

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL
RAFAELA ALVAREZ MORALES

**ANÁLISE DA INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE NOS RECURSOS
PREVISTOS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL
(LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015)**

SÃO PAULO
2017

RAFAELA ALVAREZ MORALES

**ANÁLISE DA INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE NOS RECURSOS
PREVISTOS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL
(LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015)**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à banca examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo como exigência parcial para obtenção de Especialização em Direito Processual Civil, sob a orientação do professor Sidney Palharini Junior.

SÃO PAULO

2017

Banca Examinadora

Dedico este trabalho aos meus pais, Luiz Carlos Alvarez Morales Júnior e Maria de Lourdes Alvarez Morales, e a minha irmã Giovana Alvarez Morales.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, por sempre estar ao meu lado me auxiliando em todos os momentos da minha vida.

Aos meus pais, Luiz Carlos Alvarez Morales Júnior e Maria de Lourdes Alvarez Morales, por toda dedicação e amor que foram essenciais para a minha vida e evolução acadêmica.

A minha irmã, Giovana Alvarez Morales, que sempre esteve ao meu lado me apoiando nas horas difíceis.

Ao professor Sidney Palharini Junior pelo incentivo e pelas orientações tão bem transmitidas.

Aos palestrantes e professores da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, pelos conhecimentos propagados durante a condução da Especialização em Direito Processual Civil.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a incidência do princípio da fungibilidade nos recursos previstos no Código de Processo Civil em decorrência da entrada em vigor da Lei 13.105 de 16 de Março de 2015.

O princípio da fungibilidade baseia-se nas garantias constitucionais da segurança jurídica, celeridade processual, efetividade e instrumentalidade das formas.

A fungibilidade em sede recursal possibilita a substituição de um recurso interposto de forma equivocada por outro devido, a fim de evitar a sua inadmissibilidade.

O Código de Processo Civil de 1973 não previa expressamente as possibilidades de aplicação do princípio da fungibilidade em recursos, de maneira que a doutrina e jurisprudência se posicionavam no sentido de que para a sua ocorrência deveria ser constatada dúvida quanto à natureza da decisão, inexistência de erro grosseiro na escolha do recurso, bem como interposição feita em momento processual adequado.

Por sua vez, o Código de Processo Civil de 2015 inovou ao prever três hipóteses de aplicação do princípio da fungibilidade, quais sejam: substituição dos embargos de declaração em agravo interno (art. 1024, parágrafo 3º, CPC); alteração do Recurso Especial em Recurso Extraordinário (art. 1.032, CPC); modificação do Recurso Extraordinário em Recurso Especial (art. 1.033, CPC).

Além da atual e expressa disposição normativa, entende-se pela possibilidade de aplicação implícita do princípio da fungibilidade, se atendidos aos requisitos da ausência de erro grosseiro e existência de dúvida objetiva a respeito da natureza da decisão.

Sendo assim, a Lei 13.105 de 16 de Março de 2015, no tocante à fungibilidade nos recursos, constitui excelente inovação normativa que auxiliará na

melhoria da atividade decisória dos tribunais, bem como garantirá a celeridade e efetividade do processo.

Palavras Chave: Fungibilidade – Recursos – Código de Processo Civil de 2015

ABSTRACT

The job presented here has the objective to analyze the incidence of fungibility in the appeal stipulated by the Code of Civil Procedure as a result of the entry into force of Law 13.105 of March 16. 2015.

The principle of exchangeability is based on legal security of constitutional guarantees, procedural celerity, effectiveness and instrumentality of forms or aspects.

The fungibility in court place allows substitution of appeal in inaccurate way to another accordingly in order to avoid its inadmissibility.

The Civil Procedure Code of 1973 did not expressly foresee a possibility of applying the principle of fungibility in appeals, so that doctrine and jurisprudence were of the sense that in its event that would be doubts related to the nature of the decision, non-existence of gross error in the choice of appeal, as well as an interposition made at an appropriate procedural time.

Otherwise, the Civil Procedure Code of 2015 innovated by providing three hypotheses of exchangeability principle application which ones are: substitution of embargoes of declaration requesting clarifying decision in internal appeal (article 1.024, paragraph 3°, CPC); amendment of Special Appeal in extraordinary appeal (article 1.032, CPC); modification of extraordinary appeal in special appeal (article 1.033, CPC).

In addition to a current and express normative, it extends to a possibility of implicit application of fungibility principle is considered, if the requirement of lack of gross mistake and a doubt existing regarding to the nature of the decision are taken in account.

Therefore, a Law 13.105 of March 16, 2015, regarding to fungibility in appeals, constitutes an excellent normative innovation that will assist court activity decision-

making improvement, as well as ensure the agility and effectiveness of the legal proceeding

Keywords: Fungibility – Appeal - Civil Procedure Code of 2015

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL.....	12
1.1. Conceito.....	12
1.2. Histórico.....	14
1.3. Requisitos Necessários.....	17
1.4. Cotejo entre o Princípio da Fungibilidade e os Princípios da Efetividade, Celeridade e Instrumentalidade das Formas.....	21
2. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE NOS RECURSOS PREVISTOS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015.....	24
2.1. Embargos de Declaração e Agravo Interno.....	24
2.2. Recurso Especial	27
2.3. Recurso Extraordinário.....	31
2.4. Aplicação implícita do princípio da fungibilidade.....	35
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	40
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	42

INTRODUÇÃO

A lei processual civil apresenta de forma taxativa o rol de recursos e seu cabimento atendendo, assim, ao princípio da unicidade recursal, o qual prevê que é cabível um único recurso contra cada espécie de decisão judicial, de forma que o erro na escolha do recurso apropriado fatalmente acarretará no seu não conhecimento.

Contudo, existem exceções que atenuam o princípio da unicidade ou singularidade, possibilitando a aplicação da fungibilidade recursal, desde que preenchidos determinados requisitos.

O Código de Processo Civil, editado pela Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015, inovou ao prever expressamente a aplicação do princípio da fungibilidade em sede recursal.

Desta maneira, o presente trabalho possui o escopo de analisar a incidência do princípio da fungibilidade nos recursos previstos no novo Código de Processo Civil de 2015.

Para melhor compreensão do tema, a pesquisa iniciará desmembrado o conceito de fungibilidade recursal, adentrando na parte histórica, requisitos necessários para a sua aplicação e cotejo entre os Princípios da Efetividade, Celeridade e Instrumentalidade das Formas.

Posteriormente será ponderada a história do sistema recursal, a qual sofreu alterações pelos Regulamentos, pelas Condições Estaduais e depois pelos Códigos de Processo Civil dos anos de 1937, 1973 e 2015.

Por fim, partindo para o objeto central do trabalho, será observada a incidência do princípio da fungibilidade nos recursos previstos expressamente no Código de Processo Civil de 2015, bem como a possibilidade de aplicação implícita do mencionado princípio.

1. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL

1.1. Conceito

Fungível no sentido etimológico significa substituição¹, ou seja, o que possui a capacidade de ser substituível.

