



DISCUSSÕES SOBRE OS CRITÉRIOS DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL SOB A ÓTICA DO CPC DE 2015

DISCUSSIONS ON THE CRITERIA FOR THE APPLICATION OF THE PRINCIPLE OF APPEAL FUNGIBILITY UNDER THE PERSPECTIVE OF THE 2015 CPC

Adivé Cardoso Ferreira Júnior¹

João Gabriel Costa Souza²

Recebido em:	16/03/2023
Aprovado em:	31/07/2023

RESUMO: Esta pesquisa teve como objetivo geral analisar a adequação dos requisitos de aplicação do princípio da fungibilidade recursal sob a ótica dada pelo Código de Processo Civil de 2015. Para tanto, por meio do método dedutivo, realizou-se uma análise conceitual e histórica que perpassasse desde a primeira aparição do instituto em âmbito federal na norma processual brasileira até o uso moderno do princípio. Dessa forma, evidenciou-se uma correlação teórica e finalística da instrumentalidade das formas com a fungibilidade recursal, que na prática afastou-se em razão da adoção de critérios de aplicação distintos pela doutrina e jurisprudência moderna em razão da ausência de requisitos objetivos no Código de Processo Civil de 2015. Ademais, discorreu-se sobre as implicações na utilização de critérios obsoletos para efetivação da fungibilidade, em especial, na não apreciação do mérito em razão da forma quando não evidenciado prejuízo às partes e, conseqüentemente ocasionando na violação ao direito ao duplo grau de jurisdição e acesso à justiça pelo jurisdicionado. Dentre os resultados encontrados, foi possível perceber que, de fato, o direcionamento ofertado pelo Código de Processo Civil de 2015 para a fungibilidade recursal foi vilipendiado pela manutenção de paradigmas de códigos anteriores.

Palavras-chave: Fungibilidade recursal; requisitos; adequação.

ABSCTRACT: The general objective of this research was to analyze the adequacy of the requirements for applying the principle of fungibility of appeal from the perspective given by the 2015

¹ Doutorando em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC. Mestre em Economia Regional e Políticas Públicas pela Universidade Estadual de Santa Cruz - UESC. Advogado. Professor de Direito da Unex (BA) e Anhanguera (BA). E-mail: acferreira1@uesc.br

² Discente do curso de Direito da Unex (BA). E-mail: jgabrielcostasouza@gmail.com.



Civil Procedure Code. first appearance of the institute at the federal level in the Brazilian procedural norm until the modern use of the principle. Thus, a theoretical and final correlation between the instrumentality of the forms and the appeal fungibility was evidenced, which in practice moved away due to the adoption of different application criteria by modern doctrine and jurisprudence due to the absence of objective requirements in the Civil Procedure Code 2015. In addition, the implications of using obsolete criteria for the effectiveness of fungibility were discussed, in particular, in the non-appreciation of the merits due to the form when no damage to the parties is evidenced and, consequently, resulting in the violation of the right to the double degree of jurisdiction and access to justice by the jurisdiction. Among the results found, it was possible to perceive that, in fact, the direction offered by the 2015 Civil Procedure Code for recursive fungibility was vilified by the maintenance of paradigms of previous codes.

Keywords: Recursal fungibility; requirements; adequacy.

1 INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico brasileiro vale-se de diversas fontes do direito que, embora distintas, devem convergir para interpretações uníssonas, formando-se, assim, uma cadeia lógica que se convalida ponto-a-ponto. É dizer: cada fonte do direito deve auxiliar na formação do processo cognitivo que revele a vontade do legislador, em especial, os preceitos basilares contidos na Constituição Federal.

Dessa maneira, grande parte da doutrina moderna caminha no sentido de reconhecer ao menos sete fontes do direito. São elas: leis, costumes, jurisprudência, doutrina, analogia, princípios gerais do direito e equidade. É de suma importância notar que não há hierarquia valorativa entre as fontes previstas na Carta Magna, apesar de que, por vezes, a norma positivada em lei, sobressai-se às demais em razão da sua maior objetividade frente ao abstratismo.

O enfoque principal desta pesquisa volta-se a analisar uma fonte do direito de categoria principiológica, sendo esta, especificamente, o princípio da fungibilidade recursal. Tal instrumento visa permitir o recebimento/conhecimento de um recurso quando cabível outro, em razão do aproveitamento das formas diversas quando atingida a finalidade para qual foi proposto. Decorre-se, por conseguinte, do princípio da instrumentalidade das formas.

Todavia, em meio a uma análise substancial da doutrina e jurisprudência no que tange à aplicação do princípio da fungibilidade recursal, nota-se certa incongruência na materialização dos requisitos necessários com a função originária que ensejou na criação de tal instrumento no ordenamento processual pátrio.



Assim, a presente pesquisa tem como problema: os requisitos de aplicação do princípio da fungibilidade recursal, dados pela doutrina e jurisprudência moderna, estão adequados à sua finalidade originária?

Dessa maneira, pretende-se como objetivo geral: analisar a adequação dos paradigmas de aplicação do princípio da fungibilidade recursal. Especificamente, busca-se discutir o conceito do princípio da fungibilidade recursal; discorrer acerca da sua origem e os requisitos exigidos pela jurisprudência e doutrina, além de discutir sobre as falhas encontradas diante do afastamento da utilidade da qual se originou.

O estudo das questões em apreço justifica-se em razão da realidade fática relevar que o desvio de finalidade na aplicação do princípio resulta na não apreciação do direito material do jurisdicionado em face da adoção de requisitos equivocados que se relacionam a aspectos meramente formais, ocasionando em lesão ao direito público de justiça e a garantia constitucional do duplo grau de jurisdição.

