

FUNGIBILIDADE RECURSAL NO PROCESSO CIVIL - UM MODELO JURÍDICO IMPLÍCITO.

ANTÔNIO SILVEIRA NETO

Juiz de Direito e Professor da Universidade Estadual da Paraíba.

MARIO ANTONIO LOBATO DE PAIVA

Advogado e Professor da
Universidade Federal do Pará.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Ação e Recurso; 3. Conceito; 4. Aplicação do princípio da fungibilidade; 5. Requisitos; 6. Conclusão; 7 - Referências bibliográficas.

1 - INTRODUÇÃO

O tema deste estudo é de fundamental interesse para os aplicadores do direito processual civil, pois é capaz de proporcionar adequada solução para situações em que não seria possível a continuidade do litígio caso fosse mantido o apego extremo à forma.

Sem a utilização do princípio da fungibilidade estaria o julgador, em alguns casos, deixando de conhecer o conflito na sua plenitude e negando a garantia constitucional do acesso à justiça.

Deste modo, tratar-se-á neste ensaio sobre a identificação deste princípio na esfera recursal, seu conceito e pressupostos de aplicabilidade.

2 - AÇÃO E RECURSO

Sabe-se que a ação revela-se como um poder de provocar a função jurisdicional e dela participar com o intuito de obter um provimento judicial para uma situação jurídica assinalada no processo, constituindo-se num complexo de direitos, de ordem constitucional, a saber: 1) acesso à justiça; 2) acesso ao processo; 3) resposta fundamentada do órgão jurisdicional; 4) eficácia das medidas judiciais e 5) direito ao reexame da decisão judicial, no mesmo processo, por meio de recurso (Rocha, 1999:187).

Todavia, para que o Estado-juiz possa pronunciar-se sobre o direito invocado através da ação judicial, faz-se necessário verificar se a situação posta em juízo preenche um mínimo de requisitos que tornem admissível o próprio pronunciamento judicial, i.e., se há condições do órgão jurisdicional tornar possível uma solução para o caso.

Tais requisitos imprescindíveis para o exercício do direito de ação são chamados, como todos sabem, de condições da ação, que são três: possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade de agir e o interesse de agir. Com relação a esse último pressuposto, parte da doutrina entende que se o autor não ingressou com a ação adequada, nem escolheu o processo ou procedimento idôneo à obtenção da proteção judicial, deve ter sua pretensão indeferida sob o pálio da ausência de interesse na resposta judicial que também não seria adequada ao caso.

Ademais, sustentam que a forma de procedimento não está a disposição das partes, mas da Justiça, porquanto as regras processuais são de natureza pública e cabe ao Estado o exercício da jurisdição com o fim de preservar a ordem e paz social, pondo cobro aos conflitos e dando efetividade aos direitos.

Porém, o nosso sistema processual, embora discipline quais as situações que ensejarão os tipos de processos e seus respectivos ritos, apresenta certos dispositivos que suavizam o rigorismo das formas, pois, afinal, o objetivo do processo é resolver o mérito da causa.

Assim, o princípio da instrumentalidade das formas (CPC, art. 244) e a regra geral de que sempre se deve procurar a conversão ao rito adequado, sendo defeso ao juiz indeferir a inicial liminarmente a não ser quando impossível a adaptação ao rito (CPC, art. 295, V c/c art. 284), revelam que a ação se desenvolve sob os auspícios da garantia constitucional do acesso à justiça.

De igual modo, os recursos, conquanto apresentem pressupostos de admissibilidade, estão sujeitos a esses abrandamentos, que visam evitar o demasiado apego à forma que venha impedir o acesso à justiça em sua plenitude.

No entanto, necessário não olvidar que em nosso sistema jurídico não existe o instituto da fungibilidade de ações, a ensejar que o magistrado, ex officio ou a requerimento resultante de dúvida do autor, converta uma ação imprópria por outra, que seria a correta, mesmo em caso de erro escusável.

3 - CONCEITO

Fungibilidade significa, no conceito jurídico, a substituição de uma coisa por outra (Silva, 1993:336).

Por sua vez, o princípio da fungibilidade indica que um recurso, mesmo sendo incabível para atacar determinado tipo de decisão, pode ser considerado válido, desde que exista dúvida, na doutrina ou jurisprudência, quanto ao recurso apto a reformar certa decisão judicial.

