ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas

DIREITO E LIBERDADE

BREVE ANÁLISE SOBRE O PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL NO PROCESSO CIVIL COMO MECANISMO DE CELERIDADE E EFETIVIDADE PROCESSUAIS

BRIEF ANALYSIS OF THE CIVIL PROCEDURE'S PRINCIPLE OF FUNGIBILITY OF APPEALS AS MECHANISM OF PROCEDURAL CELERITY AND EFFECTIVENESS

Robinson Luís Duarte Barbosa*

RESUMO: Embora não se encontre inserido expressamente na legislação processual, a doutrina e a jurisprudência firmaram posição no sentido de que o princípio da fungibilidade na esfera recursal se encontra presente no Código de Processo Civil de maneira implícita. Por conseguinte, referido princípio tem sido aplicado na sistemática recursal brasileira, por todos os tribunais, inclusive pelo STF, proporcionando soluções mais rápidas e racionais para os litígios e contribuindo assim para a economia e efetividade processual. Nesse aspecto, o princípio da fungibilidade tem sido aplicado pelos magistrados com o intuito de remover entraves na prestação jurisdicional desde que observadas as hipóteses necessárias para o seu perfeito manejo. Nesse ângulo, a fungibilidade recursal enseja um desapego às formalidades exacerbadas, trazendo como conseqüência a celeridade e efetividade processuais.
Palavras-chave: Recurso. Fungibilidade recursal. Processo Civil. Celeridade. Efetividade.

ABSTRACT: Although it is not explicitly inserted in the procedural legislation, the doctrine and jurisprudence have set a position towards the principle of fungibility in the appellate area which is present in the Code of Civil Procedure implicitly. Therefore, this principle has been applied in the Brazilian appellate system by all courts, including the Supreme Court, providing faster and more rational solutions to disputes and thereby contributing to the economy and procedural effectiveness. In this aspect, the principle of fungibility has been applied by judges in order to remove obstacles in the adjudication as long as they meet the assumptions necessary for its perfect handling. So, the appeals fungibility requires a detachment from the exacerbated procedures, causing the celerity and the effectiveness of the procedure.
Keywords: Appeal. Appellate Fungibility. Civil Procedure. Celerity. Effectiveness.

* Acadêmico do 8º período de Direito da Universidade Potiguar- Campus de Mossoró-RN.

1 INTRODUÇÃO

O tema deste estudo é de fundamental importância para os profissionais do Direito Processual Civil, uma vez que os recursos proporcionam, ao sucumbente, uma revisão do julgado dentro de certos limites e mediante o atendimento a determinadas exigências, sem que isso implique o controle da atividade jurisdicional.

O princípio da fungibilidade, bastante aplicável na dinâmica recursal, tem o condão de validar o ato que tenha assumido forma diferente daquela prevista na norma, desde que tenha sido alcançada sua finalidade, sem que esse fato implique em prejuízo da parte contrária. Assim, tal princípio pressupõe um desapego às formas, visando a solucionar os conflitos de maneira adequada, mormente nas situações em que não seria mais possível dar continuidade ao litígio, uma vez que, por ocasião da interposição dos recursos, devem ser observados os requisitos subjetivos que dizem respeito às pessoas legitimadas, e que têm o interesse de recorrer, bem como os requisitos objetivos que tratam das formalidades inerentes ao próprio recurso.

O Princípio da Fungibilidade recursal proporciona o conhecimento do conflito em sua plenitude, garantindo o acesso à justiça, além de se apresentar como um mecanismo de prestação jurisdicional sob o ângulo de uma manifestação revisional menos formalista do julgado, objetivando proporcionar celeridade e efetividade ao processo civil.

Desse modo, trataremos, na abordagem desse tema, breves aspectos relativos ao estudo dos recursos, salientando a importância da aplicação do Princípio da Fungibilidade Recursal.

2 CONCEITOS E DEFINIÇÕES DE RECURSOS

No entendimento de Batista (2000, 307), a idéia do vocábulo *recurso* vem do latim (do verbo *recursare*), e significa correr para trás.

Barbosa Moreira, (*apud* Batista, 2000, p. 307), dá uma definição, bastante abrangente, de recurso: "Recurso é o remédio voluntário idôneo a ensejar, dentro do mesmo processo, a reforma, invalidação, o esclarecimen-

to ou a integração de decisão judicial que se impugna".

