

Diretora Responsável
MARISA HARMS

Diretora de Operações de Conteúdo
JULIANA MAYUMI ONO

Editores: Andréia Regina Schneider Nunes, Cristiane Gonzalez Basile de Faria, Iviê A. M. Loureiro Gomes e Luciana Felix

Assistente Administrativo Editorial: Juliana Camilo Menezes

Produção Editorial
Coordenação
JULIANA DE CICCIO BIANCO

Analistas Editoriais: Danielle Rondon Castro de Moraes, Flávia Campos Marcelino Martines, Gabriele Lais Sant'Anna dos Santos, George Silva Melo, Luara Coentro dos Santos e Luciano Mazzolenis J. Cavalheiro

Analistas de Qualidade Editorial: Cíntia Mesojedovas Nogueira e Maria Angélica Leite

Capa: Chrisley Figueiredo

Administrativo e Produção Gráfica
Coordenação
CAIO HENRIQUE ANDRADE

Analista Administrativo: Antonia Pereira

Assistente Administrativo: Francisca Lucélia Carvalho de Sena

Analista de Produção Gráfica: Rafael da Costa Brito

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Jorge, Flávio Cheim
Teoria geral dos recursos cíveis / Flávio Cheim Jorge. – 7. ed. rev.,
atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2015.

Bibliografia.
ISBN 978-85-203-6074-3

1. Recursos cíveis – Brasil 2. Recursos cíveis – Brasil – Leis e
legislação I. Título.

15-05274

CDU-347.955(81)(094)

Índices para catálogo sistemático: 1. Brasil : Leis : Recursos cíveis : Direito
347.955(81)(094) 2. Recursos cíveis : Leis : Brasil : Direito 347.955(81)(094)

FLÁVIO CHEIM JORGE

TEORIA GERAL DOS
RECURSOS
CÍVEIS

7.ª edição revista, atualizada e ampliada

THOMSON REUTERS
REVISTA DOS
TRIBUNAIS

TEORIA GERAL DOS RECURSOS CÍVEIS

7.ª edição
revista, atualizada e ampliada

FLÁVIO CHEIM JORGE

Forense: 1.ª edição: 2003 – 2.ª edição: 2004

Ed. RT: 3.ª edição: 2007; 4.ª edição: 2009; 5.ª edição: 2011; 6.ª edição: 2013.



© desta edição [2015]

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

MARISA HARMS
Diretora responsável

Rua do Bosque, 820 – Barra Funda
Tel. 11 3613-8400 – Fax 11 3613-8450
CEP 01136-000 – São Paulo, SP, Brasil

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfílmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos, do Código Penal), com pena de prisão e multa, conjuntamente com busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

CENTRAL DE RELACIONAMENTO RT
(atendimento, em dias úteis, das 8 às 17 horas)
Tel. 0800-702-2433

e-mail de atendimento ao consumidor: sac@rt.com.br

Visite nosso site: www.rt.com.br

Impresso no Brasil [07-2015]

Universitário (complementar)

Fechamento desta edição [26.06.2015]



ISBN 978-85-203-6074-3

Ao Professor MANOEL ALVES RABELO,
de quem sempre extraí os exemplos
de dedicação, competência,
simplicidade e, sobretudo, amor pela docência.

3.º nunca foi o de restringir a admissibilidade dos recursos excepcionais se comparada a dos recursos ordinários. Até mesmo porque, como dito, o CPC/2015 diminuiu consideravelmente a distância existente entre recursos ordinários e recursos extraordinários, há muito concebida em nosso sistema recursal.

Em síntese: a ideia que animou a sua criação não foi a de afastar dos recursos extraordinário ou especial a norma geral constante do art. 932, parágrafo único, impedindo a correção de vícios graves neles contidos, até mesmo porque, à época, esta última regra ainda não havia sido inserida no projeto.²⁹⁴

Na verdade, como se extrai da narrativa acima realizada, o que ocorreu foi que, ao longo da tramitação legislativa, foi inserida a norma geral que consta do art. 932, parágrafo único, sem que houvesse sido alterada – ou suprimida, como nos pareceria mais adequado – a que consta do art. 1.029, § 3.º.

Tal fato, todavia, na linha do que se disse, não pode levar a uma interpretação que resulte em prejuízo à admissibilidade dos recursos extraordinário e especial, justamente porque, como ficou demonstrado, a intenção do dispositivo era, inicialmente, a de dar a estes um regime jurídico ainda mais benéfico que o dos recursos ordinários, levando-se em consideração o interesse público que seu julgamento traria, sobretudo em virtude da possibilidade da formação de precedente vinculante.

Em outras palavras, o fato de o STF ou o STJ – nos termos do art. 1.029, § 3.º – reputar grave um determinado vício não pode impedir, de forma alguma, que, sendo este sanável, o relator aplique a regra constante do art. 932, parágrafo único, possibilitando ao recorrente que corrija o defeito. Caso contrário, utilizar-se-ia uma norma cujo escopo é favorecer a admissibilidade do recurso em prejuízo desta, traindo, com isso, a intenção por trás do dispositivo.

Em suma: diante de um recurso extraordinário ou especial tempestivo, que contenha defeito de forma, deve o STF ou o STJ, inicialmente, verificar se a hipótese é de vício (i) não grave, caso em que poderá, nos termos do art. 1.029, § 3.º, (i.1) desconsiderar o vício, ou (i.2), determinar sua correção. Caso contrário, isto é, (ii) reputando grave o vício, deve ser aplicado o art. 932, parágrafo único, sendo oportunizada a correção do defeito no prazo de cinco dias.

294. Assim, tivemos a oportunidade de concluir, juntamente com THIAGO FERREIRA SIQUEIRA, A aplicabilidade do art. 932, parágrafo único, do novo CPC aos recursos extraordinários e especial: confronto com o art. 1.029, § 3.º, disponível em [http://portalprocessual.com/a-aplicabilidade-do-art-932-paragrafo-unico-do-novo-cpc-aos-recursos-extraordinario-e-especial-confronto-com-o-art-1-029-%C2%A73o/]. Disponibilizado em: 22.05.2015. Acessado em: 26.05.2015.

10 PRINCÍPIOS

SUMÁRIO: 10.1 Noções gerais – 10.2 Os princípios recursais: 10.2.1 Princípio da voluntariedade; 10.2.2 Princípio da dialeticidade; 10.2.3 Princípio da singularidade – 10.3 Princípio do duplo grau de jurisdição – 10.4 Princípio da taxatividade: 10.4.1 O agravo regimental e o CPC/1973; 10.4.2 Outros “meios” de reformar ou anular as decisões judiciais (sucedâneos recursais e figuras afins) – 10.5 Princípio dispositivo: 10.5.1 A proibição da *reformatio in pejus*; 10.5.2 A proibição da *reformatio in pejus* e a remessa necessária art. 496 do CPC/2015 – 10.6 Princípio inquisitório: 10.6.1 A possibilidade da *reformatio in pejus* e o princípio inquisitório – 10.7 Princípio da fungibilidade: 10.7.1 O sistema recursal do código do processo civil de 1939; 10.7.2 O sistema atual e o CPC/1973; 10.7.3 A inexistência de erro grosseiro ou ocorrência de dúvida objetiva como requisitos para a incidência do princípio; 10.7.4 Aplicação em concreto da fungibilidade e o CPC/2015; 10.7.5 O prazo para a interposição do recurso e o princípio da fungibilidade.

10.1 Noções gerais

Ao lado de um significado etimológico, em que se atribui aos princípios uma acepção de “início”, “começo”, “ponto de partida”, assumem o papel de “mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico”.¹

São justamente os princípios que funcionam como a base de um sistema jurídico normativo, traçando-lhe os contornos e permitindo a intelecção de seu todo. Por isso que se diz, corretamente, que “violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma qualquer”.²

1. CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso de direito administrativo*, p. 747-748.

2. CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso de direito administrativo*, p. 748.

Com grande propriedade, ensina DELOSMAR MENDONÇA JÚNIOR, citando lições de DWORKIN e NORBERTO BOBBIO, que os princípios são também normas como todas as outras, afastando-se assim a dúvida anteriormente existente consistente em saber se os princípios seriam ou não normas.³

A distinção, portanto, que necessita ser feita, diz respeito às regras e aos princípios. Neste ponto, ensina CANOTILHO, que se pode utilizar de cinco critérios para a sua perfeita distinção, a saber: grau de abstração; grau de determinabilidade; caráter de fundamentalidade no sistema; proximidade da ideia de direito; e natureza normogênica.⁴

Nota-se que os princípios são concebidos com elevado grau de abstração em relação às regras jurídicas. Enquanto estas são aplicadas diretamente, os princípios necessitam de mediação concretizadora. A vinculatividade da regra está ligada ao seu caráter funcional, ao passo que os princípios formam pautas vinculantes, em razão de seu imenso teor valorativo.⁵

Ao lado dessa conceituação, a doutrina ainda faz a distinção entre princípios informativos e princípios fundamentais. O que vamos nos ocupar nesta parte deste trabalho é dos princípios fundamentais.

3. DELOSMAR MENDONÇA JÚNIOR, *Princípios da ampla defesa e da efetividade no processo civil*, p. 12-13.

4. JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional*, p. 116.

5. DELOSMAR MENDONÇA JÚNIOR, *Princípios da ampla defesa e da efetividade no processo civil*, p. 13-14. Este mesmo autor, com extrema competência, ainda ensina que a distinção entre regras e princípios é qualitativa, pois estes, sendo mandamentos de otimização, podem ser cumpridos em diversos graus de concretização, conforme aspectos fáticos ou jurídicos, assumindo esferas de importância e peso, possibilitando existência conflitual. Em casos concretos, há a possibilidade de ponderação dos princípios harmonizando os diferentes valores presentes no sistema jurídico. As regras jurídicas, por outro lado, impõem, permitem ou proibem, prescrevendo imperativamente uma exigência que só pode ser cumprida ou só pode ser não cumprida. Elas carregam a decisão única quanto à conduta imperativa (fazer ou não fazer, pagar ou não pagar, dar ou não dar). As regras são aplicadas na forma do tudo ou nada (*all or nothing fashion*). Havendo conflitos de regras, ao menos uma deve ser inválida, gerando antinomia, ou seja, situação de incompatibilidade entre normas do ordenamento, devendo uma excluir a outra. As regras possuem fixações normativas definitivas, devendo se cumprir na exata medida de suas prescrições sem qualquer acréscimo ou retirada, não havendo no sistema a possibilidade de validade simultânea de regras contraditórias. Os princípios coexistem, permitindo o balanceamento de valores e interesses, conforme o seu peso em determinada situação e ponderam com outros conflitantes. Assim, havendo colisão entre dois princípios pode haver a primazia de uma certa hipótese concreta ou do outro em determinada circunstância social, permanecendo simultaneamente com igual validade.

Os princípios informativos são considerados verdadeiros axiomas, inseparáveis de qualquer ordenamento legal, de modo que não se pode sequer admitir o processo sem os mesmos, essencialmente inerentes à instituição.