Nesse sentido, válido transcrever o conceito jurídico elaborado por De Plácido Silva:

Derivado do latim *fungibilis*, de *fungi* (cumprir, satisfazer), entende-se, no conceito jurídico, tudo o que possa ser substituído. Embora fungível tem o sentido de referir-se ao que satisfaz, ou cumpre suas funções, na técnica jurídica ele se distingue, notadamente quando se referem às coisas.. A coisa fungível é a substituível. A coisa consumível é a que se anula ou desaparece desde que cumpra a sua finalidade ou dela se tenha tirado a sua utilidade. Mas o direito emprega fungível para significar substitutibilidade de uma coisa por outra, sem alteração de seu valor, desde que se possa contar, medir ou pesar. Assim o que é fungível apresenta-se em condições econômicas de admitir substituição, enquanto o infungível se exhibe com qualidade oposta. O sentido de fungível está conforme a definição: *uma, fungitur, vice alterius*.²

O termo fungibilidade foi conceituado pelo legislador no Código Civil, o qual em seu artigo 85 dispõe que “*são fungíveis os móveis que podem substituir-se por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade*”.

Acerca da expressão fungibilidade, o doutrinador Marcus Vinicius Rios Gonçalves afirma:

A expressão “fungibilidade” foi emprestada do legislador civil ao processual. No direito civil, coisas fungíveis são aquelas que podem

¹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário de língua portuguesa**. 3.ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999. P.289

² SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010. P.648

ser substituídas por outras de mesma espécie, qualidade e quantidade³

O princípio da fungibilidade recursal consiste no recebimento de um recurso interposto por outro adequado, adaptando-se o procedimento para o seu processamento, desde que cumpridos os requisitos necessários.

Nesse sentido, especificamente em relação à fungibilidade recursal, o doutrinador Marcos Destefenni menciona que:

Invocando a regra da fungibilidade, o tribunal pode conhecer de um recurso inadequado interposto pela parte, como se fosse o recurso correto.⁴

Não obstante, o doutrinador Daniel Amorim Assumpção Neves assevera:

Como o próprio nome sugere, fungibilidade significa troca, substituição, e no âmbito recursal significa **receber um recurso pelo outro**, mais precisamente receber um recurso que não se entende como cabível para o caso concreto por aquele que teria cabimento.

Trata-se notoriamente de flexibilização do pressuposto de admissibilidade recursal do cabimento, considerando-se que, em regra, recurso que não é cabível não é recebido/conhecido.⁵

O doutrinador Nelson Nery Jr., em sua obra Teoria Geral dos Recursos, se posiciona quanto ao objetivo do princípio da fungibilidade:

De qualquer sorte, é preciso que se estabeleçam mecanismos capazes de contornar esse grave problema (dúvidas a respeito da adequação recursal), de modo que a parte não fique prejudicada em virtude da interposição de um recurso por isso não lhe couber. Este é o escopo primeiro do princípio da fungibilidade.⁶

³ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo curso de direito processual civil**. Vol. 2: processo de conhecimento (2ª. parte) e procedimentos especiais. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. P. 84.

⁴ DESTEFENNI, Marcos. **Curso de Processo Civil**. Vol I: tomo 2: processo de conhecimento: tutela antecipada, provas, recursos e cumprimento de sentença. 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2010. P. 489

⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 7 ed. ver. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: MÉTODO, 2015. P. 702

⁶ NERY JÚNIOR, Nelson. **Teoria geral dos recursos**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. P. 140.

A fungibilidade recursal justifica-se diante do fato de que por muitas vezes no sistema processual civil não resta clara a natureza jurídica da decisão a ser recorrida, de modo que o operador do direito se depara em situação de dúvida quanto ao recurso que deve ser interposto.

Com o intuito de não prejudicar as partes, havendo a existência de dúvida quanto ao previsto em lei ou quanto à natureza do ato do juiz, torna-se plausível o uso do princípio da fungibilidade.

O princípio da fungibilidade, portanto, está atrelado à busca pelo mínimo de nulificação dos atos ou de um procedimento defeituoso, aproveitando-se o máximo daquilo que for possível.

Sendo assim, entende-se que o princípio da fungibilidade recursal é tido como um mecanismo de flexibilização do direito, o qual impede que forma processual se confunda com formalismo excessivo, garantindo, assim, a finalidade do processo.

1.2. Histórico

O princípio da fungibilidade recursal no ordenamento jurídico brasileiro passou por diversas nuances desde o seu ingresso até a sua concretização na atualidade.

Isto porque, a princípio, o Regulamento n° 737 de 1850 em seu artigo 670 culminado com o artigo 27 do Regulamento n° 143 de 1842, proibiam expressamente o intercâmbio entre recursos.

Adiante, a Consolidação de Ribas de 1976 previa em seu artigo 1.477 a não admissão de agravo interposto fora das hipóteses de cabimento, bem como no artigo 1.478 não admitia o protesto, se não conhecendo o agravo, fosse recebido

como apelação. Por outro lado, o artigo 1.523 do mencionado diploma admitia interpor recurso de apelação com o protesto que fosse recebido como agravo⁷.

Conforme se denota dos ensinamentos do doutrinador Sidnei Amendoeira Jr. em sua obra Manual de Direito Processual Civil, na época dos Códigos Estaduais, o princípio da fungibilidade passou a constar expressamente em Códigos de Processo Civil Estaduais.

Ocorre que por não se tratar de uma lei nacional, alguns Estados admitiam a aplicação do princípio em tela, como Minas Gerais, Rio de Janeiro e Distrito Federal. Contudo, outros Estados como Bahia, Santa Catarina e Ceará eram expressos ao não admitir a fungibilidade.

Ato contínuo, o Código de processo Civil de 1939 fora criado com o intuito de unificar os códigos estaduais. Entretanto, por não ser tão bem estruturado, possibilitava situações que ensejavam dúvida objetiva acerca do cabimento do recurso apropriado.

Sendo assim, o mencionado Código de Processo Civil de 1939 estabelecia em seu artigo 810 previsão expressa do princípio da fungibilidade, dispondo que *“Salvo a hipótese de má-fé ou erro grosseiro, a parte não será prejudicada pela interposição de um recurso por outro, devendo os autos ser enviados à Câmara, ou turma, a que competir o julgamento”*.

Por outro lado, o Código de Processo Civil de 1973 não repetiu o dispositivo acima transcrito, pois os recursos passaram a ser disciplinados de forma mais clara, não havendo, em tese, razão para prever expressamente a fungibilidade recursal.

Ocorre que, mesmo com as modificações trazidas pelo CPC de 1973, havia hipóteses de dúvida quanto à natureza do ato, ou seja, se a decisão recorrida se

⁷ AMENDOEIRA JR., Sidnei. **Manual de direito processual civil. Vol. 2:** teoria geral dos recursos; recursos em espécie; ações impugnativas autônomas; liquidação e cumprimento da sentença. São Paulo: Saraiva 2012. P.39

tratava de sentença ou de decisão interlocutória, o que implica no questionamento quanto ao cabimento do recurso adequado.

Desta forma, durante a vigência do CPC de 1973 a doutrina e jurisprudência se posicionaram no sentido de que, ainda que sem previsão legal, caberá a aplicação implícita da fungibilidade sempre que for constada a ausência de erro grosseiro e a existência de dúvida objetiva a respeito da natureza da decisão, a qual deve ser fruto da existência de controvérsia efetiva na doutrina ou na jurisprudência a respeito do ato, não sendo relevante para a análise a dúvida subjetiva.⁸

Válido destacar que durante a vigência do CPC de 1973 havia divergência doutrinária e jurisprudencial quanto à existência de um terceiro requisito, o da tempestividade. Havendo dualidade de prazos, a doutrina se posicionava pela desnecessidade de utilização do menor prazo, enquanto a jurisprudência afirmava que havia necessidade de interposição do recurso no menor prazo para demonstrar boa-fé.

