

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – DIURNO

YAN VIEGAS SILVA

**A APLICABILIDADE DA FUNGIBILIDADE RECURSAL NO CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL DE 2015**

Porto Alegre

2019

YAN VIEGAS SILVA

**A APLICABILIDADE DA FUNGIBILIDADE RECURSAL NO CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL DE 2015**

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Privado e Processo Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Eduardo Kochenborger Scarparo

Porto Alegre

2019

YAN VIEGAS SILVA

**A APLICABILIDADE DA FUNGIBILIDADE RECURSAL NO CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL DE 2015**

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Privado e Processo Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Eduardo Kochenborger Scarparo

Prof. Dr. Daisson Flach

Prof. Dr. Rafael Abreu

“Diante da vastidão do tempo e da imensidão do universo, é um imenso prazer para mim partilhar um planeta e uma época com você”

- Carl Sagan

AGRADECIMENTOS

Dedico este trabalho e toda a minha jornada acadêmica:

Aos meus pais, Ipotiguara e Tatiana, por estarem sempre presentes nos bons e maus momentos, por dividirem cada conquista minha como se fossem suas, por serem meu porto seguro e meu suporte nas horas que mais precisei. Não sei qual caminho seguirei após a formatura, mas tenho certeza de que vocês estarão lá para me acompanhar e me apoiar não importando o caminho que escolherei. Tenho orgulho em afirmar que meus pais são meus melhores amigos e meus maiores exemplos.

Aos meus avós, principalmente minha avó Ana Regina e meu falecido avô Ariovaldo, por terem me ensinado grande parte dos meus valores como ser humano, por colocarem, muitas vezes, as minhas necessidades acima das suas. Se hoje sou essa pessoa que vocês se orgulham, certamente grande parte desse mérito pertence e pertenceu a vocês.

Aos demais familiares, por sempre confiarem em mim e incentivarem meu desenvolvimento pessoal e profissional.

Aos meus amigos, principalmente Arthur Candemil, Bruno Mros, Dario Neto, Eduardo Moraes, Matheus Mazuco, Luca Mantovanni, Giovanni Pallaoro, conquistados durante essa longa jornada acadêmica, e aqueles do movimento juvenil Habonim Dror. Todos foram essências para que eu chegasse onde estou atualmente.

Por fim, à minha namorada, Martina Ventura, por ter sido uma pessoa incrível a quem tive o prazer de conhecer nessa etapa final, que nunca me deixou desistir dos meus objetivos e sempre acreditou em mim.

Essa conquista pertence a cada um de vocês.

Yan Viegas Silva

RESUMO

O princípio da fungibilidade recursal consiste na possibilidade de aceitar um recurso interposto erroneamente como adequado nos casos em que haja dúvida acerca do cabimento daquele recurso em frente ao tipo de decisão enfrentada, quando preenchidos certos requisitos. A presente monografia tem como objetivo estudar os princípios correlatos à fungibilidade recursal, a fim de entender como a fungibilidade tem sido aplicada pela doutrina e jurisprudência como decorrência de uma visão mais instrumental e menos formalista do processo, pois, ao fim, a fungibilidade recursal é um mecanismo que privilegia o julgamento do mérito em detrimento do não conhecimento de recursos, servindo como uma flexibilização dos princípios recursais da singularidade e taxatividade. A partir do método hipotético-dedutivo, consistente no estudo da evolução legislativa, doutrinária e jurisprudencial, serão analisados os requisitos atualmente aceitos para aplicar a fungibilidade recursal, abordando uma posição crítica sobre tais requisitos, com a finalidade de confirmar a hipótese de que a fungibilidade recursal é aplicável ao CPC/2015 e, sob o viés crítico, sugerir um único requisito indispensável para análise de sua aplicação pela jurisprudência. Ao final do trabalho, a hipótese de que a fungibilidade recursal é aplicável ao CPC/2015 foi confirmada com base na atual orientação da doutrina e jurisprudência brasileira.

Palavras-chave: Princípio da Fungibilidade Recursal; Código de Processo Civil; Nulidades; Instrumentalidade das formas; Requisitos; Jurisprudência; Legislação; Doutrina;

ABSTRACT

The principle of fungibility of appeal consists in the possibility of accepting an erroneously applied appeal as appropriate in cases where there is doubt about the suitability of that appeal in front of the kind of decision faced, when filled in certain requirements. This monograph aims to study the principles related to appeal's fungibility, in order to understand how fungibility has been applied by doctrine and jurisprudence as a result of a more instrumental and less formalist process, because at the end, the fungibility of appeal is a mechanism that favours the judgment of merit at the expense of the lack of knowledge of appeal, serving as a relaxation of the principles of singularity and specificity of types. Based on the hypothetical-deductive method, consistent in a study of legislative, doctrinal and jurisprudence developments, it will be analyzed the requirements currently accepted to apply the fungibility of appeal, addressing a critical position about such requirements, for the purpose of confirming the hypothesis that fungibility is applicable to appellate CPC/2015 and, under the critical bias, suggesting a single requirement for the analysis of application of fungibility by the jurisprudence. At the end of the study, the hypothesis that principle of fungibility of appeal is applicable to the CPC / 2015 was confirmed based on the current orientation of Brazilian doctrine and jurisprudence.

Key words: Principle of Fungibility of appeal; Code of Civil procedure; Nullities; Instrumentality of the forms; Requirements; Jurisprudence; Legislation; Doctrine;

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art. – Artigo

Min. – Ministro(a)

CPC/39 – Código de Processo Civil de 1939

CPC/73 – Código de Processo Civil de 1973

CPC/2015 – Código de Processo Civil de 2015

REsp – Recurso Especial

RE – Recurso Extraordinário

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJRS – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

TJBA – Tribunal de Justiça da Bahia

TJDF – Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios

EDcl – Embargos de Declaração

AgRg – Agravo Regimental

AREsp – Agravo em Recurso Especial

RCD – Pedido de Reconsideração

MC – Medida Cautelar

Rcl – Reclamação

EAREsp – Embargos de Divergência no Agravo em Recurso Especial

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
I – PARA ENTENDER A FUNGIBILIDADE RECURSAL.....	10
Capítulo 1 – Nulidades processuais	13
1.1. Instrumentalidade das formas.....	17
1.2. Economia processual e aproveitamento dos atos	18
1.3. Prejuízo e primazia do mérito	20
Capítulo 2 – Princípios recursais que o tangenciam	23
2.1 Princípio da singularidade ou unicidade	23
2.2. Princípio da taxatividade	26
II- O PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL.....	28
Capítulo 3 – Da fungibilidade recursal pelo legislador: do CPC de 1939 até 2015	32
3.1. O art. 810 do CPC/39	32
3.2. A omissão do legislativo acerca da fungibilidade recursal no CPC/73.....	34
3.3. As hipóteses positivadas da fungibilidade recursal no CPC/2015	37
Capítulo 4 – Requisitos doutrinários e jurisprudenciais sobre fungibilidade	40
4.1. Dúvida objetiva	41
4.2. Erro grosseiro	46
4.3. Prazo adequado	49
III– ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DA FUNGIBILIDADE RECUSAL.....	52
Capítulo 5 – Da fungibilidade recursal pela jurisprudência atual: análise prática de casos na vigência do CPC/2015	52
5.1. A relativização da dúvida objetiva e fungibilidade aplicada na vigência do CPC/2015	53
5.2. Dúvida objetiva atual e não pacificada acerca da decisão da primeira fase da ação de exigir contas no CPC/2015.....	57
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	62
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	64

INTRODUÇÃO

O conceito de fungibilidade significa que algo pode ser substituído. No âmbito do direito material, a fungibilidade diz respeito às coisas de mesmo gênero que podem ser trocadas por outra de mesma espécie, qualidade e quantidade, como o dinheiro. No direito processual, a fungibilidade sofre significativa mudança, na medida em que pressupõe a possibilidade de substituir uma medida processual por outra, a qual nem sempre será equivalente. Nesta área do direito processual, a fungibilidade pode ocorrer em diversas matérias: nos recursos, entre tutelas de urgência, nas ações possessórias, dentre outras.

O presente trabalho restringe-se ao estudo do princípio da fungibilidade recursal no âmbito do processo civil. Dessa forma, busca-se analisar as bases para compreensão da fungibilidade no ordenamento jurídico, bem como sua evolução legislativa, doutrinária e jurisprudencial. O método de abordagem utilizado foi o hipotético-dedutivo, aplicando as técnicas de pesquisa de revisão bibliográfica, pesquisa documental e jurisprudencial sob uma perspectiva qualitativa.

A fim de obter uma organização mais didática, o presente trabalho foi dividido em três grandes partes. A primeira parte, busca compreender o regime de nulidades aplicado ao ordenamento jurídico brasileiro, principalmente os princípios da instrumentalidade das formas e da econômica processual, os quais são tidos como os pilares para a fungibilidade recursal. Isto é, o questionamento a ser respondido é como esses princípios e o próprio regime de invalidades propõe um ponto de vista mais valorativo ao ordenamento jurídico, a fim de romper com o preciosismo do apego à forma e formalidades dos códigos processuais anteriores e conferindo maior efetividade ao direito. Ademais, ainda na primeira parte, volta-se o estudo para os princípios recursais da singularidade e taxatividade, tendo por objetivo entender como a fungibilidade recursal incide sobre eles.

A segunda parte deste trabalho será voltada ao estudo da fungibilidade recursal, sua origem no CPC/39, oriunda da doutrina alemã do recurso indiferente, sua omissão no CPC/73 e a positivação de certas hipóteses no CPC/2015. Justifica-se tal estudo para compreender como ocorreu a gradativa preterição do requisito da má-fé previsto CPC/39 e como este está atrelado ao critério do prazo adequado, posteriormente aceito pela doutrina e jurisprudência na vigência do CPC/73.

Ainda, busca-se entender os motivos pelos quais a doutrina e a jurisprudência assumiram importante papel na criação dos requisitos para a aplicação da fungibilidade recursal frente à omissão do CPC/73. Ademais, também serão analisadas as críticas, tanto positivas

quanto negativas, e as hipóteses de fungibilidade no âmbito do CPC/2015. Nessa segunda parte do trabalho também cuidará dos atuais requisitos doutrinários e jurisprudências para aplicação do princípio da fungibilidade recursal, tanto pela visão e crítica da doutrina, como com base nas recentes decisões dos tribunais pátrios, em especial o STJ, posto sua importância para consolidação de precedentes.

Por fim, a terceira parte consiste em analisar objetiva e exemplificativamente recentes julgados do STJ e do TJRS sob a vigência do CPC/2015, identificando os principais norteadores da fungibilidade recursal neste novo código processual, destacando o princípio da primazia do mérito e o dever de colaboração dos sujeitos do processo. Assim, a partir das análises acima, busca a presente monografia confirmar a hipótese de que a fungibilidade recursal possui plena aplicação no CPC/2015.

I – PARA ENTENDER A FUNGIBILIDADE RECURSAL

Fungibilidade significa troca, substituição.¹ No âmbito do direito material, a fungibilidade diz respeito a qualidade de um bem ou prestação que pode ser substituído por outro. Por outro lado, do ponto de vista do direito processual, a fungibilidade é definida como a possibilidade de substituição de uma medida processual por outra.² Adota-se o conceito de fungibilidade no processo civil como “a possibilidade de substituição de uma medida processual por outra, admitindo-se aquela erroneamente utilizada como se tivesse sido empregada uma outra mais adequada à situação concreta existente nos autos”.³

O princípio da fungibilidade não se aplica somente aos recursos, pois, além de ser aplicável a outros meios de impugnação de decisões judiciais,⁴ pode ser aplicada nas tutelas de urgência ou nas próprias ações, como nas ações possessórias, desde que preenchidos seus requisitos próprios.⁵ No entanto, o tema proposto na presente monografia delimita-se a fungibilidade recursal, isto é, a “substituição” aplicada aos processos em tramitação perante os

¹ JUNIOR, Nelson Nery. Teoria geral dos recursos. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 139.

² TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. Teoria do princípio da fungibilidade. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008. p. 94.

³ TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. Teoria do princípio da fungibilidade. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008. p. 95.

⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. O princípio da fungibilidade sob a ótica da função instrumental do processo. In: JUNIOR, Nelson Nery; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 744.

⁵ MAIA, Taísa da. O princípio da fungibilidade como instrumento à efetividade do processo. Revista de Processo, v. 195, maio 2011. pp. 473-486.

tribunais (via recursal). E, segundo esse princípio, aplicado ao direito processual, significa dizer que um recurso pode ser recebido por outro, sob certas condições.⁶

Para compreender melhor as implicações da aplicação do princípio da fungibilidade recursal no ordenamento jurídico atual é necessário, inicialmente, entender os princípios e regras que incidem concomitantemente e, por vezes, estabelecem a ponderação deste princípio em detrimento de outros. Assim, antes de passarmos ao estudo da fungibilidade, serão estudados, em primeiro lugar, os princípios básicos existentes no âmbito do processo civil e, principalmente, no âmbito recursal, que interferem diretamente na aplicação do princípio da fungibilidade.

Para a doutrina, o conceito técnico de recurso é “o meio ou instrumento destinado a provocar o reexame da decisão judicial no mesmo processo em que proferida, tendo, como finalidade, a obtenção pela parte a invalidação, reforma, esclarecimento ou integração da decisão.”⁷ No processo civil brasileiro, o legislador submeteu o magistrado ao duplo exame na fase recursal, o dividindo em (i) juízo de admissibilidade e (ii) juízo de mérito.⁸ O primeiro, será a decisão sobre a aptidão de um procedimento ter seu objeto litigioso (mérito) examinado pelo órgão recursal, enquanto o segundo apura a existência ou inexistência de fundamento para o que se postula, o qual julgará procedente ou improcedente o recurso da parte.⁹

Ainda, dentro do juízo de admissibilidade, há o requisito intrínseco do cabimento, o qual pressupõe o exame pelo julgador dos fatores da recorribilidade e da adequação.¹⁰ Ou seja, a decisão deve ser, a priori, recorrível e a parte deve interpor o recurso adequado, próprio daquela hipótese prevista em lei.¹¹ É conferindo a atenuação desses dois fatores que o princípio da fungibilidade se manifesta no juízo de admissibilidade,¹² o qual, por sua vez, opera sobre o plano de validade dos atos jurídicos, de modo que deverá ser aplicado todo o sistema das

⁶ BRUSCH, Gilberto Gomes. Aplicação de fungibilidade recursal em exceção de pré-executividade. In: JUNIOR, Nelson Nery; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2003, v. 7. p. 313.

⁷ JUNIOR, Fredie Didier; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de direito processual civil. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 14ª ed. Salvador: Juspodivm. 2017. p. 107.

⁸ JUNIOR, Fredie Didier; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de direito processual civil. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 14ª ed. Salvador: Juspodivm. 2017. p. 127.

⁹ JUNIOR, Fredie Didier; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de direito processual civil. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 14ª ed. Salvador: Juspodivm. 2017. p. 126.

¹⁰ BISELLI, Fernanda Rennhard. Análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o princípio da fungibilidade recursal e seus reflexos nas disposições trazidas pelo novo código de processo civil. Revista magister de direito civil e processual. Porto Alegre: Magister, v. 11, nº 66, 2015. p. 73.

¹¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Os agravos no CPC brasileiro. 4ª ed. rev. atual. e ampl. de acordo com a nova Lei do Agravo (Lei 11.187/2005). São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006. p. 157.

¹² BISELLI, Fernanda Rennhard. Análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o princípio da fungibilidade recursal e seus reflexos nas disposições trazidas pelo novo código de processo civil. Revista magister de direito civil e processual. Porto Alegre: Magister, v. 11, nº 66, 2015. p. 73.

invalidades processuais, construído exatamente para que invalidades não sejam decretadas.¹³ Por essa razão, se faz pertinente o estudo destes conceitos para a presente monografia.

Para além do plano das validades processuais, também é necessário, como já exposto acima, o estudo de certos princípios recursais clássicos correlatos ao princípio da fungibilidade, os quais a doutrina os costuma identificar como princípios essenciais ao estudo do cabimento, quais sejam, unirrecorribilidade (singularidade), referente ao fator recorribilidade, e taxatividade, que diz respeito ao conceito da adequação.¹⁴

Por fim, acolhe-se a denominação princípio da fungibilidade recursal para fins da presente monografia, em razão da ausência normativa de tal regra como assim ocorria no CPC/39, conforme será abordado neste trabalho, por se tratar de um princípio de caráter finalístico, que visa privilegiar o conteúdo ao invés da forma, como também a vontade de recorrer em detrimento de um erro formal.¹⁵ Tal entendimento coaduna-se com a lição acerca da diferenciação entre regras e princípios, brilhantemente descrita pelo prof. Humberto Ávila:

As regras são normas imediatamente descritivas, na medida em que estabelecem obrigações, permissões e proibições mediante a descrição da conduta a ser cumprida. Os princípios são normas imediatamente finalísticas, já que estabelecem um estado de coisas cuja promoção gradual depende dos efeitos decorrentes da adoção de comportamentos a ela necessários. Os princípios são normas cuja finalidade é, justamente, a determinação da realização de um fim juridicamente relevante, ao passo que característica dianteira das regras é a previsão do comportamento.¹⁶

Assim, a importância do estudo desses princípios na presente monografia se faz pertinente, tendo em vista que a fungibilidade recursal é tanto a atenuação de alguns, como também decorre essencialmente de outros, principalmente do princípio da singularidade, na medida em que proporciona o conhecimento de mais de uma espécie de recurso contra uma decisão judicial.¹⁷

Deste modo, inicialmente, serão abordados nesta monografia o sistema de invalidades e alguns dos princípios recursais clássicos, haja vista que são essenciais e norteadores para a aplicação do instituto da fungibilidade.

¹³JUNIOR, Fredie Didier; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de direito processual civil. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 14ª ed. Salvador: Juspodivm. 2017. p. 127.

¹⁴ JUNIOR, Fredie Didier; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de direito processual civil. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 14ª ed. Salvador: Juspodivm. 2017. p. 130.

¹⁵ BISELLI, Fernanda Rennhard. Análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o princípio da fungibilidade recursal e seus reflexos nas disposições trazidas pelo novo código de processo civil. Revista magister de direito civil e processual. Porto Alegre: Magister, v. 11, nº 66, 2015. p. 73.

¹⁶ ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 5ª ed. São Paulo: Malheiros. 2006. pp. 167-168.

¹⁷ JUNIOR, Nelson Nery. Teoria geral dos recursos. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 205.

Capítulo 1 – Nulidades processuais

Invalidade significa estado doentio, o que seria o oposto de algo válido, que indica higidez, saúde. Portanto, um ato jurídico válido é tido como sadio, sem defeitos, enquanto o inválido é aquele que padece de algum mal, isto é, alguma irregularidade perante o ordenamento jurídico.¹⁸ Diferentemente do que acontece no plano do direito material, no campo do direito processual toda invalidade deve ser decretada pelo juiz.¹⁹

Com o avanço dos estudos da doutrina sobre o processo civil, percebeu-se que este não serve de mero instrumento ao direito material, ou adjeto ao direito civil. Em verdade, o processo civil diz respeito a um direito fundamental inserido num meio cultural em uma determinada realidade histórica, ou seja, há valores impregnados no próprio processo.²⁰

O processo civil tem forte caráter formal, na medida em que busca atingir duas finalidades: (i) possibilitar a organização da sequência dos atos a serem realizados no procedimento e (ii) dar garantias aos litigantes contra o arbítrio judicial, sendo indispensável para assegurar certa ordem no procedimento.²¹ Nas palavras de Calmon de Passos “as formas processuais tutelam as partes, ora assegurando-as o arbítrio judicial, ora contra os abusos do adversário, bem como tutelam o exercício do poder-dever jurisdicional do Estado.”²² É dentro desse contexto, a fim de garantir os valores intrínsecos ao processo, que a forma e a formalidade ganham destaque dentro do processo civil. A forma pode ser definida como o aspecto relativo ao modo de se exteriorizar tal ato, enquanto a formalidade é a forma em seu sentido amplo, se refere aos fatores externos, como o tempo e o lugar de realização de determinado ato jurídico, relacionados às circunstâncias de produção do ato.²³

Assim, a partir das formas e formalidades no processo é que o sistema de nulidades desempenha uma função de controle, isto porque atribui-se àquele a quem afeta o ato certa escala de previsibilidade do que pode fazer, e, ao mesmo tempo, possibilita sua insurgência

¹⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. São Paulo: Editora Malheiros. 2001, v. 2. p. 586.

¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2017, v. 2. p. 121.

²⁰ SCARPARO, Eduardo Kochenborger. As invalidades processuais civis na perspectiva do formalismo valorativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2013. p. 26.

²¹ TESHEINER, José Maria Rosa; BAGGIO, Lucas Pereira. Nulidades no processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Forense. 2008. p. 45.

²² PASSOS, José Joaquim Calmon de. Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais. Rio de Janeiro: Forense. 2002. p. 132.

²³ SCARPARO, Eduardo Kochenborger. As invalidades processuais civis na perspectiva do formalismo valorativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2013. pp. 61-62.

contra os atos que fogem ao que foi previsto.²⁴ A forma do ato processual, sob esta perspectiva, torna-se importante mecanismo de controle contra as arbitrariedades das partes ou o Estado, na figura do juiz, e regula o desenvolvimento do processo, para que seja aplicado o devido processo legal.²⁵ Em decorrência dessa função de controle é que a noção de nulidade sofreu grandes acréscimos pela doutrina. Isto é, se antes a nulidade era equiparada a uma pena por infração de formas legais, atualmente, a justificativa para a nulidade é a garantia de certos efeitos que a lei visa alcançar com determinado ato jurídico.²⁶

A consequência dessa mudança de paradigma tem importante relevância para os dias atuais, visto que se a lei, ao determinar certa forma, busca atingir uma finalidade, por certo que somente será possível cogitar a nulidade processual quando, apesar do desvio de forma, não for possível atingir a finalidade do ato.²⁷ Além disso, não é correto que haja um culto irracional do formalismo, o que acarreta lentidão e burocratização do processo, pois, mais importante que assegurar a estrita observância da forma, é verificar se determinado ato atingiu sua finalidade.²⁸

Quanto à relação do sistema de nulidades com a fungibilidade recursal, Fredie Didier afirma que “o próprio princípio da fungibilidade é uma manifestação clara de que ao juízo de admissibilidade dos recursos deve ser aplicado o sistema das invalidades.”²⁹ Dentro do juízo de admissibilidade, deve ser estudado, à luz da teoria das invalidades, o requisito intrínseco do cabimento, que pode ser examinado em duas dimensões: a) a decisão é, em tese, recorrível? b) qual o recurso cabível contra essa decisão?³⁰

Antes de adentrar propriamente aos princípios atinentes ao sistema das invalidades, merecem destaques dois fatos essenciais para o presente estudo: (i) em primeiro lugar, foi ínfima a alteração trazida no capítulo das nulidades processuais no CPC/2015 (enquanto no CPC/73 as nulidades estavam dispostas nos arts. 243 a 250,³¹ o sistema de nulidades, no

²⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Nulidade do processo e da sentença. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007. pp. 184-185.

