

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

Felipe Barreto Marçal

Mestre em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Professor Substituto de Direito Processual da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Professor de Direito Processual da EMERJ e Oficial de Justiça do TJRJ, na função de assessoria de desembargador.

Resumo: O presente artigo visa demonstrar que os requisitos tradicionais da fungibilidade recursal (dúvida objetiva, ausência de erro grosseiro e de má-fé) não se mostra mais compatível com o ordenamento processual atual (CPC/2015), devendo ser relido a partir do princípio da primazia de resolução do mérito e do regime de invalidades e nulidades, além de ser conjugado com os dispositivos que tratam da conversibilidade recursal.

Abstract: This article aims to demonstrate that the classic requirements of the fungibility of appeals (diffuse doubt, lack of crass mistake and of bad faith) are not compatible anymore with the current legal procedural law (New Code of Civil Procedure/2015),¹and that it should be read in light of the prin-

¹ CPC Brasileiro Traduzido para a Língua Inglesa. Fredie Didier Jr. e Teresa Arruda Alvim (Coords.) - Salvador: Ed. Jus-

principle of primacy of a judgment on the merits and the rules concerning the procedural annulment and nullities, alongside with the convertibility of appeals.

Palavras-chave: Fungibilidade recursal. Conversibilidade recursal. Invalidades processuais. Nulidades. Primazia de resolução do mérito.

Key-words: Fungibility of appeals. Convertibility of appeals. Procedural invalidities. Annulment. Nullity. Primacy of a judgment on the merits.

Sumário: INTRODUÇÃO. 1. A fungibilidade recursal “tradicional”. 2. Princípio da primazia de resolução do mérito. 3. Regime de invalidades e nulidades do CPC. 4. Releitura da fungibilidade recursal: o fim da “dúvida objetiva” e do “erro grosseiro”. 5. Conversibilidade recursal como alternativa à fungibilidade e como “fechamento do sistema”. CONCLUSÃO. Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

Como se sabe, a fungibilidade recursal permite que um recurso seja admitido no lugar de outro, como se ambos fossem aptos para impugnar determinado provimento judicial, sem qualquer adaptação necessária para seu conhecimento. Para que não se admitisse uma completa subversão do sistema recursal por meio da fungibilidade, foram criados dois requisitos para sua aplicação: “dúvida objetiva” ou inexistência de “erro grosseiro”, que funcionam como duas faces de uma mesma moeda; e ausência de má-fé.

Nesse sentido, até hoje, esses dois requisitos são sistematicamente aplicados pela jurisprudência, tanto no processo civil² quanto no processo penal.³ Entretanto, não se atentou para uma

podivm, 2017. Disponível em: https://www.academia.edu/34624029/TERESA_ARRUDA_ALVIM_FREDIE_DIDIER_JR._Traduzido_para_a_L%C3%ADngua_ingLesa_Traduzido_para_a_L%C3%ADngua_ingLesa. Acesso em: 17.06.18.

² “É impossível a aplicação do princípio da fungibilidade para que sejam os embargos de divergência convertidos em agravo interno diante da ausência de dúvida objetiva sobre qual o recurso cabível, caracterizando-se, portanto, a ocorrência de erro grosseiro.” (STJ – AgInt nos EAREsp 1075528/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 19/09/2018, DJe 24/09/2018)

³ “Hipótese em que a instância de origem decidiu que a interposição de recurso de apelação contra decisão que rejeita a denúncia configura erro grosseiro, razão pela qual não aplicou o princípio da fungibilidade para recebê-lo como recurso em sentido estrito.” (STJ – REsp 1739966/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 04/09/2018, DJe 12/09/2018)

profunda modificação da sistemática processual ao longo dos anos, fazendo com que a fungibilidade “tradicional” não possa mais ser aplicada à luz do CPC/2015.

Além disso, o CPC/2015 passou a prever expressamente a conversibilidade recursal – modificação do recurso interposto para adequá-lo à modalidade recursal entendida como correta pelo órgão julgador –, que atua no mesmo sentido da fungibilidade, mas com ela não confunde, prestigiando-se o julgamento do mérito.

Assim, o presente artigo visa demonstrar a absoluta incompatibilidade normativa desses requisitos da fungibilidade com o CPC/2015, que prestigia mais a jurisprudência defensiva do que os princípios e demais dispositivos do CPC, especialmente aqueles que tratam das invalidades e nulidades, bem como da conversão de recursos.

