

Revisitando o princípio da fungibilidade recursal: um olhar à luz do ordenamento jurídico processual contemporâneo

Revisitando el principio de funbilidad recursal: una mirada a la luz del sistema jurídico procesal contemporáneo

Vitor Kleinert

Mestrando em Direito das Relações Sociais no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, vitor.g.kleinert@gmail.com, ORCID: 0009-0000-8523-9798.

RESUMO O presente trabalho abordará os principais aspectos atinentes ao princípio da fungibilidade recursal na realidade do ordenamento jurídico processual contemporâneo. Demonstrará, inicialmente, como ele está intrinsecamente ligado aos princípios da instrumentalidade das formas e da unirrecorribilidade. Em seguida, realizará um apanhado sobre como a fungibilidade foi originalmente concebida e tratada, no âmbito do Código de Processo Civil de 1939, para, na sequência, abordá-la à luz do Código de Processo Civil de 2015. Ao final, apresentará uma nova leitura do princípio, nos moldes teorizados por Felipe Marçal, concluindo que a abordagem apresentada pelo autor é a que se mostra, hoje, como a mais adequada para a compreensão e operacionalização do tema.

PALAVRAS-CHAVE fungibilidade; unirrecorribilidade; instrumentalidade; recursos.

RESUMEN Este trabajo abordará los principales aspectos relativos al principio de la fungibilidad del recurso en la realidad del ordenamiento jurídico procesal contemporáneo. Inicialmente, demostrará cómo este está intrínsecamente vinculado a aquellos de la instrumentalidad de las formas y de la apelación unificada. Luego brindará un panorama de cómo la fungibilidad fue concebida y tratada originalmente, en el ámbito del Código de Procedimiento Civil de 1939, para luego abordarla a la luz del Código de Procedimiento Civil de 2015. Al final, presentará una nueva lectura del principio, en la línea teorizada por Felipe Marçal, concluyendo que el enfoque presentado por el autor es el que hoy parece más adecuado para comprender y operacionalizar la fungibilidad.

PALABRAS CLAVE: fungibilidad; unapelabilidad; instrumentalidad; recursos.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Questões preliminares. 1.1. Princípio da Instrumentalidade das formas. 1.2. Princípio da unirrecorribilidade recursal. 2. Princípio da fungibilidade. 2.1. Como era (CPC/1939). 2.2. Como ficou (CPC/2015). 3. Como deveria ser: fungibilidade à luz do regime das nulidades processuais. Conclusão.

INTRODUÇÃO

Hoje, como nunca antes, existe uma tendência a se enxergar a fungibilidade como um princípio ornamental; algo que, a despeito de ter sido muito importante no passado, não possui mais quase nenhuma inserção prática relevante. Essa tendência não está despida de razoabilidade. Desde o Código de Processo Civil de 1939, o sistema recursal brasileiro sofreu uma drástica e felicíssima simplificação. Se antes os recursos eram muitos e os prazos eram diversos, hoje, não há mais motivos para tanta preocupação. E assim, a fungibilidade foi perdendo os holofotes. Porém, não completamente.

Mesmo à luz do Código de Processo Civil de 2015, ainda há hipóteses em que a fungibilidade pode desempenhar um papel relevante. O problema que se desenha é: o princípio pouco mudou nestes últimos setenta anos. Os instrumentais utilizados e os requisitos necessários ainda são praticamente os mesmos – o que não faz mais muito sentido, tendo em vista a grande mudança axiológica promovida pelo CPC/2015 no sistema processual brasileiro. É exatamente isto o que este trabalho pretende explorar.

Inicialmente, buscará trazer, de maneira breve, o emaranhado principiológico que informa o princípio da instrumentalidade. Na sequência, demonstrará como o princípio operava no interim do CPC/1939 – e por que era tão importante – para, logo após, compará-lo sob a luz do CPC/2015. Por fim, trará a proposta feita por Felipe Marçal na intenção de compatibilizar a fungibilidade com o processo do século XXI.