²⁵ TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. Teoria do princípio da fungibilidade. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008. p. 61.

²⁶ JUNIOR, Humberto Theodoro. As nulidades no código de processo civil. Revista de Processo, v. 30, out. 2011. pp. 911-942.

²⁷ JUNIOR, Humberto Theodoro. As nulidades no código de processo civil. Revista de Processo, v. 30, out. 2011. pp. 911-942.

²⁸ TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. Teoria do princípio da fungibilidade. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008. p. 61.

²⁹ JUNIOR, Fredie Didier; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de direito processual civil. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 14ª ed. Salvador: Juspodivm. 2017. p. 127.

³⁰ JUNIOR, Fredie Didier; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de direito processual civil. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 14ª ed. Salvador: Juspodivm. 2017. p. 129.

³¹ BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm>. Acesso em: 22 set. 2018.

CPC/2015, passou a estar prescrito nos arts. 276 até 283)³²; e, em segundo lugar, (ii) a doutrina, cada vez mais, tem superado as antigas classificações de nulidades, como as nulidades relativas e absolutas ou nulidades de fundo e de forma,³³ a fim de privilegiar, sob essa ótica, a finalidade dos atos processuais.

Quanto ao segundo ponto, a crítica feita ao sistema, para superar os antigos paradigmas, é que o processo tem como finalidade a realização de direitos substanciais, de modo que sua efetividade pode implicar certa flexibilização das regras processuais em busca de decisões justas.³⁴ Diante das finalidades do processo, não se fala em sincretismo, muito menos em desordem, entretanto, o que é defendido pela recente doutrina é que os direitos substanciais não devem ser sacrificados por razões de excessiva forma.³⁵

Nesse sentido, a partir de um ponto de vista da instrumentalidade das formas no processo, orientado pelo art. 277 do CPC/2015 (antigo art. 244 do CPC/73), o qual dispõe que quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o ato será considerado válido se alcançar a sua finalidade, é possível retirar do ordenamento um mecanismo de flexibilização do rigorismo das exigências formais para a prática do ato processual.³⁶ Concomitantemente a este mecanismo, também há outro elemento condicionador bastante pontuado pela doutrina para a decretação da invalidade: o prejuízo (atual art. 282, § 1º, do CPC/2015).³⁷

Assim, sob essa nova ótica sugerida pela doutrina, percebeu-se que os princípios do prejuízo e da finalidade atuam diretamente na análise da validade ou invalidade de qualquer ato processual.³⁸ Dessa forma, ambos estão associados, de modo que, sob uma perspectiva da

³² BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 22 set. 2018.

³³ Quanto às nulidades de forma e de fundo, Teresa Arruda explica que: “As primeiras têm a tendência de não serem absolutas, salvo disposição expressa em lei, e consistem na desatenção às formas previstas em lei. Enquanto as segundas, nulidades de fundo, são absolutas e tratam-se de vícios ligados às condições da ação, ligadas à estrutura e à existência da ação e do próprio processo.” WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Nulidade do processo e da sentença. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007. pp. 185-188.

³⁴ TESHEINER, José Maria Rosa; BAGGIO, Lucas Pereira. Nulidades no processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Forense. 2008. p. 57.

³⁵ TESHEINER, José Maria Rosa; BAGGIO, Lucas Pereira. Nulidades no processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Forense. 2008. p. 57.

³⁶ TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. Teoria do princípio da fungibilidade. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008. pp. 70-71.

³⁷ SCARPARO, Eduardo Kochenborger. As invalidades processuais civis na perspectiva do formalismo valorativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. pp. 218-219.

³⁸ SCARPARO, Eduardo Kochenborger. As invalidades processuais civis na perspectiva do formalismo valorativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. pp. 61-62.

instrumentalidade das formas, havendo alcance da finalidade e não havendo prejuízo, resta vedada a decretação do estado de invalidade.³⁹

Tais fatores têm se mostrado úteis inclusive em relação às chamadas nulidades absolutas, como nos casos em que a falta de citação poderia levar a nulidade do processo, mas se for suprida com o comparecimento espontâneo do réu não será decretada a nulidade; ou, ainda, se não há intimação do Ministério Público para acompanhar determinado processo em que há sua exigência legal, porém se a demanda não trazer prejuízo ao interessado, isto é, o resultado da demanda não violar o interesse que determina a intimação ministerial, também não há motivo para sua nulidade. Por fim, ainda cita-se como exemplo os casos em que há necessidade de participação do outro cônjuge em ações de reinvidicação de imóvel, e, nessas hipóteses, sendo improcedente a demanda, não há nulidade se o resultado foi alcançado e não houve prejuízo.⁴⁰

A partir dessas conclusões é que a doutrina tem se inclinado a preterir as antigas classificações acerca do sistema de invalidades e debruçado seu foco à análise do critério da finalidade atingida pelo ato, juntamente com a ausência de prejuízo, para reconhecimento de sua validade.⁴¹ Nesse ponto, a doutrina mais moderna sugere a existência de quatro requisitos em conjunto para declaração do estado de invalidade de um ato, quais sejam: (i) atipicidade (desvio do conjunto de exigências normativas para a prática do ato), (ii) iniciativa legítima (se a nulidade perquirida pode ser declarada pelo juiz ou deve haver manifestação da parte), (iii) não aproveitamento (possibilidade de aproveitamento ou convalidação do ato) e (iv), ao final, o decreto (decretação da invalidade pelo juiz).⁴² Este último, o decreto, torna-se importante na medida em que, diferente do regime das nulidades no direito material, o ato processual continua produzindo seus efeitos até a declaração de sua nulidade, ainda que seus efeitos posteriormente sejam *ex tunc*.⁴³

Portanto, para um melhor estudo da fungibilidade recursal, é possível concluir que tal princípio deve ser analisado sob à luz do regime de invalidades e seus princípios, especialmente o princípio da instrumentalidade do processo. Nos tópicos a seguir, serão abordados os

³⁹ SCARPARO, Eduardo Kochenborger. As invalidades processuais civis na perspectiva do formalismo valorativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 212.

⁴⁰ TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. Teoria do princípio da fungibilidade. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008. pp. 71-77.

⁴¹ TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. Teoria do princípio da fungibilidade. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008. P. 79.

⁴² SCARPARO, Eduardo Kochenborger. As invalidades processuais civis na perspectiva do formalismo valorativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 182.

⁴³ TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. Teoria do princípio da fungibilidade. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008. p. 67.

principais princípios concernentes ao regime de invalidades processuais, que visam conferir maior flexibilidade às formas, atentando à finalidade última do processo, que é a concretização do direito material.

1.1. Instrumentalidade das formas

A ideia de instrumentalidade das formas é de que as exigências formais do processo não sejam tratadas como fins em si mesmas, mas como instrumentos a serviço de um fim. Todas elas têm, em conjunto, a finalidade de produzir uma tutela jurisdicional justa.⁴⁴ Desse princípio, tem-se que, embora seja objeto de ciência autônoma, o processo também é instrumento para realização do direito material, de modo que as formas têm caráter instrumental, pois através delas será entregue a prestação jurisdicional do Estado.⁴⁵ Portanto, o princípio da instrumentalidade das formas consiste na premissa de que “o desvio da forma do ato praticado em relação ao modelo normativo não deve ser sancionado se o ato, na prática, atingiu o seu escopo, cumprindo a finalidade prevista na lei.”⁴⁶

Referido princípio, para Dinamarco, fixava a finalidade como parâmetro a partir do qual se devem aferir as nulidades, tendo em vista que o art. 244, do CPC/73.⁴⁷ Com sorte, este artigo, como já exposto no início deste capítulo, em que pese a alteração legislativa, manteve quase por completo sua redação, podendo ser conferido no art. 277, do CPC/2015, que dispõe “quando a lei prescrever determinada forma, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade.”⁴⁸ A inovação desse dispositivo foi retirar de sua redação a parte “sem cominação de nulidade”, a qual, segundo Dinamarco, tal ressalva já vinha sendo desconsiderada pela doutrina e os tribunais, os quais entendiam que não importariam mais a superada distinção entre nulidades relativas e absolutas, pois seria irracional e contraproducente a radicalização daquelas exigências.⁴⁹

⁴⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. São Paulo: Editora Malheiros, 2001, v. 2. p. 596.

⁴⁵ TESHEINER, José Maria Rosa; BAGGIO, Lucas Pereira. Nulidades no processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Forense. 2008. P. 76.

⁴⁶ TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. Teoria do princípio da fungibilidade. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008. P. 59.

⁴⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. São Paulo: Editora Malheiros, 2001, v. 2. p. 597.

⁴⁸ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 22 set. 2018.

⁴⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. São Paulo: Editora Malheiros, 2001, v. 2. p. 597.

Tal é a ideia da instrumentalidade das formas processuais de modo que, em conjunto com a liberdade das formas e a não-taxatividade das nulidades, formam um trinômio fundado na razão e na consciência dos escopos a realizar.⁵⁰ Tanto a doutrina como a jurisprudência possuem o entendimento de que o princípio da fungibilidade se mantém no ordenamento jurídico atual em razão do princípio da instrumentalidade das formas.⁵¹ Portanto, é diante do princípio de instrumentalidade das formas que decorre a fungibilidade recursal,⁵² sendo inegável a necessidade de seu estudo para melhor compressão deste.

Contudo, para além dessa regra, há outros aspectos dessa linha geral flexibilizadora da relação perfeição-eficácia, as quais merecem ser utilizadas como parâmetros para tal, quais sejam: a) a graduação da intensidade das consequências das diversas imperfeições possíveis; b) a redução dos efeitos do ato, sem privação de toda e qualquer eficácia que ele possa ter; c) a possibilidade de sanar irregularidades do procedimento; d) além da já exposta instrumentalidade das formas.⁵³

Assim, os próximos tópicos serão voltados aos demais aspectos concernentes aos princípios a serem observados no que tange ao regime das invalidades.

1.2. Economia processual e aproveitamento dos atos

A premissa básica do princípio da economia processual é: “deve obter-se o máximo de rendimento com o mínimo de atividade jurisdicional”.⁵⁴ Em nome dessa premissa, há uma forte tendência a se passar por cima dos antigos regime de nulidades definidos pela doutrina,⁵⁵ o que cada vez mais dá azo para uma nova perspectiva do regime de invalidades, à luz de uma teoria valorativa, por meio dos quatro requisitos já elencados no início deste capítulo. O princípio da economia processual representa duas facetas: na primeira, a economia é percebida como verdadeiro valor, na medida em que quanto mais atos são realizados mais caro se torna o

⁵⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. Volume II. São Paulo: Editora Malheiros, 2001. p. 596.

⁵¹ BISELLI, Fernanda Rennhard. Análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o princípio da fungibilidade recursal e seus reflexos nas disposições trazidas pelo novo código de processo civil. Revista magister de direito civil e processual. Porto Alegre: Magister, v. 11, nº 66, 2015. p. 72; e TJRS. Agravo de Instrumento nº 70071197800, Segunda Câmara Cível, Relator: Laura Louzada Jaccottet, julgado em 26/04/2017.

⁵² JUNIOR, Nelson Nery. Teoria geral dos recursos. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 250.

⁵³ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. São Paulo: Editora Malheiros, 2001, v. 2. p. 580.

⁵⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Nulidade do processo e da sentença. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 170.

⁵⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Nulidade do processo e da sentença. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 170.

processo e, em sentido contrário, mais econômico é o processo com menos atos processuais; na segunda, o princípio da economia deve ser correlacionado à luz da efetividade, a fim de conceder poderes ao magistrado para simplificar e acelerar de modo razoável o processo buscando alcançar as finalidades do processo de forma menos gravoso ao Estado e às partes.⁵⁶

O princípio da econômica processual tem se mostrado de grande relevância para a jurisprudência e para concretização do princípio da fungibilidade recursal no novo ordenamento, sendo utilizado pelo STJ para o conhecimento de certos recursos em lugar de outros, como nos casos de pedido de reconsideração conhecido como agravo interno (RCD no AREsp 1.191.418/RS)⁵⁷ e embargos de declaração também conhecidos como agravo interno (EDcl no REsp 1.369.326/SE)⁵⁸. Por esses motivos é que se faz necessária a análise deste princípio para aplicação do princípio da fungibilidade recursal.

Ademais, nessa mesma linha, há o princípio do aproveitamento dos atos, previsto atualmente no art. 283 do CPC/2015, o qual prescreve que “o erro de forma do processo acarreta unicamente a anulação dos atos que não possam ser aproveitados, devendo praticar-se os que forem necessários, a fim de se observarem, quanto possível, as prescrições legais.”⁵⁹ O que se retira do referido artigo é a premissa de que, sendo possível, deve ser aproveitada a parte do ato não maculada.⁶⁰ Sob essa premissa, a doutrina utiliza como exemplo a hipótese de conservação de perícia feita no processo em tramitação perante juízo incompetente, de modo que, caso seja deferida a mesma produção de prova pericial pelo juízo, agora competente, não haveria óbice no aproveitamento daquele ato anterior.⁶¹

Evidentemente, uma vez que a alteração legislativa para o CPC/2015 manteve quase que integralmente as disposições acerca das nulidades, tal entendimento também aplicar-se-á na legislação vigente. Referido princípio deve ter como norte o estudo dos prejuízos e os desvios da finalidade derivados do defeito de certo ato.⁶²

⁵⁶ SCARPARO, Eduardo Kochenborger. As invalidades processuais civis na perspectiva do formalismo valorativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. pp. 124-125.

⁵⁷ STJ. RCD no AREsp nº 1.191.418/RS, Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 04/06/2019, DJe 07/06/2019.

⁵⁸ STJ. EDcl no REsp 1369326/SE, Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 27/05/2019, DJe 30/05/2019.

⁵⁹ Art. 283. O erro de forma do processo acarreta unicamente a anulação dos atos que não possam ser aproveitados, devendo ser praticados os que forem necessários a fim de se observarem as prescrições legais. BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 23 set. 2018.

⁶⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Nulidade do processo e da sentença. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.173.

⁶¹ RODRIGUES, Marcelo Abelha. Elementos de direito processual civil, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, v. 1, p. 284.

⁶² SCARPARO, Eduardo Kochenborger. As invalidades processuais civis na perspectiva do formalismo valorativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. pp. 140-142.

O princípio do aproveitamento dos atos poderá ocorrer caso anterior ao decreto de invalidação, porém, se posterior ao decreto, será aplicado como convalidação. De qualquer modo, ao lado da convalidação, ambos são voltados à preservação da efetividade do processo, atuando o princípio do aproveitamento do ato como uma norma impeditiva da constituição do estado de invalidade.⁶³

Da mesma forma, se referidos princípios são usados como norteadores no sistema de invalidades, também podem ser utilizados na fungibilidade recursal, na medida em que ocorrerá o aproveitamento da peça, “evitando que se dispenda nova atividade judiciária em detrimento de outros serviços.”⁶⁴

1.3. Prejuízo e primazia do mérito

A relação entre nulidade e prejuízo já é ponto pacificado pela doutrina, como afirma Dinamarco:

O ato não será nulo só porque formalmente defeituoso. Nulo é o ato que, cumulativamente, se afaste do modelo formal indicado em lei, deixe de realizar o escopo ao qual se destina e, por esse motivo, cause prejuízo a uma das partes. A invalidade do ato é indispensável para que ele seja nulo, mas não é suficiente nem se confunde com sua nulidade.⁶⁵

Nesse mesmo sentido foi o resultado observado por Teresa Wambier ao realizar uma pesquisa feita numa amostragem significativa da jurisprudência brasileira, na qual se chegou à conclusão de que, além dos princípios já mencionados acima (instrumentalidade e aproveitamento), a ausência de prejuízo era o argumento mais utilizado nas decisões que não acolhem as nulidades.⁶⁶

Não diferente foi o resultado obtido por Calmon de Passos:

Não nos foi possível, por outro lado, encontrar um só exemplo prático, em centenas de decisões examinadas, que nos autorizasse a distinguir prejuízo e inatingibilidade do fim. Sempre que se afirma o prejuízo, o fim do ato deixou de ser atingido. Sempre que se declara a inatingibilidade do fim, constata-se o prejuízo. Em verdade, o nosso código de processo civil filiou-se ao sistema da finalidade da lei, somente permitindo

⁶³ SCARPARO, Eduardo Kochenborger. As invalidades processuais civis na perspectiva do formalismo valorativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 140.

⁶⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Nulidade do processo e da sentença. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 170.

⁶⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. São Paulo: Editora Malheiros. 2001, v. 2. p. 597.

⁶⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Nulidade do processo e da sentença. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 228.

a decretação da nulidade quando a imperfeição conduza à inatingibilidade dos objetivos a que o ato se destinava. [...] Conseqüentemente, seja ou não cominada expressamente a nulidade, a decretação da ineficácia exige que a imperfeição do ato tenha acarretado a inatingibilidade do fim que lhe foi atribuído o que, por sua vez, implica prejuízo para alguma parte e prejuízo para os fins de justiça.⁶⁷

Por todo o exposto, é que a parte da doutrina afirma que: “em geral, não se decreta a nulidade, embora havendo vício no ato processual, se não houver prejuízo.”⁶⁸ Essa premissa, advinda do brocardo “*pas de nullité sans grief*”, apenas reitera o fato de que não será decretada a invalidade de nenhum ato processual se o vício não causar prejuízos aos fins de justiça do processo e se não violar o direito fundamental ao processo justo.⁶⁹

Ainda, enquanto parte da doutrina entendia que o art. 249, § 2º, do CPC/73 (atual art. 282, §2º, CPC/2015) representava a mitigação do princípio do prejuízo, José Maria Tesheiner entende que “se o juiz puder decidir a favor de quem aproveitaria a decretação de nulidade, não haverá prejuízo, não ocorrendo mitigação do princípio, mas sua própria aplicação ao caso.”⁷⁰

Não obstante, referido artigo não exalta apenas a questão do prejuízo, como também manifesta o princípio da primazia do mérito, positivada no CPC/2015 como um de seus princípios fundamentais. Tal princípio encontra-se positivado no art. 4º do CPC/2015, que consiste na ideia de que a decisão de mérito é sempre preferencial a uma decisão de nulidade, e, tratando-se de fungibilidade, a uma decisão de inadmissibilidade.⁷¹ Aliás, parte da doutrina, como Humberto Theodoro Junior, entende que a adoção de um recurso pelo outro, quando preservados os requisitos de conteúdo daquele que seria o correto, em atenção aos requisitos da fungibilidade, resolver-se-á em vício de forma, o qual não será anulado, mas sim, adaptado à forma devida, por força dos arts. 277 e 283, Parágrafo único, do CPC/2015.⁷²

Nesse sentido, em acórdão do TJRS proferido na vigência do CPC/2015 (Agravo de Instrumento Nº 70071197800), o voto da desembargadora relatora foi no sentido de aplicar a fungibilidade recursal em razão do norte estabelecido no código vigente, qual seja, a primazia

⁶⁷ PASSOS, José Joaquim Calmon de. Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 133.

⁶⁸ TESHEINER, José Maria Rosa; BAGGIO, Lucas Pereira. Nulidades no processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Forense. 2008. p. 78.

⁶⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Novo código de processo civil comentado. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016. p. 364

⁷⁰ TESHEINER, José Maria Rosa; BAGGIO, Lucas Pereira. Nulidades no processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Forense. 2008. p. 79

⁷¹ JUNIOR, Fredie Didier; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de direito processual civil. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 14ª ed. Salvador: Juspodivm. 2017. p. 366.

⁷² JUNIOR, Humberto Theodoro. Curso de direito processual civil. 50ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2017, v. 3. p. 972.

das decisões de mérito.⁷³ Além disso, referido princípio busca combater as chamadas jurisprudências defensivas, que consistem em barreiras impostas aos tribunais, por meio de entendimentos sumulados que visam não conhecer ou julgar o mérito de certos recursos, apresentando uma solução que supere os obstáculos que impedem a resolução do mérito.⁷⁴ Com isso, almeja-se mudar a realidade desse excesso de barreiras, sendo uma forma de salvar o procedimento em busca da resolução de mérito.⁷⁵

Esta novidade, oriunda do processo legislativo, reflete-se também no campo dos recursos, especialmente no art. 932, Parágrafo Único, do CPC/2015, ao impor ao relator a concessão de prazo à parte a fim de sanar eventual vício ou erro, com o intuito de possibilitar o conhecimento do recurso e o seu julgamento do mérito.⁷⁶ Como alegremente enxerga a doutrina acerca da positivação do referido princípio, ele representa um “relevante passo adiante, sob o ângulo da necessidade de que o processo tenha o adequado rendimento, no sentido de que resolva efetiva e inteiramente o conflito subjacente à demanda.”⁷⁷ Ainda, o CPC/2015, ao priorizar os princípios da primazia do mérito e da cooperação, traz algumas hipóteses inovadoras, tais como o art. 1.032 e 1.033, como serão melhor abordados adiante neste trabalho, que, ao invés de levar à extinção do procedimento recursal, leva à conversão do recurso extraordinário em recurso especial e vice-versa, com remessa dos autos ao respectivo tribunal, STF ou STJ, com as ressalvas de cabimento e possibilidade de complementação recursal.⁷⁸

Assim, não há dúvidas de que os princípios acima, em especial da instrumentalidade das formas e primazia do mérito, fazem parte da gênese do princípio da fungibilidade recursal.⁷⁹ A ideia geral de que o presente capítulo desta monografia busca tratar pode ser resumida pela seguinte afirmativa de José Maria Tesheiner no que tange ao regime das invalidades, também aplicável à fungibilidade recursal: “ao resolver questões de nulidade, não se deve subsumir a hipótese nos conceitos doutrinários de existência jurídica, validade e eficácia. O que se deve

⁷³ TJRS. Agravo de Instrumento nº 70071197800, Segunda Câmara Cível, Relator: Laura Louzada Jaccottet, Julgado em 26/04/2017.

