141), aparentemente para facilitar a leitura da Turma Julgadora. Contudo, inexplicavelmente realizou a juntada da obrigatória cópia da decisão recorrida sob a rubrica de procuração (v. fl. 10), o que evidentemente induziu este Relator em erro, já que procurada por diversas vezes mencionada cópia dentre os documentos encartados entre fl. 39 e 141, todas em vão.²⁷

No Tribunal de Justiça da Bahia, além da necessidade de inexistência de erro grosseiro, necessita-se da tempestividade do recurso que foi interposto no lugar do que seria cabível: “Também, não cuidam os autos de hipótese de aplicação do princípio da fungibilidade recursal, eis que tal providência reclama a tempestividade do recurso que seria corretamente cabível, além da ausência de erro inescusável na eleição da via de impugnação, requisitos, in casu, não verificados. Precedentes do STJ”²⁸.

Na decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul a Relatora, recebeu agravo regimental como agravo interno “utilizando o princípio da fungibilidade dos recursos, conjugado à identidade do prazo recursal”²⁹. Assim como o Tribunal da Bahia e do Rio de Janeiro, o Tribunal do Rio Grande do Sul, destaca a importância do prazo do recurso inadequado ser proposto no mesmo do recurso que correto.

E finalmente, o Superior Tribunal de Justiça em varias decisões recentes (EDcl no AREsp 175960 / SP, EDcl no AREsp 336445 / PE, EDcl no AREsp 377563 / SC, EDcl no AREsp 85195 / RS, EDcl no AREsp 179052 / MG, AgRg nos EDcl no REsp

²⁷ Brasil. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de instrumento nº 2013350-70.2013.8.26.0000/50000. Relator Soares Levada. Órgão Julgador 34ª Câmara de Direito Privado. Data do julgamento 11/11/2013. Fonte: DJe 14/11/2013. Disponível em <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=7168557&v1Captcha=mTNqz>. Acesso em 23/11/2013.

²⁸ Brasil. Tribunal de Justiça da Bahia. Agravo Regimental nº 0319344-59.2012.8.05.0000. Relatora Inez Maria Britto Santos Miranda. Órgão Julgador Seção Criminal. Data do julgamento 04/10/2013. Fonte DJe 08/11/2013. Disponível em <http://esaj.tjba.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do?jsessionid=2478F55CA8CC62A10AC0E0454AFBEF55.cjs1>. Acesso em 23/11/2013

²⁹ Brasil. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo regimental n 0456304-90.2013.8.21.7000. Relatora Katia Elenice Oliveira da Silva. Órgão Julgador Décima Primeira Câmara Cível. Data do julgamento 20/11/2013. Fonte DJe 22/11/2013. Disponível em http://google8.tjrs.jus.br/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70057316770%26num_processo%3D70057316770%26codEmenta%3D5557475+fungibilidade+recursal&site=ementario&client=buscaTJ&access=p&ie=UTF-8&proxystylesheet=buscaTJ&output=xml_no_dtd&oe=UTF-8&numProc=70057316770&comarca=Comarca+de+Palmeira+das+Miss%F5es&dtJulg=20-11-2013&relator=Katia+Elenise+Oliveira+da+Silva. Acesso em 23/11/2013.

1266222 / SP, AgRg no AREsp 398005 / PR, EDcl no AREsp 154323 / SP, AgRg no AREsp 288643 / SP, EDcl no AREsp 239447 / SP e EDcl na Rcl 9537 / RS) recebe o recurso de embargos de declaração quando o interesse é modificar a decisão, na forma de agravo regimental, e reitera o entendimento dos Tribunais mencionados neste trabalho, do não cabimento do recurso por erro grosseiro (EDcl no AgRg nos EDcl no AgRg no REsp 1311448 / SP e AgRg na PET no REsp 1311185 / RN) , ou fora do prazo do recurso que seria correto (AgRg na PET no REsp 1311185 / RN,).

CONCLUSÃO

Diante das consultas apresentadas, doutrinaria, legal e jurisprudencial, chega-se a conclusão de que esse princípio necessita de maior atenção legal, pela sua importância na garantia do devido processo legal e ao duplo grau de jurisdição.

O princípio da fungibilidade recursal, criado no Código de Processo Civil de 1939, silenciado no Código de Processo Civil de 1973, impõe-se a sua utilização em razão da atualização legal, evolução das leis, quanto mais normas, aumenta a chance de vir divergências, obscuridades, contradições e com isso a necessária aplicação desse valioso princípio recursal.

A controvérsia que o aflige hoje, faz parte da evolução do ordenamento jurídico, que conta com um complexo de normas, que visa acompanhar os anseios sociais, que tradicionalmente tendem a aumentar.

Parece imprudente se posicionar de um lado ou de outro, quanto ao requisito da tempestividade – utilização do recurso impróprio no prazo do próprio - pois a casos que a parte utiliza-se da dilação probatória maior para protelar e a casos que realmente a dúvida impera e a escolha pode ser a equivocada, ou até mesmo se tornar equivocada, conforme aprendemos com alguns autores que acredita nessa evolução constante da norma.

Cabe também constar que a dúvida objetiva, mencionada por alguns dos doutrinadores como sendo possível resultado de um equívoco na interpretação do julgador, sem levá-lo a discussão de que seu erro foi grosseiro, entender, que há situações em que a norma é tão recente que não foi possível ser assimilada, corroborando para a dúvida existir.