1. QUESTÕES PRELIMINARES

1.1. Princípio da instrumentalidade das formas

De acordo com o princípio da instrumentalidade das formas, determinado ato processual apenas pode ser considerado nulo e ter seus efeitos suspensos se, para além da inobservância da forma prescrita em lei, não tiver alcançado a sua finalidade (Theodoro Júnior, 2017, p. 752). Trata-se, em outras palavras, de uma reformulação à brasileira do tradicional princípio do *pas de nullité sans grief* (Wambier; Talamini, 2018, p. 544). A premissa que informa a instrumentalidade é a de que, no processo civil, as formas não constituem um fim e si mesmo, senão apenas um meio para que os fins sejam alcançados (Arruda Alvim; Granado; Ferreira, 2019, p. 501).

Nas palavras do saudoso Min. José Augusto Delgado (2001, p. 42),

A força desse princípio há de ser concebida de modo que, desde não evidenciado prejuízo para a entrega da prestação jurisdicional trabalhada pelo processo, não se defenda absoluto apego ao formalismo dos atos processuais. Há de se investigar, na sua prática, se a segurança foi resguardada com alcance definitivo dos fins visados, sem agressão a qualquer direito fundamental dos litigantes.

Nesta mesma ordem de ideias, Cintra, Grinover e Dinamarco ensinam que o princípio da instrumentalidade – por eles chamado de aproveitamento dos autos – está intimamente relacionado com o princípio da economia. Segundo os autores (2011, p. 79),

Se o processo é um instrumento, não pode exigir um dispêndio exagerado com relação aos bens que estão em disputa. E mesmo quando não se trata de bens materiais deve haver uma necessária proporção entre fins e meios, para equilíbrio do binômio custo-benefício. E o que recomenda o denominado princípio da economia, o qual preconiza o máximo resultado na atuação do direito com o mínimo emprego possível de atividades processuais. [...]. Importante corolário da economia é o princípio do aproveitamento dos atos processuais (CPC, art. 250, de aplicação geral ao processo civil e ao penal).

Seguindo o exemplo do CPC/1973, o princípio da instrumentalidade foi expressamente positivado no CPC/15, no âmbito dos seus artigos 188 – segundo o qual “os atos e os termos processuais independem de forma determinada, salvo quando a lei expressamente a exigir, considerando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preencham a finalidade essencial” – e 277, cuja redação prevê que “quando a lei prescrever determinada forma, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade”.

Ao comentarem este último dispositivo, Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery (2018, p. 777) estabelecem que

Na contraposição entre a forma do ato e o objetivo a ser alcançado, o direito processual prefere o segundo. Em razão disso se desenvolveu a ideia de sobredireito processual, criado para minimizar as consequências do descumprimento da técnica processual, interpretando-se as regras sobre validade do instrumento e condições de admissibilidade do julgamento de mérito de acordo com o fim visado pela formalidade em si e pelo processo como um todo.

De todo modo, vale apenas destacar, ainda que brevemente, que a instrumentalidade das formas está muito ligada à ideia de instrumentalidade do processo, apresentada por Cândido Rangel Dinamarco em sua seminal obra *A Instrumentalidade do Processo*¹. Em síntese, para Cândido (2013, p. 316), o princípio da instrumentalidade do processo teria um duplo aspecto: negativo e positivo. Segundo explicam Georges Abboud e Guilherme Lunelli (2015, p. 26), “[o] primeiro deles prestar-se-ia, em suma, a combater a um formalismo exacerbado, capaz de menosprezar o caráter instrumental do processo”. Nas palavras de Cândido (2013, p. 316),

Por esse aspecto, a instrumentalidade do sistema processual constitui projeção a maior da instrumentalidade das formas e suporte metodológico para a sustentação desta e seu melhor entendimento. No exame do processo a partir de um ângulo exterior, diz-se que todo o sistema não vale por si, mas pelos objetivos que é chamado a cultuar; e depois, em perspectiva interna, examinam-se os atos do processo e deles diz-se o mesmo. Cada um deles tem uma função perante o processo e este tem funções perante o direito substancial, a sociedade e o Estado.

¹ Muito embora se trate de um marco teórico de importância ímpar para o sistema processual brasileiro, ele não foi recebido sem críticas – talvez as mais contundentes feitas por Calmon de Passos (2001). Além deste texto de Calmon, contudo, há também um artigo muito interessante, escrito por Georges Abboud e Rafael Tomaz de Oliveira (2008), em que os autores se debruçam sobre alguns aspectos críticos da instrumentalidade.