⁷⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. O princípio da primazia da resolução do mérito e o novo código de processo civil. Revista de Direito da ADVOCEF. Ano XI, 21 nov. 2015. p. 16.

⁷⁵ LEMOS, Vinicius Silva. A fungibilidade recursal excepcional: o problema da cumulação dos pedidos. Revista de Processo, v. 258, ago. 2016. pp. 235-254.

⁷⁶ LEMOS, Vinicius Silva. A fungibilidade recursal excepcional: o problema da cumulação dos pedidos. Revista de Processo, v. 258, ago. 2016. pp. 235-254.

⁷⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. Primeiros comentários ao novo código de processo civil. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015. p. 1.500.

⁷⁸ LEMOS, Vinicius Silva. A fungibilidade recursal excepcional: o problema da cumulação dos pedidos. Revista de Processo, v. 258, ago. 2016. pp. 235-254.

⁷⁹ JUNIOR, Fredie Didier; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de direito processual civil. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 14ª ed. Salvador: Juspodivm. 2017. p.130.

perguntar é se, em face da situação de fato que nos é apresentada, devemos negar efeitos ao ato, e em que medida. As normas legais indicam as direções, nós fazemos o caminho.”⁸⁰

Capítulo 2 – Princípios recursais que o tangenciam

Como já visto na introdução à primeira grande parte deste trabalho, antes de compreendermos propriamente a fungibilidade e sua aplicação prática, é necessário entender os princípios recursais que o tangenciam, isto é, que servem como parâmetros e limites para a fungibilidade recursal.

2.1 Princípio da singularidade ou unicidade

O princípio da singularidade dos recursos, também denominado princípio da unirecorribilidade ou unicidade, consiste na ideia de que para cada ato judicial recorrível há um único recurso previsto pelo ordenamento.⁸¹ Em outras palavras, não é possível a parte utilizar-se de mais de um recurso ao mesmo tempo para impugnar uma mesma decisão, visto que para cada caso há somente um recurso cabível.⁸² Tal princípio está intimamente ligado ao princípio da fungibilidade recursal, pois caso abrissemos mão da fungibilidade, também estaria abrindo mão do princípio da unirecorribilidade, na medida em que, nas hipóteses que a lei provoca dúvida, haveriam dois ou mais recursos igualmente possíveis, emergentes de um único pronunciamento judicial.⁸³

Esse princípio era prevista expressamente no art. 809 do CPC/39, dispondo que “a parte poderá variar de recurso dentro do prazo legal, não podendo, todavia, usar, ao mesmo tempo, de mais de um recurso.”⁸⁴ Contudo, já naquele referido diploma legal, havia exceção expressa, permitindo a interposição simultânea de REsp e RExt, embora o último ficasse sobrestado até o julgamento do primeiro (art. 808, § 2º, do CPC/39).⁸⁵

⁸⁰ TESHEINER, José Maria Rosa; BAGGIO, Lucas Pereira. Nulidades no processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Forense. 2008. p. 35.

⁸¹ JUNIOR, Nelson Nery. Teoria geral dos recursos. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 119.

⁸² JUNIOR, Fredie Didier; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de direito processual civil. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 14ª ed. Salvador: Juspodivm. 2017. p. 132.

⁸³ ARANOVICH, Rosa Maria de Campos. O princípio da fungibilidade recursal no novo código de processo civil. Porto Alegre: Editora Porto Alegre. 1978. p. 41.

⁸⁴ ASSIS, Araken de. Manual de recursos. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013. p. 96.

⁸⁵ ASSIS, Araken de. Manual de recursos. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013. p. 96.

Com o advento do CPC/73, referida regra foi omitida naquele diploma legal. Entretanto, a doutrina defendeu a subsistência desse princípio em decorrência da interpretação sistemática entre a enumeração dos recursos admissíveis e definição dos atos decisórios do juiz, estipulando o recurso cabível para cada tipo de decisão.⁸⁶ E, esse mesmo posicionamento da doutrina se manteve em relação a omissão do CPC/2015 quanto à referido princípio, que, mesmo com ausência de previsão legal, Fredie Didier entender tratar-se de regra implícita no sistema recursal brasileiro.⁸⁷

Há de se ressaltar que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, quando julgou o REsp 1.112.599/TO, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, em 28/02/2012, fez uma importante ressalva em relação ao princípio da unicidade, no sentido de que, embora a singularidade consagre a premissa de que para cada decisão há um único recurso próprio e adequado, aquele órgão colegiado entendeu que inexistiria vedação para a interposição de um único recurso para mais de uma decisão, desde que esse mesmo recurso seja adequado a combater as duas decisões. No caso em apreço, a interposição de um agravo de instrumento para combater mais de uma decisão interlocutória.⁸⁸

Além disso, Araken de Assis elucida muito bem duas exceções à regra da singularidade: (i) em caso de defeito típico de pronunciamento na sentença, a parte interpor recurso de apelação em detrimento de embargos de declaração, enquanto o caminho mais ortodoxo seria a oposição de embargos e posterior apelação (cumulação alternativa); e (ii) em caso de acórdão resolver, em um só tempo, questões constitucional e federal, exigindo, portanto, a interposição conjunta de REsp e REx (cumulação obrigatória de vias recursais).⁸⁹

Ademais, o código vigente também resolveu outra questão que era apontada como exceção à regra da unicidade, ao determinar que a decisão que antecipa a tutela jurisdicional,

⁸⁶ JUNIOR, Nelson Nery. Teoria geral dos recursos. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 119.

⁸⁷ JUNIOR, Fredie Didier; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de direito processual civil. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 14ª ed. Salvador: Juspodivm. 2017. p. 132.

⁸⁸ PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. INTERPOSIÇÃO DE UM ÚNICO RECURSO PARA ATACAR DUAS DECISÕES DISTINTAS. POSSIBILIDADE. 1. A ausência de decisão sobre os dispositivos legais supostamente violados, não obstante a interposição de embargos de declaração, impede o conhecimento do recurso especial. Incidência da Súmula 211/STJ. 2. O princípio da singularidade, também denominado da unicidade do recurso, ou unirrecorribilidade consagra a premissa de que, para cada decisão a ser atacada, há um único recurso próprio e adequado previsto no ordenamento jurídico. 3. O recorrente utilizou-se do recurso correto (respeito à forma) para impugnar as decisões interlocutórias, qual seja o agravo de instrumento. 4. O princípio da unirrecorribilidade não veda a interposição de um único recurso para impugnar mais de uma decisão. E não há, na legislação processual, qualquer impedimento a essa prática, não obstante seja incomum. 5. Recurso especial provido.

STJ. REsp 1.112.599/TO, Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 28/08/2012, DJE 05/09/2012.

⁸⁹ ASSIS, Araken de. Manual de recursos. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.2013. p. 97.

proferida na sentença, será combatida por meio de recurso de apelação, nos termos do art. 1.013, § 5º, do CPC/2015.⁹⁰

Por fim, de acordo com a doutrina, a aplicação do princípio da unicidade quanto aos seus limites e abrangência deve levar em conta a natureza do ato judicial. Tais critérios para definição da natureza do ato judicial foram modificados pelo CPC/2015. No CPC/73, era utilizado o critério do conteúdo para determinar a natureza do pronunciamento judicial.⁹¹ Ocorre que tal critério não foi suficiente para distinguir, por exemplo, os atos de sentença e de decisão interlocutória, valendo-se a doutrina do critério topológico, isto é, na capacidade da manifestação judicial de pôr fim ou não ao andamento do processo.⁹² Um dos exemplos utilizados pela doutrina para criticar o critério do conteúdo é a decisão que exclui uma parte do processo (conteúdo). Se a demanda for singular e houver somente uma parte em cada polo, o reconhecimento da ilegitimidade põe fim ao processo, desafiando o recurso de apelação. Por outro lado, se existir mais de uma parte, o mesmo conteúdo (exclusão da parte) dará ensejo ao agravo de instrumento, uma vez que o processo seguirá em relação aos demais.⁹³

Nesse sentido, para além do critério legal, adotou-se a necessidade de observar a eficácia da manifestação judicial para saber qual o recurso cabível.⁹⁴ Assim, na vigência do antigo código, no âmbito doutrinário, se manifestaram duas correntes que defendiam diferentes formas de se identificar a natureza do pronunciamento judicial o qual se buscava atacar: uma defendia a identificação pelo critério do conteúdo (critério legal) e a outra pelo critério finalístico.⁹⁵

Já no CPC/2015, a fim de facilitar a recorribilidade dos atos judiciais, foram adotados, para além do finalístico, outros critérios como o substancial e o residual, como bem elucidado pela Min. Nancy Andrighi, no atual julgamento do REsp nº 1.746.337/RS, cujo teor será melhor abordado no capítulo 5 deste trabalho:

[...] Percebe-se, pois, que o CPC/15 introduziu ao ordenamento jurídico um novo conceito de sentença, caracterizado pela cumulação dos critérios finalísticos (“põe fim

⁹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, v. 2. p. 521.

⁹¹ JUNIOR, Nelson Nery. Teoria geral dos recursos. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 120.

⁹² DIAS, Maria Berenice. Apelação vs Agravo. In: JUNIOR, Nelson Nery; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, v. 8. p. 443.

⁹³ DIAS, Maria Berenice. Apelação vs Agravo. In: JUNIOR, Nelson Nery; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, v. 8. p. 445.

⁹⁴ DIAS, Maria Berenice. Apelação vs Agravo. In: JUNIOR, Nelson Nery; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, v. 8. p. 445.

⁹⁵ VASCONCELOS, Rita de cássia Côrrea de. Princípio da fungibilidade: hipótese de incidência no processo civil brasileiro contemporâneo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. pp. 91-92.

à fase cognitiva do procedimento comum”) e substancial (“fundamento nos arts. 485 e 487”) que vigoraram na vigência do CPC/73. De igual modo, é correto afirmar que há, igualmente, um novo conceito de decisão interlocutória no CPC/15, identificável a partir de um critério residual (“todo pronunciamento judicial de natureza decisória que não seja sentença”).⁹⁶

Portanto, a fim de se aplicar corretamente o princípio da unicidade, é importante deter atenção aos novos critérios de sentença (finalístico e substancial) e de decisão interlocutória (residual), estipulados pelo art. 203 do CPC/2015, como bem ensina o recente precedente do STJ exposto acima.

2.2. Princípio da taxatividade

“A regra da taxatividade consiste na exigência de que a enumeração dos recursos seja taxativamente prevista em lei”,⁹⁷ tanto oriundos do código de processo civil quanto de outras leis extravagantes. Em decorrência dessa premissa, entende-se que, além do rol legal de recursos ser de “*numerus clausus*”, só se admite recursos previstos em lei, não sendo possível a criação de recursos por outro ente federativo senão a União, e tampouco por negócio processual jurídico previsto no art. 190, do CPC/2015.⁹⁸ O raciocínio para essa afirmativa é de que se fosse possível a hipótese do vencido, numa demanda judicial, criar próprios mecanismos de impugnação de pronunciamentos judiciais, o processo poderia se prolongar indefinidamente, contrariando o forte interesse público na resolução de litígios no menor tempo possível.⁹⁹

De maneira positiva, o legislativo vem reduzindo, no decorrer dos códigos processuais civis, o rol de recursos. Como exemplo, o CPC/73 retirou o recurso inominado contra ato do relator que não admitia os embargos infringentes, bem como o agravo de petição, cabível contra sentenças terminativas, ambos previstos no CPC/39.¹⁰⁰ Ato contínuo, o CPC/2015 também fez sua parte e retirou a hipótese de agravo retido e embargos infringentes, previstos anteriormente pelo CPC/73. Porém, no lugar dos embargos infringentes, introduziu “técnica de ampliação de julgamento” em caso de decisão por maioria contrária à decisão de mérito do juízo de primeiro grau no art. 942, do CPC/2015.¹⁰¹

⁹⁶ STJ. REsp 1.746.337/RS, Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 09/04/2019, DJe 12/04/2019.

⁹⁷ JUNIOR, Fredie Didier; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de direito processual civil. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 14ª ed. Salvador: Juspodivm. 2017. p. 132.

⁹⁸ JUNIOR, Fredie Didier; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de direito processual civil. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 14ª ed. Salvador: Juspodivm. 2017. pp. 132-133.

⁹⁹ ASSIS, Araken de. Manual de recursos. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013. p 90.

¹⁰⁰ ASSIS, Araken de. Manual de recursos. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013. p 91.

¹⁰¹ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2017, v. 2. p. 520.

Assim, atualmente, os recursos cabíveis no código vigente estão enumerados no art. 994, que prevê: o recurso de apelação; agravo de instrumento; agravo interno; embargos de declaração; recurso ordinário; recurso especial; recurso extraordinário; agravo em recurso especial ou extraordinário e embargos de divergência.¹⁰² E, com base nesse artigo, ao contrário do direito francês em que institui meio específico para impugnação de decisões por terceiros, o direito brasileiro outorga as mesmas vias de impugnação tanto às partes quanto à terceiros, indiferentemente.¹⁰³

Com efeito, para além do CPC/2015, também existem outros recursos, com a ressalva de que estejam previstos em leis federais,¹⁰⁴ por decorrência da competência privativa da União (art. 22, I, da Constituição Federal). Dentro dessas circunstâncias, merecem ser destacados o recurso de embargos infringentes contra as sentenças proferidas nas execuções fiscais (Lei 6.830/1980) e o recurso inominado contra as sentenças cíveis proferidas nos juizados especiais (Lei 9.099/1995).

Outrossim, há hipóteses em que as partes tentam utilizar outros meios para obter a reforma da decisão judicial e assim eliminar o gravame imposto pela decisão, com o intuito de fugir do escopo do rol de recursos previstos no art. 944, CPC/2015. “O conjunto desses meios heterodoxos recebeu a designação de “sucedâneos recursais”, na vigência do CPC de 1939”,¹⁰⁵ os quais constituem verdadeira exceção ao princípio da taxatividade.¹⁰⁶

Na visão de Flávio Chaim Jorge, os sucedâneos recursais são “institutos que são utilizados de forma a substituir a utilização dos recursos, na maioria das vezes, em decorrência da própria falha do legislador.”¹⁰⁷ Atualmente, alguns deles são: a remessa necessária; os pedidos de reconsideração; a correção parcial; e o mandado de segurança.¹⁰⁸

Apesar de serem institutos tão diferentes entre si, o critério satisfatório para agrupar esses institutos é o da exclusão, ou seja, toda figura que fuja dos requisitos essenciais do conceito de recurso, sendo eles: (i) previsão legal (taxatividade), (ii) voluntariedade na interposição e (iii) desdobramento no processo pendente.¹⁰⁹

¹⁰² Art. 994. São cabíveis os seguintes recursos: [...]. BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 29 set. 2018.

¹⁰³ ASSIS, Araken de. Manual de recursos. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013. p 92.

¹⁰⁴ JORGE, Flávio Chaim. Teoria geral dos recursos cíveis. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015. p. 267.

¹⁰⁵ ASSIS, Araken de. Manual de recursos. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013. p 94.

¹⁰⁶ ASSIS, Araken de. Manual de recursos. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013. p 93.

¹⁰⁷ JORGE, Flávio Chaim. Teoria geral dos recursos cíveis. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015. p. 276.

¹⁰⁸ JORGE, Flávio Chaim. Teoria geral dos recursos cíveis. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015. pp. 275-282.

¹⁰⁹ ASSIS, Araken de. Manual de recursos. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013. p. 94.

Diante disso, tem-se a importância do estudo deste princípio e sua relação com o princípio da fungibilidade recursal, pois, além das impropriedades terminológicas que podem levar ao surgimento de controvérsias na aplicação do rol de recursos, é possível perceber que a fungibilidade recursal configura como uma espécie de flexibilização à taxatividade e singularidade. Isso porque, se por um lado há um rol taxativo que visa impedir que o processo judicial prossiga indefinidamente, noutro sentido, há um princípio cuja finalidade é priorizar um julgamento de mérito mais “justo e correto”.

II- O PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL

A partir das regras recursais acima elencadas, percebe-se a importância impar na escolha do meio recursal. A utilização errônea do recurso cabível, a princípio, ocasiona o não cabimento do recurso interposto, levando à inadmissibilidade recursal, sob pena de violar a regra da taxatividade e a regra da unirrecorribilidade.¹¹⁰ Porém, há casos em que podem ocorrer dúvidas “sérias” (termo utilizado por Marinoni em seu livro, análogo ao critério de dúvida objetiva ou dúvida extrínseca) quanto ao recurso cabível para enfrentar certo ato judicial, de modo que, para tais situações, “o escopo da tutela dos direitos que domina o processo recomenda maior maleabilidade no trato dos recursos.”¹¹¹

De acordo com Humberto Theodoro Junior, a experiência do fórum demonstrou que, às vezes, por deficiência terminológica do código vigente, ou por divergências doutrinárias ou jurisprudenciais, ocorrem situações de dúvida na definição do recurso, o que justifica a aplicação do princípio da fungibilidade.¹¹² Portanto, para compreensão deste princípio deve-se partir de duas premissas básicas: (i) há necessidade do direito adaptar-se, com velocidade, às transformações da sociedade e (ii) deve ser afastado o exagerado apego às regras processuais puramente formais.¹¹³

Como já dito no início desta monografia, fungibilidade significa troca, substituição,¹¹⁴ de modo que proporciona o conhecimento de mais de uma espécie de recurso contra uma única

¹¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2017, v. 2. p. 521.

¹¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2017, v. 2. p. 521.

¹¹² JUNIOR, Humberto Theodoro. Curso de direito processual civil. 50ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2017, v. 3. p. 970.

¹¹³ TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. Teoria do princípio da fungibilidade. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008. p. 232.

¹¹⁴ JUNIOR, Nelson Nery. Teoria geral dos recursos. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 139.

decisão judicial.¹¹⁵ Esse princípio, embora não previsto na Constituição Federal, “decorre diretamente das garantias constitucionais do devido processo legal (art. 5º, LIV da CF), da ampla defesa (art. 5º, LV da CF) e da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV, da CF).”¹¹⁶

A origem do referido princípio nos leva ao direito alemão, no qual haviam duas teorias preocupadas em identificar a necessidade de especificar qual o recurso cabível nas difíceis hipóteses de ter o juiz decidido de maneira equivocada, exemplificando com base no direito brasileiro, seria o caso do julgador proferir decisão interlocutória no lugar de decisão que deveria ser sentença ou vice-versa. Eram elas: a teoria subjetiva e a teoria objetiva.¹¹⁷ Quando o recurso fosse admitido por corresponder à decisão que a parte recorrente haveria desejado, mas que não foi proferida, estar-se-ia falando na teoria subjetiva, e quando o recurso fosse admitido por ser adequado ao tipo da decisão proferida, independentemente de estar correta ou não, seria aplicável a teoria objetiva.¹¹⁸

Posteriormente na doutrina alemã, o resultado dessas teorias foram suas superações, no sentido de achar uma solução que favorecesse a parte recorrente. Foi idealizado, portanto, na doutrina alemã, o princípio do recurso indiferente, segundo o qual “tanto é admissível o recurso interposto contra a decisão (incorreta) do juiz, como também aquele contra a decisão que deveria haver sido proferida (correta).”¹¹⁹ Atualmente, os alemães a denominam como princípio do maior favor.¹²⁰ A ideia do princípio da fungibilidade, isto é, de outorgar ao recorrente o tratamento mais favorável traduz orientação análoga à do direito alemão.¹²¹ Sem prejuízo, a doutrina expõe que a origem dessa regra também remonta aos códigos estaduais antes da vigência do CPC/39, a exemplo dos estados de Minas Gerais, Distrito Federal, Rio de Janeiro, sendo aceita pela jurisprudência de outros estados, como no caso do Rio Grande do Sul.¹²²

Dessa forma, a legitimação do princípio da fungibilidade reside no aproveitamento do ato processual, naquelas situações em que seria excessivo exigir à parte o acerto de forma. A fungibilidade não busca ratificar o erro crasso, mas busca tirar proveito daquele ato do qual não se tem certeza acerca de sua forma por decorrência de dúvida séria proveniente da

¹¹⁵ JUNIOR, Nelson Nery. Teoria geral dos recursos. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 250.

¹¹⁶ TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. Teoria do princípio da fungibilidade. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008. p. 94.

¹¹⁷ PORTANOVA, Ruy. Princípios do processo civil. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2013. p. 273.

¹¹⁸ GOLDSCHMIDT, James. Derecho procesal civil, Barcelona, Madrid, Buenos Aires, Rio de Janeiro: Editorial Labor, 1936. p. 402.

¹¹⁹ PORTANOVA, Ruy. Princípios do processo civil. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2013. p. 273.

¹²⁰ JUNIOR, Nelson Nery. Teoria geral dos recursos. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 174.

¹²¹ ASSIS, Araken de. Manual de recursos. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013. p. 105.

¹²² JUNIOR, Nelson Nery. Teoria geral dos recursos. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. pp. 140-141.

jurisprudência, doutrina ou da própria lei.¹²³ Esse entendimento, já consolidado pela doutrina alemã e trazido ao ordenamento brasileiro traduz a hipótese de que, nas chamadas zonas de penumbra quanto à solução aplicável, deve-se optar pela resposta que privilegie os valores fundamentais, sobressaindo a “operatividade do sistema”, de modo que justamente nessas hipóteses é que deverá incidir a fungibilidade.¹²⁴

Outro fato importante sobre este princípio é no que diz respeito ao seu modo de aceitação. Enquanto grande parte da doutrina e jurisprudência entende que na hipótese de incidência deste princípio deve haver a conversão do recurso em outro,¹²⁵ a doutrinadora Teresa Arruda Alvim inova em seu posicionamento, ao entender que a aplicação integral deste princípio se daria a partir do recebimento pelo tribunal do próprio recurso interposto, pois havendo uma situação de dúvida, não haveria que se falar em recurso “adequado” ou “correto”. Nesse sentido, o que o jurista propõe é o princípio da fungibilidade não gere a “conversão” de um recurso em outro, mas somente a aceitação do recurso interposto pela parte, examinando ao final seu pedido, desde que diante de uma “zona de penumbra”.¹²⁶

Em outras palavras, é dizer que ainda que o órgão concretamente julgante pense ser admissível o recurso “A”, quando interposto recurso “B”, este deve admitir o recurso “B”, pois objetivamente há outros órgãos que admitem tal recurso, sendo esta a hipótese da fungibilidade recursal.¹²⁷ Referida solução é uma forma de contornar a questão polêmica da fungibilidade, que não diz respeito à denominação dada ao recurso, mas ao fato de serem distintas em cada tipo de recurso as regras de competência, interposição, efeitos, processamento e julgamento.¹²⁸

¹²³ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2017, v. 2. p. 522.

