

# Fungibilidade dos Recursos no Processo Civil Brasileiro

## Fungibility of Resources in the Brazilian Civil Procedure

Marilene Rodrigues Silva Elidio\*\*

<sup>a</sup>Faculdade Anhanguera de Osasco, SP, Brasil

\*E-mail: marilenerelidio@gmail.com

---

### Resumo

Pretende-se com este artigo demonstrar para a sociedade seus direitos e garantias assegurados pela Constituição Federal visto por outro ângulo, qual seja, o sistema processual. Divaga-se primeiramente sobre os princípios fundamentais, segue-se para a importância do princípio da fungibilidade no Processo Civil Brasileiro, sua conceituação e problemáticas advindas de sua exclusão pela Lei nº 5.869/73 que, ao revogar a Lei nº 1.608/1939, não restabeleceu esse princípio tão aclamado. Está dissertação traz as possibilidades reais aceitáveis tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, enfocando a dúvida objetiva, o erro grosseiro e a má-fé.

**Palavras-chave:** Segurança Jurídica. Celeridade Processual. Dignidade da Pessoa Humana.

### Abstract

*It is intended with this article demonstrate to society their rights and guarantees assured by the Federal Constitution, viewed from another angle, namely the procedural system. First it digresses on the fundamental principles, after, it follows to the importance of the principle of fungibility in the Brazilian Civil Procedure, its concepts and issues arising from its exclusion by Law No 5.869/73 which by repealing the law No 1.608/1939 have not reestablished this acclaimed principle. This work shows the real possibilities acceptable by both doctrine and jurisprudence by focusing on the objective doubts, the coarse error and bad faith.*

**Keywords:** Legal security. Procedural Celerity. Human Dignity.

---

## 1 Introdução

O presente artigo tem o intuito de demonstrar quão importante será restabelecer a formalidade do princípio da fungibilidade no sistema processual civil. Por isso abordamos alguns dos princípios que envolvem o sistema processual de forma sucinta, apenas para entendermos a real necessidade de invocar a regulamentação do princípio da fungibilidade, vez que o próprio modelo processual de 1973 (BRASIL, 1973), apesar do esforço do legislador ao alterar a norma processual de 1939 (BRASIL, 1939) com o intuito de acabar com as dúvidas já existentes, gerou novas dúvidas, trazendo entendimento dubio e com isso divergência jurisprudencial e doutrinária.

Verifica-se por meio de pesquisa que não há regulamentação para a fungibilidade recursal na lei processual civil, o que encontramos são parágrafos e incisos esparsos de artigos diversos deixando obscuridade quanto a sua utilização legal. Com isso, entende-se viável buscar a regulamentação do princípio da fungibilidade no Direito Processual Civil, vez que ele já é normatizado no Direito Processual Penal pelo artigo 579 (BRASIL, 1941).

Apesar das divergências doutrinárias e jurisprudenciais, têm-se entendido a favor da fungibilidade recursal. Anteriormente, quando vigorava o código de 1939, o artigo 810 previa a fungibilidade dos recursos, vez que existia grande

número de recursos e dúvida quanto à interposição correta, pois para isso era necessário saber se o teor da decisão era: terminativa ou definitiva; de mérito ou interlocutória (NERY JUNIOR, 1990).

A intenção do legislador era revogar um artigo que perdera sua função que outrora funcionava como “tábua de salvação para as partes, relativamente ao complicado sistema recursal regulado por aquele diploma” (NERY JUNIOR, 1990, p. 171). Contudo o novo sistema processual não é cristalino como se esperava, ainda há dúvidas quanto à interposição de um recurso ou outro.

## 2 Desenvolvimento

O trabalho caracteriza-se como uma pesquisa bibliográfica, analisando a visão de vários autores sobre a formalidade do princípio da fungibilidade no sistema processual civil.

### 2.1 Princípios normativos

Os princípios jurídicos também são normas que estão explícitas ou implícitas no ordenamento jurídico, sejam elas normas constitucionais ou infraconstitucionais, portanto, vinculam e impõem obrigações, tanto quanto qualquer regra jurídica.

Assim sendo, os princípios jurídicos significam, sem sombra de dúvida, os pontos básicos que servem de ponto de

partida ou de elementos vitais do próprio direito.

Eles prescindem de regras técnicas e não entram no âmbito ideológico como o direito à vida ou a dignidade (NERY JUNIOR, 1990).