Muito embora pareçam, *a priori*, desconexos um com o outro, os princípios da instrumentalidade das formas e da fungibilidade compartem essencialmente o mesmo pressuposto: eventuais erros quanto à forma não podem obstar a parte de receber, nem o Estado de fornecer, a efetiva e adequada tutela jurisdicional dos direitos. Assim, pode-se dizer que a fungibilidade nada mais é que a instrumentalidade das formas operacionalizada e racionalizada no âmbito recursal. Esse ponto será retomado adiante.

1.2. Princípio da unirrecorribilidade recursal

O princípio da unirrecorribilidade (ou unicidade) recursal parte de uma premissa bastante simples: contra cada ato judicial, e para determinada finalidade específica, deve ser cabível somente um recurso (Marinoni; Arenhart; Mitidiero, 2020, p. 629). Isso significa, em outras palavras, que a parte não pode, sucessiva ou concomitantemente, interpor mais de uma espécie recursal contra uma mesma decisão. Para Arruda Alvim, Granado e Ferreira (2019, p. 1.088), a unirrecorribilidade decorre do princípio da correspondência recursal, visto que o legislador delineou qual espécie de recurso deve especificamente impugnar qual espécie de decisão.²

Essa ideia não é nova no ordenamento jurídico brasileiro³. O Código de Processo Civil de 1939 já previa, em seu art. 809, que a parte poderia “variar de recurso dentro do prazo legal, não podendo, todavia, usar, ao mesmo tempo, de mais de um recurso” (Pugliese; Zwicker, 2023, p. 110). Para a ótica do sistema processual de 1939, contudo, a unirrecorribilidade configurava um enorme empecilho. Pontes de Miranda foi duro, porém preciso em suas críticas. Para o autor (1960, p. 44), “tal princípio apresentou o gravíssimo inconveniente de não saber a parte, no caso de obscuridade ou omissão da lei, ou no de vacilação da jurisprudência, qual o recurso interpor; e ser vítima do êrro, sem culpa”.

Muito embora antigo e, presumidamente, aperfeiçoado, o princípio da unirrecorribilidade, na sua concepção original, comporta ainda hoje claras exceções. Das mais prementes, cita-se quanto aos embargos de declaração interpostos com base no inciso II, do art. 1.022, do CPC⁴. Segundo Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2020, p. 630),

Especificamente no caso dos embargos de declaração fundados em omissão, vê-se a tendência da jurisprudência em entender que esse recurso é opcional, podendo a parte atacar este defeito do ato diretamente com o outro recurso eventualmente admitido (v.g., a apelação). Há, portanto, neste caso, previsão, para uma mesma função, de dois recursos admitidos contra o mesmo ato: os embar-

2 Elie Pierre Eid (2023, p. 55) faz uma abordagem interessante sobre o princípio da unirrecorribilidade, recalibrando a sua função em meio à cada vez mais complexa atividade de controle dos atos judiciais.

3 Em que pese tenha perdido um pouco de sua centralidade com a passagem do CPC/1939 para o CPC/1973 – que inaugurou um sistema recursal muito mais simples que o seu predecessor – a unirrecorribilidade voltou aos holofotes com a introdução, no CPC/1973, do regime das tutelas provisórias – mais especificamente, com a antecipação de tutela. É que, muito embora fosse entendimento razoavelmente consolidado na doutrina o de que a antecipação de tutela é concedida mediante decisão interlocutória – a qual, por sua vez, é recorrível por meio de agravo de instrumento – havia um grande debate, à época, quanto à possibilidade da concessão da antecipação em sentença – o que, por sua vez, acabou gerando um grande debate quanto ao recurso cabível contra o pronunciamento antecipatório dado justamente na sentença: se ele seria absorvido pelo recurso de apelação ou se seria necessário o manejo de, simultaneamente, um recurso de apelação e outro de agravo de instrumento. Toda essa controvérsia foi muito bem abordada em artigo escrito por Matheus Corredato Rossi (2003).

4 Outra exceção relevante é a possibilidade de interposição simultânea de recurso extraordinário e recursos especial, que foi muito bem abordada por Nelson Nery Jr (2014, p. 642).

gos de declaração e o outro recurso admitido pela legislação (o agravo de instrumento, a apelação etc.).