Por sua vez, o atual Código de Processo Civil de 2015 prevê de forma expressa a possibilidade de aplicação do princípio da fungibilidade em três hipóteses, quais sejam: substituição dos embargos de declaração em agravo interno (art. 1024, parágrafo 3º); modificação do Recurso Especial em Recurso Extraordinário (art. 1.032, CPC); alteração do Recurso Extraordinário em Recurso Especial (art. 1.033, CPC).

Muito embora a regra no Código Civil de 2015 ainda seja a unicidade recursal, entende-se que além das exceções expressamente previstas no diploma processual, ainda é possível a aplicação implícita do princípio da fungibilidade, desde que seja constada a ausência de erro grosseiro e a existência de dúvida objetiva a respeito da natureza da decisão.

⁸ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito processual civil esquematizado**. 3. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. P.500.

Por fim, em relação à antiga exigência de interposição do recurso no prazo menor, entende-se que a tendência com o novo CPC é de esse terceiro controverso requisito desaparecer diante da previsão de unificação dos prazos prevista no artigo 1.000, 5º do NCPC⁹.

1.3. Requisitos Necessários

Tendo em vista a complexidade do sistema recursal, a doutrina e jurisprudência, ao longo dos anos e em conformidade com o ordenamento jurídico da época, criou requisitos para possibilitar a aplicação do princípio da fungibilidade nos recursos.

Assim, com o intuito de garantir a aplicação do princípio da fungibilidade no Código de Processo Civil de 1939, eram exigidos o cumprimento de dois requisitos, quais sejam, a inexistência de má-fé e de erro grosseiro.

A má-fé era constatada quando o recorrente se utilizava propositalmente da interposição de recurso errôneo para dele tirar algum proveito, seja pela tempestividade, forma ou qualquer outra razão.

Por sua vez, o erro grosseiro se caracterizava diante da ausência de justificativa capaz para basear a escolha equivocada do recurso interposto. Se restasse verificado o erro grosseiro, o recurso não seria admitido.

Nesse sentido, acerca da má-fé e do erro grosseiro, válido transcrever os ensinamentos do doutrinador Sidnei Amendoeira Jr.:

Nesse sentido, o grande problema do Código de 1939 estava na ideia de má-fé. Em que medida seria possível aferir-se a parte estava ou não agindo de má-fé. Tratava-se de conceito eminentemente casuístico e subjetivo. A doutrina e a jurisprudência do antigo Código jamais chegaram a um consenso sobre a questão que acabou mesmo no casuísmo, mas, vale dizer, era voz corrente na doutrina que uma das formas de identificar se a parte agia ou não de má-fé

⁹ **Artigo 1.000, § 5º do NCPC:** *Excetados os embargos de declaração, o prazo para interpor os recursos e para responder-lhes é de 15 (quinze) dias.*

estava no prazo para o manejo do recurso, ou seja, se a parte havia escolhido justamente o recurso de prazo maior e utilizado todo o prazo recursal, sobejando, portanto, o prazo do recurso que seria considerado o correto.

(...)

Assim, a lei for clara quanto ao recurso cabível, se não houver oscilação na doutrina nem na jurisprudência sobre o tema, então, interpor recurso diverso do previsto em lei deve ser considerado erro grosseiro. Em outras palavras, para que o erro não seja grosseiro, deve existir dúvida objetiva (na doutrina ou na jurisprudência) acerca de qual o recurso cabível naquela situação. A *contrario sensu*, não havendo nenhuma divergência jurisprudencial ou doutrinária, tampouco nenhuma indefinição ou imprecisão na letra da lei, inviável seria a aplicação do princípio.¹⁰

Por sua vez, o Código de Processo Civil de 1973 manteve o requisito da inexistência de erro grosseiro e acrescentou a exigência de existência da dúvida objetiva.

Para a averiguação do requisito da dúvida objetiva era exigido como pressuposto que houvesse de fato controvérsia a respeito do recurso cabível para o caso concreto.

Válido transcrever o entendimento do doutrinador Marcus Vinicius Rios Gonçalves:

(...) surgiram controvérsias na doutrina e na jurisprudência sobre a natureza de determinados atos, que alguns qualificavam de sentença, outros de decisão interlocutória.

Dá a necessidade de tornar à fungibilidade, ainda, que sem previsão legal. Ela decorre do sistema, pois continuam existindo situações de dúvida objetiva a respeito do recurso apropriado.

Mas nem sempre caberá a aplicação da fungibilidade. Há um requisito indispensável, a existência de controvérsia efetiva, na doutrina ou na jurisprudência, a respeito do ato. Não basta a dúvida

¹⁰ AMENDOEIRA JR., Sidnei. **Manual de direito processual civil**. Vol. 2: teoria geral dos recursos; recursos em espécie; ações impugnativas autônomas; liquidação e cumprimento da sentença. São Paulo: Saraiva 2012. P.41/45

subjetiva, pessoal, sendo necessário que ele se objetive pela controvérsia.¹¹

Ainda em análise ao previsto no CPC de 1973, no que tange à tempestividade para a interposição do recurso, havia divergência.

O STJ se posicionava no sentido de que, havendo dualidade de prazos, o recurso deveria ser interposto no de menor prazo, evitando assim a constatação de má-fé.¹²

Por outro lado, a doutrina majoritária¹³ alegava que o recorrente deveria observar somente o prazo do recurso por ele considerado correto, não se operando a preclusão temporal.

O atual Código de Processo Civil de 2015, por sua vez, ao contrário do código anterior, apresenta expressamente três situações em que se pode verificar a aplicação da fungibilidade recursal, quais sejam: substituição dos embargos de declaração em agravo interno (art. 1024, parágrafo 3º); alteração do Recurso Especial em Recurso Extraordinário (art. 1.032, CPC); modificação do Recurso Extraordinário em Recurso Especial (art. 1.033, CPC).

Contudo, além das previsões específicas acima mencionadas, ainda é possível a aplicação implícita do princípio da fungibilidade aos demais recursos, desde que respeitadas às condições estabelecidas pelas construções jurisprudências e doutrinárias baseadas no CPC/73, tais como a dúvida objetiva e ausência de erro grosseiro.

¹¹ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Direito processual civil esquematizado. 3.ed. ver.atual. São Paulo, 2013. P.501

¹² Acórdão Unânime da 1ª. Turma do STJ, **Resp 53.645/SP**, rel. Min. Cesar Asfor Rocha. J. 28/09/1994. No mesmo sentido, Acórdão da 4ª. Turma do STJ, AgRg no Ag 295.148/SP. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. J. 29/08/2000

¹³ Doutrinadores que, por exemplo, seguem a corrente majoritária são: Araken de Assis, Cassio Scarpinella Bueno, Luiz Rodrigues Wambier, Marcus Vinicius Gonçalves e Daniel Amorim Assumpção Neves.

A doutrina tende para o posicionamento de que basta a dúvida objetiva para possibilitar a aplicação da fungibilidade recursal, segundo explanado pelo doutrinador Pedro Miranda de Oliveira:

O princípio da fungibilidade consiste na possibilidade de recebimento de recurso inadequado, como se correto fosse, sempre que houver dúvida objetiva acerca de qual seja o recurso cabível contra determinada decisão judicial.