Recurso, portanto, é um instrumento processual voluntário utilizado pela parte sucumbente, visando à reforma, anulação ou esclarecimentos do ato decisório impugnado, antes da formação da coisa julgada. São meios que possibilitam não o controle da atividade do juiz, mas que propiciam, ao vencido, a revisão do julgado, na mesma instância ou na superior. Em sentido amplo, é um instrumento de correção.

Ensina Facci (2003) que:

> A natureza do recurso é de um ato de vontade, que supõe-se sempre contrariado com o quanto decidido no processo. Não é por outra razão que não se faz correto atribuir a qualidade de recurso ao reexame necessário, também conhecido como duplo grau de jurisdição obrigatório, regulado pelo artigo 475 do estatuto processual civil, exatamente por não possuir caráter de voluntariedade.

A doutrina majoritária entende que a natureza do recurso surge como um prolongamento do direito de ação, agora na fase recursal. Daí temos que, por ocasião da interposição do recurso, a relação processual já existe. Resumidamente, Gabriel Rezende Filho (apud Theodoro Junior, 2003, p. 502) apresenta duas razões que sintetizam a origem dos recursos processuais: "a) a reação natural do homem, que não se sujeita a um único julgamento; b) a possibilidade de erro ou má-fé do julgador". A primeira deriva de fatores intrínsecos à natureza humana. A segunda decorre de que o juiz não é um ser prefeito, estando sujeito a falhas.

O recurso, em regra, surge e se desenvolve sempre no mesmo processo em que a decisão atacada foi proferida. Nesse desiderato, a parte, ao recorrer, não propõe uma nova ação, apenas dá continuidade a esta, em uma nova fase. No entanto, quando se diz que o recurso se desenvolve na mesma relação jurídica processual, esta não implica dizer que inexiste procedimento destacado do processo principal. Há hipóteses em que o recurso interposto tramitará em autos apartados da ação principal, não ensejando, porém, novo processo, mas um mero desdobramento procedimental, como

ocorre no agravo de instrumento.

Acrescenta ainda Facci (2003) que Barbosa Moreira sintetizou de maneira bastante apropriada em relação aos resultados que os recursos interpostos podem alcançar:

> O caso mais comum é aquele em que a interposição do recurso visa à reforma da decisão recorrida; isto é, visa a obter do órgão ad quem a formulação, para a hipótese, de regra jurídica concreta diferente daquela formulada pelo órgão *a quo*. Muitas vezes, porém, o que daquele se pretende é simplesmente que se invalide, elimine, casse o pronunciamento emitido, para que, posteriormente, outro o substitua: assim na apelação fundada em suposto vício processual. Ao esclarecimento ou à integração da decisão recorrida tendem os embargos de declaração.

3 REQUISITOS PARA RECORRER

Interposto o recurso em determinada hipótese, necessário se faz averiguar se foram cumpridos todos os requisitos ou pressupostos que norteiam o procedimento. Esclarece Theodoro Júnior (2003, p. 508) que "subjetivamente esses requisitos dizem respeito às pessoas legitimadas a recorrer", referindo-se ao interesse e a legitimidade do recorrente. Ausente um deles, o recurso não poderá ser conhecido.

A interposição de recurso não é obrigação. É ônus. Assim, o interesse de recorrer, segundo Rocha (2002, p. 293), deriva do prejuízo jurídico que implicou a decisão judicial, ou seja, da sucumbência. Para se propor o recurso, deve-se verificar o teor do dispositivo da decisão atacada, devendo-se tratar apenas de fato real e não de afirmação de violação ou ameaça de violação de direito. Para obter algum proveito, o recorrente precisa demonstrar a necessidade, e a utilidade, de propor o recurso.

A Lei processual em vigor preceitua em seu art. 499, *caput*, que têm legitimidade para recorrer: a parte vencida, o terceiro prejudicado e o Ministério Público.