Para alcançar os objetivos propostos, utilizou-se do método de pesquisa bibliográfica. Para Gil (2002), uma pesquisa é necessária quando não se dispõe de informações suficientes para responder o problema proposto, ou então quando deseja-se agrupar informações esparsas em uma cadeia lógica que facilite a compreensão de um determinado ponto de vista.

Por outro lado, o mesmo autor complementa afirmando que “a pesquisa bibliográfica é desenvolvida com base em material já elaborado, constituído principalmente de livros e artigos científicos” (GIL, 2002, p. 44). Em consonância, Bocatto esclarece que “Esse tipo de pesquisa trará subsídios para o conhecimento sobre o que foi pesquisado, como e sob que enfoque e/ou perspectivas foi tratado o assunto apresentado na literatura científica” (BOCATTO, 2006, p. 266).

A escolha por esse método justifica-se, por “[...] permitir ao investigador a cobertura de uma gama de fenômenos muito mais ampla do que aquela que poderia pesquisar diretamente” (GIL, 2002, p. 45). Ampliando-se, portanto, as informações coletadas e tratadas.

Ademais, a pesquisa aplicou a abordagem dedutiva que busca confrontar premissas gerais para que seja alcançado uma conclusão específica (FREITAS; PRODANOV, 2013). Desse modo, realizou-se uma análise histórica do princípio da fungibilidade recursal para



questionar as premissas contidas nos requisitos necessários à sua aplicação de acordo com o entendimento doutrinário e jurisprudencial contemporâneo.

O método dedutivo foi amplamente defendido e aprimorado por Descartes, justificando sua utilização por almejar encontrar algum conhecimento inteiramente verdadeiro e, por essa razão, julgou necessário presumir que todas as concepções deveriam ser questionadas até alcançar algo com premissas indubitáveis (DESCARTES, 2019).

Com esse intuito, foram utilizadas doutrinas processualistas modernas para extrair o entendimento predominante no tocante ao tema proposto, bem como jurisprudências acerca da temática.

Além disso, foi realizada uma pesquisa documental que, segundo Gil, possuem fontes diversificadas e dispersas, podendo conter material que ainda não passou por tratamento analítico, ou dados que já passaram por algum grau de tratamento, como: relatórios de pesquisa, artigos, manuais (GIL, 2002).

Não obstante, foram analisadas as normas constitucionais e infraconstitucionais que tratassem de temas pertinentes a pesquisa, em especial, os dispositivos das Leis de nº 13.105/2015, nº 5.869/1973 e nº 1.608/1939, Códigos de Processo Civil (CPC) vigente e seus antecessores, respectivamente.

2 CONCEITUAÇÃO E ANÁLISE HISTÓRICA

A partir de uma análise estrutural do princípio da fungibilidade recursal, percebe-se que o instituto emerge no ordenamento jurídico brasileiro com a finalidade de facilitar a apreciação do direito material, podendo flexibilizar as formas processuais adequadas para atingir tal objetivo.

Sob o prisma etimológico, o termo fungibilidade é “derivado do latim *fungibilis*, de *fungi* (cumprir, satisfazer), entende-se, no conceito jurídico, tudo que possa ser substituído” (SILVA, 2014, p. 992).

Nesse mesmo sentido, o uso do princípio da fungibilidade recursal traduz em uma flexibilização do pressuposto de admissibilidade recursal do cabimento, uma vez que atingindo sua finalidade, um recurso pode ser conhecido sem que seja considerável como cabível pela norma processual (NEVES, 2022).



Além disso, há de se pontuar que, embora também vigentes os princípios da correspondência e singularidade, o sistema processual se adequa para que os princípios coabitem em harmonia, mesmo que, por vezes, seja necessário a atenuação de algum dos institutos para valer-se do outro (CARVALHO, 2021).

É perceptível que o princípio da fungibilidade deriva da instrumentalidade das formas (NEVES, 2022), já que possuem finalidades semelhantes, à medida que o primeiro se aplica nas formas processuais em gênero amplo, o segundo dedica-se a flexibilizar os aspectos formais na seara recursal, como se espécie fosse. Nas palavras de Didier Jr. e Cunha: “trata-se de aplicação específica do princípio da instrumentalidade das formas” (DIDIER JR.; CUNHA, 2017, p. 130).

Logo, para que seja alcançado, nesse breve estudo, a função ideal do princípio, deve-se considerar o vínculo existente entre os institutos, afinal, o processo precisa ser analisado a partir do conjunto de pilares que o regem para que a sua completeza se revele como instrumento de concretização do direito material das partes. Como assevera Gonçalves: “o processo civil não é um fim em si mesmo, mas o instrumento pelo qual se faz valer o direito substancial das partes” (GONGÇALVES, 2019, p. 338-339).

Por conseguinte, é necessário primeiro validar as premissas que norteiam a utilização da instrumentalidade das formas no ordenamento processual para depois prosseguir com a avaliação da fungibilidade recursal.

Tratando-se da instrumentalidade das formas, nota-se que o instituto alude a primazia do julgamento do mérito, todavia, para utilizá-lo em situações concretas, faz-se necessária a consolidação de critérios objetivos que direcionem sua aplicação. Para Neves, é preciso observar se o erro formal não causou prejuízo à parte contrária, bem como se a forma inadequada atingiu a finalidade para que se propõe, pois, sendo esses requisitos preenchidos, haverá condições para que a situação seja regida sob a ótica da instrumentalidade das formas (NEVES, 2022).