¹²⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. O princípio da fungibilidade sob a ótica da função instrumental do processo. In: JUNIOR, Nelson Nery; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, v.8. p. 740.

¹²⁵ EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RECEBIMENTO COMO AGRAVO INTERNO. PRINCÍPIOS DA FUNGIBILIDADE E DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS. CONCURSO PÚBLICO. APROVAÇÃO FORA DO NÚMERO DE VAGAS. DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO. [...] 1. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, em atenção aos princípios da fungibilidade recursal e da instrumentalidade das formas, admite a conversão de embargos de declaração em agravo interno quando a pretensão declaratória denota nítido pleito de reforma por meio do reexame de questão já decidida. [...] 4. Declaratórios recebidos como agravo interno e não provido. (STJ. EDcl no RE nos EDcl no RMS 56.730/MG, Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Corte Especial, julgado em 21/05/2019, DJe 24/05/2019).

¹²⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. O óbvio que não se vê: a nova forma do princípio da fungibilidade. Disponível em: < <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI25047,61044-O+obvio+que+nao+se+ve+a+nova+forma+do+princípio+da+fungibilidade>>. Acesso em: 21 jun. 2019.

¹²⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Os agravos no CPC brasileiro. 4ª ed. rev. atual. e ampl. de acordo com a nova Lei do Agravo (Lei 11.187/2005). São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006. p. 161.

¹²⁸ YARSHELL, Flávio Luiz. Fungibilidade Recursal e a nova disciplina do agravo. apud BRUSCH, Gilberto Gomes. Aplicação de fungibilidade recursal em exceção de pré-executividade. In: JUNIOR, Nelson Nery;

Isso porque é cediço pela doutrina que a aplicação da fungibilidade traz consigo alguns problemas em relação ao procedimento. Como exemplo, cita-se a hipótese de existência de dúvida entre recurso de apelação e agravo de instrumento, os quais possuem procedimentos distintos, sendo o primeiro interposto perante o juiz de primeiro grau e o segundo interposto diretamente no tribunal, com a formação de instrumento. Nesses casos, a mera aplicação da fungibilidade poderia levar ao não conhecimento do recurso inadequado por não atender outros requisitos de admissibilidade do recurso convertido, como a ausência de formação do instrumento.¹²⁹ Em resposta a esse problema, para além da conversão do recurso e intimação da parte para que promova a adequação deste, em atenção ao princípio da colaboração,¹³⁰ a doutrina também entende que há uma nova dimensão da fungibilidade, sugerida no início deste parágrafo, a partir da qual não se deve considerar como requisito obrigatório da fungibilidade a conversão formal. Sob essa nova perspectiva, a fungibilidade teria uma noção mais de aceitação, tolerância do ato imperfeito, do que de conversão, de modo que, havendo dúvida objetiva, será possível a aplicação plena deste princípio.¹³¹

Assim, tem-se que o princípio da fungibilidade recursal tem como finalidade não prejudicar a parte recorrente que, diante de dúvida séria derivada da existência de discussões jurisprudenciais e doutrinárias acerca do cabimento de determinados recursos, interpõe recurso inadmissível, autorizando, nesses casos, que referido recurso seja tomado por adequado se preenchidos determinados requisitos,¹³² conforme serão analisados a seguir. Nesse sentido, a adequação ora referida busca não apenas garantir a observância do princípio constitucional do acesso à justiça (art. 5, XXXV, CF) no que tange ao direito de peticionar em juízo, mas, também, visa o acesso à justiça de forma efetiva, adequada e dentro de um lapso temporal razoável, e não buscando uma sentença célere que será mais um número nas estatísticas.¹³³

Nos capítulos seguintes, pretende-se analisar as mudanças legislativas, suas críticas e como elas interferiram na aplicação do princípio da fungibilidade recursal a partir de sua

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003, v. 7. p. 317.

¹²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum. 5ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2019, v. 2. p. 527.

¹³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum. 5ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2019, v. 2. p. 527.

¹³¹ LAMY, Eduardo de Avelar. Intervenção de terceiros e o princípio da fungibilidade: hipóteses de aplicação. In: JUNIOR, Fredie Didier (coord.). O terceiro no processo civil brasileiro e assuntos correlatos: estudos em homenagem ao professor Athos Gusmão Carneiro. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010. pp. 194-195.

¹³² MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2017, v. 2. p. 521.

¹³³ MAIA, Taísa da. O princípio da fungibilidade como instrumento à efetividade do processo. Revista de Processo, v.195, maio 2011. pp. 473-486.

primeira positivação até o código processual vigente e, posteriormente, dedicar-se ao estudo de seus requisitos intrínsecos.

Capítulo 3 – Da fungibilidade recursal pelo legislador: do CPC de 1939 até 2015

3.1. O art. 810 do CPC/39

A fungibilidade recursal já era há muito conhecida pelos processualistas brasileiros, seja por meio da denominada teoria do recurso indiferente, a qual foi capitaneado por James Goldschmidt, oriunda da doutrina alemã,¹³⁴ seja pelos códigos estaduais, como no CPC de Minas Gerais, na jurisprudência do TJRS, na vigência do CPC de 1908 (Lei 65-RS, de 16/01/1908, ou, ainda, existente no código processual civil português (art. 687-3).¹³⁵ No primeiro caso, o autor alemão, ao explicar os recursos do sistema processual germânico – dentre eles a apelação, a cassação e a queixa – explica que nas hipóteses em que houver dúvida acerca da impugnação e da classe de certo recurso, em razão do órgão julgador ter proferido uma decisão típica de sentença quando outra decisão seria a correta ao caso concreto, tal recurso deve ser tido como cabível, aplicando-se o princípio do maior favor e, portanto, adotando-se a teoria do recurso indiferente.¹³⁶

Apenas com o advento do CPC/39 é que houve a positivação do princípio da fungibilidade recursal no art. 810 do referido diploma legal, prescrevendo o seguinte: “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.”¹³⁷ A partir da cláusula “a parte não será prejudicada pela interposição de um recurso por outro” é que ficou consagrado o princípio da fungibilidade recursal.¹³⁸ Nesse

¹³⁴ THAMAY, Rennan Faria Krüger; ANDRADE, Vinícius Ferreira de. Comentários sobre a fungibilidade recursal: do Código de 1939 ao novo Código de Processo Civil. Revista de Processo, v. 248, out. 2015. pp. 185-205.

¹³⁵ ASSIS, Araken de. Manual de recursos. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013. pp. 103-104.

¹³⁶ GOLDSCHMIDT, James. Derecho procesal civil, Barcelona, Madrid, Buenos Aires, Rio de Janeiro: Editorial Labor, 1936. p. 402

¹³⁷ Art. 810. Salvo a hipótese de má-fé ou erro grosseiro, a parte não será prejudicada pela interposição de um recurso por outro, devendo os autos ser enviados à Câmara, ou turma, a que competir o julgamento. BRASIL. Decreto-lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939. Código de Processo Civil. Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/del1608.htm>. Acesso em: 5 jun. 2019.

¹³⁸ ASSIS, Araken de. Manual de recursos. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013. p. 103.

tocante, vale destacar que o STJ, no REsp 12.610/MT, entendeu que a teoria do recurso indiferente, oriunda do direito alemão, teria sido a raiz do próprio art. 810 do CPC/39.¹³⁹

De acordo com a doutrina, a justificativa para a consagração desse princípio no referido código era a promiscuidade em matéria de recursos.¹⁴⁰ Isto é, seu lastro estava na excessividade de recursos, o que, como consequência, gerava verdadeira confusão quanto ao cabimento do recurso adequado, em face do excesso de formalismo daquela época.¹⁴¹

Diante da aplicação restrita deste princípio, sua hipótese de incidência apresentou dois requisitos (má-fé e inexistência de erro grosseiro), os quais coube à doutrina e jurisprudência defini-los. Em primeiro momento, a jurisprudência e doutrina encontraram dificuldade em definir tais requisitos, utilizando-se de critérios casuísticos e empíricos, sem, contudo, haver uma aceitação universal.¹⁴²

Enquanto o requisito do erro grosseiro pode ser analisado por meio de certas circunstâncias objetivas, como a disposição expressa em lei sobre o recurso cabível (conforme será melhor exposto no item 4.1), a má-fé se mostrou um conceito de difícil comprovação.¹⁴³ Dessa forma, havia parte da doutrina que acreditava que a má-fé servisse apenas como causa de agravamento do erro grosseiro, inexistindo isoladamente. No entanto tal posição foi fortemente criticada pela doutrina, “em virtude de o CPC/39 haver empregado a disjuntiva “ou” e não “e”, o que sugeriria uma alternância de hipóteses”.¹⁴⁴

Tendo em vista a dúvida acerca do conceito de má-fé para aplicação do princípio da fungibilidade, coube à doutrina definir possíveis situações em que revelariam a má-fé processual da parte recorrente, e que, portanto, impossibilitariam a aplicação de tal princípio. Tais hipóteses seriam: (a) usar recurso inadequado de maior prazo, por haver perdido o prazo do recurso cabível; (b) usar do recurso de maior devolutividade para escapar da coisa julgada

¹³⁹ REMIÇÃO. RECURSO CABIVEL DO PRONUNCIAMENTO JUDICIAL QUE A INDEFERE. PRINCIPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. PROBLEMA DO PRAZO. SE A LEI E DUBIA, SE OS DOUTRINADORES SE ATRITAM ENTRE SI, E A JURISPRUDENCIA NÃO E UNIFORME, O ERRO DA PARTE APRESENTA-SE ESCUSAVEL E RELEVAVEL, AINDA QUE O RECURSO DITO IMPROPRIO TENHA SIDO INTERPOSTO APÓS FINDO O PRAZO ASSINADO PARA O RECURSO DITO PROPRIO. PREVALENCIA DA REGRA MAIOR DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO, E APLICAÇÃO DA ANTIGA TEORIA DO 'RECURSO INDIFERENTE', CONSAGRADA NO CODIGO DE 1939, ARTIGO 810, NOS CASOS DE AUSENCIA DE MA-FE E DE ERRO GROSSEIRO. A FUNGIBILIDADE RECURSAL E ACEITA NA SISTEMATICA DO VIGENTE CODIGO PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.

(STJ. REsp 12.610/MT, Relator: Ministro Athos Carneiro. Quarta Turma, julgado em 26/11/1991, DJ 24/02/1992)

¹⁴⁰ JUNIOR, Nelson Nery. Teoria geral dos recursos. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 140.

¹⁴¹ THAMAY, Rennan Faria Krüger; ANDRADE, Vinícius Ferreira de. Comentários sobre a fungibilidade recursal: do Código de 1939 ao novo Código de Processo Civil. Revista de Processo, v. 248, out. 2015. pp. 185-205.

¹⁴² JUNIOR, Nelson Nery. Teoria geral dos recursos. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 142.

¹⁴³ JUNIOR, Nelson Nery. Teoria geral dos recursos. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 143.

¹⁴⁴ JUNIOR, Nelson Nery. Teoria geral dos recursos. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 142.

formal; (c) usar o recurso de maior prazo para protelar o processo; (d) provocar apenas divergências na jurisprudência para, depois, poder usar outro recurso.¹⁴⁵

Dentro dessas hipóteses, certamente, o fator que mais influenciou a aferição da má-fé, tanto em doutrina quanto jurisprudência foi o prazo. Entendia-se, naquele contexto, que seria indicador da boa-fé o fato do recorrente interpor, ainda que recurso errado, no prazo menor, a fim de evitar ampliar seu prazo recursal com a interposição do recurso errado.¹⁴⁶ Houve, por parte da doutrina, inclinação para caracterizar a interposição de recurso intempestivo, quando o prazo do “correto” teria o prazo menor, significava a má-fé da parte recorrente.¹⁴⁷ Entretanto, a questão do prazo sofreu críticas pela doutrina, como será melhor exposto no item 3.3 da presente monografia.

Assim, a jurisprudência e doutrina reconheceram a dificuldade em se aferir objetivamente os aspectos que evidenciavam e delimitavam a má-fé, principalmente pelo fato de não poder ser presumida, pois devia ser analisada como fator extraordinário na conduta da parte. Por conta disso, tal critério passou a ser desconsiderado, visto que dificultava a aplicação do princípio da fungibilidade.¹⁴⁸ Como consequência dessa dificuldade em se auferir a má-fé, a doutrina, na vigência do CPC/73, passou a entender que esse requisito era desnecessário à aplicação da fungibilidade recursal, pois havendo dúvida objetiva e inexistindo erro grosseiro, o recurso deve ser admitido sem se indagar acerca do elemento subjetivo da parte recorrente.¹⁴⁹ Na vigência do CPC/73, cabia aos arts. 17 e 18 do CPC/73 disciplinarem a conduta de má-fé da parte recorrente (atuais arts. 80 e 81 do CPC/2015).¹⁵⁰

3.2. A omissão do legislativo acerca da fungibilidade recursal no CPC/73

O CPC/73 não previa expressamente a fungibilidade dos recursos, como fazia o CPC/39.¹⁵¹ Logo em seguida à sua entrada em vigor, levando em conta a ausência de previsão legal autorizando a fungibilidade, como previa o art. 810 do CPC/39, e a flagrante simplificação

¹⁴⁵ VASCONCELOS, Rita de Cássia Côrrea de. Princípio da fungibilidade: hipótese de incidência no processo civil brasileiro contemporâneo. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007. pp. 82-83.

¹⁴⁶ JUNIOR, Nelson Nery. Teoria geral dos recursos. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 143.

¹⁴⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Os agravos no CPC brasileiro. 4ª ed. rev. atual. e ampl. de acordo com a nova Lei do Agravo (Lei 11.187/2005). São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006. p.161.

¹⁴⁸ THAMAY, Rennan Faria Krüger; ANDRADE, Vinícius Ferreira de. Comentários sobre a fungibilidade recursal: do Código de 1939 ao novo Código de Processo Civil. Revista de Processo, v. 248, out. 2015. pp. 185-205.

¹⁴⁹ TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. Teoria do princípio da fungibilidade. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008. p. 156.

¹⁵⁰ JUNIOR, Nelson Nery. Teoria geral dos recursos. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 170.

¹⁵¹ JUNIOR, Nelson Nery. Teoria geral dos recursos. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 140.

do sistema recursal daquele código, a doutrina se inclinou no sentido de negar o princípio da fungibilidade, conduzindo a jurisprudência a concluir pelo mesmo caminho.¹⁵²

Aqueles que defendiam a impossibilidade da aplicação de tal princípio (infungibilidade dos recursos), se baseavam na observância da simplicidade do sistema recursal e ausência de repetição da mesma norma do art. 810, do CPC/39. A partir daquele ponto de vista “*o sistema recursal era tão simples que qualquer erro seria considerado grosseiro.*”¹⁵³ Esse entendimento foi retirado da própria exposição de motivos do CPC/73, na qual o legislador fez expressa menção ao princípio da fungibilidade adotado pelo código revogado (art. 810 do CPC/39):

É certo que, para obviar aos inconvenientes da interposição errônea de um recurso por outro, o Código vigente admite o seu conhecimento pela instância superior e ordena a remessa à câmara ou turma, desde que não esteja viciado por má-fé ou erro grosseiro (artigo 810). O Código consagrou, nesse preceito legal, a teoria do "recurso indiferente" (Sowohl-als - auch - Theorie), como ensinam os autores alemães (59). Esta solução não serviu, porém, para melhorar o sistema, porque a frequência com que os recursos, erroneamente interpostos, não são conhecidos pelo Tribunal evidenciou que a aplicação do artigo 810 tem valor limitadíssimo. [...] Diversamente do Código vigente, o Projeto simplifica o sistema de recursos. Concede apelação só ele sentença; de todas as decisões interlocutórias, agravo de instrumento. Esta solução atende plenamente aos princípios fundamentais do Código, sem sacrificar o andamento da causa e sem retardar injustificavelmente a resolução de questões incidentes, muitas das quais são de importância decisiva para a apreciação do mérito. O critério que distingue os dois recursos é simples. Se o juiz põe termo ao processo, cabe apelação. Não importa indagar se decidiu ou não o mérito. A condição do recurso é que tenha havido julgamento final no processo. Cabe agravo de instrumento de toda a decisão, proferida no curso do processo, pela qual o juiz resolve questão incidente.¹⁵⁴

Em face dessa exposição de motivos, considerando que a aplicação do art. 810 (fungibilidade recursal) no CPC/39 tinha um valor limitado de aplicação, inicialmente a doutrina seguiu esse entendimento, no sentido de que não haveria necessidade em se repetir referida regra.¹⁵⁵ No entanto, com o passar do tempo do CPC/73, a redução da possibilidade de dúvidas sérias em torno do cabimento de um ou outro recurso foi insuficiente, tendo a experiência de fórum demonstrado que a deficiência terminológica do CPC/73 e as divergências doutrinárias e jurisprudenciais ainda geravam situações de dúvida, possibilitando a aplicação do princípio da fungibilidade.¹⁵⁶

¹⁵² JUNIOR, Nelson Nery. Teoria geral dos recursos. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. pp. 144-145.

¹⁵³ PORTANOVA, Ruy. Princípios do processo civil. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2013. p. 274.

¹⁵⁴ BRASIL. Código de processo civil. Código de processo civil: histórico da lei. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1974. v. 1. pp. 29-30. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/177828>>. Acesso em 02 jun. 2019.

¹⁵⁵ Nery Junior, Nelson. Teoria geral dos recursos. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. Pp. 139-140.

¹⁵⁶ JUNIOR, Humberto Theodoro. Curso de direito processual civil. 50ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2017, v. 3. pp. 970-971.

Em decorrência desse estado de incerteza jurídica, principalmente quanto à natureza do pronunciamento judicial e ao cabimento do recurso existente, o princípio da fungibilidade teve que permanecer no ordenamento jurídico.¹⁵⁷ E, apesar de não expresso, tal princípio foi mantido no ordenamento em razão aos princípios da efetividade do processo, do máximo aproveitamento dos atos processuais e da instrumentalidade das formas. Ou seja, inexistindo norma expressa, deduziu-se a fungibilidade do princípio da instrumentalidade das formas aplicado ao sistema recursal.¹⁵⁸

Além disso, outro fator importante para a consolidação do princípio da fungibilidade no sistema processual de 1973 foi a posição adotada pelo STF no julgamento do Recurso Extraordinário nº 91.157/SP, de relatoria do Min. Xavier de Albuquerque, com a seguinte ementa:

Recurso. O princípio da fungibilidade subsiste no sistema do Código de Processo Civil de 1973, a despeito de não haver este reproduzido norma semelhante à do art. 810 do estatuto processual de 1939. Recurso extraordinário conhecido e provido.¹⁵⁹

A partir desse momento, em razão da ausência de previsão em lei, a doutrina e jurisprudência passaram a construir os requisitos a serem atendidos para aplicação do princípio da fungibilidade.¹⁶⁰ Nessa linha, a jurisprudência, exemplificada na figura do STJ, passou a reconhecer e pacificar seu entendimento quanto aos três requisitos para a aplicação da fungibilidade recursal, quais sejam: dúvida objetiva, inexistência de erro grosseiro e interposição no prazo do recurso “cabível”.¹⁶¹ Por outro lado, a doutrina desenvolveu maior

¹⁵⁷ THAMAY, Rennan Faria Krüger; ANDRADE, Vinícius Ferreira de. Comentários sobre a fungibilidade recursal: do Código de 1939 ao novo Código de Processo Civil. Revista de Processo, v. 248, out. 2015. pp. 185-205.

¹⁵⁸ JUNIOR, Humberto Theodoro. Curso de direito processual civil. 50ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2017, v. 3. p. 970.

¹⁵⁹ STF. RE 91.157/SP. Relator: Ministro Xavier de Albuquerque. Primeira Turma, julgado em 19/06/1979, publicado em 24/08/1979. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Revista Trimestral de Jurisprudência. 1979, v. 90. pp. 1.106-1.108. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/indiceRtj/pesquisarIndiceRtj.asp>>. Acesso em: 18 jun. 2019.

¹⁶⁰ BISELLI, Fernanda Rennhard. Análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o princípio da fungibilidade recursal e seus reflexos nas disposições trazidas pelo novo código de processo civil. Revista magister de direito civil e processual. Porto Alegre: Magister, v. 11, nº 66, 2015. p. 75.

¹⁶¹ PROCESSUAL CIVIL - RECURSOS - FUNGIBILIDADE. INAPLICAÇÃO. A fungibilidade recursal subordina-se a três requisitos: a) dúvida objetiva sobre qual o recurso a ser interposto; b) inexistência de erro grosseiro (v.g, interposição de recurso impróprio, quando o correto encontra-se expressamente indicado na lei, sobre o qual não se opõe nenhuma dúvida; c) que o recurso erroneamente interposto tenha sido interposto no prazo do que se pretende transformá-lo. Ausente qualquer destes pressupostos, não incide o princípio da fungibilidade. Recurso não conhecido.

(STJ. AgRg na MC 747/PR, Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros, Primeira Turma, julgado em 02/06/1997, DJ 03/04/2000).

raciocínio crítico, criticando fortemente o requisito do “prazo adequado” e sugerindo a existência de apenas um requisito: a dúvida objetiva.¹⁶²

3.3. As hipóteses positivadas da fungibilidade recursal no CPC/2015

Com a promulgação do novo CPC, em 2015 (Lei nº 13.105/2015), o raciocínio lógico, em decorrência das críticas apresentadas no antigo CPC/73, era de que o princípio da fungibilidade voltasse a ter seu lugar no referido diploma, assim como acontecia no CPC/39. No entanto, a vontade do legislador foi outra, tendo previsto situações particulares para a incidência deste princípio (ou técnica).