Em outras palavras, ressalvados as hipóteses de erro grosseiro, a parte não poderá ser prejudicada pela interposição de um recurso por outro, devendo o processo ser conhecido pelo Tribunal ad quem (Código de Processo Civil de 1939, art. 810).

Contudo, para que o aludido princípio mereça incidência é imperiosa a presença dos requisitos da dúvida objetiva, inocorrência de erro crasso e tempestividade, sendo este último exigido por parcela majoritária da jurisprudência e inadmitida por certos juristas.

Antes de analisar esses pressupostos é de bom alvitre tecer algumas considerações sobre a existência do referido princípio no nosso ordenamento, em razão da ausência de dispositivo expresso sobre a matéria no Código de Processo Civil.

4 - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE

Perguntamos: é possível utilizar o princípio da fungibilidade em face do nosso sistema processual civil vigente, tendo em vista que não há regra positivada disciplinando a incidência de tal princípio?

Essa indagação, podemos afirmar com tranquilidade, encontra-se superada tanto pelos tribunais que vêm aplicando o princípio como pela doutrina que reconhece a sua existência.

Mas qual o fundamento jurídico capaz de reconhecer o princípio que antes vigorava através de norma expressa e na atual sistemática processual civil não está posto no ordenamento?

Os doutrinadores explicam a aparente lacuna jurídica por meio da própria hermenêutica que emprega uma metodologia voltada para a coerência do sistema, de maneira a torná-lo mais flexível.

Assim, entendendo o direito como ciência, partimos da idéia de que o ordenamento jurídico não se resume a um emaranhado de normas positivadas, mas de um corpo de normas e conceitos que visam proporcionar certeza e coerência ao Direito.

Em última instância, tais conceitos se consolidam em princípios. Ensina-nos Miguel Reale que os princípios jurídicos "são 'verdades fundantes' de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da praxis" (Reale, 1995:299).

Os princípios jurídicos são de extrema importância para o direito, pois são através deles que se forma uma verdadeira rede de paradigmas suficientemente capazes de resolver as questões teóricas e práticas. Os princípios são reconhecidos como critérios informadores do Direito. Simonius, citado por Reale, assevera que o Direito em vigor está imbuído de princípios até suas ramificações finais (Reale, 1995:300).

Com efeito, o conjunto normativo de determinado campo do direito deve ser compreendido à luz de seus princípios reitores. Alguns deles são reconhecidos pelo próprio legislador outros inferidos do próprio corpo normativo.

Por seu turno, Celso Ribeiro Bastos preleciona que “é extremamente mais grave a lesão a um princípio do que o ferimento a uma norma isolada. Esta pode significar um aspecto menor, secundário, do direito administrativo; entretanto, a lesão ao princípio consiste em ferir as próprias estruturas desse direito, a ossatura que compõe esse feixe normativo” (BASTOS, 1996:23).

Deste modo, é crível depreender que o Direito se vale de princípios com o objetivo de melhor adaptar as regras jurídicas à realidade social, sendo que os princípios não precisam estar expressos em normas, podem ser inferidos do sistema.

Fala-se, então, em princípios jurídicos implícitos, “que não precisam ser estabelecidos explicitamente, senão que também podem ser derivados de uma tradição de normas detalhadas e de decisões judiciais que, para o geral, são expressões de concepções difundidas acerca de como deve ser o direito” (R. Alexy apud Rothenburg, 1999:55).

Cumpra, ainda, observar que a existência dos princípios implícitos, como é o caso da fungibilidade recursal, deduz-se por via da hermenêutica; na internalidade do ordenamento.

Neste diapasão, colacionamos a lição de Carlos A. Sundfeld que faz a seguinte advertência: “Fundamental notar que todos os princípios jurídicos, inclusive os implícitos, têm sede direta no ordenamento jurídico. Não cabe ao jurista inventar os ‘seus princípios’, isto é, aqueles que gostaria de ver consagrados; o que faz, em relação aos princípios jurídicos implícitos, é sacá-los do ordenamento, não inseri-los nele” (apud Rothenburg, 1999:57).

Portanto, parte da indagação inicial encontra-se respondida, donde se conclui que é possível a existência do princípio da fungibilidade, independente de regramento legal explícito, vez que se trata de princípio implícito.

Resta saber a matiz principiológica ou normativa da fungibilidade recursal, em razão da sua condição implícita no processo civil.