Essa questão, porém, foi em certa medida resolvida pela doutrina. É que, em um viés contemporâneo, mais do que acentuar a correspondência entre o tipo da decisão e a espécie recursal, o princípio da unirrecorribilidade deve ser lido em função da finalidade do recurso. Fazendo coro às palavras de Gustavo Osna (2023, Capítulo 2.3), “[...] diante de cada decisão, somente será cabível um recurso provido de determinado objetivo; apenas haverá espaço para a admissão de uma medida recursal com propósito precípua de impugnação”. Isso justifica, por exemplo, o fato de se poder manejar, contra uma mesma decisão, os recursos de embargos de declaração e de agravo de instrumento, na medida em que cada um deles terá um objetivo recursal autônomo e específico, que não pode ser pelo outro incorporado (Trevisan; Bittencourt; Kleinert, 2024, p. 193).

De todo modo, mesmo considerando a remodelação do entendimento quanto ao alcance do princípio da unirrecorribilidade, a escolha de qual recurso se utilizar continua tendo uma importância singular no sistema recursal brasileiro. Neste sentido, tem-se que o pressuposto do cabimento recursal pode ser descumprido em duas ocasiões: (i) quando se empregar recurso contra uma decisão irrecorrível, e (ii) quando se impugnar decisão recorrível, porém com o recurso inadequado (Wambier; Talamini, 2016, p. 475). O princípio da fungibilidade trabalha com a hipótese (ii), conforme será demonstrado a seguir.

2. Princípio da fungibilidade

Em condições normais de temperatura e pressão, o erro quando da interposição do recurso adequado tem como consequência direta o seu não conhecimento, à luz do seu não cabimento. Acontece que, não raras são as vezes em que não se tem por claro qual recurso é o correto para se enfrentar determinado ato judicial (Marinoni; Arenhart; Mitidiero, 2020, p. 630). É justamente nesses casos que, enfraquecido o princípio da unirrecorribilidade e embaralhada a certeza por ele outrora proporcionada, entra em cena o princípio da instrumentalidade das formas (Neves, 2018, p. 1580), aqui transformado e rebatizado de princípio da fungibilidade recursal.

Antes, contudo, de se adentrar à análise do princípio, em espécie, far-se-á breve resgate histórico quanto ao seu desenho original, no âmbito do Código de Processo Civil de 1939. Entende-se este exercício como necessário para que se delimite de forma clara as mudanças pelas quais passou até chegar no seu regime atual, no âmbito do CPC/15. Em seguida, apresentar-se-á proposta feita por Felipe Marçal, quanto à incompatibilidade, no sistema processual atual, dos requisitos tradicionais para a incidência do princípio da fungibilidade.

2.1. Como era (CPC/1939)

No âmbito do CPC/39, não eram raras as vezes em que, diante de obscuridade da lei, e/ou indecisão da jurisprudência, o recurso inadequado era interposto pela parte. Isso se devia ao fato de que o sistema recursal, naquele diploma processual, era tratado de forma extremamente assistemática (Oliveira; Sachet, 2020, p. 153). Quando esta situação ocorria, via de regra os juízes optavam por sacrificar o mérito à preliminar do recurso, em atitude reacionária que, nas ácidas palavras de Pontes de Miranda (1960, p. 49), apresentava indícios de sadismo.

Dante disso, o mesmo Pontes de Miranda (1960, p. 49) afirmou que:

A solução técnica ou tinha de ser (1) a de riscar-se do direito brasileiro o princípio da uni-recorribilidade e admitir-se o da cumulação eventual dos recursos, ou princípio do “jôgo em todos os números da loteria”, ou (2) a da fungibilidade da interposição dos recursos [...].

O CPC/39 optou pela segunda solução apresentada. Isto, pois emplacou, no âmbito do seu art. 810, o princípio da fungibilidade, a saber: “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”. Segundo ainda Pontes de Miranda (1960, p. 49), a fungibilidade

[...] veio adoçar a rijeza das leis sobre interposição dos recursos, que antes se fundavam em convicções falsas, e.g. a da clareza da lei sobre recursos, a da plenitude inconsútil da lei (que, assim, previra todos os casos), a da uniformidade da jurisprudência.