De acordo com o relatório estatístico do STJ referente ao ano de 2014, percebeu-se que, do total de 390.052 julgados, 16,79% não foram conhecidos, ou seja, mais de 60 mil recursos interpostos naquele ano não passaram no juízo de admissibilidade. Frisa-se que desse total, a porcentagem de agravos regimentais não conhecidos foi de 16,09% e a porcentagem de embargos de declaração não conhecidos foram de 5,50%.¹⁶³

Em razão da análise supra, não parece à doutrina que a escolha do legislador em acrescer a fungibilidade entre embargos de declaração e o agravo interno tenha sido não proposital,¹⁶⁴ assim dispondo no art. 1.024, § 3º do CPC/2015:

Art. 1.024. O juiz julgará os embargos em 5 (cinco) dias.
[...] § 3º O órgão julgador conhecerá dos embargos de declaração como agravo interno se entender ser este o recurso cabível, desde que determine previamente a intimação do recorrente para, no prazo de 5 (cinco) dias, complementar as razões recursais, de modo a ajustá-las às exigências do art. 1.021, § 1º.¹⁶⁵

Ademais, também é conhecido o fato de que, muitas vezes, há o não conhecimento de recursos pelo STJ e STF fundamentando suas decisões “na natureza iminente constitucional da violação alegada ou na inexistência de ofensa direta e literal à Constituição.”¹⁶⁶ Para essas

¹⁶² TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. Teoria do princípio da fungibilidade. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008. pp. 156-158.

¹⁶³ STJ. Relatório estatístico - 2014. Brasília: Assessoria de Modernização e Gestão Estratégica. 2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/verpagina.asp?vPag=0&vSeq=250>>. Acesso em 22 jun. 2019.

¹⁶⁴ BISELLI, Fernanda Rennhard. Análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o princípio da fungibilidade recursal e seus reflexos nas disposições trazidas pelo novo código de processo civil. Revista magister de direito civil e processual. Porto Alegre: Magister, v. 11, nº 66, 2015. p. 87.

¹⁶⁵ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 05 mai. 2018.

¹⁶⁶ BISELLI, Fernanda Rennhard. Análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o princípio da fungibilidade recursal e seus reflexos nas disposições trazidas pelo novo código de processo civil. Revista magister de direito civil e processual. Porto Alegre: Magister, v. 11, nº 66, 2015. p. 87.

hipóteses, o novo código previu a fungibilidade no tocante à interposição de recursos especiais e extraordinários, nos artigos 1.032 e 1.033 do CPC/2015, a qual é expressa na doutrina como fungibilidade recursal excepcional,¹⁶⁷ senão vejamos:

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

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

Art. 1.033. Se o Supremo Tribunal Federal considerar como reflexa a ofensa à Constituição afirmada no recurso extraordinário, por pressupor a revisão da interpretação de lei federal ou de tratado, remetê-lo-á ao Superior Tribunal de Justiça para julgamento como recurso especial.¹⁶⁸

Os artigos acima permitiram que o relator tanto no STJ quanto no STF possa analisar o recurso interposto pela parte recorrente e, entendendo que o recurso especial versa sobre questão constitucional; ou então, entendendo que o recurso extraordinário versa sobre questão infraconstitucional, conceda o prazo de quinze dias para que o recorrente adapte o seu recurso, o remetendo ao tribunal competente.¹⁶⁹ Essa alteração legislativa foi de encontro aos posicionamentos até então vigentes pelas cortes superiores, posto que, quando havia dúvida se o recurso extraordinário atacava ofensa a dispositivo da Constituição ou lei federal, o STF não o admitia por falta de adequação e, tampouco, nos casos em que entendia como ofensa reflexa à Constituição. O mesmo ocorria no STJ, quando entendia não haver contrariedade a lei federal, inadmitia a interposição do Recurso Especial.¹⁷⁰

No entanto, apesar do louvor com que esta técnica tenha sido recebida pela doutrina, especialmente no que tange à superação da jurisprudência defensiva,¹⁷¹ há críticas quanto a sua

¹⁶⁷ LEMOS, Vinicius Silva. A fungibilidade recursal excepcional: o problema da cumulação dos pedidos. Revista de Processo, v. 258, ago. 2016. pp. 235-254.

¹⁶⁸ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 05 mai. 2018.

¹⁶⁹ JUNIOR, Humberto Theodoro. Curso de direito processual civil. 50ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2017, v. 3. p. 972.

¹⁷⁰ LEMOS, Vinicius Silva. A fungibilidade recursal excepcional: o problema da cumulação dos pedidos. Revista de Processo, v. 258, ago. 2016. pp. 235-254.

¹⁷¹ O autor reconhece a inovação legislativa, nos seguintes termos: “Merece sinceros aplausos a inserção dessa técnica processual ou, em termos linguísticos mais precisos, da fungibilidade entre os recursos excepcionais, pois, afinal, ele vai ao encontro da chamada jurisprudência defensiva e está em fina sintonia com o próprio sistema positivado no CPC/2015 (LGL\2015\1656); até porque, ao que tudo indica, mesmo sendo um vaticínio de nossa parte, acredita-se que surgirão muitos questionamentos sobre o cabimento de recurso especial com base na violação do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 8.º, CPC/2015)”. THAMAY, Rennan Faria Krüger; ANDRADE, Vinicius Ferreira de. Comentários sobre a fungibilidade recursal: do Código de 1939 ao novo Código de Processo Civil. Revista de Processo, v. 248, out. 2015. pp. 185-205.

alteração pela Lei nº 13.256/2016, que realizou alterações ao CPC/2015, tendo estabelecido que o juízo de admissibilidade dos recursos excepcionais ocorrerá no formato bifásico, isto é, sendo analisado tanto pelo presidente ou vice-presidente do tribunal recorrido quanto pelo próprio relator. Em relação ao duplo juízo de admissibilidade, parte da doutrina acredita que tal alteração prejudicou em muito a força e aplicabilidade do instituto da fungibilidade.¹⁷²

Para Vinícius Silva Lemos, com a volta da admissibilidade bifásica seriam três empecilhos à aplicação da fungibilidade, quais sejam: (i) a possibilidade da análise preliminar inadmitir o recurso excepcional, quando este, justamente, poderia ser recebido pelo relator com aplicação da fungibilidade, (ii) a possibilidade de manutenção da inadmissibilidade do recurso, quando inadmitido pelo tribunal e forçado por agravo, de modo que maculado o pensamento e posição do relator, este não visualize a aplicação da fungibilidade e, por fim, (iii) na maioria das vezes em que for possível a fungibilidade, será necessária a interposição de Agravo pelo art. 1.042 do CPC/2015 a fim de remeter ao relator.¹⁷³

Apesar do posicionamento acima, diante dessas modificações, restou claro que o CPC/2015 no campo dos recursos excepcionais e embargos de declaração possibilitou a ampla fungibilidade entre estes, concluindo-se que, se possível a aplicação deste princípio aos recursos excepcionais, nada impediria que tal princípio fosse também aplicado aos recursos ordinários.¹⁷⁴ Além disso, a doutrina também entende que a consagração do princípio da primazia do mérito e do dever de cooperação entre os sujeitos processuais no CPC/2015 foi decisivo para criação dos dispositivos de fungibilidade, como maneira de dar efetividade para esses novos princípios.¹⁷⁵

Não obstante, tendo em vista o questionamento lançado no início deste tópico, sobre o novo código processual ter acolhido o princípio da fungibilidade de forma ampla ou ter sido estipulado como técnica (regra) de fungibilidade, aplicando-se de forma restrita, convém destacar o posicionamento de Fredie Didier, o qual acredita que as hipóteses invocadas pelos artigos 1.032 e 1.033 do CPC/2015 não se confundiriam com o próprio princípio da fungibilidade.¹⁷⁶ Nesse sentido, as regras previstas pelo CPC/2015 não exigiram a existência de

¹⁷² LEMOS, Vinicius Silva. A fungibilidade recursal excepcional: o problema da cumulação dos pedidos. *Revista de Processo*, v. 258, ago. 2016. pp. 235-254.

¹⁷³ LEMOS, Vinicius Silva. A fungibilidade recursal excepcional: o problema da cumulação dos pedidos. *Revista de Processo*, v. 258, ago. 2016. pp. 235-254.

¹⁷⁴ JUNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de direito processual civil*. 50ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2017, v. 3. p. 972.

¹⁷⁵ BISELLI, Fernanda Rennhard. Análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o princípio da fungibilidade recursal e seus reflexos nas disposições trazidas pelo novo código de processo civil. *Revista magister de direito civil e processual*. Porto Alegre: Magister, v. 11, nº 66, 2015. p. 89.

¹⁷⁶ JUNIOR, Fredie Didier; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 14ª ed. Salvador: Juspodivm. 2017. p. 411.

dúvida objetiva ou de erro grosseiro, princípios próprios à aplicação da fungibilidade. Assim, o legislador teria criado uma regra de fungibilidade própria, vindo para superar um obstáculo (evitar discussões entre os tribunais superiores sobre sua competência para julgar determinado recurso), cuja aplicação teria pressupostos “mais singelos e cuja compatibilização com a boa-fé processual já teria sido previamente feita.”¹⁷⁷

Assim, em que pese as divergências doutrinárias acima demonstradas, de qualquer forma, a verdade é que o princípio da fungibilidade permanece no ordenamento jurídico por decorrência lógica do princípio da instrumentalidade das formas, conforme já exposto previamente nesta monografia. E, como será exposto ao final desta monografia, o Superior Tribunal de Justiça manteve a aplicação deste princípio na vigência da atual legislação processual.

Capítulo 4 – Requisitos doutrinários e jurisprudenciais sobre fungibilidade

Havendo a manutenção do princípio da fungibilidade na vigência do CPC/2015, faz-se necessário, na presente monografia, tratar os atuais requisitos a serem atendidos para sua aplicação. A doutrina mais atual tem entendido que, para aplicação da fungibilidade recursal, exige-se: (i) presença de dúvida séria (objetiva) a respeito do recurso cabível e (ii) inexistência de erro grosseiro.¹⁷⁸ Aqui, fazemos a ressalva de que, conforme será abordado no próprio requisito do erro grosseiro, parte da doutrina inclina-se no sentido de dizer que ambos os requisitos da dúvida objetiva e do erro grosseiro são faces da mesma moeda (item 4.2).

A má-fé, requisito existente à época do art. 810 do CPC/39, foi aos poucos perdendo força em razão das fortes críticas pela doutrina. Tal requisito, definido como conduta dolosa ou culposa pela parte para prejudicar o andamento do processo, foi considerado pela doutrina como sendo “demasiadamente subjetivo, psicológico e, assim, de difícil ou impossível identificação.”¹⁷⁹ Por este motivo, a presente monografia não considerará a má-fé como requisito para incidência do princípio da fungibilidade recursal.

Corroborando com o entendimento acima, a atual jurisprudência, principalmente do STJ, tem considerado, para aplicação da fungibilidade, os seguintes requisitos: (a) dúvida

¹⁷⁷ JUNIOR, Fredie Didier; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de direito processual civil. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 14ª ed. Salvador: Juspodivm. 2017. p. 411.

¹⁷⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2017, v. 2. p. 522.

¹⁷⁹ REDONDO, Bruno Garcia. Apelação: o recurso adequado à impugnação da sentença interlocutória. In: JUNIOR, Nelson Nery; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 12. p. 51.

“objetiva” sobre o qual o recurso a ser interposto; (b) inexistência de erro grosseiro; (c) que o recurso “impróprio” seja interposto no prazo do recurso “adequado”.¹⁸⁰

E, apesar da jurisprudência também inclinar-se a adotar num futuro próximo a existência de somente um critério (dúvida objetiva),¹⁸¹ afastando a necessidade de erro grosseiro e interposição de prazo, como assim o fez com a má-fé, conforme será exposto nos próximos tópicos, optou-se por perquirir no presente trabalho os requisitos ainda aplicáveis e reconhecidos pela doutrina e jurisprudência mais recentes. Assim, passa-se a abordar cada um dos principais e atuais requisitos para aplicação do princípio da fungibilidade no ordenamento processual vigente.

4.1. Dúvida objetiva

A dúvida objetiva quanto ao cabimento de um recurso diz respeito à existência de uma dúvida razoavelmente aceita, a partir de elementos objetivos, seja pela equivocidade da lei ou divergências no campo da doutrina e/ou jurisprudência.¹⁸² A dúvida objetiva pode ser positiva, quando há mais de uma solução recursal legitimada pelo sistema, ou negativa, quando inexistente previsão na lei acerca do instrumento processual correto.¹⁸³

Além disso, a dúvida objetiva também pode ser revelada por um dos seguintes aspectos: a) a imprecisão dos termos da lei (quando o próprio código designa uma decisão interlocutória como sentença e vice-versa);¹⁸⁴ b) divergência ou ausência de unanimidade no plano da doutrina e/ou jurisprudência quanto à natureza do pronunciamento e, conseqüentemente, quanto ao recurso adequado;¹⁸⁵ c) o juiz profere pronunciamento em lugar de outro.¹⁸⁶ Esse último

¹⁸⁰ BISELLI, Fernanda Rennhard. Análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o princípio da fungibilidade recursal e seus reflexos nas disposições trazidas pelo novo código de processo civil. Revista magister de direito civil e processual. Porto Alegre: Magister, v. 11, nº 66, 2015. p. 75.

¹⁸¹ PROCESSO CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. AGRAVO REGIMENTAL. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. A aplicação do princípio da fungibilidade recursal só é cabível quando ocorre dúvida objetiva quanto ao recurso a ser interposto, o que não é o caso dos autos. Agravo regimental não provido. (STJ. AgRg no RO nos EDcl no AgRg no MS 10.652/DF, Relator: Min. Ari Pargendler, Corte Especial, julgado em 12/04/2010, DJe 03/05/2010).

¹⁸² JUNIOR, Fredie Didier; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de direito processual civil. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 14ª ed. Salvador: Juspodivm. 2017. p. 130.

¹⁸³ REDONDO, Bruno Garcia. Fungibilidade no âmbito recursal: requisitos para sua aplicação. Revista de Processo, v. 194, abril 2011. pp. 13-34.

¹⁸⁴ JUNIOR, Nelson Nery. Teoria geral dos recursos. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 146.

¹⁸⁵ REDONDO, Bruno Garcia. Apelação: o recurso adequado à impugnação da sentença interlocutória. In: JUNIOR, Nelson Nery; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 12. p. 51.

¹⁸⁶ JUNIOR, Nelson Nery. Teoria geral dos recursos. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. P. 146; e STJ. EAREsp 230.380/RN, Relator: Min, Paulo de Tarso Sanseverino, Segunda Seção, julgado em 13/09/2017, DJe 11/10/2017.

requisito, “c”, é bastante equiparado à teoria alemã do recurso indiferente, no sentido de que a parte não pode ser prejudicada por uma decisão proferida erroneamente pelo tribunal,¹⁸⁷ demonstrando que o princípio brasileiro da fungibilidade recursal possui um espectro mais amplo.

Vale destacar que a dúvida objetiva se distingue da dúvida subjetiva, sendo a primeira decorrente de controvérsia externa ou dados objetivos extraídos da lei, e a segunda a configuração de simples erro subjetivo da parte recorrente acerca da adequada forma a ser conferida ao ato, no caso, dúvida quanto ao recurso a ser interposto.¹⁸⁸ Nesse último caso, quando a dúvida decorrer única e exclusivamente da interpretação feita pela própria parte recorrente, não será admitida a fungibilidade recursal.¹⁸⁹

No entanto, a mera conceituação de dúvida “objetiva” quando justificada por ampla divergência na doutrina ou jurisprudência acaba por se revestir de certa vagueza para aplicação da fungibilidade. Tal indeterminação quanto ao que seria “ampla divergência jurisprudencial e doutrinária” acaba por comprometer a operabilidade do princípio da fungibilidade no âmbito recursal.¹⁹⁰ Geralmente, a dúvida objetiva mais comum observada pela doutrina é quanto à interposição do recurso de agravo de instrumento ou de apelação, em razão da problemática que envolve o critério para identificação da natureza do pronunciamento judicial,¹⁹¹ como já exposto no capítulo 2.1.

Portanto, para uma melhor compreensão da extensão da dúvida objetiva, e da própria fungibilidade como um todo, a doutrina atual sugere a separação desta em duas dimensões, quanto o seu modo e tempo.¹⁹² Quanto à primeira, a ideia sugerida pela doutrina para justificar a dúvida objetiva é a necessidade de que a hipótese de cabimento de certo recurso esteja

¹⁸⁷ VASCONCELOS, Rita de Cássia Côrrea de. Princípio da fungibilidade: hipótese de incidência no processo civil brasileiro contemporâneo. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007. pp. 81-89.

¹⁸⁸ ASSIS, Araken de. Manual dos recursos. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 89.

¹⁸⁹ [...] 5. No tocante à fungibilidade recursal, 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. 6. No particular, a despeito de a Lei 12.318/2010 não indicar, expressamente, o recurso cabível contra a decisão proferida em incidente de alienação parental, o CPC o faz, revelando-se subjetiva - e não objetiva - a dúvida suscitada pela recorrente, tanto que não demonstrou haver qualquer divergência jurisprudencial e/ou doutrinária sobre o tema. [...] (STJ. REsp 1.330.172/MS, Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 11/03/2014, DJe 17/03/2014).

¹⁹⁰ THAMAY, Rennan Faria Krüger; ANDRADE, Vinícius Ferreira de. Comentários sobre a fungibilidade recursal: do Código de 1939 ao novo Código de Processo Civil. Revista de Processo, v. 248, out. 2015. pp. 185-205.

¹⁹¹ VASCONCELOS, Rita de Cássia Côrrea de. Princípio da fungibilidade: hipótese de incidência no processo civil brasileiro contemporâneo. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007. p. 91.

¹⁹² THAMAY, Rennan Faria Krüger; ANDRADE, Vinícius Ferreira de. Comentários sobre a fungibilidade recursal: do Código de 1939 ao novo Código de Processo Civil. Revista de Processo, v. 248, out. 2015. pp. 185-205.

“plenamente desassociada dos conceitos jurisprudência pacífica e dominante.”¹⁹³ Sendo “pacífica” quando inexistente posicionamento incontroverso, e “dominante” quando há um predomínio de entendimento nos tribunais estaduais, federais e superiores,¹⁹⁴ como a exemplo da súmula 83 do STJ.¹⁹⁵

Quanto à segunda dimensão, a dúvida deve ser contemporânea, atual, à interposição do recurso – não há falar em dúvida quando tal debate já foi superado pela jurisprudência ou pela superveniência de lei. Como exemplo desta delimitação, destaca-se o trecho do REsp nº 1.133.447/SP, de relatoria da Min. Nancy Andrighi:

[...] essa dúvida deverá ser atual, ou seja, se a divergência existia, mas foi superada porque houve alteração do diploma legal ou porque a doutrina e a jurisprudência acabaram se firmando num ou noutro sentido, não há mais que se falar em dúvida objetiva e, portanto, em admissão de um recurso por outro erroneamente interposto.¹⁹⁶

De acordo com a doutrina, esses conceitos não são imutáveis, pois a dúvida objetiva pode deixar de existir quando houver um amadurecimento da doutrina e jurisprudência acerca do cabimento de certos recursos.¹⁹⁷ Evidentemente, a dúvida deve ser atual, pois “o direito evolui e problemas que já se mostraram agudos acabam resolvidos pela jurisprudência dominante ou por alteração legislativa, e fundada em argumentos respeitáveis.”¹⁹⁸

Ainda, em recente precedente do STJ, proferido no AgInt no REsp nº 1.274.561/MG, foi reiterado pela Segunda Turma o requisito da atualidade para aplicação do princípio da fungibilidade. Isto é, a dúvida objeto deve ser atual à época da interposição do recurso duvidoso, mesmo que posteriormente tenha sido pacificado o entendimento.¹⁹⁹ No caso em comento, ressaltou o acórdão:

[...] 1. A jurisprudência desta Corte admite a fungibilidade recursal entre apelação e agravo de instrumento em embargos à execução em casos contemporâneos à alteração legislativa da Lei n. 11.232/2005, ante a divergência interpretativa do próprio STJ à época. 2. O termo a ser considerado para a existência de razoabilidade da dúvida

¹⁹³ THAMAY, Rennan Faria Krüger; ANDRADE, Vinícius Ferreira de. Comentários sobre a fungibilidade recursal: do Código de 1939 ao novo Código de Processo Civil. Revista de Processo, v. 248, out. 2015. pp. 185-205.

¹⁹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Código de Processo Civil: comentado artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008. p. 582.

¹⁹⁵ Súmula 83 - Não se conhece do Recurso Especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida. STJ. Corte Especial, julgado em 18/06/1993, DJ 02/07/1993. Súmula 83.

¹⁹⁶ STJ. REsp 1133447/SP, Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 11/12/2012, DJe 19/12/2012.

¹⁹⁷ VASCONCELOS, Rita de Cássia Córrea de. Princípio da fungibilidade: hipótese de incidência no processo civil brasileiro contemporâneo. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007. p. 5.

¹⁹⁸ ASSIS, Araken de. Manual dos recursos. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016. p.119.

¹⁹⁹ STJ. AgInt no REsp 1.274.561/MG, Relator: Min. Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 04/06/2019, DJe 10/06/2019.

quanto ao recurso cabível deve ser não a edição da lei e o manejo dos embargos à execução, mas a pacificação do tema pelo STJ e a interposição do recurso em análise.
3. Tendo sido o agravo de instrumento interposto em abril de 2009 e a decisão uniformizadora do STJ publicada em agosto de 2009, cabível a fungibilidade recursal ao presente feito. [...]