Após explanação sobre os princípios, entendemos que tais princípios possuem caráter conceitual e positivo de norma de direito, ou seja, de norma jurídica, bem como de todo e qualquer ramo do direito. No caso em tela, o ramo do direito dos recursos será regido por princípios, pois serão base e alicerce que irão permear toda a aplicação daquele ramo do direito específico.

Destarte, na fase interpretativa constitucional em que vivemos, os princípios jurídicos, sob qualquer prisma que lhes seja atribuído o enfoque, tiveram reconhecido seu intenso grau de juridicidade, deixando de ser vistos como norma secundária para atuarem prioritariamente com reconhecimento de norma jurídica e predominante.

### **2.1.1 Princípio do devido processo legal**

O princípio do devido processo legal está expresso no artigo 5º, LIV da Constituição Federal, o qual diz que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (BRASIL, 1988).

Este é o princípio consagrado do direito de defender-se em qualquer processo de qualquer acusação a ele imputado, é o princípio que traz ao indivíduo a garantia de ação e defesa.

Junto a esse princípio, é impossível utilizá-lo sem invocar os princípios do contraditório e da ampla defesa (artigo 5º, LV); da garantia da assistência judiciária (artigo 5º, LXXXIV e LXXVIII) e do acesso à justiça (artigo 5º, XXXV) (MACHADO, 2008).

Como se vê, a Constituição Federal tratou a igualdade do cidadão como ponto chave de sua liberdade, por isso criou várias ferramentas para sua garantia.

O princípio do devido processo legal por si só basta para garantir ao cidadão o direito de ação e defesa, porém, somados a outros princípios, sua força aumenta.

### **2.1.2 Princípio da ampla defesa e contraditório**

O princípio do contraditório e da ampla defesa está tipificado no artigo 5º, LV da Constituição Federal que traz: aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (BRASIL, 1988).

Em razão do enunciado entende-se que é o meio que permite à parte expor sua versão ao que lhe está sendo impugnado, como o próprio nome diz “ampla defesa”, defender-se.

Porém ele não é obrigatório, pois o réu pode abster-se da defesa e aceitar os fatos impostos, pode ainda, aceitar parte dos fatos impugnados e defender-se de apenas parte das acusações. É sabido que na contestação computar-se-ão verdadeiros os fatos que não forem contestados.

É o princípio da disponibilidade conhecido como poder

dispositivo que dá às pessoas o direito de exercer ou não seus direitos desde, é claro, que não se trate de direitos indisponíveis, logo, conclui-se que é facultativo exercer ou não o direito à defesa, mas é um direito subjetivo ter o direito à defesa.

### **2.1.3 Princípio da inafastabilidade jurisdicional**

Adriano Caldeira (2005) entende ser este o princípio chave do sistema processual, pois ao garantir o acesso à justiça garante também, por meio de outros princípios, a liberdade de ação; um processo célere, eficaz e justo suficiente para se ter resolvido o conflito levado até o Estado.

O artigo 5º, XXXV da CF discorre: a lei não excluirá lesão ou ameaça a direito, então não é preciso que ocorra a lesão propriamente dita, a simples ameaça a direito já basta para que o Estado receba sua ação, quer se refira a direito patrimonial ou inerente à pessoa, independentemente do valor, ou seja, as portas da justiça devem estar abertas para qualquer tipo de conflito (BRASIL, 1988).

Assim como Caldeira (2005), também entendemos ser esse o princípio chave do sistema processual, pois abraçam todos os outros. É ele que dá vida ao processo após ter a parte passado pelos princípios da isonomia; devido processo legal; ampla defesa e contraditório e a partir dele virão os outros, como os princípios da Instrumentalidade das formas; economia processual e, principalmente, da fungibilidade, foco desta obra.

Por esse princípio temos garantido a todas as classes sociais o direito de buscar seus direitos independentemente do seu poder aquisitivo, pois é garantido também àqueles que não possam pagar buscar a justiça gratuita. Vasconcelos (2007) complementa que ao legislador cabe elaborar leis que acompanhem a velocidade das transformações sociais. Do juiz espera-se que conduza o processo adaptando-o à realidade social, valendo-se de mecanismos que permitam a realização da justa ordem jurídica.

### **2.1.4 Princípio da instrumentalidade das formas**

O princípio da instrumentalidade está inteiramente ligado ao princípio da finalidade, embora haja doutrinadores que os separe, mas, se observarmos, o artigo 244 do CPC reza: Quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade (MACHADO, 2008).