Por outro lado, o primeiro diploma a tratar da fungibilidade recursal em âmbito federal, foi o art. 810 do CPC/1939, o qual merece transcrição para a devida análise:



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, 1939, n.p.).

Ao acarear o preceito basilar que norteia a aplicação da instrumentalidade das formas, a ausência de prejuízo, com o que foi proposto na primeira aparição da fungibilidade recursal na lei processual federal, verifica-se que foram introduzidos critérios de aplicação distintos: a inexistência de má-fé ou erro grosseiro.

Nesse ponto, o direcionamento que o CPC/1939 seguiu foi contrário até mesmo a legislações estrangeiras anteriores que possuíam aplicação do princípio da fungibilidade recursal e possivelmente contribuíram para positivação brasileira. Como exemplo, Assis (2016) confirma a presença do instituto na codificação processual portuguesa anos antes do CPC de 1939, todavia, Borguesan comenta que “[...] diferentemente do direito lusitano, a revogada lei brasileira fez menção a dois requisitos para a utilização da fungibilidade, quais sejam a inexistência de erro grosseiro e a ausência de má-fé.” (BORGUESAN, 2015, p. 20).

Já os Códigos de Processo Civil de 1973 e 2015 interromperam a previsão expressa da aplicação do princípio da fungibilidade recursal por entenderem que não haveria mais confusão entre os recursos ante a simplificação das decisões e dos recursos decorrentes da definição dos atos judiciais (CARRENHO; GREGUI, 2018).

Na dicção de Neves sobre essa decisão:

O princípio da fungibilidade recursal vinha consagrado no art. 810 do Código de Processo Civil de 1939, sendo que o legislador no atual diploma processual abandonou a expressa previsão legal desse princípio, na vã esperança de que a nova codificação recursal fosse suficiente a dissipar toda e qualquer dúvida a respeito do cabimento recursal (NEVES, 2013, p. 605).

O CPC de 1973, em especial, incorreu no ledó engano ao acreditar que com a simplificação do sistema recursal sanaria quaisquer dúvidas acerca do instrumento de impugnação adequado, entretanto, não foi o que ocorreu na prática. A princípio, parte da doutrina até corroborava com a omissão, como Miranda que chegou a alegar a inexistência de dúvida quanto ao cabimento dos recursos, pois a nova codificação estabeleceu quais as exatas hipóteses de aplicação de cada meio de impugnação (MIRANDA, 2002).



Porém, ante o surgimento de novas situações concretas que ensejavam dúvidas e remetiam ao questionamento do uso da fungibilidade recursal, a doutrina e a jurisprudência³ passaram a valer-se da generalidade da instrumentalidade das formas para também realizar o aproveitamento de recursos (THEODORO JUNIOR, 2018).

O CPC de 2015 avançou um pouco mais que seu antecessor prevendo, além das hipóteses de aproveitamento das formas (art. 188 e 277), três situações expressas de uso da fungibilidade recursal, são elas: I) conhecimento de embargos de declaração em lugar de agravo interno (art. 1024, parágrafo 3º); II) aproveitamento de recurso especial em lugar recurso extraordinário (art. 1.032, CPC) ou inverso; III) aproveitamento do recurso extraordinário em quanto cabível recurso especial (art. 1.033, CPC) (BRASIL, 2015).

É interessante observar que nas duas últimas hipóteses, mesmo sendo recursos de fundamentação vinculada que possuem finalidades distintas, a norma processual privilegiou o aproveitamento das formas para que o direito material fosse analisado. Ou seja, embora originalmente os recursos não possuam o condão de alcançar o mesmo resultado, o CPC/2015 permitiu que fossem adequados para tanto.

Com esse escopo, é possível afirmar que o CPC de 2015 é uma regulamentação que buscou superar as vaidades do tecnicismo, dando ênfase ao objeto da lide, conhecendo que o processo assume a função de promover uma solução para a demanda das partes e, por isso, deve ser flexibilizado se houver possibilidade de atingir sua finalidade (THEODORO JUNIOR, 2018).

Solidificou-se, assim, uma nova concepção no CPC/2015: a forma processual não precisa ser perfeita para que seja aproveitável.

3 ANÁLISE DOS REQUISITOS JURISPRUDENCIAIS E DOUTRINÁRIOS PARA A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL

³ Vários julgados do STJ vêm aplicando a fungibilidade recursal desde o CPC de 1973 até os dias de hoje. É o que se observa nos seguintes precedentes: (STJ - RCDESP no AREsp: 208018 SP 2012/0153747-5, relator: Ministro Sidnei Beneti, data de Julgamento: 16/10/2012, T3 - terceira turma, data de Publicação: DJe 05/11/2012); (STJ - REsp: 1680168 SP 2017/0147426-8, relator: Ministro Marco Buzzi, data de julgamento: 09/04/2019, T4 - quarta turma, data de publicação: DJe 10/06/2019) e (STJ - AgInt no REsp: 1829983 RS 2019/0228006-0, relator: Ministro Antônio Carlos Ferreira, data de julgamento: 04/05/2020, T4 - quarta turma, data de publicação: DJe 06/05/2020).



Considerando que a fungibilidade recursal é atualmente admitida no ordenamento jurídico brasileiro, torna-se pertinente compreender e discutir quais os parâmetros utilizados na ponderação do seu cabimento.