Essa distinção dos princípios informativos e fundamentais se deve a MANCINI, quem os concebeu e os denominou.⁶ O divulgador das ideias e pensamentos de MANCINI, em nosso direito, foi JOÃO MONTEIRO, que sustentava que as leis e formas do processo deveriam ser, necessariamente, legitimadas pelos princípios informativos, quais sejam: "I – *Princípio lógico*, que consiste na escolha dos atos e formas mais aptas para descobrir a verdade e evitar o erro; II – *Princípio jurídico*, que consiste no proporcionar aos litigantes igualdade na demanda e justiça na decisão; III – *Princípio político*, que consiste em prover os direitos privados de máxima garantia social com mínimo sacrifício da liberdade individual; IV – *Princípio econômico*, que consiste em fazer com que as lides não sejam tão dispendiosas a ponto de se poder dizer que a justiça é feita só para os ricos".⁷⁻⁸

Os princípios informativos devem ser considerados como "normas ideais", representando sempre uma tentativa de melhora do sistema,⁹ motivo pelo qual são considerados como verdadeiros axiomas, existentes em todos os sistemas e, por isso mesmo, inquestionáveis.¹⁰

Ao contrário dos princípios informativos, os princípios fundamentais sofrem influência direta de aspectos políticos, éticos e ideológicos, podendo variar no tempo e no espaço, de acordo com a realidade de cada país ou mesmo sistema positivo.

A esses efetivamente nos ateremos, com o objetivo de encontrar aqueles que inspiram os recursos e orientam o seu tratamento.

6. Apud ALCIDES DE MENDONÇA LIMA, Os princípios informativos no Código de Processo Civil, *RePro* 34/11.

7. JOÃO MONTEIRO, *Teoria do processo civil e comercial*, § 5.º, p. 48-49.

8. Como lembra ALCIDES DE MENDONÇA LIMA, Os princípios informativos no Código de Processo Civil, *RePro* 34/12: "Esses princípios informativos – cada um e todos conjugados – se refletem, obviamente, na prestação judicial, como a finalidade do processo. Se falhar a incidência de qualquer deles, no mínimo, ainda que aplicados os restantes, na legislação respectiva que os acolher, a prestação jurisdicional será viciada, não traduzindo a verdadeira atuação da lei, nem protegendo, devidamente, os direitos subjetivos das partes".

9. DELOSMAR MENDONÇA JÚNIOR, *Princípios da ampla defesa e da efetividade no processo civil*, p. 24.

10. ARRUDA ALVIM, *Manual de direito processual civil*, vol. 1, n. 4, p. 20.

10.2 Os princípios recursais

O direito processual civil é acentuadamente marcado por princípios (fundamentais) que o regulamentam e permitem construir um sistema específico, com características e peculiaridades próprias.

O que se pretende nesta etapa do trabalho é uma sistematização dos recursos existentes no processo civil, de modo que se possa, com segurança e cientificidade, traçar os contornos e a perfeita intelecção do que se poderia denominar de um "sistema recursal". Somente através da identificação e compreensão dos princípios – como elementos estruturantes de um sistema – é que podemos conceber e qualificar uma série de características próprias de todos os recursos.

Assim, o que se objetiva é relacionar, identificar e examinar todos os princípios atinentes aos recursos, de modo que se possa conceber uma teoria geral dos recursos, com regras próprias e pertinentes capazes de orientar o operador do direito quando da compreensão e análise dos mesmos.

Os processualistas brasileiros, de um modo geral, identificaram a necessidade de intensificar o estudo sobre os princípios que regem os recursos. No entanto, pensamos que ainda existe uma série de particularidades que precisam ser enfrentadas para que os princípios assumam a sua principal função.

Um dos principais aspectos, segundo pensamos, que interfere na sistematização principiológica dos recursos, talvez seja justamente o mais grave, consistente na falta de rigor científico no estudo e na compreensão dos princípios.

Aponta-se, por exemplo, a existência de uma gama enorme de princípios, que não poderiam ser, em nossa análise, considerados como tais. Alguns exemplos demonstram sobre o que discorremos.

São citados, por exemplo, como princípios recursais, o "princípio da complementaridade", o "princípio da consumação" e o princípio da "proibição da *reformatio in pejus*".¹¹

A respeito do "princípio da complementaridade" se diz que decorre da incidência da preclusão consumativa, de modo que uma vez interposto o recurso, a parte não poderá mais aditá-lo. Assim, o recorrente somente poderá complementar o seu recurso, quando houver alteração da decisão em decorrência da interposição de embargos de declaração.¹²

Já quando se fala no "princípio da consumação" explica-se que decorre da preclusão consumativa, visto que "uma vez exercido o direito de recorrer, consumou-se a oportunidade de fazê-lo, de sorte a impedir que o recorrente torne a impugnar pronunciamento judicial já impugnado".¹³

Com efeito, não haveria que se falar na existência desses dois princípios. Basta observar que ambos são apenas decorrências naturais do instituto da "preclusão" na esfera recursal.

Sustentar que, com a interposição do recurso, consumou-se o direito de recorrer e que a parte não pode complementar o recurso já interposto, significa dizer apenas que em relação aos princípios incidem as regras pertinentes à preclusão.

Além disso, se a preclusão fosse critério fixador de princípios, como fazem crer alguns autores, então deveríamos ter o princípio da preclusão temporal e o princípio da preclusão lógica ao lado dos princípios da consumação e da complementaridade, por eles consagrados.

A preclusão não pode ser confundida com princípio recursal ou mesmo processual. A preclusão é a espinha dorsal do processo,¹⁴ verdadeiro instituto, através do qual no processo se superam estágios procedimentais. Liga-se ela, portanto, às noções de ordem, de disciplina e de lógica.

Dessa forma, o monografista do tema ANTÔNIO ALBERTO ALVES BARBOSA explica que a preclusão é a base do processo, assegurando a eficiente e harmônica distribuição da justiça, chegando ao ponto de dizer que, como instituto, atende e cristaliza o princípio jurídico (informativo), constituindo, assim, corolário lógico da ciência e da legislação abrangidas pelo direito processual civil.¹⁵⁻¹⁶

11. Ver, por todos, NELSON NERY JR., *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*, itens 2.9; 2.10; 2.11, p. 150 e ss.

12. NELSON NERY JR., *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*, item 2.9, p. 151; ADA PELLEGRINI GRINOVER e OUTROS, *Recursos no processo penal*, item 15, p. 39; BERNARDO PIMENTEL SOUZA, *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*, item 10.11, p. 148.

13. NELSON NERY JR., *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*, item 2.11, p. 161; BERNARDO PIMENTEL SOUZA, *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*, item 10.8, p. 143.

14. ARRUDA ALVIM, *Manual de direito processual civil*, vol. 1, n. 152, p. 428.

15. ANTÔNIO ALBERTO ALVES BARBOSA, *Da preclusão processual civil*, n. 35, p. 67.

16. Quanto, ainda, à preclusão, ensina CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, p. 860: "La preclusione consiste in ciò, che in seguito al compimento di determinati atti o in seguito alla decorrenza di tali termini è precluso alla parte il diritto di compiere altri atti processuali determinati, o in genere atti processuali". Assinala JOÃO BATISTA LOPES, *Breves considerações sobre o instituto da preclusão*, *RePro* 23/47, fazendo a relação entre a preclusão ser um fato processual impeditivo e de uma penalidade: "A natureza jurídica da preclusão é, pois, a de uma penalidade *sui generis*, consistente no impedimento da prática de um ato, em virtude do decurso do prazo para fazê-lo ou em razão do exercício de faculdade com ele incompatível".

Ante tais razões é que não relacionamos como princípios recursais o da “consumação” e o da “complementaridade”, na medida em que consagram apenas noções e consequências processuais específicas dos recursos, originadas exclusivamente pela incidência, repita-se, do instituto da preclusão.

A fonte de todas essas consequências é uma só, a saber, a preclusão, sendo incorreto tentar justificá-las através da criação de princípios recursais.

Guardadas as devidas proporções, se pode dizer o mesmo a respeito do chamado “princípio da proibição da *reformatio in pejus*”. Segundo abalizada doutrina, esse princípio identifica a circunstância de o recurso não poder prejudicar a situação da parte recorrente, quer dizer, o recurso somente poderá beneficiar o recorrente, nunca o prejudicar. Há unanimidade em sustentar a existência dessa circunstância em decorrência da incidência do princípio dispositivo, através do qual o julgador fica limitado a conhecer e apreciar apenas a matéria impugnada, objeto do recurso.¹⁷

Segundo o que já procuramos expor a respeito do conceito de “princípio”, não nos parece correto conceder à “proibição da *reformatio in pejus*” este atributo. Acreditamos não existir, em nosso sistema recursal, norma funcional com teor valorativo no sentido de que o julgamento do recurso não pode prejudicar o recorrente.

A proibição da reforma para pior nada mais é do que uma decorrência natural da incidência de outro princípio, e quanto a isso a doutrina é acorde, qual seja, o princípio dispositivo. Quer dizer, em razão de o juiz somente se manifestar quando provocado, e na medida dessa provocação, a decisão por ele proferida não prejudicará a situação do recorrente.

É o que conclui, com maestria, ALCIDES DE MENDONÇA LIMA: “A vedação da *reformatio in pejus* tem suas raízes, sem dúvida, no respeito pelo citado princípio dispositivo (acepção ampla) ou princípio da demanda, conjugado com o princípio da sucumbência como legitimação para impugnar”.¹⁸

O erro, portanto, é na raiz: o princípio é o dispositivo e não o fato natural dele decorrente. O interessante é que a doutrina, como dito, não deixa de con-

siderar a relação direta decorrente do princípio dispositivo, preferindo, todavia, atribuir o nome de princípio às consequências diretas da incidência do verdadeiro princípio (dispositivo).

A despeito de densos trabalhos desenvolvidos sobre o tema, ainda são precisos melhores sistematização e estudo dos princípios que regem o nosso sistema recursal.

Para uma perfeita harmonia, e, sobretudo, para uma correta e coerente sistematização, imprescindível se faz mencionar a existência de três outros princípios não muito abordados, a qual, no entanto, é inquestionável.

O primeiro deles é o “princípio dispositivo”, através do qual se fixam o âmbito de conhecimento e o de julgamento do órgão julgador. É justamente em razão de sua existência que os recursos projetam reflexos diretos, aos quais chamamos de efeito devolutivo. Sem o princípio dispositivo, impossível seria falar-se em efeito devolutivo.

Ao lado do princípio dispositivo, temos o “princípio inquisitório” ou da “oficiosidade”, por intermédio do qual o órgão julgador, em razão da importância da matéria versada, poderá conhecê-la independentemente de qualquer insurgimento do recorrente.

A existência de valores aparentemente antagônicos em nada prejudica a presença desses princípios, pois, ao contrário das regras, não há antinomia. Como ensina DELOSMAR MENDONÇA JÚNIOR, em lição já citada, “havendo colisão entre dois princípios pode haver a primazia de uma certa hipótese concreta ou do outro em determinada circunstância social, permanecendo simultaneamente com igual validade”.¹⁹

Desse modo, cuidando-se de direito disponível, integrante do patrimônio do recorrente, incidência terá o princípio dispositivo. Já tratando-se de direito indisponível (questão de ordem pública), estaremos diante do princípio inquisitório.

Em resumo, e após essas considerações, podemos arrolar como princípios que regem o sistema recursal os seguintes: voluntariedade; dialeticidade; singularidade; duplo grau de jurisdição; taxatividade; dispositivo; inquisitório e fungibilidade.