Com base no referido artigo, mais o artigo 154 do CPC, entendemos que a forma prescrita pela lei não deve ser interpretada ao pé da letra se essa interpretação prejudicar a finalidade do processo, ou seja, se o ato realizado diverso da forma expressa em lei atingir a finalidade do processo será válido (MACHADO, 2008).

Podemos daí buscar força no princípio da economia processual e do princípio do não prejuízo acentuados no artigo 249 e parágrafos 1º e 2º, que falam mais precisamente da nulidade ditando que, se necessário, os atos serão repetidos ou

retificados somente se prejudicar a parte, caso contrário serão aproveitados já que a própria parte se beneficiará dos referidos atos (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2007)<sup>1</sup>.

Caldeira (2005) contribui afirmando: “a finalidade primeira do processo, visto como mero instrumento de pacificação social”.

Dito isto, chamamos a atenção para o princípio da fungibilidade trazido outra vez implicitamente pelo artigo 250 e 244 do Código de Processo Civil já discutido anteriormente, que apesar da aplicabilidade restrita não pode deixar de ser observado no processo como o aproveitamento dos atos processuais (MACHADO, 2008).

### 2.1.5 Princípio da economia processual

O princípio econômico, embora seja um princípio processual, está implícito na Constituição Federal no artigo 5º, LXXVIII, trazido pela Emenda Constitucional 45 (BRASIL, 1988).

Por este princípio deve ser observado o equilíbrio monetário do processo, custo-benefício, visto ser este totalmente oneroso, mesmo nas hipóteses de concessão da justiça gratuita para as partes, quando trará onerosidade para o Estado, por isso é tido como o princípio que informa todo o processo, devendo garantir o máximo do processo com o mínimo de tempo e custo, conforme artigo 5º, LXXVIII – “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”, ou seja, deve-se buscar o meio processual mais acessível a todos, tanto em relação às custas como a sua duração (BRASIL, 1988).

Logo, entendemos que os princípios da economia processual e da instrumentalidade buscam a mesma finalidade, dificilmente se buscará um sem invocar o outro.

Contudo o referido princípio não visa limitar ou coibir o direito ao devido processo legal o acesso à justiça, utilizando-se de todas as ferramentas necessárias para atingir a finalidade, vez que o acesso à justiça não impõe limitação de valor como requisito.

### 2.1.6 Princípio da adequação

O princípio da adequação relaciona-se com o cabimento do recurso, pois o recurso só será cabível se estiver prescrito em lei federal, sua previsão é o primeiro pressuposto de admissibilidade; seguindo, verifica-se então se o recurso é adequado ao tipo de decisão. Nery Junior (1990, p. 240) ressalta ser a recorribilidade e a adequação os dois requisitos básicos do cabimento para a admissibilidade do recurso.

À adequação dos recursos estão ligados os atos decisórios. Quando falamos em adequação não significa apenas utilizar-

se dos meios processuais para recorrer, mas sim verificar que cada ato decisório terá um recurso cabível prescrito em lei justamente para inibir a criação de nomenclaturas diversas que satisfaçam a necessidade individual de cada um. Por isso, falar em adequação é buscar para cada decisão proferida o recurso adequado prescrito em lei federal, conforme determina a Constituição Federal trazida com a reforma do código de 1973 (BRASIL, 1973) como uma forma de justificar a retirada do artigo 810 do código de 1939 (BRASIL, 1939), no qual, por meio da fungibilidade dos recursos, era aceitável recurso inadequado desde que comprovado o erro grosseiro e a inexistência de má-fé.

Entretanto o princípio da adequação não retira a eficácia da fungibilidade, apenas a inibe, restringindo seu uso para que não seja utilizado de forma errônea e dúbia.

Embora tenha sido retirado do Código de 1973 como regra doutrinária e jurisprudencial, é possível a variação da interposição de recursos utilizando-se da fungibilidade recursal, porém, além de seguir os requisitos básicos da fungibilidade que são: dúvida objetiva, inexistência de má-fé e erro grosseiro, é também necessário adequar o recurso interposto. Mesmo que este seja errôneo ele deve existir na norma jurídica e ser tempestivo, ou seja, não se pode criar um recurso qualquer e interpô-lo com a finalidade de substituí-lo posteriormente pelo recurso adequado utilizando seu prazo (BRASIL, 1973).