Tem-se que os requisitos de *existência de dúvida e inexistência de erro grosseiro* resumem-se a apenas um pressuposto. E a explicação é simples: se há dúvida quanto à adequação de determinado recurso, sua interposição não pode ser caracterizada como erro grosseiro.¹⁴

Importante se faz transcrever a crítica do doutrinador Sidnei Amendoeira Jr. acerca da existência demasiada de requisitos para possibilitar a aplicação do instituto em tela:

(...) não se pode limitar a aplicação de um princípio com base no temor de sua má utilização; deve-se, ao contrário, presumir a boa-fé, aplicando-se o instituto em toda a sua extensão, e punir a má-fé, se e quando existir, pelos meios legalmente previstos.

Entendemos que o único requisito deveria ser o seguinte: em se prestando o recurso a deixar clara a irrisignação do recorrente com relação ao provimento recorrido, perfeitamente possível se faz a aplicação do instituto.

Acreditamos que a fungibilidade está diretamente ligada a ideia de conversão/troca, de aceitação de um meio processual por outro que se julga adequado, evitando assim, que o direito material da parte venha a ser prejudicado pelo formalismo.

A citação acima transcrita, muito embora tenha sido redigida direcionada ao CPC de 1973, aplica-se perfeitamente ao atual momento processual, vez que para atingir a real finalidade do princípio da fungibilidade recursal deveria tão somente observar se a sua aplicação tornará o processo justo, célere e eficaz.

¹⁴ OLIVEIRA, Pedro Miranda de. **Novíssimo sistema recursal conforme o CPC/2015**. 3.ed.rev.ampl. e atual. Santa Catarina: Empório do Direito, 2017. P.288

1.4. Cotejo entre o Princípio da Fungibilidade e os Princípios da Efetividade, Celeridade e Instrumentalidade das Formas.

O direito é direcionado pela aplicação de princípios que possuem por objeto a resolução de questões teóricas e práticas, a fim de adequar o regramento jurídico em vigor com a singularidade do caso em concreto.

A finalidade do princípio da fungibilidade consubstancia-se na mitigação do formalismo, com fundamento nos princípios da efetividade, celeridade e instrumentalidade das formas.

O formalismo exagerado impede o conhecimento de demandas na sua plenitude, obstando a garantia do acesso à justiça e a entrega da prestação jurisdicional, o que autoriza a aplicação da fungibilidade recursal.

Os princípios da efetividade, celeridade e instrumentalidade das formas justificam a existência e aplicação do princípio da fungibilidade no ordenamento processual civil.

No que concerne ao princípio da efetividade, entende-se que este está diretamente relacionado à capacidade de produzir efeitos, ou seja, trata-se da aptidão que o processo possui para assegurar a tutela jurisdicional.

Portanto, a fungibilidade recursal contribui para a efetividade processual, vez que relativiza a formalidade e prioriza a análise do caso demandado.

Nesse sentido, o doutrinador Eduardo de Avelar Lamy, em obra específica sobre a Fungibilidade no Processo Civil, afirma:

O grande objetivo do processo clássico era o atingimento do status jurídico formado pela coisa julgada material acerca da declaração a respeito de qual das partes possuía razão no mérito, pois supunha-se que através daquela compor-se-iam as lides.

Hoje, entretanto, tem se aceitado possuírem, os meios processuais, o objetivo de proporcionarem o fim constituído pelo respeito ao

ordenamento jurídico através de uma prestação da justiça tempestiva e necessariamente adequada ao direito material, sem a qual não há que se falar em tutela jurisdicional, pois tão ou mais importante que a declaração dos direitos é a sua satisfação, sua efetividade.¹⁵

O princípio da celeridade processual, por sua vez, propaga a ideia de evolução do processo em tempo hábil a satisfazer o fim social para o qual fora suscitado.

Sendo assim, ao possibilitar o recebimento de um recurso interposto por outro adequado, em atenção ao princípio da fungibilidade, o processo certamente será mais célere.

Quanto ao princípio da instrumentalidade das formas, conforme esclarecido pelo doutrinador Cassio Scarpinella Bueno¹⁶, o princípio da fungibilidade recursal deriva diretamente do princípio da instrumentalidade das formas, o qual dispõe que a forma não pode ser mais importante no processo do que a sua finalidade de garantir o exercício de direitos.

Nesse sentido, o doutrinador Daniel Amorim Assumpção Neves afirma que “*a fungibilidade se funda no princípio da instrumentalidade das formas, amparando-se na ideia de que o desvio da forma legal sem a geração do prejuízo não deve gerar a nulidade do ato processual*”¹⁷

Nesse sentido, ao analisar os artigos 277 e 283 do CPC de 2015, que dispõem acerca do princípio da instrumentalidade das formas, é possível observar a intenção do legislador em garantir o exercício dos direitos das partes, o que demonstra relação direta com o princípio da fungibilidade recursal, *in verbis*:

¹⁵ LAMY, EDUARDO DE AVELAR. **Princípio da Fungibilidade no Processo Civil**. São Paulo: Dialética, 2007. P.35.

¹⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil. Vol.5: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais**. São Paulo: Saraiva, 2008. P. 26

¹⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 7 ed. ver. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: MÉTODO, 2015. P. 702

Art. 277. Quando a lei prescrever determinada forma, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade.

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.

Parágrafo único. Dar-se-á o aproveitamento dos atos praticados desde que não resulte prejuízo à defesa de qualquer parte.

Segundo o entendimento do doutrinador José Miguel Garcia Medina, o princípio da fungibilidade recursal poderia também ser denominado como “princípio da instrumentalidade instrumental”, nos seguintes termos:

Rigorosamente, o princípio da fungibilidade nada mais é que o princípio da instrumentalidade das formas (cf. art. 277 do CPC/15) aplicado aos recursos. Parece adequado falar-se, diante disso, em instrumentalidade recursal. Essa instrumentalidade deve ser vista sob novo enfoque, mais amplo, a luz do CPC/2015 (...)¹⁸

O princípio da fungibilidade recursal, portanto, possui como função principal a busca por um processo mais efetivo e célere, de modo a relativizar, quando necessário, a instrumentalidade das formas, objetivando a análise de um recurso em detrimento de demasiada formalidade exigida pelo direito processual.

¹⁸ MEDINA, José Miguel Garcia. **Direito processual civil moderno** – 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. P. 1264

2. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE NOS RECURSOS PREVISTOS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

2.1. Embargos de Declaração e Agravo Interno

Antes da entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, a doutrina e a jurisprudência já se posicionavam de forma favorável à aplicação do princípio da fungibilidade entre os embargos de declaração e o agravo interno¹⁹.

A mencionada fungibilidade entre os embargos de declaração e o agravo interno se dá em decorrência da incidência do princípio da primazia do mérito, o qual prevê que atividade jurisdicional deve priorizar a solução do mérito em detrimento ao formalismo.

Ocorre que, diante da ausência de previsão legal, por muitas vezes não era facultado o direito de o embargante complementar as suas razões recursais, assim como não possibilitava ao embargado alterar as razões do recurso já interposto na hipótese de provimento dos embargos.

O Código de Processo Civil de 2015, com o intuito de eliminar a equivocada jurisprudência que estava se firmando, dispôs expressamente quanto ao cabimento dos embargos de declaração contra decisões monocráticas proferidas por Tribunais Superiores.

O artigo 1.024, parágrafo 3º do CPC 2015 prevê que é possível conhecer dos embargos de declaração como agravo interno, desde que o recorrente seja intimado para ajustar as razões recursais, *in verbis*:

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.