10.2.1 Princípio da voluntariedade

RENZO PROVINCIALI, com grande sabedoria, ensina que todo recurso tem dois elementos característicos e distintos. O primeiro é o “elemento volitivo”, repre-

17. Dessa forma, ARRUDA ALVIM, Notas a respeito dos aspectos gerais e fundamentais da existência dos recursos – Direito brasileiro, *RePro* 48/23; NELSON NERY JR., *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*, item 2.10, p. 155; BERNARDO PIMENTEL SOUZA, *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*, item 10.5, p. 113; NELSON LUIZ PINTO, *Manual dos recursos cíveis*, p. 87. Em sentido semelhante expõem ADA PELLEGRINI GRINOVER e outros, *Recursos no processo penal*, item 20, p. 44, só que atribuem ao fenômeno o “princípio da personalidade dos recursos” a noção segundo a qual “quem não recorreu não pode ter a sua situação agravada, se não houve recurso da parte contrária”.

18. ALCIDES DE MENDONÇA LIMA, *Introdução aos recursos cíveis*, p. 333.

19. Ob. cit., p. 13.

sentado pela declaração expressa do recorrente de insatisfação com a decisão proferida; e o segundo é o elemento de razão ou descritivo, através do qual o recorrente deve, obrigatoriamente, demonstrar as razões pelas quais não se encontra satisfeito com aquela decisão proferida.²⁰

Quando falamos sobre o requisito de admissibilidade da regularidade formal, defendemos, exatamente com base na lição do autor italiano, que a ausência de um desses elementos faz com que o recurso não seja admitido.

Em sede principiológica, o elemento volitivo é consagrado e representado pelo princípio da voluntariedade. Por meio dele se permite demonstrar, mais uma vez, a manifestação do princípio dispositivo na esfera recursal.

Da mesma forma que a jurisdição é inerte e somente atua quando provocada por vontade das partes, os recursos somente existem e podem provocar a atividade do Judiciário para a revisão de determinado pronunciamento por expressa manifestação das partes.²¹

A vontade do recorrente, inequivocamente manifestada, se torna elemento essencial para a admissibilidade e a existência do recurso. Por tal razão é que a remessa necessária (art. 496, *caput*, do CPC/2015) não pode ser considerada recurso. Trata-se de instituto marcado pela oficiosidade, que prescinde por completo da vontade da parte. Encartando-se a sentença nas previsões do art. 496, os autos serão encaminhados ao tribunal para seu reexame, independentemente de qualquer manifestação da parte prejudicada.

10.2.2 Princípio da dialeticidade

Também os ensinamentos de PROVINCIALI, demonstrados anteriormente (Capítulo 9), servem aqui para identificar a existência de outro princípio recursal, ligado diretamente ao chamado “elemento de razão ou descritivo”.

Pelo princípio da dialeticidade se deve entender que todo recurso deve ser discursivo, argumentativo, dialético. A mera insurgência contra a decisão não é suficiente. Não basta apenas manifestar a vontade de recorrer. Deverá também o recorrente demonstrar o porquê de estar recorrendo, alinhando as razões de fato e de direito pelas quais entende que a decisão está errada, bem como o pedido de nova decisão.

O elemento de razão é imprescindível para os recursos, porque somente assim é que será permitida a existência do contraditório regular e também será

20. RENZO PROVINCIALI, *Delle impugnazioni in generale*, p. 215.

21. Como lembra NELSON LUIZ PINTO, *Manual dos recursos cíveis*, p. 86: “É também manifestação desse princípio, a regra contida no art. 501 do CPC, segundo o qual o recorrente poderá, a qualquer tempo, sem a anuência do recorrido ou dos litisconsortes, desistir do recurso por ele interposto”.

possível ao órgão julgador alcançar e identificar quais os limites da impugnação fixados no recurso. São as lições de SEABRA FAGUNDES,²² já expostas quando tratamos da regularidade formal (item 9.3.2.2), aqui inteiramente aplicadas.

A violação do princípio da dialeticidade fará com que o recurso não seja admitido por falta de regularidade formal.²³

10.2.3 Princípio da singularidade

Pelo princípio da singularidade, também denominado de princípio da unicidade²⁴ ou da unirrecorribilidade,²⁵ as decisões judiciais somente são impugnadas por meio de um único recurso. Para cada decisão não é permitida a interposição, ao mesmo tempo, de mais de um recurso.

O acolhimento desse princípio pelo Código pátrio, ao contrário do CPC/1939, que decorria de regra expressa prevista no art. 809,²⁶ advém da interpretação sistemática do art. 994 do CPC/2015, que enumera os recursos admissíveis pelo Código, e da correlação que deve existir entre o art. 203 e os arts. 1.001, 1.009 e 1.015, do mesmo diploma.²⁷

Diante da sentença, somente caberá a interposição do recurso de apelação; diante da decisão interlocutória, o recurso de agravo; e assim sucessivamente. Nenhum outro será passível de impugnar e reformar essa mesma decisão.²⁸

Esse princípio decorre, propriamente, da existência e conjugação de dois fatores, quais sejam a incidibilidade das decisões monocráticas e a ocorrência da preclusão consumativa.

22. SEABRA FAGUNDES, *Dos recursos ordinários em matéria civil*, p. 102.

23. “...Em respeito ao princípio da dialeticidade, os recursos devem ser fundamentados. É necessária a impugnação específica dos fundamentos da decisão recorrida. O agravante se limitou a afirmar que os índices de correção monetária que devem incidir sobre o indébito, definidos em decisão recente da Primeira Seção desta Corte, são diversos daqueles estabelecidos no *decisum* ora recorrido, não particularizando a diferenciação entre os julgados, sendo deficiente o recurso em tela, por falta de regularidade formal...” (STJ, AgRg no REsp 848.742/SP, j. 10.10.2006, rel. Min. Francisco Falcão).

24. BARBOSA MOREIRA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 5, p. 246.

25. JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Instituições de direito processual civil*, vol. 4, p. 59; ADA PELLEGRINI GRINOVER, *Direito processual civil*, p. 115.

26. Art. 809 do CPC/1939: “A parte poderá variar de recursos dentro do prazo legal, não podendo, todavia, usar, ao mesmo tempo, de mais de um recurso” (g.n.).

27. NELSON NERY JR., *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*, p. 90.

28. Com exceção, é óbvio, da possibilidade de interposição dos embargos de declaração, nos casos previstos no art. 535. Somente após o julgamento dos embargos e a correção das falhas eventualmente existentes na decisão é que a parte poderá utilizar-se do recurso adequado.

Com efeito, as decisões monocráticas, para efeitos recursais, são incindíveis. A divisão da sentença em capítulos somente deve ser feita para aferição de outras consequências, como, por exemplo, o trânsito em julgado. Para a interposição de recurso não é possível fazer qualquer divisão. Se o juiz, na sentença, decide que não é o caso da produção de determinada prova, pois os elementos dos autos são suficientes e, em seguida, julga improcedente o pedido, o autor não deve interpor agravo da decisão que refutou a prova pretendida e apelação contra a decisão que julgou improcedente o pedido. Contra a sentença, independentemente do que nela restar decidido, somente será cabível o recurso de apelação. Ressalvada, é claro, a possibilidade de interposição de embargos de declaração.²⁹

O CPC/2015 trouxe regra específica prestigiando o entendimento acima. No § 3.º do art. 1.009 consta expressamente, até mesmo de forma didática, que as decisões suscetíveis de impugnação por agravo de instrumento no curso do procedimento são impugnáveis pela apelação, caso tenham sido na sentença resolvidas.

É o que dispõe: “§ 3.º O disposto no caput deste artigo aplica-se mesmo quando as questões mencionadas no art. 1.015 integrarem capítulo da sentença”.

O outro fator, como já narrado, que faz com que incida o princípio da singularidade, é a adoção, em nosso sistema recursal, da preclusão. Uma vez interposto o recurso, consumou-se o momento em que ele deveria ser utilizado, não sendo mais possível substituí-lo.³⁰

Por isso é que, interposto um dado recurso, qualquer outro porventura também apresentado pela parte deixará de ser admitido em razão da preclusão consumativa havida. Trata-se, efetivamente, da hipótese de fato impeditivo do poder de recorrer, que afasta o conhecimento do recurso.

A incidência desse princípio tem especial aplicação em relação às decisões monocráticas. Quanto às decisões colegiadas, o legislador deu um tratamento completamente distinto, permitindo a divisão do acórdão em capítulos e dando importância ao seu conteúdo para a identificação do cabimento recursal. Tal

29. Sobre o fato de a decisão ser um todo indivisível para efeitos de recorribilidade, consultar NELSON NERY JR., *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*, p. 92 e ss. e 244 e ss.

30. Foi o que restou decidido pelo STJ: “Recurso. Interposição antes do último dia do prazo. Pretendida a complementação. Ao interpor recurso, a parte pratica ato processual, pelo qual consome o seu direito de recorrer e antecipa o *dies ad quem* do prazo recursal (caso o recurso não tenha sido interposto no último dia do prazo). Por consequência, não pode, posteriormente, ‘complementar’ o recurso, ‘aditá-lo’ ou ‘corrigi-lo’, pois já se operou a preclusão consumativa” (STJ, AgRg 77.182-SP; 6.ª T., j. 03.06.1996, rel. Min. Adhemar Maciel, *Boletim AASP* 2045, 09 a 15.03.1998, p. 106). Há também: “Interposto o recurso, apresentadas as razões, é vedado à parte a apresentação de nova petição com fundamentação complementar, ainda que dentro do prazo legal, em face da preclusão consumativa. (...)” (STJ, EDcl no MS 8.012/DF; j. 22.05.2002, rel. Min. Felix Fischer).

fato faz com que se torne relevante o exame do conteúdo da decisão colegiada para a análise do(s) recurso(s) cabível(is).

Dentro desse contexto, apresenta-se como exceção ao princípio da singularidade a interposição simultânea de recurso especial e recurso extraordinário contra o mesmo acórdão, conforme previsto no art. 1.029. Tendo o acórdão decidido questão federal e questão constitucional, contra cada capítulo dele deve o recorrente interpor o recurso específico para tal fim.

No que tange especificamente àquelas situações onde não existe permissivo legal para a interposição de mais de um recurso, resta saber quais as consequências advindas do descumprimento dessa regra. É o caso, por exemplo, de a parte, diante de uma sentença, interpor recursos de apelação e de agravo de instrumento, sendo interposto em um dia e a apelação no outro (seguinte).

Nessa situação específica, poder-se-ia, inclusive, pensar em não conhecer do agravo de instrumento e processar o recurso de apelação, evitando-se, assim, o não conhecimento dos dois recursos.

No entanto, interposto primeiramente o agravo, o direito de recorrer da parte já terá se consumado, não sendo possível, ao Tribunal, conhecer do agravo pela ausência de cabimento e admitir o recurso de apelação posteriormente interposto.

Se a situação for diferente, qual seja, se a decisão proferida for interlocutória e a parte interpuser o agravo em primeiro lugar e a apelação em outro dia, aí sim, entendemos que o Tribunal poderá conhecer do agravo, porque é o recurso cabível para a espécie e não conhecer da apelação, não pela falta de cabimento, mas pela preclusão consumativa.

Por outro lado, se ambos os recursos forem interpostos no mesmo dia, seguindo a linha aqui defendida, o recurso interposto em segundo lugar não será conhecido pela preclusão consumativa. Assim, é o primeiro recurso interposto que será julgado. Se ele corresponder à decisão proferida será admitido, caso contrário, não será conhecido pela ausência de cabimento.