O Código de Processo, na esteira das legislações modernas de outros países, adotou o princípio da instrumentalidade das formas e dos atos processuais, consoante se vê do seu art. 244.

Segundo esse preceito “o ato só se considera nulo e sem efeito se, além de inobservância da forma legal, não tiver alcançado a sua finalidade” (Theodoro, 1996:282). O interesse é no objetivo do ato, não no ato em si mesmo.

Ora, é certo que o Código de Processo Civil privilegia o respeito as formalidades procedimentais (sistema da legalidade das formas) com vistas a impedir a desordem, a confusão e a incerteza no processo.

Todavia, o apego extremo a solenidade e a legalidade depõe contra a própria segurança que se pretende buscar com a formalidade, pois esta pode levar a ineficiência da prestação jurisdicional.

Assim, o princípio da instrumentalidade das formas é de fundamental importância para proporcionar uma maior racionalidade ao sistema processual, evitando-se o excesso de formalismo e privilegiando a finalidade do ato.

Nesse passo, depreende-se que o princípio da fungibilidade tem estreita relação com o art. 244 do CPC que positivou o princípio da instrumentalidade das formas, pois objetiva justamente evitar o formalismo e preservar o ato processual que em seu conteúdo atingiu sua finalidade, acatando-se “um recurso por outro, quando preservados os requisitos de conteúdo daquele que seria o correto” (Theodoro, 2000:169).

Logo, a fungibilidade recursal é princípio decorrente da instrumentalidade das formas e dos atos processuais, nele encontrando validade.

Tal entendimento coaduna-se com a lição do professor Humberto Theodoro Júnior, quando assevera que a interposição de um recurso incorreto “resolve-se em erro de forma; e, para o sistema de nosso Código, não se anula, e sim adapta-se à forma devida, o ato processual praticado sem sua estrita observância” (Idem, *ibidem*).

Por essas razões, o princípio da fungibilidade é perfeitamente aplicável no âmbito do processo civil.

5 – REQUISITOS

O Código de Processo Civil passado, Decreto-Lei nO. 1.608, de 18 de setembro de 1939 em seu artigo 810 estatuiu 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.”

No direito anterior a este Código, determinados Estatutos processuais, a exemplo o de Minas Gerais, permitiam que, se a jurisprudência da Corte Recursal tivesse dúvida no que concerne ao apelo adequado, se transformasse a decisão colegiada em diligência, para o recorrente, se desejasse, retificar o equívoco de interposição e prosseguir no processo do apelo adequado, de acordo com sua pretensão e previsão legal.

O artigo 810 do Código de Processo Civil de 1939 deu um passo a frente em seu tempo quando previu a admissibilidade de correção do apelo erroneamente interposto deixando para trás várias restrições do passado, mantendo apenas a vedação da correção no caso de má-fé ou erro grosseiro do litigante recorrente.

Sanado o erro o Tribunal poderia então, conhecer do apelo, como se tivesse sido interposto o cabível, sem necessitar converter o julgamento em diligência, para o recorrente corrigir o erro de interposição. Assim o julgador de segunda instância converteria no recurso apropriado o recuso incabível e como tal mandaria processá-lo.

No entanto, conforme jurisprudência da época, tal conversão só era permitida quando o recurso próprio estava dentro de seu prazo quando o outro foi interposto. Sob pena de que a solução contrária esbarraria no obstáculo de já haver a sentença transitado em julgado, constituindo direito adquirido da parte.

No Código atual, o legislador foi extremamente infeliz quando não previu a fungibilidade dos recursos, como fazia o Código de 1939. Daí o aplicador do direito ter que recorrer ao artigo 244 do Código de Processo Civil vigente para que não rejeite o recurso por erro, exatamente pela possibilidade de uma forma poder ser trocada pela outra evitando assim qualquer repercussão jurídico-processual.

Embora reconhecida pela doutrina e jurisprudência, a fungibilidade recursal deve atender certos requisitos de aplicabilidade para que a sua incidência não resulte em conflito com outros preceitos processuais, v.g., o princípio da singularidade recursal.

O primeiro e mais importante requisito de admissibilidade do princípio é aquele que exige a ocorrência de dúvida objetiva sobre qual o recurso a ser interposto. Existirá dúvida objetiva quando a doutrina ou jurisprudência divergirem no tocante ao recurso cabível contra determinada espécie de ato judicial.