1.A FUNGIBILIDADE RECURSAL “TRADICIONAL”

Dentre os requisitos de admissibilidade dos recursos, se encontra o cabimento, que consiste na possibilidade de recorrer e na escolha adequada do tipo recursal para impugnar determinado provimento decisório,⁴ que pode variar, por exemplo, com a natureza da decisão (agravo/apelação), com o órgão prolator (agravo de instrumento/agravo interno), com o fundamento recursal (embargos de declaração/recursos especial e extraordinário). Trata-se, portanto, de opções legislativas acerca da *forma* recursal adequada.

Com isso, nosso sistema recursal pode ser considerado bastante complexo, bastando indicar que possuímos nove espécies recursais elencadas apenas no CPC/2015 (art. 994)⁵, além de sucedâneos recursais, como a reclamação, e demandas autônomas de impugnação, como o mandado de segurança e a ação rescisória.

4 MOREIRA, José Carlos Barbosa. O juízo de admissibilidade no sistema dos recursos civis. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado da Guanabara. Rio de Janeiro, v. 19, 1968, p. 113-115. *Idem*. Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. V: arts. 476 a 565. 17ª ed. rev. e atual. - Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 246-247 e 263. JORGE, Flávio Cheim. Teoria geral dos recursos cíveis. 8ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 113-115.

5 Ainda é possível mencionar outros, como os “embargos infringentes” previstos no art. 34 da Lei 6.830/80 para sentenças proferidas em execuções fiscais de valor igual ou inferior a 50 (cinquenta) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional – ORTN.

Não se trata de tarefa fácil compreender esses mecanismos em sua inteireza – especialmente se levarmos em conta as leis especiais.⁶

Ciente dessa complexidade, desde o CPC/1939,⁷ o ordenamento processual já previa a fungibilidade recursal, de modo expresso, ressaltando as hipóteses de má-fé e de erro grosseiro,⁸ que não rendeu muitos frutos na prática.⁹

No CPC/1973, não foi repetida a referida regra, diante da suposta simplificação do regime recursal, com a redução do campo de “dúvida objetiva” entre as hipóteses de cabimento.¹⁰ Contudo, a doutrina e a jurisprudência continuaram aplicando o instituto, sem qualquer alteração nos requisitos então previstos no art. 810 do CPC/1939, demonstrando sua consolidação.¹¹⁻¹²

Por outro lado, ocorreu uma crescente confusão entre a fungibilidade recursal e a conversibilidade recursal,¹³ enfraquecendo

6 Recentemente, o STJ debateu o cabimento de agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas em processos de recuperação judicial (REsp 1722866), havendo bastante divergência acerca do cabimento desse recurso também no processo falimentar: TJRJ – AI nº 0055107-34.2017.8.19.0000 – Des(a). ALEXANDRE ANTÔNIO FRANCO FREITAS CÂMARA - Julgamento: 14/03/2018 - SEGUNDA CÂMARA CÍVEL; Enunciado 69 da I Jornada de Direito Processual Civil, realizada em agosto de 2017 pelo Conselho da Justiça Federal, segundo o qual “[a] hipótese do art. 1.015, parágrafo único, do CPC abrange os processos concursais, de falência e recuperação”.

7 “Art. 810. 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.”

8 Para uma análise do referido dispositivo: MOREIRA, José Carlos Barbosa. O juízo de admissibilidade no sistema dos recursos civis. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado da Guanabara. Rio de Janeiro, v. 19, 1968, p. 114-118.

9 “É certo que, para obviar aos inconvenientes da interposição errônea de um recurso por outro, o Código vigente admite o seu conhecimento pela instância superior e ordena a remessa à câmara ou turma, desde que não esteja viciado por má-fé ou erro grosseiro (artigo 810). O Código consagrou, nesse preceito legal, a teoria do ‘recurso indiferente’ (Sowohl-als-auch-Theorie), como ensinam os autores alemães. Esta solução não serviu, porém, para melhorar o sistema, porque a frequência com que os recursos, erroneamente interpostos, não são conhecidos pelo Tribunal evidenciou que a aplicação do artigo 810 tem valor limitadíssimo.” (BUZAID, Alfredo. *Exposição de motivos do Código de processo civil de 1973*. 1972, Item 31. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/177828/CodProcCivil%201974.pdf?sequence=4>. Acesso em: 30.09.16.) JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 8ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 316-317.

10 BUZAID, Alfredo. *Exposição de motivos do Código de processo civil de 1973*. 1972, Item 33. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/177828/CodProcCivil%201974.pdf?sequence=4>. Acesso em: 30.09.16. JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 8ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 318.