Conclui-se, assim, que a interposição simultânea de dois recursos contra uma mesma decisão, em total afronta ao princípio da singularidade, não implica necessariamente o não conhecimento de ambos.³¹⁻³²

31. Escrevendo ainda no sistema passado, e sem examinar a questão referente à preclusão consumativa, mas dando a entender que a mesma estaria afastada, eis que fala em recursos interpostos a um só tempo, SÉRGIO BERMUDEZ, *Curso de direito processual civil: recursos*, p. 28, também entende que o princípio da singularidade não deve implicar necessariamente o não conhecimento dos dois recursos interpostos: “A nós nos parece demasiadamente severo não conhecer de dois recursos, porque interpostos a um tempo só. Melhor seria reunir ambos e permitir que a parte optasse por um deles, mitigando, assim, a obsoleta prevalência da forma sobre o fundo, com que o processo moderno não poderá jamais condescender”.

32. Dessa forma, é assim que tem decidido o Col. STJ: “A interposição simultânea, contra o acórdão que julgou o recurso especial, de embargos infringentes e recurso extraordinário,

Outro assunto que poderia ocasionar certa confusão com o princípio da singularidade é a possibilidade da “variação de recursos”, tal como prevista no art. 809 do CPC/1939.³³ Por esse dispositivo era permitido que a parte desistisse do recurso interposto e lançasse mão de outro. O pressuposto para essa variação era a tempestividade desse segundo recurso.

Os Códigos posteriores não trouxeram qualquer regra específica, num ou noutro sentido, quanto à variação de recursos. Tal fato levou parcela da doutrina a considerar, em análise do CPC/1973, nos moldes do art. 809 do CPC/1939 revogado, que a parte pode desistir do recurso e interpor outro, desde que, é claro, este último seja tempestivo.³⁴

Esse não parece ser o melhor entendimento. A variação de recursos encontra óbice intransponível na preclusão consumativa, razão pela qual somente diante de regra expressa, tal como existia no sistema passado, ela poderia ser afastada.

Já exercido o direito de recorrer, a oportunidade para fazê-lo se consumou, impedindo, conseqüentemente, que o recorrente volte a atacar o pronunciamento judicial já impugnado.³⁵ Nem mesmo a desistência tem o condão de fazer renascer esse direito, na medida em que se faz incidir todas as considerações tecidas a respeito dos fatos extintivos do poder de recorrer.

10.3 Princípio do duplo grau de jurisdição

O princípio do duplo grau de jurisdição relaciona-se diretamente com as razões justificadoras da existência dos recursos nos sistemas processuais, quais

acarreta a inadmissibilidade do recurso que foi protocolado por último, ante a preclusão consumativa” (Ag no REsp 582.746/SC, j. 23.08.2006, rel. Min. Teori Albino Zavascki); “Não se conhece do segundo recurso por força do princípio da unirecorribilidade e da ocorrência da preclusão consumativa” (AgRg no Ag 732.457/MG, j. 16.05.2006, rel. Min. Nancy Andrighi). Exatamente dessa forma, não se conhecendo do segundo recurso interposto, por força da preclusão consumativa, confirmam-se os seguintes julgados do STJ: 5ª T., REsp 326.117/AL, rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJ 26.06.2006; 3ª T., AgRg no Ag 940.317/SC, rel. Ministra Nancy Andrighi, DJ 08.02.2008; Corte Especial, AgRg na SLS 799/SP, rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, DJe 07.08.2008; 2ª T., REsp 791.515/GO, rel. Ministra Eliana Calmon, DJ 16.08.2007.

33. A possibilidade de variação do recurso era expressamente prevista pelo Código de Processo do Estado da Bahia em seu art. 1.232, que também consagrava o princípio da singularidade, com a seguinte redação: “Não é lícito o emprego simultâneo de dois recursos contra a mesma decisão; poderão, contudo, as partes variar de recurso dentro do prazo legal”.

34. SÉRGIO BERMUDEZ, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 7, p. 77; MOACYR AMARAL SANTOS, *Primeiras linhas de direito processual civil*, vol. 3, p. 86; ANTÔNIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA, *Sobre os limites objetivos da apelação civil*, p. 64.

35. NELSON NERY JR., *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*, p. 161-162.

sejam: a personalidade humana, de não se conformar com as situações que lhe são desfavoráveis; e a real possibilidade de haver erro nas decisões judiciais pelo fato de serem essas proferidas por seres humanos.

Ao lado disso, imperiosa se torna a necessidade de reexame das decisões para o fim de se atender ao próprio Estado Democrático de Direito, em razão do risco sempre presente, lembrado por ALCIDES DE MENDONÇA LIMA, com base nas lições de Montesquieu, de o juiz se tornar um déspota, abusando do poder a ele conferido.³⁶

Trata-se, efetivamente, de princípio consagrado e enraizado na generalidade dos ordenamentos jurídicos, sendo desconhecidas, atualmente, sociedades civilizadas que o tenham abolido totalmente.³⁷

Não há, porém, entre os estudiosos, harmonia quanto ao conceito do duplo grau de jurisdição, especificamente no que diz respeito à necessidade de que o segundo exame seja feito por um órgão de hierarquia superior ou não.³⁸

Uma corrente sustenta que o duplo grau de jurisdição está presente desde que se garanta um outro exame a respeito da causa, ainda que essa segunda análise seja feita por um órgão de mesma hierarquia.³⁹ Como diz LIEBMAN, não fazendo referência a órgãos de hierarquia diferentes, “o duplo grau exige que o mérito da causa possa ser apreciado e julgado – ‘no seu conjunto’ – duas vezes por juízes diversos, não porém, que todas as questões discutidas, e cada uma delas, sejam decididas duas vezes sucessivamente”.⁴⁰

Outros autores, a seu turno, entendem que o duplo grau apenas estará presente quando o reexame da pretensão das partes for feito por um órgão de hierarquia superior à daquele que julgou a causa. Como diz BARBOSA MOREIRA, desse princípio “decorre a necessidade de permitir-se nova apreciação da causa, por órgão situado em nível superior na hierarquia judiciária, mediante a interposição de recurso ou expediente análogo – como, no sistema do Código de 1973,

36. ALCIDES DE MENDONÇA LIMA, *Introdução aos recursos cíveis*, p. 131.

37. ORESTE NESTOR LASPRO, *Duplo grau de jurisdição no processo civil*, p. 18.

38. Sobre o tema, com análise de todas as teorias a respeito do duplo grau de jurisdição, JEFFERSON CARUS GUEDES, *Duplo grau ou duplo exame e a atenuação do reexame necessário nas leis brasileiras, Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*, vol. 6, p. 286 e ss.

39. ASSIM, MACHADO GUIMARÃES, *Limites objetivos do recurso de apelação*, p. 31; ORESTE NESTOR LASPRO, *Duplo grau de jurisdição no processo civil*, p. 19; NELSON NERY JR., *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*, n. 2.2, p. 41; DJANIRA RADAMÉS DE SA, *Duplo grau de jurisdição*, p. 89.

40. ENRICO TULLIO LIEBMAN, *Recurso da decisão que declara prescrita a ação, Estudos sobre o processo civil brasileiro*, p. 152.

Assim, diante de uma sentença que houve por bem acolher o pedido do autor, sem nada mencionar a respeito de honorários, o tribunal poderá negar provimento ao seu recurso e condená-lo ao pagamento de honorários advocatícios, piorando a situação em que se encontrava antes da interposição do recurso. Essa reforma é permitida em função do princípio inquisitório. Todavia, se o juiz já tivesse fixado a condenação em honorários em 10%, o tribunal não poderia alterar esta parte acessória da sentença, para o fim de condenar o réu em 20%. Em tal caso, estaria alterando a sentença sem a insurgência do recorrente.

O mesmo se pode dizer a respeito da condenação nos juros legais, que, por força do art. 322, § 1.º, do CPC/2015, devem ser compreendidos no pedido. Isto é, caso não tenha fixado o juiz a incidência de juros, o tribunal poderá concedê-lo independentemente do efeito da apelação, quando então poderá piorar autorizadamente a condição do recorrente.

Existindo a fixação na sentença, o tribunal não poderá, sem provocação, modificá-la, pois aquele direito já faz parte do patrimônio individual da parte, somente podendo ser alterado mediante sua vontade.

10.7 Princípio da fungibilidade

O princípio da fungibilidade dos recursos está ligado ao cabimento recursal, devendo ser percebido como uma forma de abrandamento do mencionado requisito, na medida em que se admite a interposição de um recurso pelo outro, que seria o correto contra aquela decisão.

O princípio da fungibilidade consagra, portanto, a possibilidade da parte interpor um recurso que não seja o adequado para aquela decisão de que se recorre.¹³⁷

O CPC/2015, em sintonia ao que previa o CPC/1973, não traz qualquer norma a respeito do princípio da fungibilidade, encontrando tal omissão justificativa em ALFREDO BUZAID, que na Exposição de Motivos do CPC/1973, demonstra que não haveria necessidade de permanecer a regra contida no art. 810 do CPC/1939, a qual consagrava expressamente a fungibilidade recursal (ns. 31 a 33 do anteprojeto).

Apesar da ausência de previsão legal do princípio da fungibilidade, não existe dúvida, desde a vigência do CPC/1973, de que ele tem plena incidência em nosso sistema recursal, como se passa a demonstrar.

10.7.1 O sistema recursal do Código de Processo Civil de 1939

O princípio da fungibilidade, no sistema passado, vinha expressamente previsto no art. 810 do CPC revogado com a seguinte redação: "Art. 810. Salvo

137. RITA DE CÁSSIA CORRÊA DE VASCONCELOS, *Princípio da fungibilidade: hipóteses de incidência no processo civil contemporâneo*, p. 78 e ss.

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".

Esse artigo, como lembra ALCIDES DE MENDONÇA LIMA, acolheu "o chamado princípio da fungibilidade dos recursos, como aplicação da teoria do recurso indiferente a que se refere James Goldschmidt, também denominada de teoria do 'tanto vale' (*Sowohl-auch-Theorie*)".¹³⁸

O art. 810 do CPC/1939 justificava-se, basicamente, pela complexidade da sistemática recursal brasileira então vigente, no qual havia, na realidade, uma promiscuidade em matéria de recursos. Eram frequentes, no diploma passado, as situações de perplexidade das partes quando lhes cabia determinar o recurso cabível de determinada decisão. Essa perplexidade era mais frequente quando se tratava de optar entre a apelação e o agravo de petição.¹³⁹

Diante daquela sistemática recursal era possível, e comum, a interposição do agravo de petição quando o recurso cabível era o de apelação, bem como, a interposição de apelação, quando cabível seria o agravo. Isso tudo era fruto da ambígua redação de alguns incisos do art. 842 e, sobretudo, do art. 846, do diploma processual civil, quando este referia-se "a decisões que impliquem a terminação do processo principal, sem lhe resolverem o mérito".¹⁴⁰

Arelado, portanto, à dificuldade da sistemática recursal do sistema passado, no qual, certamente, seria a parte prejudicada caso inexistisse previsão como a do art. 810, o princípio da fungibilidade se fazia possível, porque "salvo a hipótese de má-fé ou erro grosseiro, a simples troca de um recurso por outro não provocaria prejuízo para a parte".¹⁴¹

Assim sendo, esse princípio era corroborado, justamente, pelo princípio da instrumentalidade das formas, no qual mesmo havendo erro na interposição do recurso, devido a peculiaridade da situação – inexistência de erro grosseiro e de má-fé –, tal erro não era capaz de tornar impréstável o recurso, podendo, pois, ser aproveitado.