¹⁹ STJ, 4ª. Turma. **EDclResp 1338937/PR**, rel. Min. Luis Felipe Salomão. J. 03/04/2014

A doutrinadora Teresa Arruda Alvim Wambier²⁰ aduz pela desnecessidade da supramencionada norma, vez que a regra contida no artigo 1.022, *caput*, do CPC 2015 de que “*cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial*” é suficiente para esclarecer a possibilidade do cabimento de embargos de declaração contra decisões monocrática proferidas por Tribunais Superiores.

Portanto, entende-se que toda matéria que pode ser alegada por meio dos embargos de declaração pode ser questionada pelo agravo interno. Entretanto, não há previsão legal para a recíproca.

Nesse sentido se posiciona o doutrinador Nelson Nery Júnior, em sua obra *Comentários ao Código de Processo Civil*:

(..) a fungibilidade visa principalmente apreciação da questão infringente que é incompatível com a natureza do recurso, o que demonstra a existência de uma fungibilidade decolada dos pressupostos de dúvida fundada e ausência de má-fé/erro grosseiro, transparecendo aí uma fungibilidade de meios e não propriamente recursal.²¹

A adaptação das razões recursais possui inexorável relevância em decorrência do fato de que os embargos de declaração possuem tão somente a incumbência de sanar vícios previamente determinados em lei, o que não coaduna com a causa de pedir do agravo interno.

Nesse contexto, o doutrinador Daniel Amorim Assumpção Neves afirma:

(...) O dispositivo deve ser saudado porque a causa de pedir recursal dos embargos de declaração, voltada a vícios formais previamente determinados em lei, não se confunde com a causa de pedir do agravo interno, que se presta a impugnar os fundamentos da decisão monocrática.²²

²⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim [et al.]. **Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo**. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. P. 1.479

²¹ NERY JR., Nelson; Nery, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. P.2133

²² NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 7 ed. ver. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: MÉTODO, 2015. P. 706.

Em atenção aos princípios do devido processo legal, ampla defesa e segurança jurídica, é admitida a possibilidade de a parte que já tiver recorrido complementar seu recurso anterior, caso os embargos de declaração interpostos pela outra parte venham a ser conhecidos e providos, nos termos do artigo 1.024, § 4º do CPC de 2015.

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

§ 4º Caso o acolhimento dos embargos de declaração implique modificação da decisão embargada, o embargado que já tiver interposto outro recurso contra a decisão originária tem o direito de complementar ou alterar suas razões, nos exatos limites da modificação, no prazo de 15 (quinze) dias, contado da intimação da decisão dos embargos de declaração.

Por outro lado, conforme dispõe o artigo 1.024, § 5º do CPC de 2015, na hipótese de rejeição dos embargos, o recurso já interposto se processará independentemente de ratificação.

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

§ 5º Se os embargos de declaração forem rejeitados ou não alterarem a conclusão do julgamento anterior, o recurso interposto pela outra parte antes da publicação do julgamento dos embargos de declaração será processado e julgado independentemente de ratificação.

Sendo assim, a inovação normativa trazida pelo CPC de 2015 deixou superado o Enunciado n. 418 do STJ que entendia como *“inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação”*.

Entende-se, portanto, que o Código de Processo Civil de 2015 ratificou o posicionamento dominante da doutrina e jurisprudência que desde a vigência do CPC de 1973 já entendiam como devida a fungibilidade entre os embargos de declaração e o agravo interno, contudo, o fez de maneira a observar o direito do embargante de adaptar o recurso e o direito do embargado de alterar as razões do recurso já interposto na hipótese de provimento dos embargos.

2.2. Recurso Especial

O recurso especial tem como escopo garantir a autoridade da lei federal e uniformizar a sua interpretação, o qual está previsto no artigo 105, III da Constituição Federal e artigo 994, VI do Código de Processo Civi, *in verbis*:

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;
- b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;
- c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

Art. 994. São cabíveis os seguintes recursos:

VI - recurso especial;

Quanto ao cabimento do recurso especial, esclarece o doutrinador Luiz Rodrigues Wambier:

Cabe recurso especial de decisão de última instância dos Tribunais Regionais Superiores ou dos Estados ou do Distrito Federal, de que já não caiba mais recurso ordinário lato sensu e que tenha contrariado ou negado vigência a tratado ou lei federal.²³

O recurso especial, assim como o recurso extraordinário, exige a demonstração de prequestionamento para que seja admitido, ou seja, todas as questões importantes para a lide devem ser previamente ventiladas.

Válido apenas consignar que para a aludida demonstração de prequestionamento basta que a matéria tenha sido suscitada nos embargos,

²³ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINE, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: Teoria geral do processo e processo de conhecimento**. Vol.1. 15 ed. ver. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. P. 827.

independentemente de inclusão no acórdão, conforme dispõe o artigo 1.025 do CPC, *in verbis*:

Art. 1.025. Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade.

A fungibilidade entre recurso especial e recurso extraordinário apresenta origem na dificuldade, em determinadas situações, de se distinguir ofensa à lei de ofensa à Constituição, bem como questões que são simultaneamente legais e constitucionais.

A incidência do princípio da fungibilidade no recurso especial trazida pelo CPC de 2015 objetiva evitar a denominada “jurisprudência defensiva”, a qual consubstancia-se na intenção de um Tribunal de transferir para outro a competência e no final nenhum julgar.

Segundo dispõe o artigo 1.032 do CPC 2015, abaixo transcrito, o relator do recurso especial, ao entender que a questão tratada versa sobre assunto constitucional, deverá remetê-lo ao Supremo Tribunal Federal.

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.

Acerca da conversão do recurso especial em recurso extraordinário, o doutrinador Nelson Nery Jr. elucida:

A situação descrita no CPC 1032 é verdadeira conversão do REsp em RE, tendo em vista a discussão de questão constitucional – e é uma forma de não deixar que a questão constitucional permaneça em aberto por conta da impossibilidade evidente de o STJ apreciá-la,

sob pena de usurpação de competência. Trata-se de também de atenção ao princípio da instrumentalidade das formas e da fungibilidade dos recursos.²⁴

Havendo, portanto, a possibilidade de conversão do recurso especial em recurso extraordinário, o relator do STJ concederá o prazo de 15 (quinze) dias para o recorrente demonstrar a existência de repercussão geral e se manifestar sobre a questão constitucional.

Ato contínuo será oportunizado ao recorrido o direito à complementação de suas contrarrazões, conforme se depreende do Enunciado nº 565 do Fórum Permanente de Processualistas:

Enunciado 565 do FPP: Na hipótese de conversão de recurso extraordinário em recurso especial ou vice-versa, após a manifestação do recorrente, o recorrido será intimado para, no prazo do caput do art. 1.032, complementar suas contrarrazões²⁵

Em relação ao direito do recorrido de complementar suas contrarrazões no momento da conversão do recurso especial em recurso extraordinário, elucida o doutrinador Pedro Miranda de Oliveira:

Em outras palavras, embora inexista expressa previsão legal, por respeito ao contraditório substancial, é imprescindível a intimação do recorrido para que se manifeste a respeito dos novos argumentos deduzidos pelo recorrente.²⁶

Por fim, conforme elucida o doutrinador Cassio Scarpinella Bueno em sua obra Novo Código de Processo Civil Anotado, não há razão para realizar um novo juízo de admissibilidade do recurso, vez que já fora realizado anteriormente, nos seguintes termos:

²⁴ NERY JR., Nelson; Nery, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. P.2172

²⁵ *Enunciado 565 do FPP. Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis*. Disponível em: <http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2016/05/Carta-de-S%C3%A3o-Paulo.pdf>. Acesso em 19/03/2017.