O erro grosseiro, apesar de ser técnico e não do direito em si discutido, admitir-se um recurso errado por simples erro do patrono também afronta os princípios do direito, especificamente o do equilíbrio das partes no processo, pois se admitido estaria se dando uma vantagem para aquele que errou, parece inaceitável isso.

E é inaceitável pela doutrina e jurisprudência em sua totalidade.

Realmente a problemática na aplicação desse princípio esta no requisito da tempestividade, como já falado, que coloca em risco desse princípio cair em desuso.

Se a exigência do recurso impróprio no prazo do recurso próprio fosse considerado por toda a doutrina, por que na jurisprudência atualmente é, inviabilizaria a sua aplicação.

Não tem como no momento de duvida, o recorrente ter apenas a certeza do prazo do recurso que ele nem ao certo sabe qual é, isso não é nem um pouco razoável.

Analisar a questão sobre a ótica da má-fé, pode até fazer algum sentido, mas também não justifica, pois aquele que age de má-fé no processo – e não só no recurso – comete penalidade punível por lei.

Parace mais sensato prestigiar a boa-fé, o recorrente já esta enfrentando uma questão de duvida – e essa duvida não pode ser só para ele, tem que ser enfrentada pela doutrina e jurisprudência – e ainda vai ser penalizado duplamente, caso utilize-se do prazo maior, como ensinam alguns doutrinadores.

Partindo da dinâmica que envolve a lei, da sua evolução, que a questão do prazo na fungibilidade deve ser utilizada, e em sua plenitude, fazendo o seu papel de converter coisa móvel do mesmo gênero de qualidade e quantidade.

REFERÊNCIAS

DONIZETTI, Elpídio. *Curso Didático de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

Pinho, Humberto Dalla Bernadina de. *Direito Processual Civil Contemporâneo*. 4. Ed. Saraiva. 2012.

Didier Jr. Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 9.ed. Jus Podivm. Bahia. 2011.

Assis, Araken de. *Manual dos Recursos*. – 5. Ed. Ver. E atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

Neves, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil. – 5. Ed. Ver., atual. E ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO. 2013.

Xavier, Flavia da Silva e Savaris, José Antonio. Manual dos recursos nos juizados especiais federais. 2.ed. Curitiba. Juruá. 2011.

Medina, José Miguel Garcia e Wambier, Teresa Arruda Alvim. Recursos e ações autônomas de impugnação. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013.

Moreira, Alberto Camina. Alvarez, Anselmo Pietro. Bruschi, Gilberto Gomes. Panorama atual das tutelas individual e coletiva: estudos em homenagem ao professor Sergio Shimura. São Paulo: Saraiva. 2011.

Rodrigues, Marcelo Abelha. Jorge, Flavio Cheim. Pedra, Adriano Sant'Ana. Direito processual e a administração pública. Rio de Janeiro: Forense Universitaria. 2010.

Acesso Eletrônico.

Brasil. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação Cível nº 0008778-20.2010.8.07.0007. Relatora Gislene Pinheiro. Órgão julgador 5 Turma Cível. Data do Julgamento 06/11/2013. Fonte DJe 14/11/2013. Disponível em <http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. acesso em 24/11/2013.

Brasil. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Civil nº 0005266-11.2012.8.19.0044. Relator José Carlos Paes. Órgão Julgador 14 Câmara Cível. Data do Julgamento 7/11/2013. Fonte Dje 12/11/2013. Disponível em <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000407C019CE71CE827A69D77AD25C62087EC5024C3E2B05>. Acesso em 24/11/2013.

Brasil. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelacao Civil n 0137037-44.2011.8.13.0035 (1). Relator Dárcio Lopardi Mendes. Órgão Julgador 4 Camara Cível. Data do julgamento 24/10/2013. Fonte Dje 01/11/2013. Disponivel em <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=21&totalLinhas=1876&paginaNumero=21&linhasPorPagina=1&palavras=fun gibilidade%20recursal&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesouro=true&orderByData=1&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>. Acesso em 24/11/2013.

Brasil. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de instrumento nº 2013350-70.2013.8.26.0000/50000. Relator Soares Levada. Órgão Julgador 34ª Câmara de

Direito Privado. Data do julgamento 11/11/2013. Fonte: DJe 14/11/2013. Disponível em <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=7168557&v1Captcha=mTNqz>.

Acesso em 23/11/2013.

Brasil. Tribunal de Justiça da Bahia. Agravo Regimental nº **0319344-59.2012.8.05.0000**. Relatora Inez Maria Britto Santos Miranda. Órgão Julgador Seção Criminal. Data do julgamento 04/10/2013. Fonte Dje 08/11/2013. Disponível em <http://esaj.tjba.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do;jsessionid=2478F55CA8CC62A10ACE0454AFBEF55.cjs1>. Acesso em 23/11/2013

Brasil. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo regimental n 0456304-90.2013.8.21.7000. Relatora Katia Elenice Oliveira da Silva. Órgão Julgador Décima Primeira Câmara Cível. Data do julgamento 20/11/2013. Fonte DJe 22/11/2013.

Disponível

em

http://google8.tjrs.jus.br/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70057316770%26num_processo%3D70057316770%26codEmenta%3D5557475+fungibilidade+recursal&site=ementario&client=buscaTJ&access=p&ie=UTF-8&proxystylesheet=buscaTJ&output=xml_no_dtd&oe=UTF-8&numProc=70057316770&comarca=Comarca+de+Palmeira+das+Miss%F5es&dtJulg=20-11-2013&relator=Katia+Elenise+Oliveira+da+Silva. Acesso em 23/11/2013.