Apesar disso, parte da doutrina entende não ser possível a aplicação da variabilidade, pois ao interpor um recurso, consuma-se o direito de recorrer, ou seja, ocorre a preclusão consumativa (SANTOS, 2003).

### 2.2 Fungibilidade

Como regra geral é sabido que o Tribunal *ad quem* não poderá admitir um recurso por outro, em face do princípio da adequação que determina que o recurso cabível próprio seja aquele previsto em lei e adequado à espécie de decisão impugnada.

Todavia, tal regra comporta exceções nos casos em que a parte, diante de uma decisão judicial, indaga qual será o recurso cabível e, consequentemente por erro não grosseiro e desde que não haja má-fé, a parte acaba interpondo um recurso, quando na realidade deveria ter sido interposto outro.

A fim de não prejudicar o recorrente a doutrina e a jurisprudência permitem o recebimento do recurso inadequado, como se fosse adequado, aplicando-se assim o princípio da fungibilidade recursal.

Esse princípio determina que um recurso possa ser recebido por outro, sob certas condições.

Nestes casos, portanto, em razão da fungibilidade ter

<sup>1</sup> Cintra, Grinover e Dinamarco (2007), se o processo é um instrumento, não pode exigir dispêndio exagerado com relação aos bens que estão em disputa. E mesmo quando não se trata de bens materiais deve haver necessária proporção entre fins e meios, para equilíbrio do binômio custo-benefício. É o que recomenda o denominado princípio da economia, o qual preconiza máximo resultado na atuação do direito com o mínimo emprego possível de atividades processuais.

por fim amparar a parte recorrente, de modo que não fique responsabilizada e prejudicada por algo a que não deu causa, qual seja, dúvida com relação à interpretação do recurso correto/taxativo.

### 2.2.1 Fungibilidade dos recursos e sua função social

A finalidade deste estudo é demonstrar os reflexos relevantes positivos e negativos repercutidos no meio social, de que no âmbito jurisdicional há um benefício judicial que não é estendido a todos da área do direito, deixando nas entrelinhas a indagação de que uma área trabalha um bem maior que a outra.

Justifica-se, portanto, este trabalho justamente para trazer para a sociedade que esse benefício ainda existe no direito processual civil, porém não é regulamentado como era pela Lei nº 1.608 de 1939, sendo utilizado por analogia jurisprudencial, permitindo que sua interpretação fique aberta a entendimentos diversos (BRASIL, 1939).

Sabemos que mesmo após ser regulamentada ficará a fungibilidade recursal sujeita à interpretação do magistrado para ser recebida ou não, mas entendemos que será de muita importância para a sociedade que essa interpretação seja restrita para maior eficácia da justiça.

Por tudo isso é importante que o princípio da fungibilidade recursal ganhe destaque em nosso ordenamento jurídico dentro do Direito Processual Civil.

Diante do fato de a fungibilidade recursal ser utilizada com frequência no ordenamento jurídico, visto ter aceitabilidade jurisdicional, deve-se analisar não só a formalidade em sua regulamentação, mas sim a celeridade e efetividade no andamento dos processos (VASCONCELOS, 2007).

Pois a recusa de um recurso interposto erroneamente, verificados a boa-fé e a falta de erro grosseiro e principalmente a dúvida objetiva, não excluirá da parte o direito adquirido e o ato jurídico perfeito, garantidos na Constituição em seu artigo 5º, XXXVI c/c artigo 81 do Código Civil (CC), apenas importará em nova busca de direitos também garantidos pela CF nos artigos 5º LIV, XXXV, aumentando ainda mais o número de processos já existentes, atrasando desnecessariamente o bom andamento processual quando a finalidade é garantir aos litigantes a satisfação com a justiça, colocando em primeiro plano a eficácia jurisdicional, atingindo o bem-estar social.

### 2.3 Cabimento do princípio da fungibilidade

Para que se possa aplicar o princípio da fungibilidade é fundamental que não haja erro grosseiro, pois, havendo o erro grosseiro não há em se falar em aplicação do princípio da fungibilidade, haja vista que o erro grosseiro é aquele criado por situações nas quais não se admitiria dúvida, é um erro injustificável.

O erro grosseiro é verificado quando, apesar de constar de texto de lei o recurso correto, cabível, o recorrente interpõe outro diferente do que está expresso. Temos como exemplo o artigo 296 que reza: indeferida a petição inicial, o autor

poderá apelar. Neste caso se a parte em vez de apelar, como consta no texto da lei, interpuser recurso de agravo, restará caracterizado o erro grosseiro (BRASIL, 1973).