A doutrina majoritária, mesmo que com pequenas variações, entende que a aplicação do instituto deve ser realizada frente ao preenchimento de três requisitos: inexistência de erro grosseiro e má-fé e, dúvida objetiva sobre qual recurso adequado. (DIDIER JR., 2017; THEODORO JÚNIOR, 2018; NEVES, 2022).

Cadenciando a análise, o primeiro requisito, inexistência de erro grosseiro, pode ser compreendido como aquele que exige a interposição do recurso adequado de acordo com a previsão legal, caso contrário, haverá erro crasso. Como assevera Silva, seria “[...] a situação quando nada justificaria a troca de um recurso pelo outro, posto que não haveria controvérsia sobre o tema” (SILVA, 2019, p. 46).

Agora, buscando compreender a finalidade desse requisito, nota-se que a jurisprudência e grande parte da doutrina seguem em consonância com o pensamento de Nato: “Não serve o princípio da fungibilidade para tutelar erro crasso, decorrente de imperfeição técnica dos patronos e operadores do direito. A fungibilidade visa evitar erros justificáveis” (NATO, 2021, p. 15).

Nesse diapasão, é possível observar que os precedentes do Superior Tribunal de Justiça – STJ e Supremo Tribunal Federal – STF adotam a inexistência de erro grosseiro como critério inafastável para aplicação da fungibilidade recursal, conforme se verifica nos julgados do STJ: AgInt no REsp: 1905121, MA 2020/0295523-0, de relatoria do Ministro Gurgel de Faria, julgado em 10/05/2021, pela primeira turma, e do STF: ARE: 1338335, BA 0033772-63.2018.8.05.0080, de relatoria do Ministro Luiz Fux (Presidente), julgado em 06/12/2021 pelo Tribunal Pleno.

Em contrapartida, em um olhar realista, o jurisdicionado, ou no caso, seu patrono, poderá incorrer em erro frente à complexidade do sistema recursal brasileiro, mesmo que com o advento do código de processo civil de 1973 tenha emergido a tendência de facilitação na estrutura dos meios de impugnação, afinal, apenas no CPC 2015 existem nove espécies de recursos, além de sucedâneos recursais, como a reclamação, demandas autônomas de



impugnação, como o mandado de segurança e a ação rescisória, sem considerar outras medidas de leis esparsas como os embargos infringentes da lei 6.830/80 (MARÇAL, 2020).

Portanto, na realidade fática, o profissional do direito é demandado de imensa expertise técnica, ainda mais ao atuar em áreas distintas como o direito civil e penal, o que pode ocasionar em erros técnicos, à primeira vista, considerados como inescusáveis, mas que frente a todas essas adversidades, tornam-se compreensíveis. Nesse sentido, Helden afirma que “[...] não se pode nominar a escolha, qualquer que seja ela, de equivocada ou tachar de erro grosseiro a oposição imprecisa de algum recurso” (HELDEN, [s.d.], p. 8).

Por outro lado, frente à finalidade originária da fungibilidade recursal, percebe-se que a análise de cometimento de erro grosseiro não se revela pertinente, pois, caso tenha faltado perícia ao causídico, levando-o ao cometimento de erro crasso, mas esse equívoco não tenha ocasionado em um prejuízo ao processo ou aos seus integrantes, não haveria razão para obstar a aplicação da fungibilidade recursal, pois o aproveitamento das formas seria desejável e útil a manutenção do acesso ao duplo grau de jurisdição e, conseqüentemente, ao direito constitucional de justiça.

Quanto ao segundo requisito, inexistência de má-fé, a parametrização ocorre pelo critério objetivo do prazo recursal⁴, uma vez que com o passar do tempo percebeu-se a extrema dificuldade em provar a existência de má-fé oriunda de um ato de vontade (NEVES, 2022). Ou seja, para este critério, não pode o recurso equivocado ter sido interposto em prazo maior do que o recurso adequado. Nesse sentido, vale transcrever um pequeno trecho do AgRg no REsp nº 1629694 do STJ, julgado em 02/02/2017 de relatoria do Ministro Felix Fischer que evidencia essa interpretação:

[...] III - No caso vertente, houve interposição de apelação da decisão de pronúncia. O eg. Tribunal *a quo* aplicou o princípio da fungibilidade e recebeu o recurso do *parquet* como recurso em sentido estrito, por não estar evidenciada sua má-fé na hipótese dos autos, porquanto o recurso foi interposto no prazo legal [...] o que demonstra ter havido um equívoco tão somente quanto ao *nomen iuris* atribuído ao recurso (STJ - AgRg no REsp:

⁴ Silva comenta que: “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.” (SILVA, 2019, p. 49).



1629694 MG 2016/0258883-6, relator: Ministro Felix Fischer, data de julgamento: 02/02/2017, T5 - quinta turma.).

Diferente do anterior, esse requisito se justifica por dois motivos: primeiro porque a função originária da fungibilidade recursal é o aproveitamento das formas desde que não haja prejuízo e, no caso de impugnação com prazo maior do que o definido por lei, as partes sofrem prejuízo por deixarem de ter a segurança jurídica da coisa julgada no tempo previsto em lei.

E a outra validação busca garantir a ideia de *venire contra factum proprium* (ninguém pode se beneficiar da sua própria torpeza), visto que seria uma árdua tarefa, se não impossível, avaliar se houve intenção em violar a norma processual com o intuito de beneficiar-se de prazo maior. E neste caso, diferente do requisito anterior, há razões para que alguém possa desejar turbar a ordem processual em gozo próprio e, se não tiver sido essa a intenção, por haver prejuízo, não deverá ser prejudicada a parte contrária.