No caso da parte, tem legitimação para recorrer apenas a que na

fase anterior do processo sofrer os efeitos da sucumbência. Já o Ministério Público, segundo Theodoro Junior (2003, p. 507), tem legitimidade para recorrer no processo em que é parte, bem como no que participa na função de *custos legis* (art.499, §2º, CPC), apesar de não necessitar demonstrar o interesse de recorrer. No que concerne ao terceiro interessado, acrescenta Theodoro Junior (2003, p. 507) que são aqueles que mantêm relação jurídica com a parte assistida, e que poderão sofrer algum prejuízo em face do resultado adverso no litígio (art. 50 e 499 §1º, CPC). O terceiro que recorre em processo alheio, apenas para ajudar a parte assistida, não pode defender direito próprio que exclua o direito dos litigantes, salvo na oposição (art. 56).

Preceitua ainda, Theodoro Júnior (2003, p. 508), que os pressupostos objetivos são: "a) a recorribilidade da decisão; b) a tempestividade do recurso; c) a singularidade do recurso; d) a adequação do recurso; e) o preparo; f) a motivação; g) a forma."

Analisaremos, brevemente, os pressupostos objetivos dos recursos, quais sejam: a) recorribilidade da decisão, que decorre do fato de que a nem todo ato decisório cabe recurso. Existem pronunciamentos judiciais, como os despachos, que não são suscetíveis de impugnação através de recursos; b) a tempestividade do recurso consiste em exercer o direito de recorrer dentro do prazo estabelecido na lei, sob pena de preclusão, salientando-se que referido prazo é peremptório; c) a singularidade do recurso decorre do princípio da uni-recorribilidade, que veda a interposição concomitante de mais de um recurso para atacar um único ato decisório; d) adequação do recurso consiste em receber um recurso por outro; e) o preparo refere-se ao pagamento das despesas processuais oportunamente, além das custas e gastos com remessa e retorno necessários ao deslocamento do processo; f) a motivação consiste no ônus do recorrente em fundamentar suas razões para impugnar o ato decisório e por último g) a forma preconizada na lei e que se exige na preparação do recurso, deverá ser feita através de petição obedecendo ao vernáculo jurídico, sendo vedada a forma oral ou mediante simples cota no processo, exceto algumas situações no agravo retido.

Nery Júnior (2003, p. 496), de forma simplificada, ensina que, além

dos princípios da singularidade e da fungibilidade, já abordados, integram a Teoria Geral dos Recursos os princípios do duplo grau de jurisdição, da taxatividade e da proibição da *reformatio in pejus.*

No que diz respeito ao duplo grau de jurisdição, este consiste na possibilidade de a decisão guerreada ser apreciada por outro órgão de grau hierarquicamente superior; a taxatividade decorre do fato de que somente são considerados recursos os meios de impugnação relacionados, expressamente, na Lei Processual e, por último, a proibição da *reformatio in pejus* decorre da vedação de se impor ao recorrente penalidade maior que a constante na decisão atacada.

Tais princípios devem ser aplicados pelos magistrados, objetivando suavizar o rigorismo das formas, de maneira mais favorável à admissão dos recursos interpostos, observando os limites impostos pela Constituição, uma vez que, segundo Rocha (2002, p. 292), o direito ao recurso é garantido expressamente pela Lei Maior, em seu artigo 5º, XXXV e LV, dentre outros, e de forma implícita na própria organização do Judiciário.

4 EFEITOS DOS RECURSOS

Com a interposição do recurso, este poderá produzir os seguintes efeitos: impedir a preclusão ou o trânsito em julgado da decisão guerreada; conceder poder ao órgão *ad quem* para examinar a matéria atacada, podendo mantê-la ou reformá-la; e suspender os efeitos do ato impugnado, impedindo a eficácia da decisão.

O primeiro efeito acima citado é comum e natural a todos os recursos, desde que admissíveis. Consiste no ato de impedir que a decisão seja alcançada pela coisa julgada, formal e material, o que ocorreria fatalmente ao final do prazo recursal, caso não se tivesse apresentado o recurso oportunamente. Deve-se ressaltar que, conforme Greco Filho (2003, p. 302), existem decisões irrecorríveis, e que, por conseguinte, não precluem no curso do processo, além do que há também decisões que tratam de matéria de ordem pública, podendo aquelas ser sempre examinadas, enquanto a sentença não transitar em julgado, o que, conseqüentemente, implicaria a preclusão máxima.

