

## Fungibilidade - anotações sobre interposição de recursos

### Introdução - finalidade deste trabalho

1 - No processo do trabalho não são raros os equívocos e até mesmo desatenção dos litigantes na apresentação do recurso adequado. Tal ocorre, especialmente, no segundo grau, ou seja, nos apelos dos v. acórdãos prolatados pelo C. Tribunal Regional.

Exemplificativamente: dos r. despachos do Presidente do Tribunal que indeferem o processamento do recurso de revista, o jurisdicionado recorrente apresenta *agravo regimental*, quando, nos termos do art. 896, alínea "b", da CLT., cabe *agravo de instrumento*, que será julgado pelo Tribunal que seria competente para conhecer o recurso cuja interposição foi denegada (art. 897, § 4º, da CLT).

Assim, como objetivo de trazer mais elementos para o aprofundamento no estudo deste aspecto do processo, são mencionados os elementos abaixo.

2 - Adiante-se que as condições mínimas para que a questão da fungibilidade seja considerada consistem: a) na observância do prazo estabelecido pelo legislador; b) na existência de dúvida razoável e c) na não-configuração de erro grosseiro.

Bem esclarece NELSON NERY JR. ("*Código de Processo Civil Comentado*", RT 5ª e., p. 699) : "O Código adotou o *princípio da instrumentalidade das formas*, segundo o qual o que importa é a finalidade do ato e não ele em si mesmo considerado. Se puder atingir essa finalidade, ainda que irregular na forma não se deve anulá-lo".

3 - Na vigência do Código de Processo Civil revogado (1939) lecionava MOACYR AMARAL SANTOS (*Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, Max Limonad editor, 1965, 3º vol., p. 96):

"A regra de que o recurso deve ser o adequado, donde não se admitir recurso *inadequado*, ou *incabível*, perdeu, no sistema do Código, o caráter absoluto de outros tempos. Rompendo com esse formalismo excessivo, o Código de Processo Civil admite o conhecimento de recurso inadequado, se o engano na interposição não se macular de *má fé* ou *erro grosseiro*. "Salvo a hipótese de má fé ou erro grosseiro, a parte não será prejudicada pela interposição de um recurso por outro, devendo os autos ser enviados à Câmara, ou turma, a que competir o julgamento" (art. 810).

Não tendo havido má fé ou erro grosseiro na interposição de um recurso por outro, será ele admitido, conhecido e decidido como se fosse o recurso adequado. Condição, entretanto, de sua admissibilidade é que tenha sido interposto *no prazo do recurso cabível*."

O art. 810 do CPC/39 "funcionava como tábua de salvação para as partes, relativamente ao complicado sistema recursal regulado por aquele diploma" (cf. NELSON NERY JUNIOR, *Princípios Fundamentais - Teoria Geral dos Recursos*, RT/SP, 4ª ed., p. 110).

Salienta o referido autor, ainda, que no sistema revogado "havia verdadeira promiscuidade de recursos. Não apenas no concernente ao recurso cabível, já que isso envolvia saber de que teor teria sido a decisão (se de mérito, se terminativa ou definitiva, se interlocutória, etc.) mas também pelos numerosos recursos previstos pelo código, dificultando o rápido andamento do processo, além de causar perplexidades às partes que, não raro, ficavam sem saber qual o recurso correto para impugnar determinada decisão judicial".

Nas precisas lições do mencionado Mestre, "em tese, a fungibilidade dos recursos não repugna ao sistema do CPC, que contém hipóteses capazes de gerar dúvida objetiva a respeito da adequação do recurso ao ato judicial recorrível".

E menciona os requisitos para a aplicação do princípio: a) a *existência de dúvida objetiva e fundada* sobre qual o recurso correto a ser interposto, isto é, deve estar, normalmente, contida em discussões

doutrinárias e/ou jurisprudenciais, não bastando que esteja inculcada no *subjetivismo* do recorrente e b) *inexistência de erro grosseiro*. Para este último, não há definição doutrinária uniforme. Pode-se inferir, porém, de variadas hipóteses, como interposição de recurso errado quando o correto está indicado *expressamente no texto de lei* (Nery Jr). Outro exemplo: apelar de decisão interlocutória ou, ao contrário, se agrava de pronunciamento com inquestionável natureza de sentença. E finaliza: não seria razoável premiar-se o recorrente desidioso, que age em desconformidade com as regras comezinhas de direito processual. Erro escusável, porém, não é erro grosseiro.