Negrão e Gouvêa (2006, p. 416) trazem a seguinte jurisprudência: artigo 296.2: Constitui erro grosseiro agravar, em vez de apelar dessa sentença (JTA 32/65), porque a lei é expressa quanto ao cabimento da apelação. Assim, como apelação não será possível conhecer do agravo (RT 491/87, RJTJESP 101/285).

Ou ainda, agravar de decisão de 1º grau transitada em julgado, sendo cabível apenas a apelação. Conforme demonstrado é fácil identificar o erro grosseiro e se não ficar claro, então estaremos diante de dúvida objetiva, podendo utilizar-se do princípio da fungibilidade.

### 2.3.1 Demonstração de má-fé

A má-fé ocorre quando propositadamente a parte, por já ter perdido o prazo do recurso cabível, interpõe um recurso de prazo maior como manobra para ter o prazo do recurso intempestivo devolvido.

Circunstâncias indicadoras de má-fé: a) usar do recurso impróprio de maior prazo por haver perdido o prazo do recurso cabível; b) valer-se do recurso de maior devolutividade para escapar à coisa julgada formal; c) protelar o processo, quando se lança mão do recurso mais demorado; d) provocar apenas divergências na jurisprudência para assegurar-se, depois, outro recurso (NERY JUNIOR, 1990). Todas essas formas descritas como má-fé por Nery Junior denotam a intenção clara da parte de burlar a lei.

Observa-se inclusive que em todas as situações indicadas o uso de má-fé pelo recorrente é sempre voltado para o prazo, seja porque perdeu o prazo para interposição do recurso correto, então se interpõe outro recurso no lugar esperando com isso a devolução do prazo para interpor o recurso correto, seja por mera protelação, quando se interpõe um recurso errado de maior prazo, sabendo-se que o recurso correto é mais célere.

Por esses e outros motivos, a menção feita pelo legislador à proibição de se utilizar a fungibilidade quando verificada a má-fé é muito importante para não desvirtuar a verdadeira intenção do princípio da fungibilidade.

Mas como exigir que a parte interponha um recurso projetado sobre dúvida objetiva dentro do suposto prazo correto? Ora, se o recorrente soubesse qual o recurso correto sem nenhuma dúvida não haveria motivo para se interpor outro, ou seja, quando há dúvida objetiva e entendendo a parte ser a apelação o recurso correto, por que utilizar o prazo do agravo? Será essa a condição para provar a boa-fé?

Se seguirmos essa condição perderá o sentido interpor apelação no caso de dúvida objetiva, pois mudar o prazo da apelação é mexer na sua forma, fere o princípio jurídico de que o processo deve seguir regras contidas no ordenamento jurídico, dando às partes no processo igualdade de direitos e obrigações.

Portanto a regra do prazo menor não caracteriza boa-fé, pois interpor apelação com o prazo do recurso de agravo é o mesmo que dizer ao juiz que embora saiba que o recurso correto é a apelação, para não ter problemas de interpretação ou não ser acusado de má-fé, usará o prazo de outro recurso, negando a regularidade formal da apelação insculpida no artigo 514 do CPC

Em havendo os pressupostos para a aferição da dúvida objetiva, ou da inexistência do erro grosseiro, o prazo se nos afigura absolutamente irrelevante. O recorrente deve, isto sim, observar o prazo do recurso efetivamente interposto havido por ele como o correto para a espécie (NERY JUNIOR, 1990, p.190).

### 2.3.2 Dúvida objetiva

Quando a parte incorre em dúvida objetiva, surgida na maioria das vezes por entender qual a verdadeira intenção do juiz a prolatar a decisão acerca do processo, e se essa dúvida o leva para o recurso de apelação que tem mais prazo do que o agravo e posteriormente o juiz entende ser o agravo o recurso correto, a parte não poderá ser acusada de ter agido de má-fé, vez que o que o levou ao recurso de apelação foi a dúvida objetiva intentada pelo ato do juiz.

Neste caso deve-se aplicar o princípio da fungibilidade, visto ter sido demonstrada a dúvida objetiva atestada por divergência doutrinária e jurisprudencial, não caracterizando o erro grosseiro (NERY JUNIOR, 1990).