O grande problema existente quanto ao art. 810, é que nem a doutrina nem a jurisprudência conseguiram identificar perfeitamente o que viria a ser erro grosseiro ou má-fé.¹⁴²

138. ALCIDES DE MENDONÇA LIMA, *Sistema de normas gerais dos recursos cíveis*, p. 218.

139. PEDRO BATISTA MARTINS, *Recursos e processo da competência originária dos tribunais*, p. 165.

140. ALCIDES DE MENDONÇA LIMA, *Sistema de normas gerais dos recursos cíveis*, p. 216.

141. JOÃO CLAUDINO DE OLIVEIRA E CRUZ, *Dos recursos no Código de Processo Civil*, p. 20.

142. Afirmava AFFONSO FRAGA, *Instituições do processo civil do Brasil*, t. III, p. 17, logo após a vigência do CPC/1939, que "não se compreende, por mais forte que seja a tensão

O mais correto era o entendimento esposado por SEABRA FAGUNDES¹⁴³ e ALCIDES DE MENDONÇA LIMA¹⁴⁴ que acabaram firmando posição, com base em julgados do STF, em especial, do Recurso Extraordinário 22.499, de 26.05.1953, de que não existiria erro grosseiro quando a lei fosse clara quanto ao cabimento de determinado recurso, a doutrina não discrepasse quanto ao recurso cabível para aquela situação e não existisse divergência na jurisprudência quanto à sua interpretação.

10.7.2 O sistema atual e o CPC/1973

O CPC/2015, quanto ao requisito do cabimento recursal, possui enorme semelhança com o CPC/1973. De fato, aqui também se adota a correspondência como fator preponderante. Tanto assim, que também no diploma atual não se viu qualquer necessidade de se contemplar a previsão expressa do princípio da fungibilidade.

De fato, todo o histórico interpretativo que se viveu no CPC/1973 deve não só ser integralmente utilizado no CPC/2015, como também deve servir de norte na sua adequada compreensão.

Por isso, é de suma importância entender como foi essa passagem de incidência do princípio da fungibilidade do CPC/1939 para o CPC/1973.

O CPC/1973, como já mencionado, não trouxe nenhum dispositivo expresso admitindo a possibilidade de aplicação do princípio da fungibilidade recursal. Muito pelo contrário, na Exposição de Motivos do CPC, como já mencionado, ALFREDO BUZAID foi expresso quanto a não haver necessidade de qualquer previsão nesse sentido.

Quanto ao art. 810 do CPC/1939, assim se referiu a Exposição de Motivos do CPC/1973: "É certo que, para obviar aos inconvenientes da interposição errada de um recurso por outro, o Código vigente admite o seu conhecimento em instância superior e ordena a remessa à câmara ou turma, desde que não esteja viciado por má-fé ou erro grosseiro (art. 810). O Código consagrou, nesse preceito legal, a teoria do 'recurso indiferente' (*Sowohls-auch-Theorie*), como ensinam os autores alemães. Esta solução não serviu, porém, para melhorar o sistema, porque a fre-

espírito, como poderá o vencido ou condenado pela sentença recorrer della por má-fé, e muito menos se lhe denegar o direito pela interposição por erro grosseiro, quando precisamente o erro dessa natureza é que em sã doutrina auctoriza a transmutação do recurso e seu conhecimento pela Câmara ou turma julgadora".

143. SEABRA FAGUNDES, *Dos recursos ordinários em matéria civil*, p. 161-163.

144. ALCIDES DE MENDONÇA LIMA, *Sistema de normas gerais dos recursos cíveis*, p. 221.

quência com que os recursos, erroneamente interpostos, não são conhecidos pelo Tribunal evidenciou que a aplicação do art. 810 tem valor limitadíssimo".

Efetivamente, não há como negar que a intenção manifestada por BUZAID em não permitir a utilização do princípio da fungibilidade era, realmente, muito coerente. A codificação de 1973, na lição de SEABRA FAGUNDES, "remove as dificuldades com que tão frequentemente se deparava o advogado na eleição do remédio cabível contra a sentença. A dicotomia a que se ateve – apelação para o julgamento extintivo do processo, agravo de instrumento para as decisões interlocutórias, quaisquer que elas sejam, vem remover aquela que se tem apresentado sempre como uma torturante dificuldade da prática forense: a escolha do recurso".¹⁴⁵

Essa situação chegou, inclusive, a levar o professor ARRUDA ALVIM a afirmar, no início da vigência do diploma de 1973, que "diante da nitidez do sistema, em geral, há de se ter como atenuado o princípio da fungibilidade dos recursos".¹⁴⁶

A simplicidade da sistemática recursal e a não inclusão de preceito semelhante ao revogado art. 810 eram indícios precisos de que o princípio da fungibilidade não estaria presente naquele sistema. Se da sentença cabia apelação, se da decisão interlocutória cabia agravo, se os despachos eram irrecorríveis etc., não haveria motivo suficiente para prever a existência desse princípio, pois, o recorrente não teria qualquer dúvida quanto ao cabimento do recurso correto para aquela decisão impugnada.

Tal fato levou, inclusive, boa parte da jurisprudência¹⁴⁷ e da doutrina,¹⁴⁸ principalmente no início da vigência do CPC/1973, a não admitir a existência do princípio da fungibilidade.

145. SEABRA FAGUNDES, O título "Dos Recursos" em o novo Código de Processo Civil, *RePro* 1/44.

146. ARRUDA ALVIM, *Dogmática jurídica e o novo Código de Processo Civil*, *RePro* 1/130.

147. A situação da jurisprudência é bem retratada no julgamento do RE 83.756, pelo STF, rel. Min. Cunha Peixoto, em que se destaca: "Quando do julgamento do recurso não vigorava mais o art. 810 do Código de Processo Civil [de 1939] e assim, não tendo o Tribunal de Justiça do Paraná feito a conversão do agravo em apelação, não violou, ou, pelo menos, deu à lei razoável interpretação, o que, nos termos da Súmula 400 [do STF] afastaria o recurso extraordinário. Por outro lado, não se pode ter havido divergência entre o acórdão recorrido e os invocados como paradigmas, porque estes foram proferidos quando ainda em vigor o art. 810 do Código de Processo Civil de 1939, hipótese não ocorrida no caso em julgamento" (RTJ 83/181). Ainda na jurisprudência é possível destacar os julgados insertos nas seguintes revistas: RT 467/184, 473/114, 477/148 e 197, 482/212, 486/84, 488/136, 491/87, 146 e 202, 492/182, 507/211, 614/146; JTACSP-LEX 39/371, 53/36; *RePro* 1, Ementários n. 6, 80 e 143; *RePro* 2, Ementário n. 95; *RePro* 3, Ementário n. 98; *RePro* Ementários n. 118, 119, 120; *RePro* 5, Ementários n. 103, 104 e 175; *RePro* 10, Ementário n. 156 e 157.

148. PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil* (1973), t. VII, p. 61; JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Do recurso adesivo no processo civil brasileiro*, p. 101; HUMBERTO THEODORO JUNIOR, *Curso de direito processual civil*, vol. 1, p. 559.

No entanto, com o passar do tempo, a aplicação do CPC/1973 demonstrou que havia casos em que tanto a doutrina quanto a jurisprudência tinham dúvidas sobre qual o recurso a ser interposto, levando, assim, à necessidade de aplicação do princípio da fungibilidade.¹⁴⁹

A possibilidade de utilização do princípio da fungibilidade está vinculada a duas vicissitudes. A primeira liga-se à circunstância de se evitar o formalismo excessivo na admissão do recurso, tendo em vista os princípios que norteiam a aplicação das normas processuais. A segunda, e talvez a mais contundente e autônoma, é revelada pela especial circunstância de um erro do sistema, quanto ao recurso cabível contra determinada decisão, não poder prejudicar o recorrente.

É de se ressaltar, ainda, que, se o sistema não fornece aos jurisdicionados uma indicação precisa e inabalável de qual o recurso adequado para se impugnar uma determinada decisão, esses mesmos jurisdicionados não podem ser prejudicados. Se a culpa é do sistema, cumpre a ele fornecer, pelo menos, subsídios, para que as partes não possam ser prejudicadas.

O principal problema apresentado com a inexistência de regra expressa foi, e ainda continua sendo, o entendimento sobre os requisitos necessários para a aplicação do princípio. Se no sistema de 1939 era o Código que exigia a inexistência da má-fé e do erro grosseiro, no CPC/1973 e no atual, em razão da ausência de regra expressa, tal tarefa tem sido (e deve ser sempre) exercida pela doutrina e pela jurisprudência.

A má-fé, pelo fato de ser fenômeno inteiramente subjetivo e cuja identificação torna-se, muitas vezes, até mesmo impossível, deixou de ser considerada como requisito para a incidência ou não do princípio da fungibilidade. Sua existência já era muito questionada, mesmo havendo previsão legal para tanto, fato que fez com que praticamente toda a doutrina a desconsiderasse para a averiguação ou não da fungibilidade.

10.7.3 A inexistência de erro grosseiro ou ocorrência de dúvida objetiva como requisitos para a incidência do princípio

O conceito de erro grosseiro, apesar de todas as dificuldades demonstradas, não sofreu grandes alterações. Existia erro grosseiro no sistema de 1939, como

149. Quanto à desnecessidade de previsão expressa para aplicação desse princípio, NELSON NERY JR., *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*, p. 109, esclarece a questão de forma perfeita. Destaca esse autor, que “os princípios, são, normalmente, regras de ordem legal, que muitas vezes decorrem do próprio sistema jurídico e não necessitam estar previstos expressamente em normas legais, para que se lhes empreste validade e eficácia. Logo, mesmo à falta de regra expressa, pode-se entender, em tese, que a fungibilidade dos recursos não repugna ao sistema do CPC”.

demonstrado por SEABRA FAGUNDES,¹⁵⁰ ALCIDES DE MENDONÇA LIMA,¹⁵¹ PONTES DE MIRANDA¹⁵² e JOÃO CLAUDINO DE OLIVEIRA E CRUZ,¹⁵³ quando a lei era clara quanto ao cabimento do recurso contra uma determinada decisão ou ainda quando conceituava inequivocamente uma determinada decisão; quando a doutrina era unânime quanto ao recurso cabível para a espécie; e quando não existia qualquer dissenso na jurisprudência a respeito.

A *contrario sensu*, se a própria lei é dúbia, conceituando, por exemplo, uma decisão como sendo outra, se na doutrina existe controvérsia e se a jurisprudência é divergente, a parte não incide em erro grosseiro na interposição do recurso quando enquadrável numa dessas situações.

Essas são, desde CPC/1973 e, ainda hoje, em nossa opinião, as três situações que indicam a inexistência de erro grosseiro e que propiciam a utilização do princípio da fungibilidade.¹⁵⁴

A existência, por exemplo, de forte divergência jurisprudencial quanto ao cabimento de um recurso possibilitará sempre a incidência do princípio da fungibilidade, eis que a interposição do recurso tido como errado pelo tribunal não poderá ser considerado erro grosseiro, bem como, porque essa situação revela-se como consagradora da dúvida objetiva quanto ao recurso cabível.