Todavia, na prática, em decorrência da unificação do prazo recursal pelo artigo 1.003, §5º do CPC/2015 para quinze dias, divergindo apenas os embargos de declaração com cinco dias, esse requisito, seguindo a teoria do prazo menor como critério de constatação de má-fé, é pouco utilizado e tende a desaparecer (NEVES, 2022). Por outro lado, Pereira relembra que “[...] o direito em hipótese alguma prestigia a má-fé.” (PEREIRA, 2013, p. 5).

Por fim, o último parâmetro de aplicação, a dúvida objetiva, age como um fator exógeno que torna plausível a confusão sobre qual recurso é o cabível para aquela impugnação. Em termos objetivos, a divergência na doutrina e na jurisprudência, imprecisões legislativas, bem como erros do próprio juízo de origem ao proferir peça inadequada, são causas da dúvida objetiva (NEVES, 2022).

Em contrapartida, para Neves, a dúvida que provém das próprias incertezas do operador é considerada como subjetiva não merecendo, portanto, o aproveitamento das formas pelo princípio da fungibilidade recursal. (NEVES, 2022). Todavia, há um certo equívoco nessa interpretação, pois ao considerar que algum ato foi praticado de forma errônea por “dúvida objetiva”, mas havia uma forma tida como correta que não foi seguida, significa



dizer que aquela dúvida partiu do próprio indivíduo que não teve destreza ao julgar qual instrumento seria adequado para situação.

Para melhor compreensão, seria o caso de quando o juízo de primeiro grau profere uma sentença, mas erroneamente intitula como “decisão interlocutória”. O fato de haver um erro externo pode até confundir o causídico, mas não possui o condão de modificar o parâmetro do recurso correto para a norma jurídica. Logo, para esse caso, caberia a interposição de apelação, e se por incerteza foi interposto um agravo de instrumento, o fator de origem foi externo, mas por haver parâmetro consolidado, a dúvida ainda assim é subjetiva. Ou seja, não existe dúvida externa “objetiva” quando há um parâmetro que indica a forma correta do ato praticado.

Além disso, o último requisito estabelece um liame com o erro grosseiro, considerando que em boa parte dos casos a dúvida objetiva e a inexistência de erro grosseiro são duas faces da mesma moeda, isso porque se não houver uma justificativa externa que ocasione na dúvida, invariavelmente o operador incorreu em erro crasso sob a visão moderna majoritária (NEVES, 2022).

Porém, vale refletir qual a real finalidade da adoção do critério “ausência de dúvida objetiva”, considerando que esse parâmetro conduz, mais uma vez, à análise da expertise técnica do causídico sem que isso correlacione-se direta ou indiretamente com a finalidade do princípio da fungibilidade recursal, ao contrário, vilipendia o aproveitamento das formas com adoção de um caráter punitivo e, em muitos casos, desnecessários, quando não demonstrado prejuízo à lide processual.

Sob esse prisma, não se encontra na doutrina ou na jurisprudência de forma clara e convincente, justificativas plausíveis para manutenção desses dois requisitos (dúvida objetiva e a inexistência de erro grosseiro), revelando-lhes um verdadeiro descompasso com a finalidade da fungibilidade recursal, já que obstam o julgamento do mérito sem que haja avaliação da real existência de prejuízo para os integrantes do processo. Por essa razão, o próximo tópico adentrará nessas considerações.

Não obstante, ainda cabe salientar que os três requisitos supracitados vêm assumindo caráter eliminatório no ordenamento processual brasileiro, posto que se houver reprovação em apenas um critério, não haverá utilização da fungibilidade recursal.



4 FALHAS NA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE E ADEQUAÇÃO

A finalidade originária da fungibilidade recursal deriva dos mesmos preceitos da instrumentalidade das formas, sendo esta o aproveitamento dos atos defeituosos. Entretanto, ocorreu um relevante afastamento da finalidade do princípio com os requisitos que lhe prestam auxílio na aplicação.

Enquanto a instrumentalidade das formas concentra-se na avaliação de prejuízo como parâmetro de utilização, desde a primeira aparição da fungibilidade recursal em âmbito federal no CPC de 1939 houve uma introdução indevida do critério “inexistência de erro grosseiro” que ensejou na exigência de “dúvida objetiva” pelos interpretes. Por outro lado, a avaliação de “má-fé” mostra-se pertinente na ótica finalista, por associar-se à prática de interposição de recurso intempestivo que invariavelmente ocasiona em prejuízo às partes.

Após uma análise doutrinária e jurisprudencial, nota-se que a corrente majoritária compreende que a legislação processual vigente prioriza o aproveitamento das formas e que um ato só poderá ser invalidado caso não alcance a finalidade para que se destina, considerando que o interesse público está no objeto da lide, na solução do mérito e não na forma com que se alcançará o resultado almejado (THEODORO JUNIOR, 2018).

No entanto, apesar dessa nítida tendência interpretativa, a qual confirma que a norma processual hodierna assume um papel de facilitadora à apreciação do direito substancial das partes, esta corrente doutrinária também corrobora com a pertinência dos critérios tradicionais “dúvida objetiva” e “inexistência de erro grosseiro”, o que inviabiliza a concretização plena do instituto da fungibilidade recursal em casos que não há prejuízo para às partes, mas que não preenchem os requisitos assinalados (DIDIER JR., 2017; THEODORO JÚNIOR, 2018; NEVES, 2022).