O segundo efeito, que decorre do primeiro, é denominado devolutivo, e

se manifesta pela transferência para o órgão *ad quem,* do conhecimento da matéria decidida pelo juízo *a quo* e, efetivamente, impugnada pelo recorrente. Daí, segundo Nery Júnior (2003, p. 496), esse princípio é a própria manifestação do princípio dispositivo, de vez que obsta que o tribunal conheça de qualquer matéria estranha ao pedido do recorrente (CPC 128 e 460). Dessa forma, regra geral, o ordenamento jurídico veda o julgamento *extra, citra* ou *ultra petita.* Excluem-se, dessa regra, as matérias de ordem pública que podem ser apreciadas *ex officio*.

É importante observar que nem todo recurso tem efeito devolutivo, pois somente ao órgão diverso do que exarou a decisão impugnada. Assim, excepcionalmente, se a norma atribuir competência ao próprio órgão que emitiu o ato jurisdicional, para apreciar o recurso, conseqüentemente este não aplicará esse efeito. É o que ocorre com os embargos de declaração.

O terceiro e último efeito, chamado de suspensivo, consiste em prorrogar a produção dos efeitos da sentença impugnada, prolongando, dessa forma, o estado de ineficácia da decisão, até que ela transite em julgado. Segundo Moreira (2001, p. 123), a "interposição do recurso não faz cessar efeitos que já se estivessem produzindo, apenas prolonga o estado de ineficácia em que se encontra a decisão pelo simples fato de estar sujeito à impugnação através do recurso". Porém, em regra, os recursos são dotados de efeito suspensivo, exceto se a lei, expressamente, negar a suspensividade ao recurso. Assim, a apelação(salvo os casos do art. 520, CPC) e os embargos infringentes têm efeito suspensivo

Os ensinamentos de Alexandre Câmara, citado por Facci (2003), preceituam que:

> O mero fato de a decisão ser recorrível através de 'recurso suspensivo', isto é, estar sujeita a recurso dotado deste efeito, já é capaz de impedir a produção de seus efeitos. Uma vez interposto o recurso, este estado de ineficácia permanece até o julgamento da impugnação. Decorrido o prazo previsto em lei sem que o recurso seja interposto, a decisão poderá, aí sim, passar a produzir efeitos.
> Entender de outro modo seria admitir que a decisão produzisse efeitos entre sua publicação e a interposição do recurso, admitindo-se, mesmo, o início de uma execução provisória entre aqueles dois termos, o que repugna ao sistema processual brasileiro.

Alguns recursos previstos na Lei Processual produzem, normalmente, o efeito suspensivo do ato decisório atacado, como é o caso da apelação que impede a imediata execução da sentença. Em conseqüência, a regra geral é que a apelação tenha o duplo efeito: devolutivo e suspensivo (art. 520, CPC), só havendo exceção nos casos em que houver previsão legal expressa a respeito, tal como ocorre no art. 520 do CPC, que estabelece sete hipóteses em que se concebe receber a apelação no só efeito devolutivo. Segundo Theodoro Junior (2003, p. 513), "omissa a regulamentação a respeito do tema, o recurso terá de produzir a natural eficácia suspensiva, o que ocorre, por exemplo, nos embargos de declaração".

A norma estabelece que, mesmo nas sete hipóteses do art. 520, CPC, já mencionado, caso os efeitos da sentença possam causar ao recorrente dano grave ou de difícil reparação, a requerimento do apelante o magistrado fica autorizado a aplicar o art. 558, parágrafo único, do CPC, e a suspender o cumprimento da decisão, até que a câmara ou turma julgue definitivamente a apelação. Nery Junior (2003, p. 496) expressa o entendimento da doutrina majoritária a esse respeito, nos ensinando que: "A norma admite a concessão de efeito suspensivo às apelações, que, excepcionalmente, não têm (CPC 520). Em outras palavras, o artigo 558 do CPC, parágrafo único anula a regra de exceção do artigo 520 do CPC, fazendo com que se retorne à regra geral, segundo a qual a apelação deve ser recebida no duplo efeito".