A partir dos critérios acima, destaca-se a possibilidade de resolução de algumas dúvidas objetivas que pairavam na vigência do CPC/73. Como no caso da decisão que homologa atualização do cálculo de liquidação, em que havia dificuldade da doutrina em resolver tal problema, de modo que se admitia a dúvida objetiva para esses casos. Porém, como advento da Súmula 118 do STJ, na qual pacificou o entendimento de que o recurso de agravo de instrumento é aquele cabível na hipótese, fez com o que atualmente interpor recurso de apelação fosse considerado erro grosseiro.²⁰⁰

Outra hipótese elencada pela doutrina na vigência do CPC/73 era da decisão que indeferia liminarmente a reconvenção ou a ação declaratória incidental.²⁰¹ Para esses casos, poder-se-ia dizer que seu conteúdo seria de sentença, por colocar fim a relação processual relativo ao incidente. Entretanto, como não é extinto o feito no qual estas ações são instauradas, tem-se um elemento a favor da tese de que tal decisão seria agravável.²⁰² Em face dessa divergência na doutrina, tendo sido apelidado de “apelação por instrumento”,²⁰³ foi reconhecida a dúvida objetiva quanto ao recurso cabível, o que autorizaria, nessas hipóteses, o reconhecimento de ambos os recursos (apelação ou agravo de instrumento).²⁰⁴

Ainda quanto ao assunto, atualmente, com o advento do CPC/2015, defende a doutrina que tal dúvida foi solucionada pelo art. 354, Parágrafo Único, do CPC/2015.²⁰⁵ Da mesma forma, o STJ, em recente julgado do REsp nº 1.760.523/SP foi incitado a se pronunciar sobre a existência ou não da dúvida objetiva nos casos de indeferimento liminar da reconvenção. A controvérsia girava em torno do indeferimento liminar da reconvenção ajuizada pelo recorrente, que, sob alegação do tribunal de origem de que o art. 1.015 do CPC/2015 tinha hipóteses taxativas para interposição de agravo de instrumento, não reconheceu do recurso de agravo interposto em face da ausência de previsão legal da hipótese de reconvenção no rol do art. 1.015 do CPC/2015. Todavia, no julgamento desse Recurso Especial, a solução adotada pelo STJ foi

²⁰⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Os agravos no CPC brasileiro. 4ª ed. rev. atual. e ampl. de acordo com a nova Lei do Agravo (Lei 11.187/2005). São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006. pp. 172-173.

²⁰¹ ASSIS, Araken de. Manual dos recursos. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016. p. 114.

²⁰² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Os agravos no CPC brasileiro. 4ª ed. rev. atual. e ampl. de acordo com a nova Lei do Agravo (Lei 11.187/2005). São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006. p. 162.

²⁰³ ASSIS, Araken de. Manual dos recursos. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016. p. 114.

²⁰⁴ VASCONCELOS, Rita de Cássia Côrrea de. Princípio da fungibilidade: hipótese de incidência no processo civil brasileiro contemporâneo. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007. p. 98.

²⁰⁵ ASSIS, Araken de. Manual dos recursos. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016. p. 114.

de interpretação extensiva do art. 1.015, XIII, juntamente com o art. 354, Parágrafo Único, ambos do CPC/2015, afirmando que seria cabível o recurso de agravo de instrumento contra a decisão que indefere liminarmente a reconvenção, pois “a extinção dessa ação de forma liminar põe fim a uma parte do processo, sendo por isso passível de impugnação por agravo de instrumento.”²⁰⁶

Finalmente, a doutrina também apontava a imprecisão terminológica do art. 395 do CPC/73, que denominava de sentença a decisão que julgava o incidente de falsidade.²⁰⁷ O argumento da doutrina que defendia a imprecisão terminológica e, portanto, o cabimento de agravo de instrumento se a decisão fosse processada antes da sentença final do processo, era de que tal recurso de apelação obstaría o prosseguimento do feito e comprometeria o curso normal do processo. Por conta dessa divergência, a doutrina entendia ser cabível a aplicação do princípio da fungibilidade recursal, autorizando o recebimento da apelação como agravo de instrumento.²⁰⁸ Nesse mesmo sentido, em face da dúvida objetiva, é o entendimento do STJ mesmo após promulgação do CPC/2015, conforme se retira do julgamento do REsp nº 1.405.050/RJ, julgado em 30/06/2017.²⁰⁹

Atualmente, ainda se destaca a recente decisão do STJ que definiu que o recurso cabível à decisão que julga procedente a primeira fase da ação de exigir contas do CPC/2015 é o agravo de instrumento,²¹⁰ conforme será melhor abordado no item 5.1 do presente trabalho. E, por conta dessa decisão, aparentemente, é provável que restará ultrapassada a hipótese de dúvida objetiva sobre esse assunto.

Dito isso, não há dúvidas de que a dúvida extrínseca ou objetiva, para maior completude de seu entendimento, deve ser balizada à luz de sua intensidade (modo) e temporalidade (tempo), a fim de aplicar-se integralmente o princípio da fungibilidade.²¹¹ Com efeito, além desses critérios, também possui um importante papel os órgãos colegiados, na vigência do

²⁰⁶ STJ. Recurso Especial 1.760.523/SP. Decisão monocrática. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 25/09/2018, DJe 16/10/2018.

²⁰⁷ ASSIS, Araken de. Manual dos recursos. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2016. p. 113.

²⁰⁸ VASCONCELOS, Rita de cássia Côrrea de. Princípio da fungibilidade: hipótese de incidência no processo civil brasileiro contemporâneo. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007. pp. 102-103.

²⁰⁹ RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. INCIDENTE DE FALSIDADE. RECURSO CABÍVEL PARA IMPUGNAR DECISÃO TERMINATIVA. PRINCIPIO DA FUNGIBILIDADE. 1. O entendimento desta Corte autoriza o recebimento de agravo, ao invés de apelação, para impugnar decisão proferida em incidente de falsidade documental, eis que admite a fungibilidade entre um recurso e outro. 2. Recurso especial provido. (STJ. Recurso Especial nº 1.405.050/RJ. Decisão Monocrática, Relator: Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 30/06/2017, DJe 01/08/2017).

²¹⁰ STJ. REsp 1.746.337/RS, Relatora: Ministra Nancy Andri ghi, Terceira Turma, julgado em 09/04/2019, DJe 12/04/2019.

²¹¹ THAMAY, Rennan Faria Krüger; ANDRADE, Vinícius Ferreira de. Comentários sobre a fungibilidade recursal: do Código de 1939 ao novo Código de Processo Civil. Revista de Processo, v. 248, out. 2015. pp. 185-205.

CPC/2015, para darem uniformidade ao seu entendimento quanto ao cabimento de recursos,²¹² em face do consagrado princípio da cooperação (art. 6º do CPC/2015).²¹³

Portanto, em razão da atualidade do CPC/2015, considerando o histórico das legislações prévias, bem como a atuação da doutrina e jurisprudência, é certo que muitas dúvidas ainda surgirão e outras serão pacificadas quanto ao cabimento de recursos, para além das questões já suscitadas acima. Ainda merece destaque a recente aplicação da taxatividade mitigada do agravo de instrumento, que admitiu a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência na apreciação da matéria agravada, ainda que fora das hipóteses taxativas do art. 1.015 do CPC/2015, em razão do risco de tornar-se inútil a prestação jurisdicional quando do julgamento da questão no recurso de apelação.²¹⁴ Referida tese, embora não influencie diretamente o princípio da fungibilidade, altera o entendimento recente acerca do cabimento recursal, demonstrando, muitas vezes, que a vida forense suscita muitas questões impossíveis de serem analisadas em grau mais genérico, como o da lei.

4.2. Erro grosseiro

Ao que parece, mesmo revogado, o art. 810 do CPC/39 ainda exerce flagrante atração ao princípio da fungibilidade nos dias de hoje, especialmente na figura do erro grosseiro.²¹⁵ O erro grosseiro é tido como a situação quando nada justificaria a troca de um recurso pelo outro, posto que não haveria controvérsia sobre o tema. Ele será afastado quando, por outro lado, houver dúvida razoável sobre o cabimento de determinado recurso.²¹⁶ Em outras palavras, o erro grosseiro é o equívoco injustificado, oriundo do desconhecimento da legislação em hipótese que não haja qualquer dúvida interpretativa, afrontando a literalidade da lei.²¹⁷ O

²¹² THAMAY, Rennan Faria Krüger; ANDRADE, Vinícius Ferreira de. Comentários sobre a fungibilidade recursal: do Código de 1939 ao novo Código de Processo Civil. Revista de Processo, v. 248, out. 2015. pp. 185-205.

²¹³ Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva. BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 4 jun. 2019. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm > Acesso em 02 jun. 2019.

²¹⁴ STJ. Tema Repetitivo 988. REsp 1696396/MT, Relatora: Min. Nancy Andrighi, Corte Especial, julgado em 05/12/2018, DJe 19/12/2018.

²¹⁵ ASSIS, Araken de. Manual dos recursos. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016. p.118.

²¹⁶ JUNIOR, Fredie Didier; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de direito processual civil. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 14ª ed. Salvador: Juspodivm. 2017. p. 130.

²¹⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. O agravo cabível contra decisão denegatória de recurso especial e extraordinário em uma recente decisão do STF e os limites da fungibilidade recursal. Boletim IBCCRIM. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. 2012, v.20, nº 230. p. 2.

conceito acima definido pela doutrina apenas demonstra a dificuldade em isolar o “erro grosseiro” do requisito da dúvida objetiva.²¹⁸

Inexistindo essa exatidão quanto ao seu conceito, restou à doutrina retirar o seu significado das decisões judiciais. Nesse sentido, configurariam erro grosseiro as hipóteses de: interposição de recurso errado quando expressamente previsto em lei recurso diverso, interpor apelação contra decisão inquestionavelmente interlocutória, interpor agravo de instrumento em face de sentença.²¹⁹ Outra hipótese de erro grosseiro elencado pela doutrina é quando a doutrina e a jurisprudência convergem explicitamente quanto ao cabimento de outro recurso, que não o interposto pela parte, contra a decisão recorrida.²²⁰

Ademais, embora contrário aos arts. 1.032 e 1.033 do CPC/2015, parte da doutrina entende que o princípio da fungibilidade seria restrito aos recursos ordinários, sustentando que os recursos extraordinários teriam pressupostos e princípios rigidamente estabelecidos na Constituição Federal, de modo que sua troca (fungibilidade) sempre configuraria erro grosseiro.²²¹

Como já referido no início deste capítulo, em razão da dificuldade de dissociação entre este requisito e aquele da dúvida objetiva, a doutrina fortemente tende a afirmar que o único requisito a ser aplicado à fungibilidade recursal seria a dúvida objetiva.²²² Importante destacar que a doutrina diverge quanto à relação entre a dúvida objetiva e o erro grosseiro, pois uma parte entende que a ausência de erro grosseiro é o resultado lógico da dúvida objetiva, de modo que existindo dúvida objetiva haveria erro escusável, e não grosseiro, sendo ambas duas faces da mesma moeda.²²³ Por outro lado, a outra parte da doutrina considera que os dois requisitos são antagônicos, isto é, a ausência de erro grosseiro não é resultado lógico da dúvida difusa, mas uma oposição a este.²²⁴ Esse raciocínio, embora minoritário, entende que se existe dúvida quanto ao ato processual a ser realizado, inexistente, conseqüentemente, a figura do ato correto ou

²¹⁸ JUNIOR, Nelson Nery. Teoria geral dos recursos. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 162.

²¹⁹ JUNIOR, Nelson Nery. Teoria geral dos recursos. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. pp. 162-163.

²²⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Os agravos no CPC brasileiro. 4ª ed. rev. atual. e ampl. de acordo com a nova Lei do Agravo (Lei 11.187/2005). São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006. p.167.

²²¹ JUNIOR, Nelson Nery. Teoria geral dos recursos. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 164.

²²² REDONDO, Bruno Garcia. Fungibilidade no âmbito recursal: requisitos para sua aplicação. Revista de Processo, v. 194, abril 2011. pp. 13-34.

²²³ CAMARA E SILVA, Erick Simões da. A dúvida objetiva como único requisito para a aplicação do princípio da fungibilidade dos meios no processo civil: posicionamento do Supremo Tribunal Federal. Revista de Processo, v. 181, março 2010. pp. 273-296.

²²⁴ CAMARA E SILVA, Erick Simões da. A dúvida objetiva como único requisito para a aplicação do princípio da fungibilidade dos meios no processo civil: posicionamento do Supremo Tribunal Federal. Revista de Processo, v. 181, março 2010. pp. 273-296.

erro, visto que haveria “incerteza sobre qual caminho seguir.”²²⁵ Segundo essa última corrente, “só se fala em “erro” aos olhos daqueles que se filiam à corrente segundo o qual o recurso cabível seria “o outro”.”²²⁶

Para essa minoria, aceitar a presença de erro grosseiro como um dos requisitos para aplicação da fungibilidade recursal seria negar a própria natureza deste princípio. Havendo a possibilidade de “troca”, não haveria um erro propriamente dito. Nas palavras de Erick Simões, “se há erro então não há dúvida difusa e se há dúvida difusa não há erro.”²²⁷ Portanto, coexistindo a dúvida e o erro, a primeira não seria objetiva, mas subjetiva, atingindo apenas a falta de conhecimento do indivíduo que, nesses casos, teria optado pelo recurso errôneo.

Sob o viés prático, a doutrina cita como exemplos de erro grosseiro a interposição de recurso de apelação contra decisão que indefere denunciação da lide, visto que o recurso cabível seria o agravo de instrumento,²²⁸ a interposição de agravo de instrumento contra sentença que julga integralmente os pedidos no processo de conhecimento,²²⁹ a interposição de agravo de instrumento contra decisão que acolhe exceção de pré-executividade e extingue a execução ou a interposição de recurso de apelação contra decisão que acolhe parcialmente a exceção de pré-executividade, não extinguindo o feito.²³⁰ Ademais, a jurisprudência atual do STJ, na vigência do CPC/2015, tem pacificado o entendimento de que configura erro grosseiro a interposição de agravo interno contra acórdão,²³¹ e a interposição de agravo em recurso especial quando o correto seria recurso de agravo interno contra o tribunal de origem nas hipóteses do art. 1.030, I, b do CPC/2015, em face da disposição legal acerca da matéria na vigência do CPC/2015.²³²

Em semelhante linha de raciocínio, a doutrina também destaca que alguns “erros”, toleráveis em primeiro momento, podem, gradativamente, serem qualificados como grosseiros

²²⁵ CAMARA E SILVA, Erick Simões da. A dúvida objetiva como único requisito para a aplicação do princípio da fungibilidade dos meios no processo civil: posicionamento do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Processo*, v. 181, março 2010. pp. 273-296.

²²⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4ª ed. rev. atual. e ampl. de acordo com a nova Lei do Agravo (Lei 11.187/2005). São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006. p. 164.

²²⁷ CAMARA E SILVA, Erick Simões da. A dúvida objetiva como único requisito para a aplicação do princípio da fungibilidade dos meios no processo civil: posicionamento do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Processo*, v. 181, março 2010. pp. 273-296.

²²⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4ª ed. rev. atual. e ampl. de acordo com a nova Lei do Agravo (Lei 11.187/2005). São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006. p. 194.

²²⁹ ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016. p. 120.

²³⁰ STJ. AgInt no REsp 1.743.653/CE, Relator: Ministro LÁZARO GUIMARÃES (Desembargador Convocado do TRF 5ª Região), Quarta Turma, julgado em 20/09/2018, DJe 27/09/2018,

²³¹ STJ. AgInt no AgInt na Rcl 36.076/SP, Relatora: Min. Regina Helena Costa, Primeira Seção, julgado em 28/05/2019, DJe 05/06/2019.

²³² STJ. AgInt no AREsp 1.277.678/MS, Relatora: Min. Nancy Andriighi, Terceira Turma, julgado em 26/06/2018, DJe 02/08/2018.

em razão da pacificação da orientação de determinado recurso cabível.²³³ Esse é o caso da decisão que acolhe ou rejeita a impugnação ao cumprimento de sentença, julgado no REsp nº 1.698.344/MG. De acordo com o Min. Relator Luis Felipe Salomão, sob a égide do CPC/2015, será cabível o recurso de apelação quando a decisão judicial acolher a impugnação ao cumprimento de sentença e extinguir a execução. E, caso a decisão acolha parcialmente a impugnação ao cumprimento de sentença ou a rejeite, o recurso adequado é o agravo de instrumento, em face de sua natureza interlocutória.²³⁴

A partir desse julgamento, que gerou o informativo de jurisprudência nº 630 do STJ,²³⁵ a jurisprudência desta Corte Superior passou a adotar o entendimento de que a interposição de recurso de apelação contra decisão que rejeita a impugnação ao cumprimento de sentença do CPC/2015 não faz jus à aplicação do princípio da fungibilidade, por estar configurado erro grosseiro da parte recorrente.²³⁶

Assim, abordadas as críticas quanto ao erro grosseiro, percebe-se a razão pela qual a doutrina, cada vez mais, inclina-se a adotar o requisito da dúvida objetiva como suficiente por si só para aplicação do princípio da fungibilidade.²³⁷

4.3. Prazo adequado

Como referido no início deste capítulo, a doutrina e a jurisprudência entendiam, à luz da legislação dos códigos anteriores, que um dos requisitos para a aplicação da fungibilidade seria a do prazo adequado. Isto é, o recurso erroneamente interposto deveria ser interposto dentro do menor prazo.²³⁸ Esse requisito do “prazo adequado” não estava previsto no dispositivo do art. 810 do CPC/39, porém, a doutrina elencou tal requisito como forma de se buscar fatores objetivos para verificar a incidência ou não da má-fé, este sim previsto na redação original do CPC/39.²³⁹ A exigência de “ausência da má-fé” era fortemente criticada pela

²³³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Os agravos no CPC brasileiro. 4ª ed. rev. atual. e ampl. de acordo com a nova Lei do Agravo (Lei 11.187/2005). São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006. p. 169.

²³⁴ STJ. REsp 1.698.344/MG, Relator: Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 22/05/2018, DJe 01/08/2018.

²³⁵ STJ. Informativo de Jurisprudência nº 630. Disponível em <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&processo=1698344&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO&p=true>> Acesso em 22 jun. 2019.

²³⁶ STJ. AgInt no AREsp 1.380.373/SC, Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 20/05/2019, DJe 22/05/2019; e STJ. AgInt no AREsp 1.431.810/SP, Relator: Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 03/06/2019, DJe 06/06/2019.

²³⁷ JUNIOR, Nelson Nery. Teoria geral dos recursos. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 161.

²³⁸ JUNIOR, Nelson Nery. Teoria geral dos recursos. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 167.

²³⁹ JUNIOR, Nelson Nery. Teoria geral dos recursos. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 167.

doutrina, visto que se tratava de elemento subjetivo e de difícil identificação,²⁴⁰ razão pela qual a doutrina optou por utilizar requisitos objetivos, dando origem ao requisito do prazo adequado.

Além disso, mesmo na vigência do CPC/73, este requisito também foi observado pela doutrina e pela jurisprudência, de modo que se exigia a observância do prazo “daquele recurso que deveria ter sido interposto” ou, então, daquele de menor prazo.²⁴¹ Poderia até achar uma certa lógica em tal raciocínio, tendo em vista os diferentes prazos recursais presentes nas codificações anteriores. Entretanto, com o advento do CPC/2015, houve a unificação da maioria dos prazos recursais, salvo os embargos de declaração, de modo que todos os demais prazos recursais são de 15 (quinze) dias (art. 1.003, § 5º, CPC/2015), o que tornou sem sentido a exigência deste requisito.²⁴²

Mesmo assim, cabe destacar que a unificação dos prazos recursais do CPC/2015 em nada interfere nos prazos recursais de outras leis esparsas, como é o caso da Lei dos Juizados Especiais (Lei 9.099/1995) a qual admite a interposição de recurso inominado no prazo de 10 (dez) dias.²⁴³ No exemplo que ora se sugere, é necessário reconhecer que referida Lei nº 9.099/1995 autoriza a execução de sentenças, sob o rito próprio, sem, contudo, em nada dispor acerca do recurso cabível sobre as decisões interlocutórias proferidas na fase de execução. E, para aumentar a dúvida, insere em seu art. 52 a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil: “aplicando-se, no que couber, o disposto no Código de Processo Civil...”

Nesse sentido, em resposta a tal fato, o CPC/2015 dispõe que o recurso cabível contra decisões interlocutórias proferidas na fase executória é o agravo de instrumento (art. 1.015, Parágrafo Único, do CPC/2015).²⁴⁴ A doutrina, por sua vez, entende que não é cabível o agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias nos Juizados Especiais, em face dos princípios informativos destes, especialmente o da celeridade.²⁴⁵ Desse modo, defende a doutrina que o

²⁴⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Os agravos no CPC brasileiro. 4ª ed. rev. atual. e ampl. de acordo com a nova Lei do Agravo (Lei 11.187/2005). São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006. pp. 160-161.

²⁴¹ JUNIOR, Fredie Didier; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de direito processual civil. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 14ª ed. Salvador: Juspodivm. 2017. P. 131.

²⁴² JUNIOR, Fredie Didier; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de direito processual civil. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 14ª ed. Salvador: Juspodivm. 2017. p. 131.

²⁴³ Art. 41. Da sentença, excetuada a homologatória de conciliação ou laudo arbitral, caberá recurso para o próprio Juizado. [...] Art. 42. O recurso será interposto no prazo de dez dias, contados da ciência da sentença, por petição escrita, da qual constarão as razões e o pedido do recorrente. BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em 03 jun. 2019.

²⁴⁴ Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: [...] Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário. BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869impresao.htm>. Acesso em: 4 jun. 2019.

²⁴⁵ ALVES, Francisco Glauber Pessoa. Inaplicabilidade do Sistema Recursal do Código de Processo Civil aos Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais. In: JUNIOR, Nelson Nery; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim

recurso apto a enfrentar eventuais decisões interlocutórias seria o mandado de segurança perante a turma recursal.²⁴⁶

Ocorre, todavia, que não há um acordo na jurisprudência brasileira. Diante dessa aparente dúvida, cita-se como exemplo o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, que possibilita a interposição do agravo de instrumento em fase de execução, ainda que excepcionalmente;²⁴⁷ enquanto, em sentido contrário, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul não reconhece o agravo de instrumento interposto em sede de Juizados Especiais Cíveis:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE DESACOLHEU A ALEGAÇÃO DE IMPENHORABILIDADE DOS VALORES CONSTRITOS EM CONTA DA AGRAVANTE. RECURSO SEM PREVISÃO LEGAL NO ÂMBITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS. AGRAVO DE INSTRUMENTO NÃO CONHECIDO.²⁴⁸

Ainda, destaca-se também um terceiro entendimento, oriundo do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, o qual reconhece também não ser cabível recurso inominado em decisões interlocutórias na fase de execução:

RECURSO INOMINADO. MÓDULO DE EXECUÇÃO. INSURREIÇÃO DA PARTE RECORRENTE CONTRA DECISÃO QUE ARBITROU MULTA PARA O CASO DE DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER (EVENTO 93), NÃO EXTINGUINDO A EXECUÇÃO, MAS DANDO-LHE CONTINUIDADE. NATUREZA INTERLOCUTÓRIA DA DECISÃO. NÃO CABIMENTO DE RECURSO INOMINADO. RECURSO NÃO CONHECIDO.²⁴⁹

Assim, considerando a instrumentalidade do processo, a presente monografia entende por mais adequada a posição do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, acrescentando que, nesses casos, poder-se-ia cogitar a hipótese de fungibilidade recursal. E, para essas hipóteses de fungibilidade recursal, não há necessidade de se observar o prazo de recurso inominado (10

(coord.). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003, v. 7. p. 277.