Contudo, como acerto pleno é ilusão, o art. 810 trouxe consigo também alguns percalços. O maior deles foi relativamente aos prazos (que no CPC/39 eram diversos). Passou-se a levantar a dúvida, assim, de se o art. 810 poderia ainda ser aplicado nos casos em que o recorrente havia interposto recurso equivocado em prazo maior do que o previsto em lei para o recurso que seria o adequado. Tanto Pontes de Miranda (1960, p. 50) quanto Barbosa Moreira (1968, p. 49) entendiam que a resposta deveria ser positiva.

Outro ponto que merece atenção é quanto aos requisitos para a aplicação da fungibilidade. Isto, porque, conforme disposição legal, ficava ela excluída na ocorrência de erro grosseiro, ou quando evidenciada patente má-fé.

Barbosa Moreira (1968, p. 49) entendia que se configurava má-fé quando presente indício da troca de um recurso pelo outro com um claro propósito de obtenção de vantagem com tal troca. Já Pontes de Miranda (1960, p. 51) elencou quatro hipóteses taxativas de ocorrência de má-fé: (i) usar do recurso impróprio de maior prazo por ter perdido o prazo do próprio; (ii) valer-se do recurso de maior devolução a fim de escapar à coisa julgada formal; (iii) lançar mão do recurso mais demorado para protelar o processo; e (iv) provocar divergência na jurisprudência apenas com o intuito de se assegurar, depois, outro recurso.

Por fim, quanto ao erro grosseiro, Pontes (1960, p. 51) estabeleceu que apenas seria grosseiro o erro “quando a lei é explícita [...]”. Em outras palavras, se a lei diz que para determinada situação Y, o recurso adequado é o X, a utilização de qualquer outro recurso que não o X, diante da situação Y, seria classificada como erro grosseiro. Adicionalmente, Barbosa Moreira (1968, p. 49) assentou que não pode ser considerado grosseiro o erro oriundo de situação sobre a qual recai sério problema interpretativo.

Apresentado um panorama geral da operacionalização do princípio da fungibilidade em sua forma original, parte-se, agora, para sua análise em tempos contemporâneos, à luz do Código de Processo Civil de 2015.

2.2. Como é (CPC/2015)

Na esteira do seu predecessor (CPC/73), o CPC/15 não reproduziu em suas disposições o texto do art. 810, do CPC/39 (Martins, 1983). Leonardo Greco (2015, p. 34) afirma que isto se deu “porque o legislador acreditou ter instituído um sistema recursal tão simples que o dispensaria”.

Entretanto, ainda que de forma implícita, o princípio da fungibilidade continua em plena vigência no ordenamento jurídico contemporâneo (Neves, 2018, p. 1580). Para Arruda Alvim, Granado e Ferreira (Arruda Alvim; Granado; Ferreira, 2019, p. 1.093),

O princípio da fungibilidade colima, em última análise, evitar que o recorrente seja prejudicado nos casos em que o sistema recursal enseja margem a dúvidas (objetivas), sobre qual o recurso cabível para impugnar determinada decisão, sendo que, nessa hipótese, tanto um como outro recurso devem ser admitidos.

Sua legitimação reside numa lógica, evidentemente impulsionada pelo princípio da instrumentalidade das formas (Neves, 2018, p. 1580), de aproveitamento do ato processual praticado, ainda que equivocadamente e fora dos parâmetros legais, em determinadas situações em que a exigência do acerto em sua forma específica seria, quando mínimo, irrazoável (Marinoni; Arenhart; Mitidiero, 2020, p. 631). A premissa básica do instituto, neste sentido, é auxiliar a parte que, no entendimento de certo tribunal, interpôs o recurso inadequado (Neves, 2018, p. 1580).