No que se refere ao agravo, este, em regra, não produz efeito suspensivo. Porém, o magistrado poderá suspender a eficácia do ato decisório impugnado, aplicando o já mencionado art. 558, caput, CPC.

5 JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE E JUÍZO DE MÉRITO

Em todo provimento jurisdicional deve-se examinar-lhe a pertinência e legitimidade, em face de que, além da relação jurídica de direito material, a atividade jurisdicional produz uma nova relação jurídica entre os demandantes e o Estado.

Somente depois de analisar minuciosamente se a decisão que será proferida atende às exigências impostas pelo próprio processo é que o juiz apreciará o mérito das postulações das partes, julgando procedente ou improcedente os pedidos.

Com os recursos, ocorre procedimento idêntico. Há a exigência de ave-

riguar previamente se o recurso é possível numa determinada hipótese, e se o recorrente preencheu os requisitos prescritos pela norma, com o intento de que o órgão competente venha a examiná-lo e, finalmente, julgá-lo. Esses requisitos, segundo Moreira (2001, p. 101), podem ser classificados em intrínsecos e extrínsecos. São intrínsecos os que integram a essência do recurso, como por exemplo, o cabimento, que consiste na recorribilidade do ato e na adequação do recurso ao caso; e os extrínsecos, os que não configuram a essência do recurso, como a ausência da coisa julgada. Destarte, esse exame preliminar da presença no recurso é denominado de Juízo de Admissibilidade, que se antepõe ao Juízo de Mérito, de maneira que, constatada a inadmissibilidade do recurso, por faltar algum de seus requisitos, não será apreciado o mérito do recurso interposto.

Após decidir favoravelmente ao recorrente no que pertine à admissibilidade, o Juiz ou Tribunal apenas declara cabível o recurso. Passada essa fase, será feito o exame para julgá-lo procedente ou improcedente, dando-se provimento ao não. Caso o exame dos pressupostos leve o juízo de admissibilidade a entender que o recurso não é cabível, diz-se que o recurso não foi conhecido.

Ocorre, quanto ao juízo de admissibilidade, o fenômeno da dupla competência, ou seja, o exame da admissibilidade dar-se tanto no órgão *a quo,* de forma provisória, quanto no *ad quem,* definitivamente.

O juízo de mérito consiste em dar ou negar provimento ao recurso. Caso seja dado provimento ao recurso, tem-se como conseqüência que o julgamento originário foi alterado. Caso se negue provimento ao recurso, obviamente a decisão guerreada será mantida. No entanto, ocorrem situações em que o órgão revisor mantém, ou reforma, *in totum* ou em parte a decisão impugnada.

O mérito do recurso, como pronuncia doutrinariamente Theodoro Junior (2003, p. 516), não se confunde com o mérito da causa que reporta aos pedidos elencados na prefacial. No caso específico dos recursos, subsiste um pedido que evoca o reexame da decisão vergastada e, por conseguinte, a prolação de um novo julgamento.

6 ADEQUAÇÃO DO RECURSO

Segundo Nery Junior (2003, p. 516), fungibilidade é o princípio

pelo qual se permite a troca de um recurso por outro: o tribunal pode reconhecer do recurso erroneamente interposto.

O vocábulo *princípio* provem do latim '*principium*', o que significa começo, origem ou base. Os princípios são de importância fundamental para o Direito. Eles norteiam a adaptação das regras jurídicas à realidade social, ajudando a resolver questões teóricas e práticas, desde que se encontrem explícitos ou implícitos no sistema jurídico, não sendo, portanto, condição *sine qua non* a sua presença na norma, de forma expressa. No entanto, ensina Sundfeld, citado por Silveira Neto (2003), que é vedado ao jurista inventar "princípios novos", sendo-lhe, entretanto, permitido utilizar apenas os princípios jurídicos já existentes no ordenamento, ainda que de forma implícita.

Bandeira de Mello (*apud* ESTURILIO 2005) ensina que:

> Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá harmônico.

Fungibilidade significa substituição de uma coisa por outra. No próprio Código Civil, em seu art. 50, coisa fungível é aquela coisa que pode ser substituída por outra da mesma espécie, qualidade e quantidade.