²⁶ OLIVEIRA, Pedro Miranda de. **Novíssimo sistema recursal conforme o CPC/2015**. 3.ed.rev.ampl. e atual. Santa Catarina: Empório do Direito, 2017. P.290

Diante da especificidade de previsão e à falta de qualquer modificação introduzida no art. 1.032 pela Lei 13.256/2016, é correto entender que, nesta hipótese, não se justifica um novo juízo de admissibilidade do recurso extraordinário perante o STJ, bastando, além do que foi feito anteriormente à remessa do recurso para aquele Tribunal na origem, o que será feito, no âmbito do próprio STF, *como aliás sugere a redação (original) do dispositivo*.²⁷

No mesmo sentido se posiciona o doutrinador Nelson Nery Jr. quanto a desnecessidade de realizar um novo juízo de admissibilidade no recurso, nos seguintes termos:

Não há porque rejeitar o REsp e impedir o acesso do recorrente ao STF – o STJ deverá apenas, repassar o julgamento ao STF, o qual detém a competência para o julgamento de questão constitucional na instância excepcional. De toda forma, o STF pode concluir pela inexistência da questão constitucional, o que autoriza a devolver o recurso ao STJ.²⁸

Por fim, importante destacar que após o recurso especial ser convertido em extraordinário, ser facultado às partes o direito de adaptado das razões e contrarrazões do recurso, será remetido para o STF que poderá devolvê-lo ao STJ se entender que a matéria é de natureza infraconstitucional, momento em que deverá ser devidamente apreciado, nos termos do artigo 1.033 do CPC de 2015.

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.

Portanto, o Supremo Tribunal Federal será o último a se posicionar sobre a natureza da matéria do recurso excepcional.

Desta forma, a possibilidade expressamente prevista no novo Código de Processo Civil de aplicação do princípio da fungibilidade entre o recurso especial e o recurso extraordinário constitui admirável inovação normativa que garante aos

²⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil anotado**. 2 ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016. P.873

²⁸ NERY JR., Nelson; Nery, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao código de processo civil** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. P.2172

indivíduos o devido acesso ao Judiciário de forma a obterem prestações jurisdicionais dotadas de eficácia na resolução dos litígios.

2.3. Recurso Extraordinário

O Código de Processo Civil de 2015 prevê expressamente exceção ao princípio da unicidade recursal, vez que permite a interposição conjunta de recurso especial e extraordinário, bem como a fungibilidade entre estes.

O recurso extraordinário objetiva a proteção à Constituição Federal, de forma que seu cabimento é garantido na hipóteses delimitadas no artigo 102, III, da CF/88 e no artigo 994, VII do Código de Processo Civil , *in verbis*

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.
- d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

Art. 994. São cabíveis os seguintes recursos:

VII - recurso extraordinário;

Quanto ao cabimento do recurso especial, esclarece o doutrinador Luiz Rodrigues Wambier:

O recurso extraordinário é cabível quando, na decisão recorrida de última ou única instância (...) se contrariar dispositivo da CF.²⁹

Conforme anteriormente mencionado, o recurso extraordinário exige a demonstração de prequestionamento para que seja admitido, ou seja, todas as questões importantes para a lide devem ser previamente ventiladas.

²⁹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINE, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: Teoria geral do processo e processo de conhecimento**. Vol.1. 15 ed. ver. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. P. 855

Além disso, o recurso extraordinário ainda estabelece como requisito a apresentação de repercussão geral das questões constitucionais discutidas, ou seja, precisa-se demonstrar que o tema abordado no recurso tem relevância que transcende o caso concreto.

No tocante à repercussão geral, apropriado trazer o entendimento do doutrinador Pedro Miranda de Oliveira:

(...) serve de filtro para que o STF possa efetivamente dirigir o foco de sua atividade para questões que têm maior relevância para a sociedade, como o tem, pode-se dizer, repercussão geral.

Esse mecanismo de filtragem tem três objetivos principais: (a) diminuir o número de processos no STF; (b) uniformizar a interpretação constitucional sem exigir que a Corte decida múltiplos casos idênticos sobre a mesma questão constitucional; e (c) firmar o papel deste tribunal como Corte Constitucional e não com instância recursal, delimitando sua competência no julgamento de recursos extraordinários a questões constitucionais com relevância social, política, econômica ou jurídica, que transcendam os interesses subjetivos da causa.³⁰

A conversão de recurso extraordinário em recurso especial corresponde à solução encontrada pelo legislador para não deixar que a questão legal suscitada permanecesse em aberto.

Isto porque, antes da criação do novo Código de Processo Civil vigorava verdadeira negativa de jurisdição, pois o STJ negava conhecimento aos recursos especiais interpostos sob o fundamento de que a matéria possuía escopo constitucional e o STF negava conhecimento aos recursos extraordinários sob o argumento de que a matéria seria infraconstitucional.

Pelo regime adotado no novo CPC, uma vez negado seguimento ao Recurso Extraordinário ao argumento de que o caso versa sobre questão infraconstitucional ou ofensa reflexa, caberá ao STF remeter os autos ao STJ.

³⁰ OLIVEIRA, Pedro Miranda de. **Novíssimo sistema recursal conforme o CPC/2015**. 3.ed.rev.ampl. e atual. Santa Catarina: Empório do Direito, 2017. P.928

Conforme dispõe o artigo 1.033 do CPC 2015, abaixo transcrito, o STF remeterá o recurso extraordinário interposto ao STJ para julgamento como recurso especial quando entender que o caso na realidade versa sobre revisão da interpretação de lei ou de tratado.

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.

Todavia, o novo CPC se manteve omissivo quanto à necessidade de oportunizar à parte recorrente a complementação das suas razões a fim de adequar o recurso interposto.

Há quem se posicione no sentido de que o recurso extraordinário é aproveitado para ser convertido em recurso especial, sem precisar a abertura de prazo para fazer a adequação formal, diante da aplicação dos princípios da finalidade e do aproveitamento dos atos processuais.

Contudo, objetivando solucionar a aludida problemática, fora editado o Enunciado nº 566 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, o qual dispõe que deve ocorrer a intimação do recorrente para adaptação do recurso extraordinário em recurso especial:

Enunciado 566 do FPP: Na hipótese de conversão do recurso extraordinário em recurso especial, nos termos do art. 1.033, cabe ao relator conceder o prazo do caput do art. 1.032 para que o recorrente adapte o seu recurso e se manifeste sobre a questão infraconstitucional.³¹

Havendo conversão de recurso extraordinário em recurso especial, após a adaptação do recurso por parte do recorrente, será oportunizado ao recorrido a complementação de suas razões, conforme se depreende do Enunciado nº 565 do Fórum Permanente de Processualistas

³¹ **Enunciado 566 do FPP.** ENUNCIADOS DO FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. Disponível em: <http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2016/05/Carta-de-S%C3%A3o-Paulo.pdf>. Acesso em 19/03/2017.