11 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. V: arts. 476 a 565*. 17ª ed. rev. e atual. - Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 249-251.

12 Barbosa Moreira expressamente critica a ausência de repetição da norma contida no art. 810 do CPC/1939: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. V: arts. 476 a 565*. 17ª ed. rev. e atual. - Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 249.

13 Na fungibilidade, aceita-se o recurso errado pelo certo, sem qualquer adequação dele; na conversão, é concedida a oportunidade para adaptar o recurso errado de modo a preencher os requisitos do recurso

o potencial daquela, já que se passou a exigir a interposição do recurso no prazo daquele que seria considerado o correto como requisito para possibilitar a conversão.¹⁴ Além disso, não se pode deixar de mencionar que, apesar de a fungibilidade sempre ter sido exaltada, a doutrina tradicional jamais tentou se desvincular dessa ideia de “zona cinzenta” entre qual seria o recurso cabível.¹⁵

Seguindo a linha do CPC/1973, o CPC/2015 (infelizmente) não previu expressamente a fungibilidade recursal, o que não impediu que a doutrina sustentasse que “o princípio da fungibilidade recursal é compatível com o CPC e alcança todos os recursos, sendo aplicável de ofício”.¹⁶ Nesse sentido, trata-se de prática louvável, mas que não se encontra verdadeiramente alinhada com a lógica que permeia o Código, enquanto não conseguimos desvinculá-la da “dúvida objetiva” e do “erro grosseiro”.¹⁷⁻¹⁸ Importante destacar que o único avanço legislativo acerca da matéria diz respeito à unificação do prazo recursal (art. 1.003, § 5º, do CPC), que reduz os freios à fungibilidade¹⁹ (que, a rigor, deveria dizer respeito à conversibilidade).

2. PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DE RESOLUÇÃO DO MÉRITO

Como se sabe, a doutrina tem apontado a existência de um novo princípio²⁰ no CPC/15: o da primazia de resolução do mé-

considerado correto. A conversibilidade, portanto, não dispensa a forma correta.

14 GRECO FILHO, Vicente. *Comentários ao procedimento sumário, ao agravo e à ação monitória*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 24-25. Apontando o equívoco: CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil: volume 2*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 74-76. JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 8ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 328-329.

15 ALVIM, Teresa Arruda. *O óbvio que não se vê: a nova forma do princípio da fungibilidade*. Migalhas. Publicado em: 22.05.06. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI25047,61044-O+obvio+que+nao+se+ve+a+nova+forma+do+princípio+da+fungibilidade>. Acesso em: 30.09.18.

16 Enunciado nº 104 do FPPC.

17 Ainda apresentam os requisitos: DIDIER JR., Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro. *Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal*, vol. 3. 13ª ed. reform. – Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 109. CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2017, p. 499.

18 Só assim teremos uma verdadeira função instrumental do processo no campo recursal: ALVIM, Teresa Arruda. *O princípio da fungibilidade sob a ótica da função instrumental do processo*. Revista dos Tribunais, n. 821, 2004.

19 TEMER, Sofia. NCP: Correção de vícios dos recursos. *Processualistas*. Publicado em 04.07.16. Disponível em: <http://processualistas.jusbrasil.com.br/artigos/357104956/ncpc-correcao-de-vicios-dosrecursos?ref=home>. Acesso em: 07.10.18.

20 Para alguns, trata-se de uma regra, e não de um princípio: NUNES, Dierle. *Novo Código de Processo Civil*

rito, previsto no art. 4º do CPC (“As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”).²¹

Ainda que não houvesse menção a esse direito no art. 4º, o princípio seria igualmente extraído de diversos dispositivos que permitem a desconsideração de vícios formais (basta citar, por exemplo, o art. 282, § 4º, do CPC), bem como sua correção (art. 932, parágrafo único, do CPC).²²

Ou seja, a função desse princípio nada mais é do que determinar que o julgador resolva o mérito, *sempre que possível*, se valendo, para essa finalidade, de poderes de saneamento de vícios formais e processuais. Isso porque o processo tem como objetivo ótimo resolver o mérito²³ e cabe ao Estado-juiz e às partes cooperarem não só para um diálogo (meio de se chegar ao resultado), mas também para que uma decisão de mérito (fim almejado) seja alcançada, tal como expressamente estabelece o art. 6º do CPC (“Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.”).