Quando da vigência do CPC/1939, já dizia, com extrema exatidão, SEABRA FAGUNDES, que havendo sempre a possibilidade de dúvida deve-se tolerar o erro na interposição do recurso.¹⁵⁵ Os tribunais também vêm consagrando o mesmo entendimento, exigindo como requisito para a aplicação do princípio da fungibilidade a inexistência de erro grosseiro ou mesmo de dúvida objetiva.¹⁵⁶

Com efeito, se existe dúvida objetiva quanto à interposição de recurso contra determinada decisão, havendo divergência jurisprudencial ou doutrinária, ou, ainda, se a lei causa confusão às partes, a interposição de um recurso

150. SEABRA FAGUNDES, *Dos recursos ordinários em matéria civil*, p. 161-163.

151. ALCIDES DE MENDONÇA LIMA, *Sistema de normas gerais dos recursos cíveis*, p. 221.

152. PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil* (1939), t. IX, p. 51 e p. 58.

153. JOÃO CLAUDINO DE OLIVEIRA E CRUZ, *Dos recursos no Código de Processo Civil*, p. 29-31.

154. Em sentido conforme, com ressalva apenas de aspectos terminológicos, vide TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, *Os agravos no CPC brasileiro*, p. 114 e NELSON NERY JR., *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*, p. 132.

155. SEABRA FAGUNDES, *Dos recursos ordinários em matéria civil*, p. 164.

156. Nos tribunais superiores este é também o entendimento assente, conforme demonstram os arestos insertos na RTJ 132/1374; RTJ 94/337; RTJ 97/934; RTJ 97/1394; RTJ 90/1107; RTJ 132/1374; RSTJ 58/210; RSTJ 94/391; RSTJ 96/217; RSTJ 89/332; RSTJ 96/339.

ao invés de outro tido como correto pelo tribunal não pode ser considerado erro grosseiro. E mais, se inexistente erro grosseiro é porque existe dúvida objetiva quanto ao recurso cabível na espécie.

Assim, o que interessa para a aplicação do princípio da fungibilidade é que exista divergência ou na doutrina ou na jurisprudência, ou ainda que o próprio texto legal possa levar o recorrente a interpor o recurso tido como errado ao invés do correto. Tudo, por óbvio, precisa ser atual, pois se a divergência já restou completamente superada, não há que se falar na possibilidade da fungibilidade recursal.¹⁵⁷

Por outro lado, sendo uma decisão ambígua, contraditória, ou até mesmo obscura, não há que se falar na incidência da fungibilidade recursal. Em casos tais, incumbe a parte interpor embargos de declaração e suprir o vício apontado. Não existe dúvida objetiva ou inexistente erro grosseiro numa situação como essa que justifique a aplicação do princípio da fungibilidade.

10.7.4 Aplicação em concreto da fungibilidade e o CPC/2015

O STJ tem aceitado expressamente a fungibilidade em relação ao recurso cabível contra a decisão que decide o incidente de remoção de inventariante (art. 997, CPC/1973, e art. 624, CPC/2015). Segundo decidiu-se: “a remoção de inventariante tem feição de decisão interlocutória, desafiando, pois, agra-

157. É o que restou decidido de modo perfeito pela 2.ª T. do STJ: “Ao tempo da interposição da apelação já estava sumulada pela Corte Especial do STJ que o recurso cabível contra decisão homologatória de conta de atualização é o agravo de instrumento. Por consequência, por ter sido a apelação interposta após a publicação da Súmula do STJ, que tão somente veio pôr uma pá de cal sobre a questão, a qual já estava, a rigor, pacificada, tenho que a troca do agravo de instrumento pela apelação constitui *in casu* erro grosseiro, excludente da aplicação do princípio da fungibilidade recursal (...). Como não há atualmente divergência na doutrina ou na jurisprudência – ao contrário, já está até sumulado – acerca do recurso cabível (ou seja, o agravo) contra decisão homologatória de conta de atualização de cálculos, tenho que o princípio da fungibilidade recursal não favorece a Fazenda Nacional” (STJ, 2.ª T., REsp 117.429/MG, j. 19.05.1997, rel. Min. Adhemar Maciel, RSTJ 96/217). Também da 2.ª T. é possível destacar o seguinte aresto, inadmitindo o princípio da fungibilidade em razão da edição da Súmula 118: “Após o julgamento do incidente de uniformização de jurisprudência que resultou na Súmula 118 do STJ – o qual ocorreu em 14.04.1994, com publicação do acórdão em 19.09.1994 – a interposição de apelação, ao invés de agravo de instrumento, em face de sentença homologatória de atualização do cálculo de liquidação, constitui erro grosseiro, impeditivo da aplicação do princípio da fungibilidade” (STJ, 2.ª T., REsp 99.436/MG, rel. Min. Ari Pargendler, DJU 29.10.1996, p. 41.633).

vo de instrumento. Desencontros, entretanto, quanto à interpretação do art. 997 do CPC [1973], assim na doutrina como na jurisprudência, de modo a ensinar a aplicação do princípio da fungibilidade recursal. Recurso conhecido e provido”.¹⁵⁸

O CPC/2015 prevê expressamente que as decisões interlocutórias proferidas no processo de inventário cabe agravo de instrumento (art. 1.015, parágrafo único). Contudo, tal previsão não é suficiente para afastar a incidência da fungibilidade, pois a dúvida jurisprudencial reside exatamente quanto à natureza jurídica de decisão, se interlocutória ou sentença. A referência do legislador quanto ao agravo de instrumento serve exclusivamente para explicitar que as interlocutórias proferidas no processo de inventário são recorríveis.

Da mesma forma, em razão da previsão da “sentença” como ato que julga a arguição de falsidade documental (art. 395, CPC/1973 e art. 433, CPC/2015), a doutrina sempre defendeu a incidência da fungibilidade entre o agravo e a apelação.¹⁵⁹

De fato, apesar de dúvida objetiva, verifica-se que o CPC/2015 procurou ser mais didático prevendo a possibilidade de a arguição ser julgada incidentalmente ou como questão principal (art. 430, parágrafo único). Naquela hipótese o pronunciamento consistirá em decisão interlocutória e, nesta, terá natureza de sentença.

Apesar disso, a dúvida não se revela desfeita, pois o legislador não arrolou, como recorrível por agravo de instrumento, a resolução incidental da arguição de falsidade documental (art. 1.015 do CPC/2015), o que reforçaria a compreensão de que referida arguição seria resolvida apenas por sentença. Enfim, é o suficiente para a caracterização da dúvida objetiva e para a incidência da fungibilidade.

De igual modo se passa com a decisão que indefere parcialmente a petição inicial. De acordo com o CPC (art. 296, CPC/1973 e art. 331, CPC/2015) a petição inicial é indeferida por sentença (art. 331, § 2.º), cabível contra ela o recurso de apelação (art. 331, *caput*).

Contudo, não há previsão normativa quanto à natureza jurídica e tampouco quanto ao cabimento do recurso respectivo nas hipóteses em que a petição é indeferida parcialmente, como, por exemplo, decorre do reconhecimento de

158. STJ, 3.ª T., REsp 76.573/PR, j. 12.12.1995, rel. Min. Paulo Costa Leite, RSTJ 83/194. Também nesse sentido, STJ, REsp 714.035/RS, j. 16.06.2005, rel. Min. Jorge Scartezzi; STJ, REsp 337.374/BA, j. 07.02.2002, rel. Min. Barros Monteiro.

159. Por todos, NELSON NERY JR., *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*, p. 116.

inércia da inicial em relação a apenas um dos pedidos, ou mesmo quando faltar interesse processual em relação a uma das pretensões.

Tal como visto acima, no incidente de arguição de falsidade, também esta decisão não foi arrolada como impugnável pelo agravo de instrumento, o que reforçaria a compreensão de que se trata de apelação.

Por isso, apesar de o pronunciamento ter natureza de decisão interlocutória, pois não põe fim à fase cognitiva do procedimento comum (art. 203, § 1.º), deve ser aplicada a fungibilidade e recebida como tal a apelação interposta.

Ressalte-se, ademais, que nesse ponto o erro do legislador é ainda mais nítido, pois deverá ser aplicada a fungibilidade e recebida a apelação como agravo de instrumento, apesar de essa decisão interlocutória não estar arrolada no art. 1.015 do CPC/2015.

Doutra parte, considera-se erro grosseiro a interposição de recurso extraordinário ou de recurso especial ao invés do recurso ordinário contra decisões denegatórias de mandado de segurança.¹⁶⁰ Observe-se nesse ponto que não há divergência doutrinária ou jurisprudencial e tampouco a legislação leva ao recorrente a interpretar de forma inadequada o cabimento apenas do recurso ordinário contra as decisões mencionadas (art. 1.027, I e II, do CPC/2015).

Com efeito, há que se reconhecer que o CPC/2015 procurou corrigir e simplificar o sistema recursal, ora descrevendo taxativamente o cabimento de determinados recursos, ora determinando expressamente a fungibilidade.

No CPC/1973, por exemplo, sempre existiu enorme discussão doutrinária e jurisprudencial quanto à natureza jurídica da decisão que exclui um litisconsorte do processo. No STJ, inclusive, encontram-se decisões que, a despeito de reconhecerem a ambiguidade no sistema, preferem equivocadamente negar a incidência da fungibilidade em tal hipótese.¹⁶¹

160. Dessa forma, Súmula 272 do STF: "Não se admite como ordinário recurso extraordinário de decisão denegatória de mandado de segurança". Essa súmula tem atual e plena incidência, não só no STF, mas também no STJ, em relação ao recurso especial. Assim, RTJ 147/327; RTJ 142/472; RSTJ 75/153; RSTJ 129/291. Assim é a expressiva ementa: "O recurso cabível contra decisão denegatória de mandado de segurança, a teor do disposto no art. 105, II, b, da Constituição Federal, é o recurso ordinário. A interposição de recurso especial, quando cabível era o recurso ordinário, constitui erro grosseiro a inviabilizar a aplicação do princípio da fungibilidade" (STJ, AgRg no Ag 641.362/SC, j. 02.08.2005, rel. Min. João Otávio Noronha). Em sentido contrário: "Pelo princípio da fungibilidade, pode o recurso especial ser admitido como recurso ordinário constitucional" (STJ, 1.ª T, REsp 215.640/DF, j. 22.08.2000, rel. Min. Garcia Vieira).

161. Há decisão do STJ no sentido de que é interlocutória a decisão que exclui litisconsorte do processo, não sendo passível a incidência da fungibilidade quando interposto

O CPC/2015 acabou com essa polêmica, já que previu no art. 1.015, VII, o cabimento do agravo de instrumento contra a decisão que determina a "exclusão de litisconsorte". Em nosso sentir, com essa disposição, há que se reconhecer que com a vigência desse diploma não haverá mais espaço para a fungibilidade. A parte deverá interpor agravo de instrumento e constituirá erro grosseiro a interposição da apelação.

Em sintonia com esse escopo, proporcionar segurança – em especial a previsibilidade – andou bem o legislador processual ao disciplinar expressa e taxativamente o cabimento de agravo de instrumento contra as decisões que envolvam a extinção parcial do processo (art. 354, parágrafo único, do CPC/2015) e o julgamento antecipado parcial do mérito (art. 356, § 5.º).

O objetivo foi deixar evidente que essas decisões têm natureza interlocutória e, portanto, são insuscetíveis de ser impugnadas por apelação. Como, de fato, sempre pairou divergência quanto a tal questão, preferiu-se consignar o cabimento do recurso adequado.