### 2.4 Aplicação da fungibilidade nos recursos

Os recursos são utilizados quando a parte litigante, inconformada com a decisão proferida, voluntariamente demonstra desejo de modificá-la a fim de defender seu direito. Sua característica está no fato de somente ser possível interpô-los na mesma instância ou instância superior e ainda devem ser exercitáveis na mesma relação jurídica processual em que foi proferida a decisão impugnada, sem que se instaure novo processo contra decisões ainda não transitadas em julgado (MEDINA; WAMBIER, 2008).

A razão pela qual a parte litigante interpõe um recurso é ver a decisão que lhe prejudicou ou não lhe beneficiou reformada. Além dos recursos existem também as ações autônomas de impugnação, ambos são chamados de remédios processuais.

A definição mais acertada é feita pela doutrinadora Wambier ao dizer que os recursos podem ser considerados uma extensão do próprio direito à ação. Só se interpõem recurso de decisões proferidas em processos vivos (MEDINA; WAMBIER, 2008).

#### 2.4.1 Cabimento dos recursos

Os recursos são cabíveis de pronunciamentos judiciais recorríveis, quais são eles: despacho, decisão interlocutória e sentença.

Despachos são atos lançados pelo juiz na própria petição ou em requerimento, deferindo, indeferindo ou tornando-os conclusos, estão tipificados nos artigos 162, §§ 3º e 4º e 504 ambos do CPC, que discorrem que são despachos todos

os demais atos do juiz praticados no processo, de ofício ou a requerimento da parte, a cujo respeito a lei não estabelece outra forma (BRASIL, 1973).

Como o próprio parágrafo define, “todos os demais atos”, ou seja, todos os atos que não corresponde à sentença ou decisão interlocutória.

Em via de regra, dos despachos não cabem recursos, conforme artigo 504 do CPC, que traz o entendimento jurisprudencial de:

- ✓ Que apenas impulsiona o processo, mas não resolve questão alguma (RT/479/158).
- ✓ Que manda riscar cotas marginais ou interlineares (artigo 161) ou indefere determinadas expressões nos autos (art. 15) (RSTJ 60/327 e STJ – RT 709/204).
- ✓ Que manda remeter os autos ao contador (STJ 3ª T. RMS 695-MG, rel. Min. Nilson Naves, j.11.12.90) ou partidor (RJTJ ESP 124/359).

Entretanto há situações em que é recorrível, são aqueles atos do juiz passíveis de serem agravados, ou seja, quando trouxerem prejuízos à parte, ainda conforme Negrão e Gouveia (2006), que traz o entendimento jurisprudencial das situações em que do despacho cabe recurso:

- ✓ Quando ocorrer a citação de pessoa não pedida pelo autor (RT 610/174).
- ✓ Que posterga a apreciação do pedido de tutela antecipada.
- ✓ Que manda dar vistas ao MP, para que examine a possibilidade de apresentar denúncia criminal (JTA, 128/294).

A decisão interlocutória está tipificada no artigo 162, §2º do CPC e consiste no ato em que o juiz resolve questões incidentes com o processo em andamento, caracteriza-se principalmente por trazer prejuízos à parte, pois não ocorrendo prejuízo será mero despacho como já exemplificado anteriormente.

Para Medina e Wambier (2008) o conceito do § 2º do artigo 162 do CPC não é preciso, pois nem todas as questões são incidentes, e portanto a expressão ‘questão’ deveria ser utilizada em sentido menos técnico quando, por exemplo, uma decisão interlocutória proferida de ofício atende requerimento da parte, entendemos que independentemente de ser ou não a decisão interlocutória proferida de ofício, mesmo que para atender a requerimento da parte, se essa decisão trouxer prejuízo à parte, será decisão interlocutória passível de ser agravada.

Antes da Lei nº 11.232/05 sentença era o ato em que o juiz colocava fim ao processo (artigo 162, § 1º) “Sentença é o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa” (BRASIL, 2005).

Portanto era fácil identificar qual o recurso cabível, pois todo ato que colocava fim ao termo era de sentença e cabia apelação e o texto da lei era claro que ‘sentença põe fim ao processo’, seria até erro grosseiro sabendo que aquela decisão coloca fim ao processo e mesmo assim interpor agravo.

A referida lei redefiniu o conceito de sentença do § 1º do artigo 162 que reza que Sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos artigos 267 e 269 desta lei (BRASIL, 2005).