Dessa forma, como se trata de um princípio, sua aplicação não deve ficar adstrita apenas às normas que expressamente consagram a possibilidade de correção ou de desconsideração de ví-

viabiliza hipóteses de fungibilidade recursal. Conjur. Publicado em 01.09.15. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2015-set-01/dierle-nunes-cpc-viabiliza-hipoteses-fungibilidade-recursal#_ftn2. Acesso em: 07.10.18.

21 CUNHA, Leonardo Carneiro. Comentários ao art. 4º, in: *Comentários ao Código de Processo Civil*. Org.: Lenio Luiz Streck, Dierle Nunes, Leonardo Carneiro da Cunha. Coord. exec.: Alexandre Freire. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 36-37. *Idem*. A aplicação do princípio da primazia do julgamento do mérito no novo Código de Processo Civil brasileiro, in: *Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região*. São Paulo: Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Ano XXVII, n. 128, jan./mar. 2016, p. 133-136. CÂMARA, Alexandre Freitas. O princípio da primazia da resolução do mérito e o novo Código de Processo Civil. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 70, set./out. 2015, p. 42-50. *Idem*. *O novo processo civil brasileiro*. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2017, p. 9. DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 1. 17 ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 136-137.

22 CÂMARA, Alexandre Freitas. O princípio da primazia da resolução do mérito e o novo Código de Processo Civil. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 70, set./out. 2015, p. 50. DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 1. 17 ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 136-137.

23 Não é por outro motivo que as sentenças terminativas são chamadas de “anômalas”. ALVIM, Teresa Arruda; CONCEIÇÃO, Maria Lucia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres. *Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 462. CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil*. Tese apresentada no concurso de provas e títulos para provimento do cargo de Professor Titular de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017, p. 425-426.

cios. Além disso, todo e qualquer dispositivo que trate do tema deve ser interpretado visando à resolução do mérito, especialmente nas hipóteses em que uma interpretação literal conduza ao resultado diametralmente oposto: uma decisão terminativa.

3. REGIME DE INVALIDADES E NULIDADES DO CPC

Diferentemente desse “novo princípio”, há muito tempo já se afirma na doutrina brasileira que as formas não podem prevalecer sobre o conteúdo dos atos processuais e que o processo não pode ser *formalista*,²⁴ devendo-se conciliar a segurança jurídica garantida pela forma com o objetivo pretendido pelo ato.²⁵

Nesse sentido, o ordenamento processual brasileiro (o CPC/1939 já tinha diversos dispositivos nesse sentido, em seu capítulo de nulidades – arts. 273 a 279) prevê que os vícios de forma (invalidades) possam ser relevados em diversas situações, sem a cominação de nulidades.

Relativamente ao CPC/2015, a primeira delas, trazida pelo art. 277 do CPC, trata da regra (para alguns, princípio) da instrumentalidade das formas,²⁶ segundo a qual não se pronuncia a nulidade se o ato alcançar sua finalidade. Nesse sentido, é possível verificar que há muitos vícios graves, como, por exemplo, qualquer invalidade relativa à citação (art. 280 do CPC),²⁷ que podem ser relevados, caso o objetivo pretendido pelo ato tenha sido alcançado por outro meio.

Contudo, essa finalidade (ou seja, a instrumentalidade das formas) não pode ser analisada isoladamente, devendo ser conjugada com as demais normas sobre nulidades. Importante destacar

24 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997.

25 CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil : volume 1*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 279-280 e 291-292. CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

26 CABRAL, Antonio do Passo. Comentários ao art. 277, in: *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). 2ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 436-439. CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2017, p. 152-153. Fredie Didier Jr. entende que a instrumentalidade é uma variação da regra que exige prejuízo para a decretação da invalidade: DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil, v. 1*. 17 ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 404.

27 Classificando esse vício como o mais grave dentro do processo: CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2017, p. 412.

que “o erro de forma do processo acarreta unicamente a anulação dos atos que não possam ser aproveitados, devendo ser praticados os que forem necessários a fim de se observarem as prescrições legais”. Além disso, deve-se verificar se da irregularidade resulta prejuízo para alguma das partes (arts. 282, §1º, e 283, parágrafo único, do CPC) ou se é possível decidir o mérito a favor da parte a quem aproveite a decretação da nulidade (art. 282, § 2º, do CPC).

Nota-se, portanto, uma tendência *inquestionável* do processo civil brasileiro de relevar os vícios de forma dos atos processuais, havendo quem fale em *validade prima facie* dos atos, como uma verdadeira preferência normativa nesse sentido.²⁸

Resta, então, analisar como as ideias expostas até agora – da primazia de resolução de mérito e da primazia de validade dos atos processuais praticados com forma diversa da estabelecida – conduzem a uma releitura da fungibilidade recursal.