²⁴⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Os agravos no CPC brasileiro. 4ª ed. rev. atual. e ampl. de acordo com a nova Lei do Agravo (Lei 11.187/2005). São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006. p. 137.

²⁴⁷ Súmula 7: Cabe agravo de instrumento contra decisão que nega seguimento a recurso inominado, contra atos praticados nas execuções e no cumprimento de sentença, não impugnáveis por outro recurso, desde que fundado na alegação da ocorrência de erro de procedimento ou contra ato apto a causar dano irreparável ou de difícil reparação. PUJ 2018.00.2.000587-3, Turma de Uniformização dos Juizados Especiais do Distrito Federal, publicado no DJe: 4/9/2018, pág. 826. Disponível em <<https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/sumulas/sumulas-do-juizado-especial>> Acesso em 03 jun. 2019.

²⁴⁸ TJRS, Agravo de Instrumento Nº 71008522807, Segunda Turma Recursal Cível, Relator: Roberto Behrendorf Gomes da Silva, Julgado em 09/04/2019.

²⁴⁹ TJBA, Recurso Inominado nº 0067049-84.2016.8.05.0001, Relator: Rosalvo Augusto Vieira da Silva, publicado em 26/03/2019.

dias) ou agravo de instrumento (15 dias), pois, dessa forma, não estaria sendo aplicado o princípio da fungibilidade recursal em sua integralidade. Isso porque, conforme critica a doutrina, se há flagrante dúvida sobre o cabimento do meio de impugnação e há convicção do recorrente acerca do recurso correto, interpondo dentro do prazo deste recurso, este não poderia ser prejudicado, visto que a fungibilidade visa tutelar, dentre outros, o interesse da parte.²⁵⁰ Em outras palavras, o recorrente deve observar somente o prazo do recurso efetivamente interposto, que considera correto para a impugnação do ato²⁵¹, pois não seria crível penalizar o recorrente por lhe ser atribuível uma suposta conduta de má-fé.²⁵²

Portanto, em que pese a jurisprudência do STJ ainda aplique o requisito do prazo adequado para aplicação da fungibilidade, o presente trabalho inclina-se para a posição doutrinária, já mais avançada, no sentido de que tal critério perdeu seu sentido na vigência do CPC/2015, principalmente em relação aos recursos nele presentes. Outrossim, mesmo naqueles casos em que ainda subsiste dúvida entre dispositivos aplicáveis (CPC ou Lei 9.099/95, por exemplo), prevendo prazos diferentes, o requisito do prazo adequado também não se mostra coerente com o próprio instituto da fungibilidade recursal, tendo em vista, para além da instrumentalidade do processo, a é inviável se presumir a má-fé da parte recorrente de forma tão simplória.

III– ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DA FUNGIBILIDADE RECUSAL

Capítulo 5 – Da fungibilidade recursal pela jurisprudência atual: análise prática de casos na vigência do CPC/2015

Finalmente, considerando a análise feita do princípio da fungibilidade recursal, desde o seu contexto histórico-legislativo até seus requisitos doutrinários e jurisprudenciais, o presente capítulo tem por objetivo demonstrar e comprovar a aplicação deste princípio na vigência do CPC/2015 pelos tribunais pátrios. A partir de agora, serão analisados, a título exemplificativo, alguns casos em que foi aplicado dito princípio.

²⁵⁰ JUNIOR, Nelson Nery. Teoria geral dos recursos. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 168.

²⁵¹ JUNIOR, Nelson Nery. Teoria geral dos recursos. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 168.

²⁵² THAMAY, Rennan Faria Krüger; ANDRADE, Vinícius Ferreira de. Comentários sobre a fungibilidade recursal: do Código de 1939 ao novo Código de Processo Civil. Revista de Processo, v. 248, out. 2015. pp. 185-205.

5.1. A relativização da dúvida objetiva e fungibilidade aplicada na vigência do CPC/2015

Após a entrada em vigor do CPC/2015, o Superior Tribunal de Justiça, por meio da sua Segunda Seção, julgou os Embargos de Divergência em Agravo em Recurso Especial nº 230.380/RN, no dia 13 de setembro de 2017. Neste julgamento, a Segunda Seção do STJ, para além de reiterar a aplicação do princípio da fungibilidade recursal a partir da nova legislação processual, também foi responsável por pacificar o entendimento quanto à relativização da dúvida objetiva nas hipóteses do equívoco decorrer da prática de ato do próprio órgão julgador:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DIVERGÊNCIA ENTRE AS TURMAS DA 2ª SEÇÃO EM CASOS IDÊNTICOS, INCLUSIVE ENVOLVENDO AS MESMAS PARTES E ÓRGÃOS JUDICIAIS DE 1ª E 2ª INSTÂNCIAS. EXCEPCIONALIDADE DO CASO CONCRETO. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. EXCLUSÃO DE EXECUTADO DO POLO PASSIVO. INTERPOSIÇÃO DE APELAÇÃO AO INVÉS DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. INEXISTÊNCIA DE MÁ-FÉ. INDUÇÃO A ERRO PELO JUÍZO. RELATIVIZAÇÃO DA DÚVIDA OBJETIVA NA RESTRITA HIPÓTESE DOS AUTOS. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. APLICABILIDADE. PRECEDENTES. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA A QUE SE DÁ PROVIMENTO.²⁵³

A controvérsia colocada em pauta para julgamento dos embargos de divergência era em definir se a indução ao erro do recurso interposto, ocasionado pelo próprio órgão julgador, permitiria a aplicação do princípio da fungibilidade recursal, à luz do CPC de 2015. Naquele processo, foi apresentada exceção de pré-executividade em face da execução proposta, que foi acolhida para excluir da demanda um dos executados, prosseguindo a execução quanto aos demais.

Nesse sentido, no precedente em tela, foi inicialmente destacado pelo Min. relator Paulo de Tarso Sanseverino que era pacífica a jurisprudência do STJ de que o recurso cabível contra decisão que exclui um dos litisconsortes, sem extinguir o processo de execução, era o agravo de instrumento e não o recurso de apelação.²⁵⁴ O voto do Min. relator Paulo Sanseverino ressaltou inicialmente que, a partir dos requisitos adotados pelo STJ para aplicação do princípio da fungibilidade, numa primeira análise do caso, não haveria dúvidas sobre a ausência de dúvida

²⁵³ STJ. EAREsp 230.380/RN, Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Segunda Seção, julgado em 13/09/2017, DJe 11/10/2017.

²⁵⁴ STJ. AgRg no Ag 1.236.181/PR, Relator: Min. Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado do TJRS), Terceira Turma, julgado em 02/09/2010, DJe 13/09/2010.

objetiva quanto ao recurso de apelação interposto pela parte recorrente, de modo que teria havido, no presente caso, erro grosseiro.²⁵⁵

Porém, como bem ressaltado pelo voto relator, a peculiaridade deste caso foi a seguinte:

[...] embora a decisão atacada não tenha colocado termo ao processo de execução, o juízo de 1º grau deu-lhe verdadeiro tratamento de sentença - assim denominando-a e registrando-a, conforme se infere das e-STJ Fls. 61-64 - bem como recebendo e processando o recurso de apelação, de acordo com a decisão de e-STJ Fl. 88.²⁵⁶

Observa-se que a situação acima apresentada se enquadra em uma das hipóteses clássicas da doutrina para reconhecimento de dúvida objetiva: “quando o juiz profere um pronunciamento em lugar de outro.”²⁵⁷ Referida hipótese assemelha-se muito à teoria do recurso indiferente oriunda da doutrina alemã, como já exposto na parte II deste trabalho, posto que o erro da parte foi ocasionada pela atitude do próprio órgão julgador. Sendo assim, no acórdão apresentado, entendeu a Segunda Seção do STJ, por meio de seu relator, que o juízo de primeiro grau teria colaborado diretamente para o surgimento da dúvida em relação ao recurso a ser interposto, razão pela qual legitimaria a aplicação do princípio da fungibilidade.

Com efeito, como bem ressalta a doutrina, referida hipótese é plenamente possível de aplicação da fungibilidade recursal, pois a parte recorrente não pode ser prejudicada por fazer uso do meio de impugnação correspondente à decisão equivocada, quando o erro é oriundo do próprio prolator da decisão em relação ao tipo de pronunciamento.²⁵⁸ Inclusive, em situações como a exposta acima, a doutrina já vem há muito tratando sobre este tema, tendo intensificado com o CPC de 2015, o qual dispôs em seu art. 6º que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.”²⁵⁹ Para a doutrina, referido artigo não impõe o dever de colaboração entre as partes, pois as partes não querem colaborar porque obedecem a diferentes interesses. Em verdade, esse artigo estabelece o dever de colaboração das partes para com o juiz, assim como o juiz deve colaborar com as partes. Dito princípio impõe deveres como esclarecimento, diálogo, de

²⁵⁵ STJ. EAREsp 230.380/RN, Relator: Min, Paulo de Tarso Sanseverino, Segunda Seção, julgado em 13/09/2017, DJe 11/10/2017.

²⁵⁶ STJ. EAREsp 230.380/RN, Relator: Min, Paulo de Tarso Sanseverino, Segunda Seção, julgado em 13/09/2017, DJe 11/10/2017.

²⁵⁷ JUNIOR, Nelson Nery. Teoria geral dos recursos. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 146.

²⁵⁸ BRUSCH, Gilberto Gomes. Aplicação de fungibilidade recursal em exceção de pré-executividade. In: JUNIOR, Nelson Nery; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003, v. 7. p. 319.

²⁵⁹ Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva. BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 4 jun. 2019. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm> Acesso em 02 jun. 2019.

prevenção e de auxílio ao juiz para com os litigantes.²⁶⁰ Nessas hipóteses, a solução dada pela doutrina é de que seja aplicado o princípio da fungibilidade, seja pelo juízo *a quo* ou o *ad quem* para que efetue a conversão do recurso,²⁶¹ permitindo que a parte recorrente adeque o recurso errôneo para sua regular tramitação como fosse o recurso cabível, sendo solução decorrente do próprio princípio da colaboração judicial, principalmente dos deveres de prevenção e auxílio do juiz para com as partes.²⁶²

Portanto, diante do julgamento dos embargos de divergência acima, foi pacificada pela Segunda Seção do STJ a orientação, por meio do informativo de jurisprudência nº 613, de que, para aplicação da fungibilidade recursal, o requisito da dúvida objetiva “pode ser relativizado, excepcionalmente, quando o equívoco na interposição do recurso cabível decorrer da prática de ato do próprio órgão julgador.”²⁶³

Ademais, situação semelhante ocorreu no Agravo de Instrumento nº 70071197800 da Segunda Câmara Cível do TJRS, julgado em 26/04/2017, na qual a parte recorrente foi induzida em erro pelo magistrado. No caso em apreço, foi proferida sentença condenatória em face de 3 (três) réus. Com o trânsito em julgado da sentença, ao receber o pedido de cumprimento de sentença “em peça única” protocolado pelo recorrente, o juiz de primeiro grau determinou a distribuição de execuções autônomas. Ou seja, o cumprimento de sentença contra um dos réus seguiria pela ação principal, e o cumprimento de sentença em face das demais réus teria continuidade em autos apensados ao principal.²⁶⁴

Diante desse cenário fático, o juiz de primeiro grau acolheu a impugnação ao cumprimento de sentença apresentada pelo réu, cuja ação tramitou nos autos principais, razão pela qual a parte recorrente interpôs recurso de agravo de instrumento, quando o recurso cabível para o TJRS seria o de apelação. Tais premissas acima não deixam dúvidas de que houve uma flagrante confusão induzida pelo próprio magistrado, pois, se por um lado houve a exclusão de litisconsorte, que desafia o recurso de agravo de instrumento; de outro, por conta da

²⁶⁰ MARINONI, Luiz Guilherme ; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo código de processo civil comentado. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2017. pp. 164-165.

²⁶¹ BRUSCH, Gilberto Gomes. Aplicação de fungibilidade recursal em exceção de pré-executividade. In: JUNIOR, Nelson Nery; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003, v. 7. p. 319.

²⁶² MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2017, v. 2. p. 523.

²⁶³ STJ. Informativo de jurisprudência nº 613. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&processo=230380&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 18 jun. 2019.

²⁶⁴ TJRS. Agravo de Instrumento nº 70071197800, Segunda Câmara Cível, Relatora: Laura Louzada Jaccottet, Julgado em 26/04/2017.

determinação do magistrado em separar a execução, a exclusão do litisconsorte da ação principal acabou por extinguir aquele feito, de modo que ensejaria o recurso de apelação.

Portanto, à luz do caso concreto, em consonância com o precedente do STJ exposto acima, entendeu o Tribunal que:

TJRS AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PÚBLICO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. DESPESAS EM NOSOCÔMIO. RECEBIMENTO COMO APELAÇÃO PELO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. CASO CONCRETO EQUÍVOCO ESCUSÁVEL. AUSÊNCIA DE ERRO GROSSEIRO. PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO. PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. Após o ajuizamento da execução contra todos os devedores, houve ordem do juízo para fragmentação do procedimento de modo que a parte dirigisse petições individualizadas contra os executados para organização dos trâmites. Assim atendido, seguiu-se a expropriatória contra o ente público nestes e contra as pessoas físicas em autos apensados. **Caso concreto em que o modus determinado pelo Poder Judiciário gerou situação de imbróglia interpretativo ao exequente no manejo de seu recurso, motivo por que se considera escusável o equívoco do hospital recorrente. Embora a rigor tenha-se passado a ter duas execuções, interpretou o recorrente que ainda se encontrava no bojo da originalmente proposta - contra todos os devedores -, tendo considerado a decisão recorrida como de exclusão de um dos requeridos.** Presentes todos os requisitos para a incidência do Princípio da Fungibilidade, eis que a situação ensejou dúvida ou má interpretação no recorrente, inexistindo falar-se em erro grosseiro por parte do Advogado. [...] Agravo de instrumento recebido como Apelação. [...] DERAM PROVIMENTO AO RECURSO. UNÂNIME.²⁶⁵ (grifou-se)

Além disso, merece destaque a fundamentação do acórdão quanto ao cabimento da fungibilidade recursal na vigência do CPC/2015. Para a desembargadora relatora, todos os requisitos para a incidência do princípio da fungibilidade estavam presentes, posto que “a situação ensejou dúvida ou má interpretação no recorrente, inexistindo falar-se em erro grosseiro por parte do Advogado. Ademais, os prazos processuais identificam-se, à luz da novel disciplina processual civil.”²⁶⁶

Ademais, em recente decisão do Superior Tribunal de Justiça, mais uma vez se mostrou a plena aplicação do princípio da fungibilidade recursal na vigência da nova legislação processual. Dessa vez, ao receber o pedido de reconsideração pelo Ministério Público Federal, parte recorrente, o Min. relator aplicou a fungibilidade recursal para receber o pedido como se fosse agravo interno, tendo sido elaborada a seguinte emenda:

PROCESSUAL CIVIL. PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA À

²⁶⁵ Agravo de Instrumento Nº 70071197800, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Laura Louzada Jaccottet, Julgado em 26/04/2017

²⁶⁶ Agravo de Instrumento Nº 70071197800, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Laura Louzada Jaccottet, Julgado em 26/04/2017.

DECISÃO DE INADMISSÃO DO RECURSO ESPECIAL NA CORTE DE ORIGEM.

1. O pedido de reconsideração pode ser recebido como agravo interno, nos termos da jurisprudência desta Corte, em homenagem aos princípios da economia processual, da instrumentalidade das formas e da fungibilidade. 2. A ausência de impugnação específica aos fundamentos da decisão da Corte de origem que não admitiu o recurso impede o conhecimento do agravo, nos termos dos artigos 932, III, do CPC/2015 e 253, parágrafo único, I, do RI/STJ (redação dada pela Emenda Regimental n. 22, 2016). 3. Agravo interno não provido.²⁶⁷

Como já destacado no Capítulo 1 da presente monografia, o princípio da fungibilidade recursal decorre diretamente do regime de invalidades processuais, principalmente do princípio maior da instrumentalidade das formas, na qual as formas no processo não são valores em si mesmas, mas servem para garantir uma finalidade. Para Teresa Arruda Alvim, não haveria necessidade de referência expressa, como fazia o art. 810 do CPC de 39, já que a própria essência do princípio da fungibilidade já estaria inserida no ordenamento jurídico através do princípio da instrumentalidade das formas.²⁶⁸

O recente precedente trazido acima deixa claro o pensamento da jurisprudência, e já adiantado da doutrina, quanto à ligação direta entre a fungibilidade e o próprio regime das invalidades e seus princípios, posto que enfatiza o recebimento daquele pedido de reconsideração como agravo interno “em homenagem aos princípios da economia processual, da instrumentalidade das formas e da fungibilidade.”²⁶⁹

Assim, não há dúvidas de que, a partir da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, tem-se que, apesar de não ter sido positivado no CPC/2015, como fez o CPC/39, o princípio da fungibilidade permanece plenamente aplicável ao ordenamento jurídico atual.

5.2. Dúvida objetiva atual e não pacificada acerca da decisão da primeira fase da ação de exigir contas no CPC/2015

Na vigência do CPC/73 havia o rito especial da ação de prestação de contas, que disciplinava o direito de exigir e a obrigação de prestar contas.²⁷⁰ Tal ação, quando contestada pelo réu, desenvolve-se em duas fases distintas, sendo a primeira declaratória – decidindo se há

²⁶⁷ STJ. RCD no AREsp 1.305.815/RJ, Relator: Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 14/05/2019, DJe 16/05/2019.

²⁶⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Os agravos no CPC brasileiro. 4ª ed. rev. atual. e ampl. de acordo com a nova Lei do Agravo (Lei 11.187/2005). São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006. p. 163.

²⁶⁹ STJ. RCD no AREsp 1.305.815/RJ, Relator: Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 14/05/2019, DJe 16/05/2019.

²⁷⁰ Art. 914. A ação de prestação de contas competirá a quem tiver: I - o direito de exigí-las; II - a obrigação de prestá-las. BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869impressao.htm> Acesso em: 18 jun. 2019.

obrigação da prestação – e, em segundo momento, se existente o direito, será apurada a existência do débito ou do crédito do autor.²⁷¹

Essa ação, em seu artigo 915, §2º, disciplinava que o recurso cabível seria sentença.²⁷² Assim, a partir daquele dispositivo, reconheceu o STJ que a precisão daquele artigo, do CPC/73, “não inspirava quaisquer dúvidas acerca do recurso cabível da sentença que julgava procedente a primeira fase da ação de prestação de contas”,²⁷³ sendo cabível, portanto, o recurso de apelação. Todavia, esse rito sofreu alterações pelo CPC/2015, passando a se chamar “ação de exigir contas”.

Não obstante, a legislação atual, embora tenha mantido as duas fases desse rito especial, também mudou a redação do antigo art. 915 para o art. 550, §5º, que passou a assim dispor: “a decisão que julgar procedente o pedido condenará o réu a prestar as contas no prazo de 15 (quinze) dias, sob pena de não lhe ser lícito impugnar as que o autor apresentar.”²⁷⁴ Diante dessa alteração, houve forte divergência doutrinária e jurisprudencial acerca da natureza desta “decisão” que encerrava a primeira fase da ação de exigir contas. Para contornar essa situação, exemplificativamente, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul aplicava o princípio da fungibilidade recursal, vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR CONFIGURADO. PRELIMINARES DE NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO E DE INÉPCIA DA INICIAL REJEITADAS. 1. Considerando a existência de dissonância na jurisprudência acerca do recurso cabível para desafiar decisão que julga a primeira fase da ação de prestação de contas, nos termos do procedimento previsto no atual Código de Processo Civil, é caso de se conhecer da apelação, em homenagem ao princípio da fungibilidade recursal. [...]. RECURSO PROVIDO.²⁷⁵

²⁷¹ TJRS. Apelação Cível nº 70080966963, Vigésima Quarta Câmara Cível, Relator: Cairo Roberto Rodrigues Madruga, julgado em 29/05/2019.

²⁷² Art. 915. Aquele que pretender exigir a prestação de contas requererá a citação do réu para, no prazo de 5 (cinco) dias, as apresentar ou contestar a ação.

[...] § 2º Se o réu não contestar a ação ou não negar a obrigação de prestar contas, observar-se-á o disposto no art. 330; a sentença, que julgar procedente a ação, condenará o réu a prestar as contas no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, sob pena de não lhe ser lícito impugnar as que o autor apresentar. BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869impressao.htm> Acesso em: 18 jun. 2019.

²⁷³ STJ. REsp 1.746.337/RS, Relatora: Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 09/04/2019, DJe 12/04/2019.

²⁷⁴ Art. 550. Aquele que afirmar ser titular do direito de exigir contas requererá a citação do réu para que as preste ou ofereça contestação no prazo de 15 (quinze) dias. [...] § 5º A decisão que julgar procedente o pedido condenará o réu a prestar as contas no prazo de 15 (quinze) dias, sob pena de não lhe ser lícito impugnar as que o autor apresentar. BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 18 jun. 2019.

²⁷⁵ TJRS. Apelação Cível nº 70075963801, Décima Sexta Câmara Cível, Relatora: Cláudia Maria Hardt, julgado em 31/01/2019.