Enunciado 565 do FPP: Na hipótese de conversão de recurso extraordinário em recurso especial ou vice-versa, após a manifestação do recorrente, o recorrido será intimado para, no prazo do caput do art. 1.032, complementar suas contrarrazões.³²

A hermenêutica de possibilitar às partes a complementação de suas razões recursais ou contrarrazões está diretamente atrelada ao princípio constitucional do devido processo legal que impõe a necessidade de zelar pelo contraditório e ampla defesa.

Insta ainda ressaltar que o Fórum Permanente de Processualistas Civis, em seu enunciado 564, afirmou que a possibilidade de fungibilidade entre os recursos extraordinário e especial deve ser aplicada até mesmo aos recursos pendentes de julgamento interpostos antes da vigência do CPC de 2015, nos seguintes termos:

Enunciado 564 do FPP: “Os arts. 1.032 e 1.033 devem ser aplicados aos recursos interpostos antes da entrada em vigor do CPC de 2015 e ainda pendentes de julgamento.”³³

A supramencionada interpretação está em conformidade com o previsto no artigo 1.046 do CPC de 2015, o qual dispõe que *“Ao entrar em vigor este Código, suas disposições se aplicarão desde logo aos processos pendentes, ficando revogada a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.”*

Conforme elucida o doutrinador Cassio Scarpinella Bueno em sua obra Novo Código de Processo Civil Anotado, assim como no art. 1.032, na hipótese do artigo 1.033, ambos do CPC, também não há razão para realizar um novo juízo de admissibilidade do recurso, nos seguintes termos:

“(...)dada a especificidade de previsão e à falta de qualquer modificação introduzida no artigo 1.033 pela Lei 13.256/2016, é

³² **Enunciado 565 do FPP.** ENUNCIADOS DO FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. Disponível em: <http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2016/05/Carta-de-S%C3%A3o-Paulo.pdf>. Acesso em 19/03/2017.

³³ **Enunciado 564 do FPP.** ENUNCIADOS DO FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. Disponível em: <http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2016/05/Carta-de-S%C3%A3o-Paulo.pdf>. Acesso em 19/03/2017.

correto entender que não há lugar para um novo juízo de admissibilidade do recurso especial pelo STF antes de seu envio ao STJ”.³⁴

Por fim, na hipótese prevista no artigo 1.031 do CPC de 2015 de interposição conjunta de recurso especial e recurso extraordinário, a conversão do recurso extraordinário em especial ocasionará aumento do objeto, segundo elucidado pelo doutrinador Nelson Nery Jr.:

Quando, entretanto, havendo interposição simultânea de RE e REsp (a matéria legal terá sido deduzida no REsp e a constitucional, no RE), a conversão do RE e, REsp significa aumento do objeto, do espectro de abrangência do REsp, que deverá, agora, considerar mais uma matéria: a da ofensa à lei por ofensa reflexa à CF. Isso ocorrendo, não poderá o STJ inadmitir o REsp por ocorrência de preclusão, pois o recorrente irressignou-se quanto à questão que entendia ser constitucional, mas que por decisão do STF, passou-se a considera-la como legal. Trata-se, na verdade, de verdadeira aplicação do princípio da fungibilidade dos recursos em sede de recurso excepcional, de modo a não prejudicar o recorrente.³⁵

Sendo assim, tendo em vista que o novo Código de Processo Civil se baseia na primazia do julgamento de mérito, entende-se plausível a previsão legal de fungibilidade no âmbito dos recursos excepcionais.

2.4. Aplicação implícita do princípio da fungibilidade

Em decorrência da notória complexidade do sistema recursal, o Código de Processo Civil de 2015 prevê expressamente hipóteses para a aplicação do princípio da fungibilidade.

Contudo, para a dúvida quanto à possibilidade de aplicação implícita do princípio da fungibilidade, ou seja, se é cabível aplicar a fungibilidade entre recursos mesmo sem a expressa previsão no diploma processual.

³⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil anotado**. 2 ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016. P.873

³⁵ NERY JR., Nelson; Nery, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao código de processo civil** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. P.2173

Nesse sentido, com intuito de sanar a aludida problemática, o Fórum Permanente de Processualistas Civis editou o Enunciado nº 104, o qual prevê que a fungibilidade recursal alcança todos os recursos, *in verbis*:

Enunciado 104 do FPP: O princípio da fungibilidade recursal é compatível com o CPC e alcança todos os recursos, sendo aplicável de ofício.³⁶

Entretanto, deve-se salientar que para a aplicação implícita do princípio da fungibilidade recursal deve-se observar a presença dos seus requisitos - ausência de erro grosseiro e existência de dúvida objetiva a respeito da natureza da decisão - a fim de garantir a função social do processo e a efetividade processual.

A ausência de erro grosseiro consubstancia-se na inexistência de justificativa para basear a interposição errônea do recurso, segundo elucidado pelo doutrinador Fredie Didier Jr.:

Inexistência de erro grosseiro: fala-se em erro grosseiro quando nada justificaria a troca de um recurso pelo outro, pois não há qualquer controvérsia sobre o tema (ou seja, não será grosseiro o erro quando houver dúvida razoável sobre o cabimento do recurso)³⁷

A existência de dúvida objetiva a respeito da natureza da decisão consubstancia-se na presença de divergência doutrinária, legal ou jurisprudencial a respeito do recurso cabível para o caso em questão ou ainda na dificuldade de interpretação da natureza da decisão recorrida.

Nesse sentido, válido trazer a baila o entendimento do doutrinador Fredie Didier Jr.:

Dúvida objetiva: não obstante a expressão um pouco equívoca, pois dúvida é sempre subjetiva, significa que é necessário existir uma

³⁶ **Enunciado 104 do FPP.** ENUNCIADOS DO FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. Disponível em: <http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2016/05/Carta-de-S%C3%A3o-Paulo.pdf>. Acesso em 19/03/2017.

³⁷ DIDIER JR., Fredie, CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2013. P. 47

dúvida razoavelmente aceita, a partir de elementos objetivos, como a equivocidade de texto da lei (...) ou as divergências doutrinárias.³⁸

No tocante à antiga exigência de interposição do recurso no prazo menor, entende-se que a tendência com o novo CPC é de esse terceiro controverso requisito desaparecer diante da unificação dos prazos prevista no artigo 1.000, 5º do NCPC³⁹, conforme elucida o doutrinador Daniel Amorim Assumpção Neves:

Para a aplicação do princípio da fungibilidade recursal, além dos tradicionais requisitos da dúvida fundada e da inexistência de erro grosseiro, os tribunais superiores vinham impondo um terceiro lamentável requisito: o prazo menor. Dessa forma, vinha sendo aplicado apenas o princípio da fungibilidade quando o recorrente, ao escolher o recurso a ser interposto, o fazia no menor prazo sempre que entre os recursos que gerassem a dúvida existissem prazos diferentes.

Esse requisito tende a desaparecer com a unificação do prazo recursal em 15 dias, prevista no art. 1.000, §5º, do Novo CPC. Como o único recurso com prazo menor serão os embargos de declaração, que terão cinco dias de prazo, ainda que seja mantida a teoria do prazo menor, ele será irrelevante quanto à inviabilização do princípio da fungibilidade ao caso concreto.