4. RELEITURA DA FUNGIBILIDADE RECURSAL: O FIM DA “DÚVIDA OBJETIVA” E DO “ERRO GROSSEIRO”

Apesar de não prever expressamente a possibilidade de fungibilidade recursal, o CPC/2015 possui algumas situações de conversão de recursos:²⁹ embargos de declaração em agravo interno (art. 1.024, § 3º, do CPC)³⁰ e recursos extraordinário e excepcional (arts. 1.032 e 1.033).³¹

Não obstante as divergências entre os institutos, não há dúvidas de que ambos se ligam à primazia de resolução do mérito e visam justamente à superação de óbices formalistas ao conheci-

28 CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

29 Diferenciando as situações: CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2017, p. 499 e 547.

30 Em sentido diverso, chamando de fungibilidade: DIDIER JR., Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro. *Curso de direito processual civil : o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal, vol. 3*. 13ª ed. reform. – Salvador: JusPO-DIVM, 2016, p. 109-292. Aponta ambos como sinônimos: CABRAL, Antonio do Passo. *Comentários ao art. 283, in: Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). 2ª ed. rev., atual. eampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 447. JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 8ª ed. rev., atual. eampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 325-327.

31 Tratando como conversibilidade, apesar de apontar ambos como derivados da mesma ideia: ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores: precedentes no direito brasileiro*. 5. ed. rev., atual. eampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 403-405.

mento recursal:³² como já dito, a opção por um ou outro recurso diz respeito à forma utilizada.

Nesse sentido, a opção inadequada de forma referente à interposição de recurso deve ser analisada sob o regime atual de nulidades, levando-se em conta: *i*) o alcance do fim pretendido; *ii*) a ausência de prejuízos e *iii*) a possibilidade de julgamento favorável ao recorrido do mérito recursal (que já se beneficiaria pelo não conhecimento do recurso). Dito de outro modo, a fungibilidade recursal deve caminhar lado a lado com a análise a partir das invalidades e nulidades.

Com relação ao fim pretendido, deve-se verificar se o recurso utilizado permite que se chegue ao mesmo resultado do recurso percebido como correto (na prática, pelo órgão recursal competente para o julgamento).³³ Por exemplo, a apelação e o agravo de instrumento se prestam à mesma finalidade: anulação ou reforma da decisão recorrida; por outro lado, recursos de fundamentação vinculada (especial e extraordinário) não possibilitariam que se ignorasse o erro de forma.

No que diz respeito à ausência de prejuízos, trata-se de requisito ligado precipuamente ao déficit de contraditório. Ou seja, a opção pelo recurso “inadequado” não pode gerar para o recorrido uma redução no potencial de influência sobre o resultado. Assim, não haveria qualquer prejuízo caso se valesse do agravo de instrumento no lugar do agravo interno contra decisão interlocutória de relator (equivoco facilmente concebido como “grosseiro” numa visão tradicional), pois ambos seriam levados ao mesmo órgão competente, no mesmo prazo e com igual oportunidade de discussão da decisão recorrida.

Há situações, no entanto, em que as matérias ventiladas e a

32 CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2017, p. 499. CABRAL, Antonio do Passo. Comentários ao art. 283, in: *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). 2ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 447. ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores: precedentes no direito brasileiro*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 403-405.

33 Não se pode confundir a hipótese ensejadora de fungibilidade com aquela na qual nenhum dos dois recursos é possível. Por exemplo, uma decisão interlocutória que não seja impugnável por agravo de instrumento não é também recorrível *imediatamente* por apelação, de modo que, antes do momento adequado para utilização da apelação, a fungibilidade recursal entre ambos não é possível.

extensão do efeito devolutivo são diversas – como no confronto entre agravo de instrumento e apelação –,³⁴ o que pode ter reflexos no contraditório (quais matérias podem ser discutidas para obter o resultado pretendido) e, até mesmo, na ampla defesa (possibilidade de produção de novas provas).³⁵ Da mesma forma, há outros elementos que podem ser analisados para se chegar à fórmula do prejuízo, como a duração razoável do processo, merecendo destaque o fato de que, em alguns casos, a interposição errônea pode, até mesmo, acelerar o processo (bastando pensar que o agravo de instrumento é imediatamente dirigido ao juízo *ad quem*, sem submissão ao juízo *a quo*, momento de grande atraso para o processo;³⁶ enquanto a opção inversa pode ser suficiente para impedir a fungibilidade a partir da lógica de prejuízo).