Nesse desiderato, o princípio da fungibilidade, de origem alemã, possibilita que se venha a admitir como adequado o recurso interposto com denominação diferente, nos casos em que haja hesitação na esfera doutrinária ou jurisprudencial, desde que ele esteja revestido de requisitos da espécie cabível, não tenha ocorrido erro grosseiro, bem como ter sido observado o prazo recursal previsto em lei.

Ao tratar do tema em curso, Godoy (2003) enfatiza que o princípio da fungibilidade recursal já teve previsão expressa no CPC de 1939, em seu artigo 810, quando ausentes de má-fé ou erro grosseiro na situação concreta. Entretanto, esses pressupostos eram subjetivos por demais, tornando a sistemática recursal bastante complexa o que contribuiu para que o legislador não previsse expressamente o citado princípio no CPC de

1973. Porém, a doutrina e a jurisprudência fundamentadas principalmente no princípio da instrumentalidade das formas aliadas à simplificação dos procedimentos recursais estatuídos com o CPC de 1973 fizeram ressurgir, ainda que de forma implícita, a regra da fungibilidade. No entanto, foram criados alguns requisitos para a adoção desse favor processual, com o intuito de reduzir as hipóteses do reconhecimento de tal peculiaridade.

Apesar do princípio da fungibilidade não constar expressamente na atual sistemática processual civil, a hermenêutica preenche essa aparente lacuna, tornando mais flexível o sistema jurídico na busca constante de técnicas que, por sua natureza, se aproximam do conceito jurídico de justeza. Por conseguinte, a fungibilidade constitui-se manifestação revisional do julgado, sob um ângulo menos formalista, imprimindo assim mais celeridade e efetividade à entrega da prestação jurisdicional, além da garantia Constitucional do acesso à justiça, e a observância do princípio da instrumentalidade das formas (art. 244 e 249 CPC), o qual estabelece que, caso o ato tenha atingido sua finalidade, não será ele passível de nulidade.

Porém, segundo Theodoro Junior (2003, p. 511), para que o princípio da fungibilidade prevaleça no caso concreto, a jurisprudência atual predominante, inclusive a do STF, definiu a necessidade da presença de determinados requisitos, quais sejam: não ter ocorrido a preclusão(tempestividade) e a inexistência de erro grosseiro cometido na escolha do recurso. Este é o entendimento do Ministro do STF Eros Grau, em decisão que transcrevemos a seguir:

> DECISÃO: (PET SR/STF n. 96.438/2004) O Regimento Interno do STF admite a oposição de embargos de declaração apenas em relação às decisões colegiadas (artigo 337). Atendendo ao princípio da fungibilidade recursal e considerando os precedentes jurisprudenciais (AI n. 181.870-AgR-ED, Relator o Ministro Carlos Velloso, DJ de 31.10.96), determino a conversão destes embargos declaratórios em agravo regimental. À Secretaria para as providências pertinentes. Brasília, 26 de setembro de 2005. Ministro Eros Grau – Relator (BRASIL, 2005).

O primeiro requisito serve para impedir, principalmente, que o recorrente

utilize o recurso cujo prazo for mais elástico no lugar daquele outro de prazo mais reduzido, evitando-se a perda da oportunidade de atacar a decisão prolatada, e consistindo tal ato em má-fé. Assim, havendo dúvida quanto ao recurso a ser interposto, o que normalmente ocorre hodiernamente à opção entre a apelação e o agravo, para que fique demonstrada a boa-fé, é necessário que o recorrente interponha o recurso que julgue cabível, dentro do menor prazo concedido nas hipóteses possíveis. Este é o entendimento jurisprudencial majoritário, que aplica a fungibilidade somente se o recurso tiver sido interposto no prazo reduzido, em 10 dias. Alguns juristas, dentre eles Nelson Nery Junior, são contrários a essa tese e defendem que a exigência de a apelação ser interposta no prazo "menor" de 10 dias, e não no prazo de 15(quinze) dias, é negar ao recorrente a aplicação do princípio da fungibilidade além de ofender o princípio Constitucional do acesso à justiça. Todavia, esse entendimento é minoritário, de vez que, em sentido contrário, a parcela majoritária da jurisprudência entende não haver, nesse caso, ofensa ao pré-falado princípio Constitucional.