Por conseguinte, o posicionamento majoritário da doutrina e da jurisprudência aparenta caracterizar-se como um raciocínio denominado pela língua latina como “*non sequitur*”, ou em tradução livre “sem conclusão”, pois se a norma processual é concebida como acessória ao direito material, não poderia o judiciário se eximir da apreciação do mérito



quando os erros formais não possuírem o condão de obstar a capacidade do ato em atingir a finalidade almejada com simples adequações.

Embasados nessa mesma corrente de critérios tradicionais, diversos julgados em território nacional vêm estreitando o uso da fungibilidade recursal em casos que poderia ser utilizada sob a avaliação exclusiva de prejuízo, isso porque ao promover um recurso indubitavelmente eivado de “erro grosseiro” e em situação que não existe qualquer “dúvida objetiva”, não significa necessariamente uma violação ao contraditório e ampla defesa da contraparte.

Exemplificando, ao analisar julgados como o agravo interno no agravo em recurso especial 1887207, julgado em 15/08/2022 pela quarta turma do STJ ou o agravo interno no agravo em recurso especial 1466324, de relatoria do Ministro Herman Benjamin, julgado em 16/11/2020, pela segunda turma do STJ, é perceptível que o não conhecimento de um agravo de instrumento quando cabível apelação, ou inverso, deveria ser facilmente enquadrado no escopo da fungibilidade recursal, tendo em vista que ambos recursos possuem características semelhantes como prazo recursal e órgão julgador. Não obstante, ainda que a espécie de decisão impugnada seja diferente, no primeiro caso uma decisão e no segundo uma sentença, a finalidade pode ser atingida com o aproveitamento das formas.

Tanto é que, em caso mais complexo de realizar-se a fungibilidade, o próprio CPC/2015 trouxe autorização expressa para tal aproveitamento, como é o caso de conhecimento do recurso especial quando cabível recurso extraordinário (art. 1.032). Nesse caso, o tribunal *ad quem* não é o mesmo e ainda haverá a necessidade de intimação da parte para emendar sua impugnação com o acréscimo da repercussão geral.

Caminhar sob esse formalismo técnico, fere a garantia constitucional de acesso à jurisdição, previsto no artigo 5º, inciso XXXV da CF/88, além do direito de ampla defesa e contraditório do inciso LV, bem como o direito ao duplo grau de jurisdição. Ademais, esses são direitos basilares do Estado Democrático de Direito por visarem entregar ao jurisdicionado um provimento judicial satisfatório que não reflita apenas em mais um número ou meta a ser cumprido após o arquivamento do feito, mas sim no zelo aos direitos do cidadão em razão da outorga de poderes concedida ao Estado.



Destarte, Silva relembra que desde o final do século XX emergiu uma nova concepção do que estaria sendo abarcada pelo direito ao acesso a justiça, incluindo, em última análise, o direito à efetiva prestação jurisdicional e não apenas o direito de ação, de peticionar em juízo (SILVA, 2013). Dessa forma, o jurisdicionado ao demandar do Estado uma resposta ao seu direito material, não pode encontrar óbices sob alegação de erros de forma sanáveis.

Ademais, se observado a previsão legal vigente, é perceptível que o posicionamento legislativo se aproxima muito mais da tese de avaliação exclusiva de prejuízo do que de qualquer outro requisito adotado pela jurisprudência e doutrina moderna. Nota-se que na legislação processual de 1939 haviam os requisitos de inexistência de “erro grosseiro” e “má-fé” de forma expressa no código, já no atual CPC não existe, ou seja, o legislador optou por excluir tais critérios para aplicação do instituto.

Por essas razões, Marçal afirma que “não há qualquer sentido em privilegiar a inadmissibilidade recursal, quando existe um Código que estabeleceu – de forma pioneira – um princípio que busca privilegiar a análise do mérito (art.4º do CPC)” (MARÇAL, 2020, p. 214). Logo, é perceptível que o CPC de 2015 busca priorizar a análise do mérito da questão em detrimento da inadmissibilidade recursal, o que significa que o instituto da fungibilidade recursal deve ser interpretado de forma mais ampla e flexível, de modo a permitir que a parte tenha sua pretensão analisada pelo órgão jurisdicional competente, independentemente de eventuais erros meramente formais na interposição do recurso.

Além disso, como não há um dispositivo que expressamente parametrize os critérios da fungibilidade recursal, deve-se ser subtrair da norma implícita o que realmente almeja. Para tanto, vale lembrar que os art. 188 e 277 do CPC/2015, que tratam da instrumentalidade das formas, adotam como critério para o aproveitamento do ato, apenas a avaliação da finalidade pretendida e se houve prejuízo. Sobre esse ponto, Didier Jr. comenta que “Os artigos do CPC mencionados linhas atrás, que consagrariam o princípio de que não há nulidade sem prejuízo, também servem como fundamento normativo para a aplicação do princípio ora examinado.” (DIDIER JR., 2019, p. 479).

Destarte, a parametrização que vem sendo concebida pelos tribunais pátrios mostra-se equivocada à medida que continua a usar critérios estabelecidos pelo longínquo CPC de 1939 e que foram abandonados pela legislação vigente. Portanto, caberia às outras fontes do



direito adequar-se ao ritmo do novo CPC de 2015, até mesmo porque, dentre todos posicionamentos, esse mostra-se o mais adequado com a perspectiva moderna da função do processo como instrumento de materialização do direito.

5 CONCLUSÃO

Nesse estudo, perpassou-se por uma análise multidimensional sobre o princípio da fungibilidade recursal, para tanto, primeiro abordou-se a concepção conceitual do instituto e a forma com que é utilizado no ordenamento jurídico brasileiro. Nesse ponto, foi possível identificar uma conexão intrínseca da fungibilidade com a instrumentalidade das formas, já que possuem em seu amago a mesma finalidade: o aproveitamento das formas defeituosas.