Assim, a partir da própria lógica das invalidades processuais – e, num espectro mais amplo, da instrumentalidade processual –, não é possível o sacrifício do contraditório para se privilegiar a liberdade de formas, o que impede a fungibilidade recursal.

Como último requisito, caso seja possível decidir o mérito recursal a favor do recorrido, o art. 282, § 2º, do CPC estabelece que as invalidades devem ser relevadas, de modo que não se pronunciará a nulidade – no caso dos recursos, não se deixará de conhecê-los.

34 Para Alexandre Câmara, tendo em vista que a teoria da causa madura é norma excepcional, não pode ser aplicada irrestritamente ao agravo de instrumento, mas apenas àqueles que versem sobre mérito do processo (CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2017, p. 520. TJRJ – AI nº 0027013-76.2017.8.19.0000 – Des(a). ALEXANDRE ANTÔNIO FRANCO FREITAS CÂMARA - Julgamento: 25/10/2017 - SEGUNDA CÂMARA CÍVEL). Caso se adote a ideia de Fredie Didier Jr. e de Leonardo Carneiro da Cunha, de utilização da causa madura a qualquer hipótese de agravo (DIDIER JR., Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro. *Curso de direito processual civil : o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal*, vol. 3. 13ª ed. reform. – Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 241-242.), não há que se falar em qualquer prejuízo referente ao efeito devolutivo.

35 Novamente, há divergências acerca da possibilidade de produção de provas *novas* em grau recursal, no agravo de instrumento, em razão da supressão de instância: a favor desse entendimento: MAZZOLA, Marcelo. É cabível prova técnica simplificada em agravo de instrumento. *Conjur*. Publicado em: 06.06.18. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-06/marcelo-mazzola-cabe-prova-tecnica-agravo-instrumento>. Acesso em: 07.10.18. Em sentido contrário, entendendo não ser possível produção de provas novas no agravo de instrumento: TJRJ – AC nº 0012138-67.2018.8.19.0000 – Des(a). ALEXANDRE ANTÔNIO FRANCO FREITAS CÂMARA - Julgamento: 28/03/2018 - SEGUNDA CÂMARA CÍVEL.

36 No sentido de que há aceleração do processo quando o juízo de admissibilidade é feito diretamente pelo tribunal *ad quem* (como no agravo de instrumento): SOUZA, Gisele. Mudar juízo de admissibilidade pode trazer mais rapidez ao processo, diz Luiz Fux. *Conjur*. Publicado em: 19.10.15. Publicado em: <https://www.conjur.com.br/2015-out-19/fim-juizo-admissibilidade-agilizar-processo-fux>. Acesso em: 07.10.18.

Nesse sentido, impõe-se destacar que a aplicação dessas premissas está absolutamente alinhada com a primazia de resolução do mérito, uma vez 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).

Ademais, esses parâmetros tornam (quase) irrelevante a análise de má-fé na aplicação da fungibilidade, pois ela nos diz pouco acerca do aproveitamento do recurso equivocadamente interposto, já que, mesmo que a escolha tenha sido feita propositalmente com intuito incompatível com a boa-fé processual, é possível que não ocorra qualquer prejuízo às partes.³⁷

Com efeito, não se pode trabalhar a fungibilidade recursal da mesma forma que ela surgiu em 1939, sob pena de reconhecermos que 80 anos de desenvolvimento da dogmática processual, pautada em grande parte a partir da instrumentalidade das formas, e a criação de novos princípios (além da primazia de resolução do mérito, pouco se falava acerca da economia e da eficiência processual em 1939).

A partir disso, deve-se mudar os paradigmas de análise da fungibilidade recursal, para que se abandone os revogados pressupostos do art. 810 do CPC/1939 (erro grosseiro e má-fé), obsoletos e contrários aos princípios do Código, e se utilizem os parâmetros supracitados, previstos no CPC/15 e compatíveis com os princípios que o regem.

5. CONVERSIBILIDADE (OU CONVERTIBILIDADE) RECURSAL COMO ALTERNATIVA À FUNGIBILIDADE E COMO “FECHAMENTO DO SISTEMA”

Explicitadas as razões pelas quais deve ocorrer uma imediata mudança dos parâmetros da fungibilidade recursal, faz-se necessário tecer alguns comentários acerca da conversibilidade recursal.