Destarte, para a aplicação do princípio da fungibilidade é imperioso verificar se o recorrente teria razões para duvidar qual seria o recurso adequado. Tal análise não se baseará em critérios subjetivos, mas em precedentes judiciais ou doutrinários.

Importa esclarecer que o princípio da fungibilidade não poderá ser aplicado quando a parte interpõe recurso em manifesto desacordo com a lei que determinava de maneira expressa qual o recurso cabível, v.g., quando se atíça recurso extraordinário para o STJ, ao invés do especial. Essa conduta configura erro grosseiro que afasta por completo a incidência do prefalado princípio.

O último pressuposto de aplicação da fungibilidade recursal reside na observância do prazo, i.e., da tempestividade do recurso. Sempre que o recurso erroneamente interposto apresentar um prazo maior do que

aquele que seria o adequado, a maioria da doutrina e jurisprudência entende que não se deve receber o recurso, tendo em vista o fenômeno da preclusão.

Todavia, alguns processualistas de renome, como Tereza Arruda Alvim e Nelson Nery Júnior, defendem a tese de que a intempestividade não pode ser motivo para a rejeição da incidência do princípio da fungibilidade, pois, se o erro é justificável, a fungibilidade valida a impugnação segundo os requisitos do recurso interposto (SIMARDI FERNANDES, 1999:439).

Encontramos, ainda, algumas decisões que vêm admitindo a aplicação do princípio da fungibilidade independente do requisito da tempestividade (RSTJ 30/474 e RT 127/244).

Outrossim, não se pode exigir do recorrente que se valha de prazo menor do recurso que não aviou, pois havendo dúvida objetiva, a parte, por uma questão lógica, irá observar o prazo do recurso efetivamente interposto. “a regra da fungibilidade é ditada no interesse da parte” (Nery Junior, 2000:142).

Logo, deve-se utilizar a fungibilidade recursal sempre que, ao promover o recurso impróprio, a parte demonstre a existência de dúvida fundada na doutrina ou jurisprudência quanto ao recurso correto.

6 - CONCLUSÃO

Do exposto, verificamos que o princípio da fungibilidade encontra-se presente no nosso ordenamento, mesmo sem disciplinamento normativo, pois trata-se de princípio implícito.

Todavia, faz-se imperioso, por uma questão de respeito à lógica jurídica, identificar a origem do citado princípio, pelo que restou demonstrado que a fungibilidade recursal é princípio decorrente da instrumentalidade das formas e dos atos processuais.

Não basta reconhecer a existência da fungibilidade recursal, deve-se verificar em quais situações ela pode ser aplicada. Por isso, a doutrina e jurisprudência arrolaram três requisitos de incidência: 1) Dúvida objetiva sobre qual recurso deve ser ajuizado; 2) Inexistência de erro grosseiro; 3) tempestividade.

Quanto ao último pressuposto, alguns juristas de escol divergem sobre a sua real necessidade, em virtude da irrelevância do prazo com a substituição plena de um recurso por outro que a fungibilidade impõe.

Por fim, reconhecemos que o princípio da fungibilidade recursal é de alta relevância para a garantia do acesso à justiça.

7 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Administrativo. 2a. ed., São Paulo: Saraiva, 1996.

CARVALHO SANTOS, J. M. Código de Processo Civil Interpretado. 4a. ed., Volume IX, São Paulo: Freitas Bastos, 1955.

FADEL, Sergio Sahione. Código de Processo Civil Comentado. 3a. ed., Tomo II, São Paulo: editor José Kofino, 1975.

LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. Direito Processual Civil Brasileiro. 2a. ed. revista, aumentada e atualizada, Volume III, Rio de Janeiro: Forense, 1959.

NERY JUNIOR, Nelson. Princípios Fundamentais - Teoria Geral dos Recursos. 5a. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 22a. ed., São Paulo: Saraiva, 1995.

ROCHA, José de Albuquerque. Teoria Geral do Processo. 4a. ed., São Paulo: Malheiros, 1996.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Princípios Constitucionais. Porto Alegre: Fabris, 1999.

SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. 3a. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1993.

SIMARDI FERNANDES, Luís Eduardo. O Princípio da Fungibilidade Recursal, in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, NERY JUNIOR, Nelson (org.). Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis de Acordo com a Lei 9.756/98. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. O Processo Civil Brasileiro no Limiar do Novo Século. Rio de Janeiro: Forense, 1999.