Nessa ordem de ideias, ensina Luiz Fux (2023, p. 924) que,

Essa necessidade de adequação não impede que se alvitre que o recurso é uma manifestação de defesa dos direitos da parte vencida. Assim, qualquer manifestação dessa ordem deve ser aproveitada, devendo rejeitar-se a superposição da questão formal sobre a questão de fundo. O defeito de forma, por essa razão, somente deve acarretar a anulação daquilo que é impossível de ser aproveitado (art. 283 do CPC) e que, em princípio, cause prejuízo à defesa dos interesses das partes. [...]. A influência do “princípio da instrumentalidade das formas”, no campo da inadequação procedural, reacendeu a aplicação do vetusto princípio da fungibilidade dos recursos, cuja incidência permite o aproveitamento do recurso interposto como se fosse o meio de impugnação cabível e não utilizado.

Assim como no CPC/39, também hoje a aplicação do princípio da fungibilidade recursal depende da *ocorrência* de determinado aspecto e da *inocorrência* de outro. Contemporaneamente, entende-se que, para que seja aplicada a fungibilidade, é necessário que se comprove a existência de dúvida objetiva quanto da utilização de um recurso ou de outro, aliada à inexistência de erro grosseiro na escolha realizada (Marinoni; Arenhart; Mitidiero, 2020, p. 631).

Como se pode depreender, caiu em desuso a exigência da ausência de má-fé. Neste sentido, convém resgatar lição de Neves (Neves, 2018, p. 1585), segundo quem:

É natural que o princípio da fungibilidade não proteja o recorrente de má-fé, que se vale de recurso incabível somente para ter um benefício injustificável no processo. Acobertar a má-fé e a deslealdade processual é medida que se deve evitar sempre que possível, ainda mais num período de crise ética como o atual. Ocorre, entretanto, que a má-fé não pode ser presumida, sendo regra do direito exatamente o contrário: a boa-fé se presume. Dessa maneira, diante da extrema dificuldade de provar a existência de má-fé no caso concreto, a doutrina aponta para o afastamento desse requisito para a aplicação do princípio da fungibilidade.

Quanto à dúvida objetiva, Wambier e Talamini (2016, p. 475) assentam que ela deve ser demonstrada por divergências no plano doutrinário e/ou jurisprudencial. O adjetivo “objetiva”, aqui utilizado, não é mero acaso. Ele significa que a dúvida que permeia a ideário do recorrente não

pode advir de sua própria insegurança profissional, de sua própria inabilidade (Marinoni; Arenhart; Mitidiero, 2020, p. 631). Marinoni, Arenhart e Mitidiero estabelecem três critérios objetivos para a aferição da objetividade de tal dúvida. Segundo os autores (2020, p. 631), ela pode derivar:

[...] (i) da lei processual, que denomina as sentenças de decisões interlocutórias ou vice-versa, induzindo a parte a errar na escolha do recurso idôneo; (ii) da discussão doutrinária ou jurisprudencial a respeito da natureza jurídica de certo ato processual, como acontece com a decisão que, antes da sentença final da causa principal, decide ação declaratória incidental; e (iii) do fato de ser proferido um ato judicial por outro, chamando-se e dando-se forma de sentença a uma decisão interlocutória ou vice-versa.

Já quanto ao requisito do erro grosseiro, por um lado, ele está eminentemente ligado à inexistência de interposição de recurso de forma completamente *contra legem* – isto é, inconcebível com o sistema recursal. Dessa forma, pode-se dizer, por exemplo, que se está diante de erro grosseiro quando a parte apela de decisão que inadmitiu determinado meio de prova por ela requerido.

Já por outro, ele é encarado como uma derivação da própria ausência de dúvida objetiva. Neste sentido, Pedro Miranda de Oliveira e Márcio Sachet (Oliveira; Sachet, 2020, p. 154) sustentam que,

[...] se há dúvida quanto à adequação de determinado recurso, sua interposição não pode ser caracterizada como erro grosseiro. Isso porque a “existência de controvérsia é um dos fatores que contribuem para que o erro não seja grosseiro”, vale dizer, ocorrendo erro grosseiro não haverá dúvida objetiva e vice-versa.

Necessário destacar, ainda, que inexiste, à luz do CPC/15, o problema quanto aos prazos recursais, tão premente no âmbito do CPC/39. E a justificativa é sobremaneira simples. O CPC/15, com o seu art. 1.003, § 5º, unificou os prazos para impugnação de decisões: quinze dias para todas as espécies de recursos, exceto os embargos de declaração, que são oponíveis em cinco.

Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2020, p. 632) apontam que a aplicação do princípio da fungibilidade suscita alguns problemas em matéria de procedimento, notadamente quando a dúvida recai sobre a escolha entre apelação e agravo de instrumento. É que, enquanto o agravo de instrumento é interposto já no Tribunal e é acompanhado de cópias que proporcionam a contextualização imediata da controvérsia, a apelação é oferecida ainda no juízo *a quo*, sem a necessidade de qualquer instrumento.

Nesses casos, os autores (2020, p. 633) aludem que a aplicação da fungibilidade pode ser insuficiente,

[...] na medida em que a interposição da apelação, quando for cabível o agravo de instrumento, pode gerar também seu não conhecimento em face da desobediência de regras específicas impostas para regular a apresentação do agravo de instrumento (como é o caso da formação do instrumento, art. 1.017).

Quando diante de tal situação, Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2020, p. 633) defendem que a solução mais adequada seria determinar que a parte recorrente adeque sua petição para que cumpra com os requisitos formais do recurso efetivamente cabível. Assim, haveria uma correta justaposição dos princípios da fungibilidade e da colaboração judicial.

Traçadas estas ideias, parte-se, agora, para a etapa final do presente trabalho: apresentar a alternativa de Felipe Marçal, para quem os requisitos tradicionais para a incidência do princípio da fungibilidade são incompatíveis com o sistema processual inaugurado pelo CPC/15.

3. Como deveria ser: fungibilidade à luz do regime das nulidades processuais

Em artigo publicado na Revista dos Tribunais, Felipe Barreto Marçal (2019) defende que o princípio da fungibilidade recursal deve ser lido à luz do regime das nulidades processuais – abandonando-se, assim, os requisitos tradicionais do erro grosseiro e da má-fé. Para o autor, a opção errônea de forma quando da interposição de recurso deve ser analisada levando-se em conta: (i) o alcance do fim pretendido, (ii) a ausência de prejuízos e a (iii) possibilidade do julgamento favorável ao recorrido do mérito recursal.

Relativamente ao primeiro ponto, Marçal sustenta que é preciso verificar se o recurso utilizado permite que se chegue ao resultado a que se chegaria caso se tivesse interposto o recurso correto. Quanto ao segundo, alude que sua premissa básica é que o recurso inadequado não pode gerar um déficit do contraditório ao recorrido, estabelecendo que tal situação impede a fungibilidade. Por fim, diz que, quando possível decidir o mérito em favor do recorrido, as invalidades devem ser relevadas, não se deixando de conhecer dos recursos inadequados.

Marçal destaca que a aplicação das premissas acima está alinhada com o princípio da primazia da resolução do mérito, visto que não haveria sentido em se proteger a inadmissibilidade recursal, quando há no Código um princípio que busca privilegiar a análise do mérito. Por fim, estabelece que, de forma complementar à fungibilidade, deve-se privilegiar a conversão do recurso equivocado no recurso entendido como correto, em detrimento da sua simples inadmissão.

As ideias apresentadas por Marçal são tão inovadoras quanto necessárias. Ao alinhar o princípio da fungibilidade à teoria das nulidades (invalidades), o autor moderniza, de maneira bastante sofisticada, uma ferramenta processual já há muito menoscabada. A partir da sua leitura, o princípio volta – ou, pelo menos, tem a chance de voltar – a ser um instrumento importante para a vida forense, tal qual era durante a vigência do confuso e assistemático regime recursal do CPC/1939.

Um dos principais méritos de Marçal foi a perspicácia de encontrar um fio condutor entre o novo ao antigo: a instrumentalidade das formas. É que, da mesma maneira que a fungibilidade, desde as suas origens, tem por fundamento a prevenção do desperdício e o combate aos prejuízos do excesso de formalismo, também estas são as premissas que informam o regime das nulidades. Isso não só demonstra que abordagem de Marçal é inovadora, mas que, além de tudo, é conceitual e tecnicamente bastante sólida.

CONCLUSÃO

A conclusão a que se chega é senão uma: o princípio da fungibilidade, para que possa conservar sua relevância prática, precisa ser remodelado. Não se pode mais admitir que os requisitos que o informavam em 1939 sejam os mesmos que fundamentam a sua utilização em 2024. Muito mudou desde então. Hoje, não há mais tantos recursos; os prazos são praticamente os mesmos. A lógica de

operacionalização da fungibilidade, portanto, passou a ser outra.