Uma questão determinante para a escolha de um recurso adequado para atacar um pronunciamento judicial é a análise do conteúdo e da finalidade a que se presta, e não a forma que o magistrado utilizou para proferi-lo. Mesmo assim, constata-se, na prática, a existência de dúvidas quanto ao tipo de procedimento jurisdicional exarado e, por conseqüência, do recurso correto a ser interposto para impugná-lo.

A existência de erro grosseiro ocorre quando o recurso interposto contraria expressa indicação legal quanto ao aplicável à espécie. Na hipótese em que os doutrinadores e a jurisprudência divergem, acentuadamente, sobre qual recurso deva ser manejado em determinado caso, não haverá erro grosseiro e, portanto, admite-se a aplicação do princípio da fungibilidade. Segue esse entendimento o Ministro do STF Celso de Melo, cujo recente julgado no agravo de instrumento nº 490.412-6-SP assim decidiu:

> EMENTA: Não cabe recurso de agravo contra decisão proferida por órgão colegiado do Supremo Tribunal Federal. Tratando-se de erro grosseiro, revela-se inaplicável o princípio fungibilidade recursal. Precedentes. Agravo de que não se conhece (BRASIL, 2005).

O sistema recursal brasileiro constitui-se um forte instrumento para delongar os feitos. Carreira Alvim (1993 apud MARTINS, 2001, p. 51) relata que existe, no sistema recursal brasileiro, um elevado número de recursos protelatórios de uma decisão definitiva, dos quais oito nos termos do artigo 496, acrescidos dos embargos dobrados (a sentença e o acórdão), o agravo também dobrado (retido e de instrumento) além dos recursos regimentais, como os agravos de instrumento, sem contar os casos de remessa *ex-officio*. Esse complexo sistema recursal depõe contra a celeridade e efetividade no processo civil, além de dificultar o trabalho do profissional do direito na escolha correta do recurso adequado a cada caso concreto.

A Lei Processual Civil tem sido alvo de várias reformas, visando à simplificação, pelo que absorve práticas já consagradas na doutrina e na própria jurisprudência. Constantemente, essas reformas têm a finalidade de suprimir formalidades excessivas e indesejáveis ao bom andamento processual.

Consoante Godoy, o princípio da fungibilidade não foi acolhido pela nova Lei Processual (CPC de 1973) em razão de seus reflexos provocados pelo referido princípio no Estatuto Processual pretérito (CPC de 1939) o qual continha uma sistemática complexa, quase indecifrável.

No entanto, a doutrina e a jurisprudência passaram a defender o pormenor da fungibilidade como princípio implícito ao Código Processual Civil. Atualmente, o princípio em estudo é amplamente aplicado, inclusive pelo STF, selecionando-se, porém, hipóteses necessárias para o seu perfeito manejo, visando à propiciar o prosseguimento da marcha processual, o que proporciona o desenvolvimento das demais ações cujo trâmite seria estancado no âmbito processual, caso a fungibilidade não fosse aplicada.

A efetividade constitui uma das grandes preocupações da processualística moderna. Daí, para se atingir essa qualidade processual, é necessária a aplicação de princípios jurídicos que imprimam celeridade ao processo, de modo a combater o formalismo desmensurado, para que a celeridade e a segurança jurídica possam conviver harmonicamente.

O formalismo excessivo na admissão dos recursos tem-se constituído uma das mais preocupantes inclinações do direito brasileiro. Há casos em que o recurso deixa de ser conhecido pelo simples fato de a tempestividade ter sido provada por meio de cópia do Diário da Justiça, e não com certidão cartorária. Certamente,

em conseqüência disso, os resultados estampados nos boletins estatísticos dos tribunais devem impressionar, mas indubitavelmente o direito do acesso à justiça não foi atingido. Dessa forma, a efetividade que reafirma essa maneira de ver o problema não está preocupada com uma solução justa para o processo mas apenas com a performance a ser apresentada à sociedade pelos Tribunais.

Tem-se que o processo é instrumento para se atingir a justiça, e não meio de punir desacertos. A aplicação do princípio da fungibilidade recursal, desde que inexistentes o erro grosseiro e a preclusão temporal, facilita o acesso à jurisdição propiciando uma colaboração recíproca entre o órgão judicial e as partes, além de proporcionar uma prestação jurisdicional mais eficaz e democrática.