Como dito no tópico anterior, haverá situações nas quais, mesmo com essa nova visão da fungibilidade, ela não será aplicá-

³⁷ Chega à mesma conclusão: JORGE, Flávio Cheim. Teoria geral dos recursos cíveis. 8ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 320.

vel, já que os requisitos não estarão preenchidos. Nesses casos, não se pode, ainda, preferir a inadmissibilidade do recurso equivocado.

Na verdade, o próprio CPC traz dispositivos que priorizam a conversão do recurso equivocado no recurso correto – em hipóteses de fundamentações vinculadas, em que seria praticamente impossível a fungibilidade entre ambos –, o que mostra sua preferência pela conversão à inadmissibilidade, demonstrando sua compatibilidade com a primazia de resolução do mérito.

Dessa forma, esses dispositivos nos dizem muito mais do que aparentam e devemos interpretá-los de modo a extrair um verdadeiro princípio da conversão³⁸ (de aplicação expansiva, e não restrita àqueles recursos específicos): quando não for possível a fungibilidade recursal, devemos nos valer da conversibilidade recursal, e não somente nas hipóteses expressamente previstas (agravo interno e embargos de declaração; recursos especial e extraordinário).

Além disso, não há qualquer referência nesses dispositivos a “erro grosseiro”, a “dúvida objetiva” ou a “má-fé”, o que indica sua desnecessidade para que os recursos sejam conhecidos independentemente da forma escolhida, sem que enfrentemos qualquer congestionamento processual.

Portanto, de forma supletiva (ou complementar) à fungibilidade, impõe-se reconhecer que a conversão do recurso equivocado no recurso entendido como correto se mostra preferível à sua inadmissibilidade, de forma consentânea com a primazia de resolução do mérito, além de servir de reforço ao abandono dos requisitos clássicos da fungibilidade recursal, que já não estão previstos nos arts. 1.024, § 3º, 1.032 e 1.033 do CPC.

CONCLUSÃO.

Conforme apontado, não é mais possível tratarmos da fungibilidade recursal da mesma forma que surgiu no ordenamento

38 Se referindo ao fenômeno da conversibilidade como princípio: CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2017, p. 499. CABRAL, Antonio do Passo. Comentários ao art. 283, in: *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). 2ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 447.

jurídico brasileiro, pelo CPC/1939, pois se operou uma evolução da dogmática processual, que não mais prioriza as formas ao conteúdo e à finalidade pretendida, sob pena de priorizarmos a jurisprudência defensiva que se formou no Judiciário.³⁹

Além do regime de invalidades, temos a consagração expressa do princípio da primazia de resolução do mérito (art. 4º do CPC), que vem no mesmo sentido, a fim de afastar qualquer tentativa de manutenção da prática de jurisprudência defensiva.

A partir dessas premissas, buscou-se demonstrar que os tradicionais requisitos da fungibilidade recursal – ausência de erro grosseiro (dúvida objetiva) e de má-fé – não são mais compatíveis com a principiologia e com a sistemática (especialmente das invalidades) do CPC/2015, já que privilegiam a forma (recurso cabível) ao conteúdo e à finalidade.

Como alternativa, sugere-se a utilização dos parâmetros do regime de invalidades e nulidades do próprio CPC, que se mostra mais atual e consentâneo com o regime processual atual, levando-se em conta: *i*) se o fim pretendido foi alcançado; *ii*) a ausência de prejuízos e *iii*) a possibilidade de julgamento favorável ao recorrido do mérito recursal (que já se beneficiaria pelo não conhecimento do recurso).

Da mesma forma, as previsões no CPC/2015 de conversão de recursos também reforçam o abandono das premissas tradicionais da fungibilidade e criam outro princípio, da conversibilidade recursal, que deve ser aplicado de forma complementar, evitando-se, ao máximo, a inadmissibilidade.

Portanto, espera-se contribuir um pouco para que se dê mais um passo no estudo do tema, para que alcancemos uma interpretação mais adequada da fungibilidade e da conversibilidade recursais com o CPC/2015. ❖

³⁹MOREIRA, José Carlos Barbosa. Restrições ilegítimas ao conhecimento dos recursos, *in*: *Temas de direito processual – nona série*. São Paulo: Saraiva, 2007. TEMER, Sofia. NCPC: Correção de vícios dos recursos. Processualistas, principalmente nota de rodapé nº iv. Publicado em 04.07.16. Disponível em: <http://processualistas.jusbrasil.com.br/artigos/357104956/ncpc-correcao-de-vicios-dosrecursos?ref=home>. Acesso em: 07.10.18.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

ALVIM, Teresa Arruda. *O óbvio que não se vê: a nova forma do princípio da fungibilidade*. Migalhas. Publicado em: 22.05.06. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI25047,61044-O+obvio+que+nao+se+ve+a+nova+forma+do+principio+da+fungibilidade>. Acesso em: 30.09.18.