Nelson Luiz Pinto, em seu livro (2002), mesmo antes da Lei nº 11.232/05 já definia sentença como pronunciamento decisório que tem como conteúdo quaisquer das matérias constantes dos artigos 267 e 269 do CPC e como consequência põe fim ao processo.

Com a nova lei, para saber se é sentença tem que se buscar apoio nos artigos 267 e 269, conforme o próprio enunciado do § 1º do artigo 162 (NEGRÃO; GOUVÊA, 2006)<sup>2</sup>.

#### 2.4.2 Aplicação da fungibilidade nos recursos

Medina e Wambier (2008) acreditam ter o legislador acertado em alterar o critério para a distinção entre sentença e decisão interlocutória quando enfatiza que o que deve distinguir tais procedimentos é seu conteúdo e não o momento em que ela é proferida ao longo do procedimento.

E também que antes a decisão que excluía o litisconsorte e indeferia a reconvenção era um pronunciamento agravável, mas com natureza de sentença, e que hoje essa situação está elencada no artigo 267 que, de acordo com o artigo 162, § 1º, corresponde à sentença, portanto, apelável.

Ora, sendo a reconvenção uma ação de conhecimento incidente com o objetivo de contra-atacar a ação principal, e sendo apresentada junto à contestação, que tem como objetivo defender-se da ação principal, podendo o juiz deferir a contestação e indeferir a reconvenção, tem-se aqui uma sentença parcial, pois apesar de o processo ter um ato findo em relação à reconvenção, o processo continua em virtude do deferimento da defesa do réu.

Então podemos observar que, apesar de o legislador ter deixado o princípio da fungibilidade sem tipificação na Lei nº 5.869/73 por acreditar que não seria mais necessário, veio outra lei, nº 11.232/05, com propósito entre outros que não torna mais necessário propor nova ação para executar o título que se obteve com a sentença declaratória, ou seja, podendo executá-lo na própria ação por entender que a sentença declaratória dava ao autor um direito a ser satisfeito pelo réu (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2007), alterando assim o § 1º do artigo 162, gerando dúvidas quando enfatiza que é o conteúdo da decisão que fará distinção entre a apelação e agravo.

Sendo assim, entendemos que os referidos artigo e parágrafo eram muito mais claros quando diziam de forma escrita que se o ato põe fim ao processo independente do conteúdo é sentença, e se não põe fim não é sentença.

A ação rescisória é aquela que se propõe com o objetivo de propor nulidade de sentença. Só é possível propô-la contra sentença transitada em julgado, ou seja, quando a sentença

imposta não puder mais ser alcançada por recurso ordinário ou extraordinário (FUHRER, 2004).

Medina e Wambier (2008) buscam a admissão da fungibilidade em outros mecanismos processuais além dos recursos, não como forma de interpretação literal da lei, mas como forma criativa de manejar a lei, a doutrina e a jurisprudência; ela denomina fungibilidade de meios, ou seja, a possibilidade de trocar um recurso por uma ação ou vice-versa.

Essa maneira de enxergar o princípio da fungibilidade é mais uma forma de garantir uma tutela jurisdicional no sistema processual.

A ação rescisória está tipificada no artigo 485 do CPC, que deixa claro que a rescisória só pode ser intentada quando houver sentença de mérito transitada em julgado nas hipóteses dos incisos I, II, III, IV, V, VI, VII, VIII, IX, do artigo acima mencionado (BRASIL, 1973).

Já a ação anulatória independe de sentença, conforme consta do artigo 486: “Os atos judiciais, que não dependem de sentença, ou em que esta for meramente homologatória, podem ser rescindidos, como os atos jurídicos em geral, nos termos da lei civil” (BRASIL, 1973).

Contudo, tem havido divergência tanto doutrinária quanto jurisprudencial em relação ao cabimento de anulatória ou rescisória por ter o legislador tentado diferenciar sentença de mérito de sentença sem julgamento de mérito ao dizer “meramente homologatória”.

A jurisprudência tem entendido que no caso do artigo 485, VIII:

Quando a sentença não aprecia o mérito do negócio jurídico de direito material, é simplesmente homologatória, não ensejando a ação rescisória. A ação para desconstituir-se a transação homologatória é a comum, de nulidade ou anulatória (art. 486 do CPC/RTJ 117/219 e STF-RT 605/211). Assim, cabe a ação de nulidade se o autor não se insurge contra a sentença, mas “contra o que foi objeto da manifestação de vontade das partes, a própria transação, alegando vício de coação (STF-2ª Turma, RE 100.466-5-SP, rel. Min. Djaci Falcão, j. 26.4.85, não conheceram, v.u., DJU 28.2.86, p.2350).