Como preceitua Martins (2001, p. 51), apesar de o formalismo imprimir maior previsibilidade e equilíbrio às decisões judiciais, ele restringe o poder jurisdicional do Estado, privilegiando o predomínio das partes. Todavia, paulatinamente, o processualismo moderno vem tentando se libertar da vinculação à técnica e ao formalismo exagerado, no propósito de imprimir celeridade e efetividade à prestação jurisdicional, de forma que a vontade das partes não a venha predominar sobre a do Estado.

Diante desse aspecto, aplicando-se a fungibilidade como medida de economia processual, o juízo competente, para apreciar e julgar o recurso, imprime celeridade ao processo civil, concedendo uma tutela jurisdicional mais rápida e sobretudo efetiva, valendo-se da hermenêutica jurídica como meio de aplicação desse princípio, que não se encontra expressamente previsto em nossa sistemática processual.

7 CONCLUSÃO

A remoção de técnicas supérfluas e demasiadamente formais é solução que abrevia a demora do processo. Seguindo essa orientação, desde que observadas a tempestividade e a ausência de erro grosseiro no recurso, se faz necessária a aplicação do princípio da fungibilidade recursal, apesar de tal princípio não estar expresso na legislação processual, de maneira a proporcionar uma visão mais social e política, em substituição da técnica meramente jurídica.

Assim, o pré-falado princípio, implícito ao Código de Processo Civil, robustecido pela doutrina e pela jurisprudência, é conseqüência da instru-

mentalidade das formas e dos atos processuais, segue a tendência atual da flexibilidade do formalismo no plano normativo, de modo que os juízes podem utilizar de seus poderes no sentido de restringir as formalidades no conhecimento e julgamento dos recursos do processo civil, evitando a instauração de incidentes desnecessários, e assegurando a celeridade e a efetividade na realização da Justiça.

Não obstante a doutrina minoritária pugnar por maior abrangência na aplicação do princípio da fungibilidade, mormente no que diz respeito à tempestividade, a conclusão que podemos extrair, do presente estudo, é que o princípio da fungibilidade recursal, como medida de racionalização dos recursos aplicada nos moldes definidos pela doutrina majoritária, visa a simplificar, agilizar e remover entraves na prestação jurisdicional, proporcionando um melhor equacionamento dos fatores segurança, celeridade e efetividade no processo civil, além de garantir o acesso à justiça por parte dos cidadãos.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. NBR 6023. Rio de Janeiro: 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=DESP&n=-julg&s1=fungibilidade&>. Acesso em: 20 out. 2005.

ESTURILIO, Regiane Binhara. Breves considerações sobre o princípio da fungibilidade, suas variantes e novas aplicações . **Jus Navigandi**, Teresina, ano. 8, n. 331, 3 jun. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5290>. Acesso em: 20 out. 2005.

FACCI, Luciano Picanço**. Meios de impugnação dos atos jurisdicional no direito brasileiro.** Mundo Jurídico. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/doos//texto356.htm.> Acesso em: 18 ago. 2003.

GODOY, Paulo Henrique Silva; SANTOS, Caio Augusto Silva dos. **Do indeferimento parcial da petição inicial: natureza jurídica da decisão e recurso cabível.** Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista54/doindeferimento54.htm>. Acesso em: 15 ago.2003.

GRECO FILHO, Vicente, **Direito Processual Civil Brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MARTINS, Daniele Comin. Morosidade da justiça: causas e soluções. SVEDAS, Adréia Mendes et al. In: **Morosidade da Justiça. Causas e soluções**. Brasília: Consulex, 2001.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

NERY JUNIOR, Nelson; Rosa Maria de Andrade Nery. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do processo**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Ovídio A . Batista da et.al. **Teoria Geral do Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SILVEIRA NETO, Antonio; PAIVA, Mário Antônio Lobato de. Fungibilidade recursal no processo civil: um modelo jurídico implícito. **Jus Navigandi,** Teresina, ano. 5, n. 49, fev. 2001. Disponível em: <http://www.jus.combr/dourtina/texto.asp?id=863> Acesso: em 08 ago.2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil.** 39. ed. São Paulo: Forense, 2003.