_____. O princípio da fungibilidade sob a ótica da função instrumental do processo. *Revista dos Tribunais*, n. 821, 2004.

ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores: precedentes no direito brasileiro*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

ALVIM, Teresa Arruda; CONCEIÇÃO, Maria Lucia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres. *Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BUZAID, Alfredo. *Exposição de motivos do Código de processo civil de 1973*. 1972. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/177828/CodProcCivil%201974.pdf?sequence=4>. Acesso em: 30.09.16.

CABRAL, Antonio do Passo. Comentários ao art. 277, in: *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). 2ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. Comentários ao art. 283, in: *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). 2ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil*. Tese apresentada no concurso de provas e títulos para provimento do cargo de Professor Titular de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

_____. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2017.

_____. *Lições de direito processual civil : volume 1*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. *Lições de direito processual civil : volume 2*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. O princípio da primazia da resolução do mérito e o novo Código de Processo Civil. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 70, set./out. 2015.

CPC Brasileiro Traduzido para a Língua Inglesa. Freddie Didier Jr. e Teresa Arruda Alvim (Coords.) - Salvador: Ed. Juspodivm, 2017. Disponível em: https://www.academia.edu/34624029/TERESA_ARRUDA_ALVIM_FREDIE_DIDIER_JR._Traduzido_para_a_L%C3%ADngua_inglesa_Traduzido_para_a_L%C3%ADngua_inglesa. Acesso em: 17.06.18.

CUNHA, Leonardo Carneiro. A aplicação do princípio da primazia do julgamento do mérito no novo Código de Processo Civil brasileiro, *in*: *Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região*. São Paulo: Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Ano XXVII, n. 128, jan./mar. 2016.

_____. Comentários ao art. 4º, *in*: *Comentários ao Código de Processo Civil*. Org.: Lenio Luiz Streck, Dierle Nunes, Leonardo Carneiro da Cunha. Coord. exec.: Alexandre Freire. São Paulo: Saraiva, 2016.

DIDIER JR., Freddie. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 1. 17 ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

GRECO FILHO, Vicente. *Comentários ao procedimento sumário, ao agravo e à ação monitória*. São Paulo: Saraiva, 1996.

JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 8ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MAZZOLA, Marcelo. É cabível prova técnica simplificada em agravo de instrumento. *Conjur.* Publicado em: 06.06.18. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-06/marcelo-mazzola-cabe-prova-tecnica-agravo-instrumento>. Acesso em: 07.10.18.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. V: arts. 476 a 565*. 17ª ed. rev. e atual. - Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____. O juízo de admissibilidade no sistema dos recursos civis. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado da Guanabara*. Rio de Janeiro, v. 19, 1968.

_____. Restrições ilegítimas ao conhecimento dos recursos, *in: Temas de direito processual – nona série*. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Sobre pressupostos processuais, *in: Temas de Direito Processual – quarta série*. São Paulo: Saraiva, 1989.

NUNES, Dierle. Novo Código de Processo Civil viabiliza hipóteses de fungibilidade recursal. *Conjur.* Publicado em 01.09.15. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2015-set-01/dierle-nunes-cpc-viabiliza-hipoteses-fungibilidade-recursal#_ftn2. Acesso em: 07.10.18.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997.

SALLES, Carlos Alberto de. Comentário ao art. 76, *in: Comentários ao código de processo civil – volume 1 (arts. 1º a 317)*. Coord.: Cassio Scarpinella Bueno. São Paulo: Saraiva, 2017.

SATO, Priscila Kei. *Translatio iudiciino direito processual civil brasileiro*. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=187304>. Acesso em: 27.07.16.

SOUZA, Gisele. Mudar juízo de admissibilidade pode trazer mais rapidez ao processo, diz Luiz Fux. *Conjur.* Publicado em: 19.10.15. Publicado em: <https://www.conjur.com.br/2015-out-19/fim-juizo-admissibilidade-agilizar-processo-fux>. Acesso em: 07.10.18.

TEMER, Sofia. NCPC: Correção de vícios dos recursos. Processualistas. Publicado em 04.07.16. Disponível em: <http://processualistas.jusbrasil.com.br/artigos/357104956/ncpc-correcao-de-vicios-dosrecursos?ref=home>. Acesso em: 07.10.18.