Também aqui acreditamos que não haverá mais espaço para a ocorrência da dúvida objetiva e, por conseguinte, para a utilização da fungibilidade recursal.

Com efeito, exatamente em razão do escopo acima mencionado, de previsibilidade e segurança, o legislador de 2015 foi além.

A experiência vivenciada com o CPC/1973 e a jurisprudência defensiva dos tribunais superiores foram suficientes para que se fizesse a opção de inserir no texto legal hipóteses de incidência direta do princípio da fungibilidade.

A primeira delas teve por finalidade prever o recebimento dos embargos de declaração como agravo interno, quando interposto contra decisões monocráticas nos tribunais e com a pretensão de atribuição de efeito modificativo.

Quanto a esse ponto, não se pode negar que o STJ já vinha aplicando nesses casos o princípio da fungibilidade.¹⁶²

recurso de apelação: "2. Ainda que observadas as alterações produzidas no Código de Processo Civil pela Lei 11.232/2008 [rectius: Lei 11.232/2005], máxima a redação dada ao art. 1.º do art. 162 [rectius: § 1.º do art. 162], percebe-se que o legislador manteve a referência às decisões extintivas do processo, com ou sem resolução do mérito. Todavia, o que se verifica na espécie, como fartamente destacado, é a continuidade do feito; daí, porque, o manejo do recurso de apelação, ao invés de agravo de instrumento, não autoriza a adoção da fungibilidade recursal, porque consubstancia erro grosseiro" (STJ, REsp. 645.388/MS, 15.02.2007, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa). Também no mesmo sentido, STJ, AgRg no REsp. 1.012.086, j. 25.08.2009, rel. Min. Humberto Martins.

162. "1. Em homenagem ao princípio da fungibilidade, recebidos os embargos de declaração de natureza infringente como agravo regimental. [...] (STJ, EDcl no Ag 1.162.811/GO, 6.ª T., rel. Min. Vasco Della Giustina, DJ 01.07.2011). No mesmo sentido: EDcl

Também se aplicava a fungibilidade em sentido inverso, isto é, em situações em que o STJ recebe eventual agravo regimental ou interno interposto sob alegação de omissão como se embargos de declaração fossem.¹⁶³

Em edições anteriores dessa obra, quando vigente o CPC/1973, a crítica que sempre fizemos é que esse entendimento jurisprudencial escondia, no fundo, uma má vontade dos tribunais superiores no julgamento dos embargos de declaração.

E isso porque, se levamos em consideração as premissas aqui traçadas, pensamos não haver espaço para a aplicação do princípio da fungibilidade nessa situação específica. Não há qualquer dúvida objetiva – ou seja, provocada pelo próprio sistema – quanto ao cabimento dos embargos de declaração ou do agravo regimental (interno) na hipótese.

De duas, uma: (a) ou os embargos de declaração foram interpostos corretamente e o possível efeito infringente é mera consequência da correção da omissão, obscuridade ou contradição; (b) ou foram interpostos erroneamente e, portanto, não deveriam ser conhecidos.

Nesses e em outros casos, o que precisa ficar claro é que a formulação no recurso de pretensão incabível ou mesmo de fundamentação dissociada deve levar ao não conhecimento por falta de regularidade formal ou mesmo de cabimento, mas não à aplicação do princípio da fungibilidade. Essa advertência é pertinente, porque, do contrário, seria possível também desconsiderar em todos os demais recursos os requisitos específicos para a sua admissibilidade.

Buscando evitar esse 'atropelo' da jurisprudência, o CPC/2015 trouxe a expressa possibilidade de fungibilidade no art. 1.024, § 3.º: "O órgão julgador conhecerá dos embargos de declaração como agravo interno se entender ser este o recurso cabível, desde que determine previamente a intimação do recorrente para, no prazo de 5 (cinco) dias, complementar as razões recursais, de modo a ajustá-las às exigências do art. 1.021, § 1.º".

ria MC 17.557/PR, 4.ª T., rel. Min. Raul Araújo, DJe 08.06.2011; PET na MC 17.768/RS, 1.ª T., rel. Min. Benedito Gonçalves, DJ 10.05.2011; EDcl no AgRg na DESIS no Ag 1.156.557/MG, 1.ª T., rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ 27.06.2011; EDcl nos EREsp 958.978/PE, Corte Especial, rel. Min. Laurita Vaz, DJ 01.07.2011; EDcl no REsp 1.154.102/RS, 3.ª T., rel. Min. Massami Uyeda, DJ 29.03.2011; EDcl na MC 17.434/SP, 2.ª T., rel. Min. Herman Benjamin, DJ 15.03.2011.

163. "A partir da aplicação do princípio da fungibilidade recursal, ante a alegação de suposta omissão na decisão agravada, o presente agravo regimental será recebido como embargos de declaração" (STJ, AgREsp 303.238/SP, j. 03.03.2005, rel. Min. Franciulli Netto).

Com efeito, não há dúvida de que a opção legislativa não é a mais técnica. Como se disse, não incidem *in casu* os requisitos da incidência da fungibilidade. De qualquer sorte, talvez essa tenha sido a opção 'menos pior', pois ao menos não se permite que o recorrente (embargante) seja prejudicado com a adoção da jurisprudência defensiva.

A opção do legislador de proteger o recorrente resta nítida na norma, na medida em que acertadamente permite que seja complementado o recurso de embargos de declaração.

Essa complementação, de fato, é necessária, pois os embargos possuem fundamentação vinculada e o agravo interno fundamentação livre. Significa dizer que nem todos os vícios que poderiam ser alegados no agravo foram deduzidos nos embargos – apenas obscuridade, contradição, omissão e erro material. Dessa feita, se não houvesse a possibilidade de complementação, com a conversão dos embargos em agravo, o recorrente não teria outra oportunidade para apresentar os fundamentos que apenas nessa última espécie recursal poderiam ser alegados.

A segunda hipótese taxativa de incidência do princípio da fungibilidade diz respeito à conversão do Recurso Especial em Recurso Extraordinário e deste naquele.

Três são as razões para tanto.

A primeira, porque de fato não é tão simples distinguir a ofensa à lei federal da ofensa à Constituição Federal. Muitos temas são tratados indistintamente por ambas e não é incomum que o intérprete diante de um caso concreto tenha enorme dificuldade em fazer tal distinção.

A segunda, busca-se afastar a jurisprudência defensiva dos tribunais superiores que diante de interpretações diferentes acabam impedimento que o mérito de ambos os recursos seja apreciado. O STJ, no julgamento do Recurso Especial decide que a matéria impugnada envolvia questão constitucional, e o STF, ao apreciar o Recurso Extraordinário, sustenta que a matéria discutida era de natureza infraconstitucional.

A terceira pretende igualmente impedir que o STF deixe de conhecer do recurso quando entender que a ofensa não é direta à Constituição Federal, mas sim indireta ou reflexa – sob o pretexto de que é necessário, para tanto, interpretar a legislação federal. Essa compreensão restou inclusive estampada no enunciado da Súmula 636 do STF: "Não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida".

Por tais razões, prescreve o art. 1.032 que “se o relator, no Superior Tribunal de Justiça, entender que o recurso especial versa sobre questão constitucional, deverá conceder prazo de 15 (quinze) dias para que o recorrente demonstre a existência de repercussão geral e se manifeste sobre a questão constitucional.

Parágrafo único. Cumprida a diligência de que trata o caput, o relator remeterá o recurso ao Supremo Tribunal Federal, que, em juízo de admissibilidade, poderá devolvê-lo ao Superior Tribunal de Justiça”.

De outro lado, dispõe o art. 1.033 que “se o Supremo Tribunal Federal considerar como reflexa a ofensa à Constituição afirmada no recurso extraordinário, por pressupor a revisão da interpretação de lei federal ou de tratado, remetê-lo-á ao Superior Tribunal de Justiça para julgamento como recurso especial”.

Como se vê, os dispositivos acima, lastreados nas premissas anteriores, revelam que o recurso especial que versar sobre questão constitucional poderá ser complementado e encaminhado para julgamento no STF como se recurso extraordinário fosse. Se esse último tribunal entender que essa providência não era a adequada, deverá devolver o recurso ao STJ para julgá-lo.

Em suma, não há dúvida de que o art. 1.032 cria verdadeira fungibilidade entre o recurso extraordinário e o recurso especial.¹⁶⁴

Também é inegável a fungibilidade na hipótese de o STF entender que o Recurso Extraordinário insurge-se contra questão que apenas reflexamente ofende a Constituição Federal. O art. 1.033, nesse ponto, é de inegável clareza, visto que diz que o recurso extraordinário será remetido “ao Superior Tribunal de Justiça para julgamento como recurso especial”.

10.7.5 O prazo para a interposição do recurso e o princípio da fungibilidade

Quando em vigor o CPC/1973, a questão mais discutida em torno do princípio da fungibilidade, e que sempre foi alvo da atenção daqueles que se detiveram a respeito do assunto, é o prazo para a interposição do recurso.

A situação residia em saber qual o prazo para a interposição do recurso: se o do recurso tido como correto ou o do recurso efetivamente interposto.

A dificuldade existente residia exatamente quando o prazo para a interposição do recurso tido como correto é menor do que o prazo do recurso interposto e o recorrente utiliza-se de todo o prazo disponível. A hipótese mais comum,

164. Nesse sentido, Pedro Miranda de Oliveira. *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*, coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier *at alli*, p. 2.302.

tanto no CPC/1939, quanto no CPC/1973, era quando a parte interpunha o recurso de apelação no 15.º dia e o Tribunal entendia que o correto seria o recurso de agravo, que no CPC/1939 era de 5 dias (art. 841) e no CPC/1973, 10 dias (art. 522).

A maior parte da doutrina que comentava o CPC/1939 colocava a questão relacionada ao prazo como um terceiro requisito para a admissão do princípio da fungibilidade. Assim, além de inexistir erro grosseiro e má-fé, o recurso também deveria ser interposto no prazo do recurso tido como o correto. O argumento mais contundente dessa corrente referia-se ao prazo preclusivo fixado pela lei para a interposição do recurso.¹⁶⁵ Extinto o prazo para o recurso certo, a decisão teria transitado em julgado, não se tolerando que, por simples engano da parte, permanecesse suscetível de reexame. Quando se interpunha o recurso errado, já não seria possível reabrir a instância trancada pela irretratabilidade da decisão.¹⁶⁶

A outra parte da doutrina defendia que o prazo não poderia ser relacionado com a admissibilidade do princípio da fungibilidade. Para essa corrente, se não houvesse erro grosseiro ou má-fé, não se podia apurar se o prazo para o recurso que deveria ser interposto havia excedido, ou não, exatamente porque o art. 810 somente se referia a esses dois requisitos. Interpretação contrária ofenderia, abertamente, sem atenção à *ratio legis*, a letra da lei.¹⁶⁷ E mais, afirmava-se que o erro deveria ser tolerado não só quanto à escolha do recurso, mas também quanto aos seus demais pressupostos, que se achavam vinculados diretamente, sem dúvida, àquela preferência.¹⁶⁸

165. PEDRO BATISTA MARTINS, *Recursos e processo da competência originária dos tribunais*, p. 167.

166. SEABRA FAGUNDES, *Dos recursos ordinários em matéria civil*, p. 168. Ainda nesse sentido, defendiam que o prazo seria um terceiro requisito: JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Instituições de direito processual civil*, vol. 4, p. 57; JOÃO CLAUDINO DE OLIVEIRA E CRUZ, *Dos recursos no Código de Processo Civil*, p. 28.