Se a transação, embora homologada judicialmente, é mais ampla que a questão posta em juízo, a homologação não a abrange e, portanto, a ação para desconstituí-la é a do art. 486, e não a rescisória (TJSP-10ª Câm. Civil, AI 44.920-2, rel. Dês. Rafael Gentil, j. 31.8.82, v.u.).

Para Medina e Wambier (2008), as sentenças meramente homologatórias são as que não são alcançadas pela coisa julgada material encartada no artigo 267 do CPC, que põe fim ao processo sem julgamento do mérito, por isso, passível de anulatória e não de rescisória, e que só caberá as rescisórias nas situações elencadas no artigo 269, extinção com resolução de mérito. Afirmam que, isto posto, não há distinção entre sentença meramente homologatória de sentença homologatória.

<sup>2</sup> Negrão e Gouvêa (2006) não tomaram posicionamento apenas indagaram que a até que a jurisprudência traga resposta segura a essas indagações é recomendável o recrudescimento da fungibilidade entre agravo e apelação.

Por todo o exposto, resta claro que a ação rescisória só cabe de sentença transitada em julgado depois de decorridos dois anos e que faltando um desses pressupostos essenciais não caberá rescisória, e ainda que na anulatória, por ser cabível de atos do processo independente de sentença, ainda não se exige prazo para propô-la; logo, as duas ações referidas parecem distintas uma da outra.

Mas vejamos, o fato de o legislador não deixar clara a possibilidade da anulatória no artigo 486, assim como fez com a rescisória no artigo 485, enseja a dúvida objetiva, pressuposto essencial da fungibilidade, portanto, tornando clara a possibilidade de utilizar-se do princípio da fungibilidade.

### 3 Conclusão

Verificamos pelo exposto que princípio da fungibilidade recursal é regulamentado somente no processo penal enquanto no processo civil há apenas reconhecimento doutrinário e jurisprudencial.

A falta de regulamentação faz com que a fungibilidade recursal derive de correntes e opiniões diversas, ora restritivas a interesses de uns, ora abertas excessivamente a interesses de outrem, fazendo com que o seu objetivo principal se perca não atingindo sua função social e ferindo um dos princípios norteadores da Constituição Federal: a isonomia, em que todos são iguais perante a lei. E se todos são iguais perante a lei, por que beneficiar apenas aqueles que buscam seus direitos e garantias no âmbito penal? Serão esses direitos maiores e mais urgentes?

A finalidade dos recursos é justamente dar à parte sucumbente a oportunidade de ser revista uma decisão que lhe desfavoreceu, obedecendo é claro aos princípios recursais, até mesmo para garantir à própria parte uma revisão justa.

Esses recursos foram criados pelo legislador com uma forma justa de se resolver os entraves do processo. Porém, num processo não há só o interesse das partes de forma individual, há também o interesse do Estado que busca

resolver os conflitos de forma justa.

### Referências

- BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689*, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/De13689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689.htm).
- BRASIL. *Código de Processo Civil de 1939*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1937-1946/De11608.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/De11608.htm).
- BRASIL. *Código de Processo Civil de 1979*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm).
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm).
- BRASIL. *Lei nº 11.232*, de 22 de dezembro de 2005. Altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/111232.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111232.htm).
- CALDEIRA, A. *Para aprender direito. Direito processual civil*. São Paulo: Barros, Fischer & Associados, 2005.
- CINTRA, A.C.A.; GRINOVER, A.P.; DINAMARCO, C.R. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2007.
- FUHRER, M.C.A. *Resumo de processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2004.
- MACHADO, A.C.C. *Código de processo civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. São Paulo: Manole, 2008.
- MEDINA, J.M.G.; WAMBIER, T.A.A. *Recursos e ações autônomas de impugnação*. São Paulo: RT, 2008.
- NEGRÃO, T.; GOUVÊA, J.R.F. *Código de processo civil e legislação processual em vigor*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- NERY JUNIOR, N. *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*. São Paulo: RT, 1990.
- PINTO, N.L. *Manual dos recursos cíveis*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- SANTOS, M.A. *Primeiras linhas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- VASCONCELOS, R.C.C. *Princípio da fungibilidade. Hipóteses de incidência no processo civil brasileiro contemporâneo*. São Paulo: RT, 2007.