O José Miguel Garcia Medina inova ao mencionar que para a incidência do princípio da instrumentalidade recursal (ao ver do doutrinador compreende a fungibilidade e a supera) bastaria que o ato fosse hábil a alcançar a finalidade mesmo tendo sido realizado de outra forma, independentemente do preenchimento dos requisitos da “ausência de erro grosseiro”, “dúvida objetiva” e “observância do prazo para o recurso adequado”⁴⁰

Válido ainda consignar que, para a aplicação implícita do princípio da fungibilidade, se faz necessário oportunizar ao recorrente o direito á realizar

³⁸ DIDIER JR., Fredie, CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2013. P. 47

³⁹ **Artigo 1.000, § 5º do NCPC**: Excetuados os embargos de declaração, o prazo para interpor os recursos e para responder-lhes é de 15 (quinze) dias.

⁴⁰ MEDINA, José Miguel Garcia. **Direito processual civil moderno**. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. P. 1264/1267

eventuais adaptações ao recurso, bem como ao recorrido o direito à adaptar contrarrazões ou recurso anteriormente interposto.

Nesse sentido, o doutrinador Daniel Amorim Assumpção Neves afirma :

Registre-se que eventuais **adaptações procedimentais** podem se fazer necessárias no caso concreto como consequência da aplicação da fungibilidade, o que não deve inviabilizar a aplicação do princípio. Um vez que recebido um recurso pelo outro, o juízo – a quo ou ad quem, considerando-se que ambos poderão aplicar o princípio da fungibilidade – deverá intimar o recorrente para adaptar o seu recurso às exigências formais do recurso não interposto (...) ⁴¹

O direito se vale de princípios para melhor adaptar as normas legais à realidade da sociedade, de forma que não necessariamente os princípios devem estar expressos nas regras jurídicas, podendo ser inferidos do sistema.

Nesse sentido, destaca-se o princípio da instrumentalidade das formas que é o responsável por proporcionar uma maior dinâmica ao sistema processual, evitando o excesso de formalismo e privilegiando a finalidade do ato.

Assim, tendo em vista que o princípio da fungibilidade está atrelado ao princípio da instrumentalidade das formas, entende-se por correta a afirmativa de que a fungibilidade alcança todos os recursos previstos no novo CPC.

Válido ressaltar que o direito ao acesso à justiça, garantido pelo art. 5º, XXXV da Constituição Federal, corresponde tanto ao fato de que todos possuem direito de ir a juízo, quanto ao de que todos possuem direito à adequada efetiva tutela jurisdicional.

A utilização do princípio da fungibilidade, portanto, permite o conhecimento do conflito em sua plenitude e assegura a garantia constitucional do acesso à justiça.

Desta maneira, entende-se que muito embora a regra aplicada no Código de Processo Civil de 2015 seja a da unicidade recursal, o próprio diploma legal prevê

⁴¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil** – 7 ed. ver. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: MÉTODO, 2015. P. 702

exceções expressas e, diante da função dos princípios no sistema atual, aplica-se também o princípio da fungibilidade recursal de forma implícita.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito processual civil objetiva assegurar o acesso à justiça por meio de um processo justo, célere e eficaz.

A regra no processo civil é a aplicação do princípio da unicidade recursal, contudo, existem exceções que atenuam o aludido princípio e possibilitam a incidência da fungibilidade, desde que preenchidos determinados requisitos.

O princípio da fungibilidade recursal pode ser considerado como um instrumento para a concretização do direito material e consequente satisfação da sociedade, vez que mitiga a forma com base nos princípios da economia processual e instrumentalidade das formas.

A fungibilidade recursal foi criada como meio de flexibilizar o direito processual, pois impede que a previsão de forma se converta em formalismo excessivo e que esse se sobressaia perante a finalidade primordial do processo.

O instituto em tela, portanto, possui como função principal a busca por um processo mais efetivo e célere, de modo a relativizar, quando necessário, a instrumentalidade das formas, objetivando a análise de um recurso em detrimento de demasiada formalidade exigida pelo direito processual.

Diante da incontroversa complexidade do sistema recursal, o Código de Processo Civil de 2015 apresenta expressamente três hipóteses de fungibilidade recursal, quais sejam, substituição dos embargos de declaração em agravo interno, do Recurso Especial em Recurso Extraordinário e do Recurso Extraordinário em Recurso Especial.

A inovação trazida pelo novo Código de Processo Civil certamente auxiliará no cumprimento do devido processo legal, pois antes disso os tribunais aplicavam a fungibilidade sem observar o direito à adaptação das razões e contrarrazões, o que por muitas vezes frustrava o objeto do recurso interposto.

Além da atual disposição normativa, a doutrina entende pela permanência da aplicação implícita do princípio da fungibilidade se atendidos os requisitos da ausência de erro grosseiro e da existência de dúvida objetiva a respeito da natureza da decisão, sendo que este engloba aquele.

Sendo assim, tendo em vista que o novo Código de Processo Civil se baseia na primazia do julgamento de mérito, entende-se plausível a fungibilidade no âmbito dos recursos, assegurando aos indivíduos o devido acesso ao Judiciário de forma a obterem prestações jurisdicionais dotadas de eficácia na resolução dos litígios.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSIS, Araken de. **Manual dos Recursos**. 6.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

AMENDOEIRA JR., Sidnei. **Manual de direito processual civil**. Vol. 2: teoria geral dos recursos; recursos em espécie; ações impugnativas autônomas; liquidação e cumprimento da sentença. São Paulo: Saraiva 2012.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil, volume 5**: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais. São Paulo: Saraiva, 2008.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil anotado**. 2 ed. rev., atual e ampl. São Pauo: Saraiva, 2016.

CALURI, Lucas Naif. **Recursos no novo código de processo Civil**. 2. ed. São Paulo: LTR, 2016

DESTEFENNI, Marcos. **Curso de Processo Civil**, vol I: tomo 2: processo de conhecimento: tutela antecipada, provas, recursos e cumprimento de sentença. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 17^a ed. Salvador: Jus Podivn, 2015.

DIDIER JR., Fredie, CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. 2 ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2005.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário de língua portuguesa**. 3.ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FUX, Luiz. **Novo Código de Processo Civil: comparado – Lei 13.105/2015** – 2 ed. Revista. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: MÉTODO, 2015.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito processual civil esquematizado**. 3.ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo curso de direito processual civil**, volume 2: processo de conhecimento (2^a. parte) e procedimentos especiais. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário técnico jurídico**. 14 ed. São Paulo: Rideel, 2011.

LAMY, EDUARDO DE AVELAR. **Princípio da Fungibilidade no Processo Civil**. São Paulo: Dialética, 2007.

LUIZ, Antônio Filafardi. **Dicionário de expressões latinas**, 2 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MACHADO, Antônio Claudio da Costa. **Código de Processo Civil Interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo**. 9 ed. rev. e atual. São Paulo: Manole, 2010.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Direito processual civil moderno** – 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto Ferreira; BONDILOLO, Luis Guilherme Aidar; FONSECA, João Francisco Naves da. **Código de Processo Civil e legislação processual em vigor**. 47 ed. atual e reform. São Paulo: Saraiva, 2016.

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

NERY JR., Nelson; Nery, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil** – 7 ed. ver. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: MÉTODO, 2015.

OLIVEIRA, Pedro Miranda de. **Novíssimo sistema recursal conforme o CPC/2015**. 3.ed.rev.ampl. e atual. Santa Catarina: Empório do Direito, 2017.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. Vol. I. 44. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINE, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: Teoria geral do processo e processo de conhecimento**. Vol.I. 15 ed. ver. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvin; WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Novo Código de processo civil comparado: artigo por artigo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvin [et al.]. **Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo**. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.