167. PONTES DE MIRANDA, *Comentários do Código de Processo Civil* (1939), t. IX, p. 62.

168. ALCIDES DE MENDONÇA LIMA, *Sistema de normas gerais dos recursos cíveis*, p. 228. Enfrentando diretamente a questão da preclusão ou da coisa julgada pela não interposição do recurso tido por correto no seu prazo, BARBOSA MOREIRA advertia que em face do princípio da fungibilidade essa regra deveria sofrer uma exceção: “O que se tem de reconhecer é que a lei abriu aqui uma exceção à regra segundo a qual o escoamento *in albis* do prazo para o recurso cabível faz transitar em julgado a decisão; ou antes, que a *res iudicata* se forma sob condição resolutiva da subsequente interposição de recurso inadequado, mas conversível no adequado por inexistência de erro grosseiro ou má-fé” (*O juízo de admissibilidade no sistema dos recursos cíveis*, p. 51).

Essa mesma divergência perdurou durante a vigência do CPC/1939 e do CPC/1973¹⁶⁹⁻¹⁷⁰

De nossa parte, sempre entendemos em edições anteriores desta obra que não há como admitir que, para a aplicação do princípio da fungibilidade, o recorrente devesse interpor o recurso no prazo do outro recurso que o tribunal competente entendeu como correto.

Ora, se o princípio da fungibilidade é visto diante da situação criada pela lei, pela doutrina e pela jurisprudência, em que a parte encontra-se em profunda dúvida quanto ao recurso cabível, a posição defendida pela corrente rígida exige da parte a interposição do recurso no prazo daquele outro recurso que ela, após analisar a lei, a doutrina e a jurisprudência, entende ser o errado.

O CPC/2015, em boa hora, veio unificar os prazos recursais, estabelecendo no art. 1.003, § 5º, que “excetuados os embargos de declaração, o prazo para interpor os recursos e para responder-lhes é de 15 (quinze) dias”.

Com a nova disposição, perde força as incontáveis discussões doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do prazo, vez que os recursos de um modo geral possuem doravante o mesmo prazo (15 dias).

169. A 4.ª T. do STJ, com amparo na lição de ALCIDES DE MENDONÇA LIMA, inicialmente considerou, por unanimidade em seus julgados, que existindo dúvida objetiva ou inexistindo erro grosseiro a interposição do recurso, após findo o prazo assinado para o recurso dito próprio, é irrelevante (REsp 12.610/MT, j. 26.11.1991, rel. Min. Athos Carneiro, v.u., RSTJ 30/476; REsp 16.978/SP, j. 16.11.1992, rel. Min. Athos Carneiro, v.u., RSTJ 43/350). No entanto, o posicionamento adotado por essa mesma 4.ª T. do STJ veio a ser alterado. Como consta do julgamento do REsp 91.203, de relatoria do Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira: “Posteriormente, no entanto, [essa Turma] firmou-se em posição contrária, a exigir o requisito da interposição no prazo do recurso próprio, em observância ao princípio da preclusão e sob o fundamento de que, havendo dúvida, o correto seria o recorrente acautelar-se” (RSTJ 89/332). Ainda do STJ é possível destacar outros julgados, nesse mesmo sentido, da 4.ª T. (RSTJ 96/339), da 1.ª T. (RSTJ 58/210) e da 6.ª T. (RSTJ 94/392). Essa tem sido, como mencionado, a posição da jurisprudência predominante, não só do STJ, mas também, do STF (RTJ 105/1275) e de alguns Estados: TJSP (RT 611/99); no TJPR, essa matéria veio a ser objeto da Súmula 9, com a seguinte redação: “O recurso cabível da decisão homologatória de simples atualização de conta de liquidação de sentença é o de agravo de instrumento, por não se tratar de ato que ponha termo ao processo (arts. 162, § 2.º, e 522 do CPC). É admissível, contudo, o princípio da fungibilidade recursal desde que não decorrido o prazo previsto para o recurso apropriado”.

170. Na doutrina defendem a exigência do prazo: MILTON SANSEVERINO, *Fungibilidade dos recursos*, RePro 25/182; PAULO ROBERTO PEREIRA DE SOUZA, *Da fungibilidade dos recursos*, RePro 38/203; ANTONIO CARLOS DE ARAUJO CINTRA, *Sobre os limites objetivos da apelação civil*, p. 63; MARCO AURÉLIO MOREIRA BORTOWSKI, *Apelação civil*, p. 75.

A única exceção – relativa aos embargos de declaração – não é tão significativa para a incidência da fungibilidade, pois haveria que se imaginar a interposição de um dado recurso e a compreensão de que o correto – ao invés dele – seria os embargos de declaração.

Considerando que os embargos de declaração são recurso “meio”, isto é, como regra se localizam entre a decisão e recurso (fim) previsto para impugná-la, dificilmente haverá uma situação como a narrada acima.

O que pode haver é o desvirtuamento na utilização dos embargos, com a tentativa de pretender através dele aquilo que se obteria com o recurso fim (reforma ou anulação da decisão). Ocorre que, tal hipótese não se cuida de incidência de fungibilidade, mas sim de não conhecimento dos embargos ou, então, de embargos com caráter protelatório, sancionados com multa (art. 1.026, § 2º).

Contudo, não se pode negar que, em tese, é possível que os tribunais acabem configurando situações – ainda que desprovidas de melhor técnica – de recebimento de outros recursos como embargos.

É o que se verificou no STJ, quando se decidiu pelo recebimento do agravo regimental (leia-se, interno) como embargos de declaração: “a partir da aplicação do princípio da fungibilidade recursal, antes a alegação de suposta omissão na decisão agravada, o presente agravo regimental será recebido como embargos de declaração”.¹⁷¹

Apesar da excepcionalidade, é importante ressaltar que, caso isso ocorra, não há que se exigir que o recurso venha a ser interposto no prazo dos embargos.

É isso porque o princípio da fungibilidade foi criado em prol da parte, em razão de não poder ser prejudicada por um erro do sistema. Assim, caso se entenda, com apoio na doutrina, na jurisprudência ou na lei, que o recurso correto são os embargos de declaração, o prazo que deverá ser observado e respeitado é o dele.

Nem há que se argumentar que teria havido preclusão temporal ou coisa julgada. A aplicação do princípio da fungibilidade significa, exata e precisamente, uma exceção. Ou seja, diante de uma situação criada pelo próprio sistema, no qual não se conseguiu prever com exatidão todas as hipóteses corretas de cabimento dos recursos, existe uma exceção no que alude à regra de que escoado *in albis* o prazo para recorrer, aquela decisão não pode ser mais atacada, quando estiverem presentes os requisitos para a incidência do princípio da fungibilidade.

171. STJ, AgREsp 303.238/SP, j. 03.03.2005, rel. Min. Franciulli Netto.

Além disso, há de se lembrar que se a questão relativa à preclusão for sempre aplicada mesmo se tratando do princípio da fungibilidade, esse princípio, na maioria das vezes, não poderá ser utilizado.

Infelizmente, porém, a tendência em sentido contrário vem se confirmando em casos análogos nos Tribunais Superiores. No TSE, por exemplo, tem-se aplicado o princípio da fungibilidade para receber como recurso especial eventual recurso ordinário erroneamente interposto. Porém, exige-se o preenchimento dos requisitos do recurso cabível, no caso os mesmos do recurso especial.¹⁷²

A situação fica ainda mais grave se lembrarmos que o recurso especial, por ser de estrito direito, traz requisitos muito mais severos e específicos para sua admissibilidade – como, por exemplo, a necessidade de prequestionamento – que aquele outro, ordinário em sua essência.¹⁷³ Como resultado, tem-se verdadeira mutilação do princípio da fungibilidade: o mesmo Tribunal que supostamente permite sua incidência, torna quase impossível que, na prática, seja realmente aplicado, com enorme prejuízo para o recorrente.

Por motivos como esse é que a questão do prazo no princípio da fungibilidade não pode ser tratada com rigor excessivo. Se se entender que existe preclusão na interposição do recurso no maior prazo, em todos os outros casos em que também existir a figura da preclusão o princípio não deverá ser admitido. Contudo, tal conclusão, significaria simplesmente negar a aplicação do princípio da fungibilidade no sistema recursal brasileiro.

10.7.6 O procedimento do recurso quando aplicada a fungibilidade recursal

Outra questão atinente à aplicação do princípio da fungibilidade diz respeito ao procedimento a ser seguido pelo recurso, isto é, o procedimento adotado pelo recurso quando estabelecida pelo órgão julgador a substituição do recurso interposto por outro.

Não pode haver dúvida de que nesses casos, determinada a substituição, passará o órgão ao julgamento do recurso que substituiu o anterior. Assim, se a parte interpõe, por exemplo, o agravo de instrumento, e o tribunal entende

que o correto é o recurso de apelação e aplica o princípio da fungibilidade, ao julgamento desse último é que se deverá proceder.

O CPC/2015 já traz regras expressas nesse sentido.

Como já visto acima, havendo a conversão dos embargos de declaração em agravo interno (art. 1.024, § 3º), deverá o julgador intimar o embargante para complementar o recurso a fim de impugnar especificamente os fundamentos da decisão recorrida. Além do mais, doravante será seguido o procedimento do agravo, com a intimação da parte para responder em 15 dias.

Além dessa hipótese, quando da conversão do recurso especial em recurso extraordinário (art. 1.032), o recorrente será intimado para preencher o requisito específico deste último, qual seja, a repercussão geral.

De outro lado, não havendo a previsão legal, compete à doutrina e à jurisprudência traçarem o procedimento adequado diante das peculiaridades de cada caso.

Veja-se, por exemplo, a conversão de agravo de instrumento em apelação e vice-versa.

Imagine-se, assim, a situação em que a apelação interposta é recebida como agravo pelo tribunal. Nessa circunstância, sendo a conversão determinada pelo relator ou pela própria turma julgadora, deverá esta última passar *incontinenti* ao julgamento do agravo, sem maiores consequências práticas, visto que ele já estará devidamente instruído.

Outra situação pode decorrer do recebimento do agravo de instrumento em apelação. Se a conversão for determinada pela turma quando do julgamento do agravo de instrumento não existirá grandes dificuldades. O agravo deverá ser convertido em apelação e julgado como tal, se contiver todos os elementos necessários. Situação um pouco diferente ocorre se a conversão for determinada pelo relator. Nesse caso, como não existem ainda contrarrazões, deverá o relator intimar o recorrido para responder ao recurso e, uma vez instruído completamente o instrumento, levá-lo para julgamento pela turma como se apelação fosse, pois, os documentos necessários já estarão, a essa altura, presentes.

172. “[...] II - A aplicação do princípio da fungibilidade recursal pressupõe o preenchimento dos requisitos do recurso cabível. [...]” (TSE, EIMS 3727/RO, rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ 18.9.2009). No mesmo sentido: AgR-RO 43844/AC, rel. Min. Carmen Lúcia, DJ 30.3.2011; AgR-RO 502431/SP, rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ 11.11.2010; AgR-RO 151965/PA, rel. Min. Aldir Passarinho, DJ 6.10.2010.

173. Sobre a classificação dos recursos em ordinários e extraordinários (de estrito direito), conferir, *supra*, o item 4.1.