Quem percebeu muito bem esta mudança foi Felipe Marçal. Com sua proposta de compatibilização da fungibilidade com o regime das nulidades processuais, Marçal se desvincilha das amarras da antiguidade e apresenta uma abordagem fresca e compatível à axiologia imposta ao sistema processual pelo Código de Processo Civil de 2015. De tudo isso se extrai que, para que continue sendo um instrumento útil na caixa de ferramentas do processualista, o princípio da fungibilidade deve ser lido, em maior ou menor medida, nos moldes apresentados por Marçal.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges; LUNELLI, Guilherme. Ativismo Judicial e Instrumentalidade do Processo. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 242, p. 21-47, Abr/2015.
- ABBOUD, Georges; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. O Dito e o Não-Dito Sobre a Instrumentalidade do Processo: Críticas e Projeções a Partir de uma Exploração Hermenêutica da Teoria Processual. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 166, p. 27-70, Dez/2008.
- ARRUDA ALVIM, Eduardo; GRANADO, Daniel William; FERREIRA, Eduardo Aranha. **Direito Processual Civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Juízo de Admissibilidade dos Recursos Cíveis**. Rio de Janeiro: Forense, 1968.
- CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Instrumentalidade do Processo e Devido Processo Legal. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 102, p. 55-67, abr-jun 2001.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- DELGADO, José Augusto. Princípio da instrumentalidade, do contraditório, da ampla defesa e modernização do processo civil. **Revista Jurídica**, São Paulo, ano 49, n. 285, p. 31-60, jun. 2001.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- EID, Elie Pierre. Fundamentos para uma revisão crítica da teoria geral dos recursos. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 335, p. 149-182, jan/2023.
- FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.
- GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil: Recursos e processos de competência originária dos tribunais**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 3.
- MARÇAL, Felipe Barreto. Levando a Fungibilidade Recursal a Sério: Pelo Fim da “Dúvida Objetiva”, do “Erro Grossero” e da “Má-Fé” como Requisitos para a Aplicação da Fungibilidade e por sua Integração com o CPC/15. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 292, p. 199-214, Jun/2019.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil: Tutela dos direitos mediante procedimento comum**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. v. 2.

- MARTINS, Idélio. Ainda a Fungibilidade dos Recursos. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, v. 43, p. 75-76, maio-jun/1983.
- NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribuanais, 2018.
- NERY JR., Nelson. Recursos e Ação Autônoma de Impugnação. **Soluções Práticas de Direito**, São Paulo, v. 10, p. 637-662, set/2014.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.
- OLIVEIRA, Pedro Miranda de; SACHET, Márcio. Fungibilidade Recursal e suas Espécies: por Admissão e por Conversão. **Revista de Processo**, São Paulo, p. 153-170, dez/2020.
- OSNA, Gustavo. **Recursos no Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023.
- PONTES DE MIRANDA, Franciso Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil: Arts. 808-852**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960. tomo XI.
- PUGLIESE, William Soares; ZWICKER, Lucas Lunardelli Vanzin. A Cisão da Teoria das Nulidades Processuais com a Jurisprudência e seus Efeitos Sobre a Unirrecorribilidade. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 344, p. 103-118, out/2023.
- ROSSI, Matheus Corredato. O Meio Adequado de Impugnação à Antecipação de Tutela Concedida com a Sentença. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 817, p. 105-118, Nov/2003.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum**. 58. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 2.
- TREVISAN, Giovanna de Araujo; BITTENCOURT, Mateus Simioni de; KLEINERT, Vitor Gabriel. Preclusão Imediata das Decisões Interlocutórias no Processo Coletivo e de Improbidade: se Cabe Agravo de Instrumento de Toda Decisão Interlocutória, só Cabe Agravo de Instrumento? In: AMARAL, Paulo Osternack; PUGLIESE, William Soares (coord.). **Perspectivas Acadêmicas sobre a Lei de Improbidade Administrativa**. Curitiba: GEPROC, 2024. cap. 11, p. 187-207.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil: Teoria geral do processo**. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. v. 1.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil: Cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória)**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 2.