TJRS APELAÇÃO CÍVEL. NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. AÇÃO DE EXIGIR CONTAS. PRIMEIRA FASE. FUNDO 157. DEVER DE PRESTAR AS CONTAS EVIDENCIADO. I - Fungibilidade recursal. Considerando a divergência existente na doutrina e na jurisprudência, especialmente em órgãos fracionários desta Corte, sem que ainda tenha havido definição pelo Superior Tribunal de Justiça sobre qual o recurso é efetivamente cabível da decisão que julga procedente a primeira fase da ação de exigir contas, não obstante o entendimento desta Câmara, de que tal provimento desafia agravo de instrumento, adequada a aplicação do princípio da fungibilidade recursal, já que a interposição de apelação, como ocorre no presente caso, não configura erro inescusável, e o seu prazo é idêntico ao prazo do agravo de instrumento. [...] V - Mérito. A ação de exigir contas é de procedimento específico e de cognição limitada, a qual pressupõe relação jurídica envolvendo a gestão de interesses, administração patrimonial ou de recursos do credor das contas por outrem, cujo relacionamento jurídico deve ser especificado detalhadamente na inicial e provado com documentos, nos termos do art. 550, § 1º, CPC. [...] PRELIMINARES REJEITADAS. APELO DESPROVIDO.²⁷⁶

Ou seja, nos casos acima, entendeu o TJRS que seria plenamente aplicável o princípio da fungibilidade recursal, pois considerou “a divergência existente na doutrina e na jurisprudência”, destacando a divergência de entendimento dos órgãos fracionários daquele tribunal, que acabou por gerar uma dúvida objetiva “que não configura erro inescusável” e, por fim, ressaltando que tanto o prazo do recurso de apelação quanto o prazo de agravo de instrumento são idênticos na vigência do novo código processual.²⁷⁷ Por conta dessas considerações, o TJRS vinha acatando o princípio da fungibilidade nos recursos interpostos contra a decisão que julga procedente a primeira fase da ação de exigir contas.

Ocorre que, a partir de abril de 2019, em decorrência da dúvida objetiva disseminada sobre o recurso cabível em face da decisão prevista no art. 550, §5º do CPC/2015, o STJ foi incitado a se manifestar por meio da sua Terceira Turma, no REsp nº 1.746.337/RS, cujo voto da Min. Relatora Nancy Andrichi foi inteiramente acolhido para adotar o seguinte posicionamento, considerando a mudança do CPC/2015 para definição dos critérios de sentença e decisão interlocutória:²⁷⁸

[...] considerando que a ação de exigir contas poderá se desenvolver em duas fases procedimentais distintas, condicionando-se o ingresso à segunda fase ao teor do ato judicial que encerra a primeira fase; e que o conceito de sentença previsto no art. 203, §1º, do CPC/15, aplica-se como regra ao procedimento comum e, aos procedimentos especiais, apenas na ausência de regra específica, o ato judicial que encerra a primeira fase da ação de exigir contas possuirá, a depender de seu conteúdo, diferentes naturezas jurídicas: se julgada procedente a primeira fase da ação de exigir contas, o ato judicial será decisão interlocutória com conteúdo de decisão parcial de mérito,

²⁷⁶ TJRS. Apelação Cível nº 70080966963, Vigésima Quarta Câmara Cível, Relator: Cairo Roberto Rodrigues Madruga, julgado em 29/05/2019.

²⁷⁷ TJRS. Apelação Cível nº 70080966963, Vigésima Quarta Câmara Cível, Relator: Cairo Roberto Rodrigues Madruga, julgado em 29/05/2019.

²⁷⁸ Como já visto no capítulo 2.1 deste trabalho. STJ. REsp 1.746.337/RS, Relatora: Min. Nancy Andrichi, Terceira Turma, julgado em 09/04/2019, DJe 12/04/2019.

impugnável por agravo de instrumento; se julgada improcedente a primeira fase da ação de exigir contas ou se extinto o processo sem a resolução de seu mérito, o ato judicial será sentença, impugnável por apelação.²⁷⁹

Portanto, a partir do primeiro precedente acima, foi adotado o entendimento de que se julgada procedente a primeira fase, caberá agravo de instrumento, mas, se julgada improcedente ou extinto o processo sem resolução de mérito na primeira fase, será cabível o recurso de apelação. Ademais, vale destacar que, no precedente acima, sua impugnação havia sido feita por meio da interposição de recurso de apelação, quando, a partir do posicionamento da própria decisão, o recurso cabível seria o agravo de instrumento. Isto é, a conclusão lógica a ser seguida seria o de não conhecimento do recurso de apelação da parte recorrente pela ausência de cabimento. No entanto, no mesmo julgamento, a Min. relatora entendeu que havia fundada divergência acerca do ato impugnável, o que configuraria dúvida objetiva e afastaria a existência de erro grosseiro, autorizando, assim, a incidência do princípio da fungibilidade recursal.²⁸⁰

Diante do caso apresentado, não há como negar o importante papel que as Cortes Superior possuem, não apenas para unificação do direito, como também para a própria aplicação do princípio da fungibilidade recursal, pois é a partir de seu posicionamento que os tribunais ordinários, como no caso apresentado do TJRS, começam o processo de amadurecimento da divergência jurisprudencial, visando a superação da dúvida instaurada pela modificação legislativa. Esse papel foi ampliado pelo CPC/2015 ao propor um sistema de unificação de jurisprudência, no qual os juízes e tribunais devem estar mais atentos às decisões de precedentes.²⁸¹ Com isso, é possível concluir, a partir do presente trabalho, que a dúvida objetiva e sua existência estão fortemente vinculadas às decisões proferidas pelos Tribunais Superiores, considerando a vigência do novo código processual.

²⁷⁹ STJ. REsp 1.746.337/RS, Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 09/04/2019, DJe 12/04/2019.

²⁸⁰ STJ. REsp 1.746.337/RS, Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 09/04/2019, DJe 12/04/2019.

²⁸¹ Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 4 jun. 2019.

Assim, está correta a recente jurisprudência do TJRS, ao observar as dimensões temporal e de modo da dúvida objetiva, conforme exposto no Capítulo 4, tendo reconhecido que havia atual dúvida pela alteração legislativa do CPC/2015 acerca da decisão da primeira fase da ação de exigir contas. Além disso, as decisões do TJRS também verificaram que não há posicionamento pacífico na doutrina e jurisprudência sobre tal matéria, principalmente no âmbito do STJ que, mesmo após julgamento do REsp nº 1.746.337/RS, ainda está longe de ser entendimento “pacífico” ou “dominante” daquela Corte Superior. Portanto, é possível que a partir desta decisão pelo STJ, a jurisprudência deste tribunal seja continuamente reiterada pelos seus órgãos julgadores, até que se torne pacífico dito entendimento, o que ocasionará a perda de dúvida objetiva sobre tal assunto, impossibilitando a aplicação, num futuro próximo, do princípio da fungibilidade para essa hipótese.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme estudado ao longo deste trabalho, é possível concluir que o princípio da fungibilidade recursal foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro por meio do art. 810 do CPC/39, quando este incorporou a teoria alemã do recurso indiferente. Sua justificativa para inserção naquele diploma processual era o excesso de recursos, os quais prejudicavam as partes do processo a respeito do cabimento dos recursos. Com o advento do CPC/73, o legislador fez expressa menção ao retirar o princípio da fungibilidade recursal por entender, até aquele momento, que o novo código a ser promulgado teria se tornado mais simplório, facilitando o acerto pelas partes do recurso cabível nas suas respectivas hipóteses, de modo que não haveriam dúvidas que justificassem a permanência deste princípio sob a égide do CPC/73.

No entanto, a partir da experiência jurídica dos operadores do direito, restou claro que a maior simplicidade daquele código, embora promissora, era insuficiente para solucionar as hipóteses mais peculiares, bem como acompanhar a produção e desenvolvimento da doutrina e da jurisprudência sobre determinados assuntos. A imprecisão terminológica do CPC/73 e a dificuldade em auferir a natureza da decisão pelo critério legal, fizeram com que a doutrina e a jurisprudência consolidassem o princípio da fungibilidade recursal no ordenamento jurídico agora sob um novo viés: o da instrumentalidade das formas.

O princípio da fungibilidade recursal atua no requisito do cabimento do recurso, que é auferido no juízo de admissibilidade pelo órgão julgador, incidindo nesta fase todo o regime de nulidades. Com a necessidade de adequação do direito à dinamicidade da produção jurídica e casos concretos, bem como o excessivo apego ao formalismo e às formas, foi essencial que a doutrina e a jurisprudência retirassem dos princípios referentes ao sistema de invalidades o princípio da fungibilidade recursal, principalmente dos princípios da instrumentalidade das formas, a ausência de prejuízo e economia processual. Esses princípios têm cada vez mais propiciado a realização do fim último do processo, que é a solução do litígio, superando as antigas distinções entre nulidades levantadas pela doutrina, sendo atualmente o entendimento adotado por grande parte da doutrina é de que a nulidade somente deverá ser decretada quando o ato não puder ser aproveitado ou convalidado e quando não houver prejuízo.

Assim, sob a ideia de que o processo serve a um fim, qual seja, promover a tutela do direito das partes, o princípio da fungibilidade recursal foi consagrado no ordenamento jurídico do CPC/73, como um atenuante aos princípios recursais da singularidade e taxatividade. Adotou-se, a partir desse momento, três requisitos para sua aplicação: (i) dúvida objetiva, (ii) ausência de erro grosseiro e (iii) interposição do recurso no prazo adequado.

Não houve dúvidas de que tais requisitos, embora até hoje estagnados pela jurisprudência, sofreram fortes críticas pela doutrina, no sentido de que a jurisprudência ainda estaria apegada aos antigos requisitos do art. 810 do CPC/39. Para a doutrina, resta claro que tais critérios são ultrapassados, defendendo a existência de apenas um critério: a dúvida objetiva, pois a ausência de erro grosseiro seria ou consequência ou oposto desta, bem como o prazo adequado teria sido ultrapassado seja pela unificação dos prazos processuais, seja pela impossibilidade de prejudicar a parte que interpõe, no caso de dúvida, o recurso que achou como correto no seu próprio prazo.

Ademais, a doutrina e a jurisprudência também optaram por estabelecer critérios para a existência da dúvida objetiva, demonstrando que sua incidência deve ocorrer quando não há posicionamento pacífico da jurisprudência e a divergência deve ser contemporânea à interposição do recurso pretendido. Ao longo deste trabalho também foi possível verificar que forte produção da jurisprudência e da doutrina aos poucos foram afastando dúvidas e pacificando entendimentos sobre o cabimento de certos recursos.

Também se acredita que o presente estudo demonstrou que um dos norteadores do CPC/2015 é a primazia do mérito, de modo que positivou as hipóteses de fungibilidade entre recursos especiais e recursos extraordinários e entre agravos internos e embargos de declaração, com a finalidade de propiciar um maior exame de mérito desses recursos. E, embora parte da doutrina acredite que tais dispositivos se tratam de hipóteses isoladas, tratando-se de técnicas de fungibilidade, não resta dúvidas de que a fungibilidade recursal permanece no ordenamento vigente através do princípio maior da instrumentalidade das formas.

Por fim, em razão das alterações trazidas pelo CPC/2015, acredita-se que a criatividade dos operadores do direito tendem a surgir novas hipóteses de dúvidas sobre o cabimento de recursos, bem como outras serão suprimidas pelas recorrentes decisões em determinado sentido, tornando-se jurisprudência dominante, de modo que a fungibilidade recursal deve permanecer no ordenamento jurídico a fim de sempre beneficiar a parte que se vê prejudicada diante de dúvida séria criada pela doutrina ou jurisprudência, pela impropriedade dos conceitos legais ou, ainda, pela própria impropriedade do pronunciamento judicial.

Portanto, concluiu o presente trabalho que a fungibilidade recursal permanece aplicável ao CPC/2015. E, ainda, seus limites devem ser balizados casuisticamente, sobre o requisito único da dúvida objetiva, a partir de suas dimensões de modo e tempo, tendo, em relação à primeira, importante papel as Cortes Superiores, principalmente sob a vigência do CPC/2015, como condicionante da existência ou não de dúvida objetiva.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Código de processo civil. Código de processo civil: histórico da lei. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1974. v. 1. pp. 29-30. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/177828>>. Acesso em: 02 jun. 2019.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm>. Acesso em: 25 jun. 2019.

BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em: 03 jun. 2019.

BRASIL. Decreto-lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939. Código de Processo Civil. Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/del1608.htm>. Acesso em: 4 jun. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 4 jun. 2019.

STJ. Informativo de jurisprudência nº 613. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&processo=230380&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 18 jun. 2019.

STJ. Informativo de Jurisprudência nº 630. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&processo=1698344&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em 22 jun. 2019.

STJ. Relatório estatístico - 2014. Brasília: Assessoria de Modernização e Gestão Estratégica. 2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/verpagina.asp?vPag=0&vSeq=250>>. Acesso em 22 jun. 2019.

STJ. Súmula 83 - Não se conhece do Recurso Especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida. STJ. Corte Especial, julgado em 18/06/1993, DJ 02/07/1993.

TJDF. Súmula 7 - Cabe agravo de instrumento contra decisão que nega seguimento a recurso inominado, contra atos praticados nas execuções e no cumprimento de sentença, não impugnáveis por outro recurso, desde que fundado na alegação da ocorrência de erro de procedimento ou contra ato apto a causar dano irreparável ou de difícil reparação. PUJ 2018.00.2.000587-3, Turma de Uniformização dos Juizados Especiais do Distrito Federal, publicado no DJe: 4/9/2018, pág. 826. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/sumulas/sumulas-do-juizado-especial>>.

Acesso em 03 jun. 2019.

STF. RE 91.157/SP. Relator: Ministro Xavier de Albuquerque. Primeira Turma, julgado em 19/06/1979, publicado em 24/08/1979. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Revista Trimestral de Jurisprudência. 1979, v. 90. pp. 1.106-1.108. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/indiceRtj/pesquisarIndiceRtj.asp>>. Acesso em: 18 jun. 2019.

STJ. AgInt no AgInt na Rcl 36.076/SP, Relatora: Min. Regina Helena Costa, Primeira Seção, julgado em 28/05/2019, DJe 05/06/2019.

STJ. AgInt no AREsp 1.277.678/MS, Relatora: Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 26/06/2018, DJe 02/08/2018.

STJ. AgInt no AREsp 1.380.373/SC, Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 20/05/2019, DJe 22/05/2019.

STJ. AgInt no AREsp 1.431.810/SP, Relator: Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 03/06/2019, DJe 06/06/2019.

STJ. AgInt no REsp 1.274.561/MG, Relator: Min. Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 04/06/2019, DJe 10/06/2019.

STJ. AgInt no REsp 1.743.653/CE, Relator: Ministro LÁZARO GUIMARÃES (Desembargador Convocado do TRF 5ª Região), Quarta Turma, julgado em 20/09/2018, DJe 27/09/2018.

STJ. AgRg na MC 747/PR, Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros, Primeira Turma, julgado em 02/06/1997, DJ 03/04/2000.

STJ. AgRg no Ag 1.236.181/PR, Relator: Min. Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado do TJRS), Terceira Turma, julgado em 02/09/2010, DJe 13/09/2010.

STJ. AgRg no RO nos EDcl no AgRg no MS 10.652/DF, Relator: Min. Ari Pargendler, Corte Especial, julgado em 12/04/2010, DJe 03/05/2010.

STJ. EAREsp 230.380/RN, Relator: Min, Paulo de Tarso Sanseverino, Segunda Seção, julgado em 13/09/2017, DJe 11/10/2017.

STJ. EDcl no RE nos EDcl no RMS 56.730/MG, Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Corte Especial, julgado em 21/05/2019, DJe 24/05/2019.

STJ. EDcl no REsp 1.369.326/SE, Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 27/05/2019, DJe 30/05/2019.

STJ. RCD no AREsp 1.305.815/RJ, Relator: Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 14/05/2019, DJe 16/05/2019.

STJ. RCD no AREsp nº 1.191.418/RS, Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 04/06/2019, DJe 07/06/2019.

STJ. Recurso Especial 1.760.523/SP. Decisão monocrática. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 25/09/2018, DJe 16/10/2018.

STJ. Recurso Especial nº 1.405.050/RJ. Decisão Monocrática, Relator: Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 30/06/2017, DJe 01/08/2017.

STJ. REsp 1.133.447/SP, Relatora: Ministra Nancy Andriahi, Terceira Turma, julgado em 11/12/2012, DJe 19/12/2012.

STJ. REsp 1.330.172/MS, Relatora: Ministra Nancy Andriahi, Terceira Turma, julgado em 11/03/2014, DJe 17/03/2014.

STJ. REsp 1.698.344/MG, Relator: Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 22/05/2018, DJe 01/08/2018.

STJ. REsp 1.746.337/RS, Relatora: Ministra Nancy Andriahi, Terceira Turma, julgado em 09/04/2019, DJe 12/04/2019.

STJ. REsp 1.112.599/TO, Relatora: Ministra Nancy Andriahi, Terceira Turma, julgado em 28/08/2012, DJe 05/09/2012.

STJ. REsp 12.610/MT, Relator: Ministro Athos Carneiro. Quarta Turma, julgado em 26/11/1991, DJ 24/02/1992.

STJ. Tema Repetitivo 988. REsp 1.696.396/MT, Relatora: Min. Nancy Andriahi, Corte Especial, julgado em 05/12/2018, DJe 19/12/2018.

TJBA. Recurso Inominado nº 0067049-84.2016.8.05.0001, Relator: Rosalvo Augusto Vieira da Silva, publicado em 26/03/2019.

TJRS. Agravo de Instrumento Nº 71008522807, Segunda Turma Recursal Cível, Relator: Roberto Behrendorf Gomes da Silva, julgado em 09/04/2019.

TJRS. Agravo de Instrumento nº 70071197800, Segunda Câmara Cível, Relatora: Laura Louzada Jaccottet, julgado em 26/04/2017.

TJRS. Apelação Cível nº 70075963801, Décima Sexta Câmara Cível, Relatora: Cláudia Maria Hardt, julgado em 31/01/2019.

TJRS. Apelação Cível nº 70080966963, Vigésima Quarta Câmara Cível, Relator: Cairo Roberto Rodrigues Madruga, julgado em 29/05/2019.

ALVES, Francisco Glauber Pessoa. Inaplicabilidade do Sistema Recursal do Código de Processo Civil aos Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais. In: JUNIOR, Nelson Nery; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003, v. 7.

ARANOVICH, Rosa Maria de Campos. O princípio da fungibilidade recursal no novo código de processo civil. Porto Alegre: Editora Porto Alegre. 1978.

ASSIS, Araken de. Manual dos recursos. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009.

ASSIS, Araken de. Manual de recursos. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013.

ASSIS, Araken de. Manual dos recursos. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 5ª ed. São Paulo: Malheiros. 2006.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. O agravo cabível contra decisão denegatória de recurso especial e extraordinário em uma recente decisão do STF e os limites da fungibilidade recursal. Boletim IBCCRIM. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. 2012, v.20, nº 230.

BISELLI, Fernanda Rennhard. Análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o princípio da fungibilidade recursal e seus reflexos nas disposições trazidas pelo novo código de processo civil. Revista magister de direito civil e processual. Porto Alegre: Magister, v. 11, nº 66, 2015.

BRUSCH, Gilberto Gomes. Aplicação de fungibilidade recursal em exceção de pré-executividade. In: JUNIOR, Nelson Nery; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.).

Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003, v. 7.

CAMARA E SILVA, Erick Simões da. A dúvida objetiva como único requisito para a aplicação do princípio da fungibilidade dos meios no processo civil: posicionamento do Supremo Tribunal Federal. Revista de Processo, v. 181, março 2010.

CÂMARA, Alexandre Freitas. O princípio da primazia da resolução do mérito e o novo código de processo civil. Revista de Direito da ADVOCEF. Ano XI, 21 nov. 2015.

DIAS, Maria Berenice. Apelação vs Agravo. In: JUNIOR, Nelson Nery; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, v. 8.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. São Paulo: Editora Malheiros. 2001, v. 2.

GOLDSCHMIDT, James. Derecho procesal civil, Barcelona, Madrid, Buenos Aires, Rio de Janeiro: Editorial Labor, 1936.

JORGE, Flávio Chaim. Teoria geral dos recursos cíveis. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015.

JUNIOR, Fredie Didier; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de direito processual civil. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 14ª ed. Salvador: Juspodivm. 2017.

JUNIOR, Humberto Theodoro. As nulidades no código de processo civil. Revista de Processo, v. 30, out. 2011.

JUNIOR, Humberto Theodoro. Curso de direito processual civil. 50ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2017, v. 3.

JUNIOR, Nelson Nery. Teoria geral dos recursos. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

LAMY, Eduardo de Avelar. Intervenção de terceiros e o princípio da fungibilidade: hipóteses de aplicação. In: JUNIOR, Fredie Didier (coord.). O terceiro no processo civil brasileiro e assuntos correlatos: estudos em homenagem ao professor Athos Gusmão Carneiro. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010.

LEMOS, Vinicius Silva. A fungibilidade recursal excepcional: o problema da cumulação dos pedidos. Revista de Processo, v. 258, ago. 2016.

MAIA, Taísa da. O princípio da fungibilidade como instrumento à efetividade do processo. Revista de Processo, v. 195, maio 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2017, v. 2.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum. 5ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2019, v. 2.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo código de processo civil comentado. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo código de processo civil comentado. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Código de Processo Civil: comentado artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais. Rio de Janeiro: Forense. 2002.

PORTANOVA, Ruy. Princípios do processo civil. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2013.

REDONDO, Bruno Garcia. Apelação: o recurso adequado à impugnação da sentença interlocutória. In: JUNIOR, Nelson Nery; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 12.

REDONDO, Bruno Garcia. Fungibilidade no âmbito recursal: requisitos para sua aplicação. Revista de Processo, v. 194, abril 2011.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Elementos de direito processual civil, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, v. 1.

SCARPARO, Eduardo Kochenborger. As invalidades processuais civis na perspectiva do formalismo valorativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. Teoria do princípio da fungibilidade. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008.

TESHEINER, José Maria Rosa; BAGGIO, Lucas Pereira. Nulidades no processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Forense. 2008.

THAMAY, Rennan Faria Krüger; ANDRADE, Vinícius Ferreira de. Comentários sobre a fungibilidade recursal: do Código de 1939 ao novo Código de Processo Civil. Revista de Processo, v. 248, out. 2015.

VASCONCELOS, Rita de Cássia Côrrea de. Princípio da fungibilidade: hipótese de incidência no processo civil brasileiro contemporâneo. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Nulidade do processo e da sentença. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. O óbvio que não se vê: a nova forma do princípio da fungibilidade. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI25047,61044-O+obvio+que+nao+se+ve+a+nova+forma+do+principio+da+fungibilidade>>. Acesso em: 21 jun. 2019.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. O princípio da fungibilidade sob a ótica da função instrumental do processo. In: JUNIOR, Nelson Nery; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Os agravos no CPC brasileiro. 4ª ed. rev. atual. e ampl. de acordo com a nova Lei do Agravo (Lei 11.187/2005). São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. Primeiros comentários ao novo código de processo civil. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015.