Seguinte, por meio de uma análise histórica, foi demonstrado que o liame conceitual dos dois institutos se atenuou na primeira aparição da fungibilidade recursal no CPC de 1939 com adoção de critérios distintos para sua aplicação prática. Dessa forma, adentrou-se na ponderação dos critérios adotados pela doutrina e jurisprudência moderna e posteriormente em quais falhas foram percebidas frente as premissas adotadas.

Logo, pode-se notar que o problema da pesquisa foi respondido negativamente, uma vez que com o estudo da finalidade originária da fungibilidade recursal, percebeu-se que sua aplicação moderna não condiz com os parâmetros que deveriam orientá-lo. Quanto aos objetivos gerais e específicos, foram alcançados, sendo perceptível o aprofundamento individual em cada tópico dos resultados e discussões.

Sendo assim, a presente pesquisa possibilitou o agrupamento de ideais que foram validadas ponto-a-ponto até uma conclusão objetiva quanto a impertinência dos parâmetros vigentes na aplicação da fungibilidade recursal, permitindo ainda que fosse averiguado o afastamento da interpretação doutrinária e jurisprudencial do texto normativo contido no CPC de 2015.

Em síntese, pode-se afirmar que a fungibilidade recursal é uma questão complexa e crítica no direito processual, que requer um olhar atento e cuidadoso em sua aplicação. É fundamental compreender sua essência, evolução e implicações dos conceitos envolvidos,



para garantir que o acesso à justiça seja eficiência e adequada para aqueles que buscam o duplo grau de jurisdição.

Não obstante, para futuras pesquisas sugere-se o aprofundamento das raízes históricas dos princípios da fungibilidade recursal e instrumentalidade das formas em legislações brasileiras esparsas, bem como das normas estrangeiras anteriores a aparição dos institutos no CPC de 1939, pois assim ficará translucido o ponto de afastamento dos critérios de aplicação entre os princípios e quais as utilizações modernas possuem em ordenamentos jurídicos distintos.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos** [livro eletrônico]. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BOCCATO, Vera Regina Casari. Metodologia da pesquisa bibliográfica na área odontológica e o artigo científico como forma de comunicação. **Revista de Odontologia da Universidade Cidade de São Paulo**, São Paulo, v. 18, n. 3, p. 265-274, 2006 set-dez. Disponível em: https://arquivos.cruzeirodosuleducacional.edu.br/principal/old/revista_odontologia/pdf/setembro_dezembro_2006/metodologia_pesquisa_bibliografica.pdf. Acesso em: 06 de jan. 2023.

BORGUESAN, Helena Schuelter. **Fungibilidade recursal no processo civil: requisito(s) e positivação**. Dissertação (Graduação em Direito), Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2015. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/133960>. Acesso em: 10 de jan. 2023.

BRASIL. **Código de Processo Civil de 1939**. Brasília, DF: Presidência da República, 1939. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/del1608.htm. Acesso em: 06 de jan. 2023.

BRASIL. **Código de Processo Civil de 1973**. Brasília, DF: Presidência da República, 1973. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm. Acesso em: 04 de jan. 2023.

BRASIL. **Código de Processo Civil de 2015**. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 06 de jan. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo interno no agravo em recurso especial 1466324 SP 2019/0076650-0**. Agravo interno no agravo em recurso especial. [...] Recurso



cabível. Agravo de instrumento. Interposição de apelação. Erro grosseiro. Aplicação do princípio da fungibilidade recursal. Impossibilidade. Agravo interno provido. Relator: Ministro Herman Benjamin, data de Julgamento: 16/11/2020, T2 - segunda turma. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/>. Acesso em: 10 de jan. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo interno no recurso especial 1829983 RS 2019/0228006-0**. Processual civil. Civil. Agravo interno no recurso especial. Falta de prequestionamento. Súmulas n. 282 e 356 do STF. Indução a erro pelo magistrado. Princípio da fungibilidade recursal. Decisão mantida. Relator: Ministro Antônio Carlos Ferreira, data de julgamento: 04/05/2020, T4 - quarta turma. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/>. Acesso em: 10 de jan. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo interno no agravo em recurso especial 1887207 RJ 2021/0129313-6**. Agravo interno no agravo em recurso especial. Processo civil e falência. Agravo de instrumento. Habilitação retardatária de crédito. Homologação do quadro geral de credores. Extinção do feito sem julgamento do mérito. Recurso cabível. Apelação. Descabimento da fungibilidade recursal. Agravo interno desprovido. Relator: Ministro Raul Araújo, data de julgamento: 15/08/2022, T4 - quarta turma. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/>. Acesso em: 7 de jan. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo interno no recurso especial 1905121 MA 2020/0295523-0**. Processual civil. Recurso especial. Cumprimento de sentença. Decisão interlocutória. Apelação. Erro grosseiro. Princípio da fungibilidade. Inviabilidade. Relator: Ministro Gurgel De Faria, data de julgamento: 10/05/2021, T1 - primeira turma. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/>. Acesso em: 07 de jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo interno no recurso extraordinario 1338335 BA 0033772-63.2018.8.05.0080**. Agravo interno no recurso extraordinário com agravo. Direito processual civil. Decisão de inadmissibilidade do apelo extremo com fundamento no artigo 1.030, V, do CPC. Interposição de agravo interno. Erro grosseiro. Posterior interposição de agravo em recurso extraordinário. Preclusão consumativa. Recurso incognoscível. Agravo interno desprovido. Relator: Luiz Fux (Presidente), data de julgamento: 06/12/2021, tribunal pleno. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/>. Acesso em 07 de jan. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo regimental no recurso especial 1629694 MG 2016/0258883-6**. Agravo regimental no recurso especial. Decisão de pronúncia que afasta a qualificadora inserta no inciso IV do art. 121 do CP. Irresignação ministerial. Apelação. Hipótese do artigo 581, inciso IV, do CPP. Aplicação da regra do art. 579 do CPP. Princípio da fungibilidade. Possibilidade. Preenchimento dos requisitos do recurso em sentido estrito. Inexistência de má-fé. Relator: Ministro FELIX FISCHER, data de julgamento: 02/02/2017, T5 - quinta turma. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/>. Acesso em: 21 de jan. 2023.



BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Pedido de reconsideração em agravo 208018 SP 2012/0153747-5**. Processo civil. Pedido de reconsideração em agravo. Pretensão recebida como agravo regimental. Promessa de compra e venda de imóvel. Rescisão contratual. Devolução das parcelas pagas. Razoabilidade na determinação do tribunal de origem de retenção de 20% a título de despesas administrativas. Devolução das parcelas pagas de forma parcelada. Abusividade. Dissídio jurisprudencial. Falta de cotejo analítico. Simples transcrição das ementas. Decisão agravada mantida. Relator: Ministro Sidnei Beneti, data de julgamento: 16/10/2012, T3 - terceira turma. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/>. Acesso em: 07 de jan. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial 1680168 SP 2017/0147426-8**. **Recurso especial. Processual civil**. Ação de exigir contas (CPC/2015, art. 550, § 5º). Decisão que, na primeira fase, julga procedente a exigência de contas. Recurso cabível. Manejo de agravo de instrumento (CPC, art. 1.015, II). Dúvida fundada. Fungibilidade recursal. Aplicação. Recurso provido. Relator: Ministro Marco Buzzi, data de julgamento: 09/04/2019, T4 - quarta turma. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/>. Acesso em: 13 de jan. 2023.

CARENHO, Fernanda Augusta Hernandes; GREGUI, Pedro Antônio Martins. A aplicação do princípio da fungibilidade recursal no código de processo civil de 2015. **TOLEDO**: Prudente Centro Universitário, São Paulo, v. 14, n. 14, p. 1-12, 2018. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/6998/67646983>. Acesso em: 08 de jan. 2023.

CARVALHO, Vinícius Bellato Ribeiro de. **Princípio da fungibilidade recursal: hipóteses de aplicação no cpc/2015**. Dissertação (Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual Civil), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2021. Disponível em: <https://ariel.pucsp.br/handle/handle/24097>. Acesso em: 11 de jan. 2023.

DESCARTES, Réne. **Discurso do método**: Tradução de Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2019.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil**. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 21. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

FREITAS, Ernani Cesar de; PRODANOV, Cleber Cristiano. **Metodologia do Trabalho Científico**: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico. 2. ed. Novo Hamburgo: Feevale, 2013.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.



GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Curso de direito processual civil**, volume 1: teoria geral e processo de conhecimento (1ª parte). 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

HELDEN, Gustavo André Gradashi Von. O princípio da fungibilidade nos procedimentos processuais. **Academia Brasileira de Direito Processual Civil**, Porto Alegre. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/GUSTAVO%20VON%20HELDEN-%20Vers%C3%A3o%20final.pdf>. Acesso em: 11 de jan. 2023.

MARÇAL, Felipe Barreto. Levando a fungibilidade recursal a sério: pelo fim da “dúvida objetiva”, do “erro grosseiro” e da “má-fé” como requisitos para a aplicação da fungibilidade e por sua integração com o CPC/15. **Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 22, n. 2, p. 204 - 220, mai./ago. 2020. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista_v22_n2/revista_v22_n2_204.pdf. Acesso em: 19 de jan. 2023

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**, tomo VII: arts. 496 a 538, atualização legislativa de Sergio Bermudes. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

NATO, Daniel Fernandes. O princípio da fungibilidade recursal no sistema processual civil. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Lisboa, n. 6, p. 501-523, ano 8 (2022). Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2022/6/2022_06_0501_0523.pdf. Acesso em: 11 de jan. 2023.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**: volume único. 14. ed. São Paulo: Juspodvim, 2022.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção Neves. **Manual de direito processual civil**: volume único. 5. ed. rev., atual, e ampl. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: MÉTODO, 2013.

PEREIRA, Rute Lopes de Araújo Tavares. **Do cabimento do princípio da fungibilidade na interposição de recursos**. Dissertação (Pós-Graduação em Direito Processual Civil), Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/rcursodeespecializacao_latosensu/direito_processual_civil/edicoes/n2_2014/pdf/RuteLopesdeAraujoTPereira.pdf. Acesso em: 08 de jan. 2023.

SILVA, de Plácido e. **Vocabulário Jurídico** / atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes. 31. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SILVA, Juvêncio Borges. O acesso à justiça como direito fundamental e sua efetivação jurisdicional. **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo, ano 3, v. 4, p. 478-503, jan./abr.2013. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/2648/2542>. Acesso em 27 de fev. 2023.



SILVA, Yan Viegas. **A aplicabilidade da fungibilidade recursal no código de processo civil de 2015**. Dissertação (Graduação em Direito), Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2019. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/199973>. Acesso em 26 de fevereiro de 2023.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. vol. III. 51. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. Vol. I. 59. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.