### **Legislação - Código de Processo Civil vigente (1973)**

*Art. 250 O erro de forma do processo acarreta unicamente a anulação dos atos que não possam ser aproveitados, devendo praticar-se os que forem necessários, a fim de se observarem, quanto possível, as prescrições legais.*

*Parágrafo único Dar-se-á o aproveitamento dos atos praticados, desde que não resulte prejuízo à defesa.*

### **Hipóteses de admissão e aplicação do princípio da fungibilidade**

Escreveu o Juiz JOSÉ OSWALDO DE OLIVEIRA LEITE ("*Da fungibilidade dos recursos - Derrogação ou não da doutrina do art. 810 do Código de Processo Civil de 1939*", Revista dos Tribunais 488, junho de 1976, págs. 23 a 33) as considerações que são mencionadas, porém, com as anotações indispensáveis que são feitas:

"A nulidade é absoluta e irremediável quando o recurso errado é interposto após esgotado o prazo para interposição do

recurso certo; a preclusão operada é inflexível e não se redime pelo oferecimento tardinho do "*remedium juris*".

(Nota: "Se a jurisprudência ainda não se tornou perfeitamente uniforme, o erro da parte pode apresentar-se escusável e assim ser relevado, ainda que o recurso impróprio haja sido interposto após findo o prazo para o recurso próprio (RSTJ 43/348, apud THEOTONIO NEGRÃO, "Código de Processo Civil e legislação processual em vigor", 28ª edição, 1997, pág. 381).

Afora este caso, se o conteúdo volitivo do recurso se comporta nos termos do recurso certo, a nulidade será só de forma e, como tal, passível de conversão e aproveitamento, salvo prejuízo grave para a parte recorrida.

O juiz de primeira instância, ao despachar a petição de recurso, deverá proceder a atento exame da súplica e, se for o caso, fazer desde logo a conversão, evitando eventuais prejuízos, por menores que sejam, à parte recorrida.

Se o recurso chegar a julgamento de segunda instância, com o vício da errada interposição, a turma ou câmara deverá usar a teoria da finalidade, aproveitando os atos praticados, salvo prejuízo insanável para o recorrido.

A medida do prejuízo com força de impedir o aproveitamento do recurso deve ser moderada, excluindo-se o detrimento que não tenha atingido direitos fundamentais, seja de índole processual ou de natureza substantiva.

A admissão de recurso errado é vedada nos casos de má-fé (ilícito processual) ou de erro grosseiro (indiciário da improbidade na conduta processual); preconiza-se o critério de aceitação do recurso apenas nos casos de dúvida fundada sobre a propriedade do recurso, para, com esta orientação, simplificar-se o método de eliminação dos abusos e excessos, sob capa de fungibilidade.

Os tribunais podem adotar um critério depurado, seguro, já encontrado em muitos arestos anteriores: o critério da dúvida. Admitir-se-á a fungibilidade quando ocorrer dúvida sobre o cabimento do recurso. O STF, pelo voto do insigne Min. Mário Guimarães, decidiu: "quando na jurisprudência, dúvida ainda exista sobre qual o recurso cabível, se o de apelação, se o de agravo, não se anula o acórdão que conheceu de um deles, ainda que seja o caso o outro aplicável à espécie" ("*O Processo Civil à Luz da Jurisprudência*", vol. 1955/56, n. 26.760). O antigo Código de Processo Civil, em seu art. 1.240, parágrafo único, dispunha que "nos casos duvidosos não será prejudicada a parte que interpuser um recurso impróprio. O juízo superior, verificando a boa-fé do recorrente, mandará subir o recurso apropriado ou dele conhecerá desde logo, se a questão estiver suficientemente elucidada". No Direito antigo, a regra era a fungibilidade, até com maior elastério do que vem estabelecida no Código de 1939. A prática abusiva do recurso indiferente, logo descambando para a malícia e o dolo, levou o legislador de 1939 a disciplinar o instituto, limitando-o. O critério da dúvida funcionaria objetivamente. É além do mais um critério flexível porque, sedimentada a jurisprudência em torno de determinada espécie, excluída a hesitação sobre o remédio cabível, dispensável seria a aplicação das regras do recurso fungível.

Urge não menoscabar a função da jurisprudência na solução do problema da fungibilidade. Sabe-se da resistência que se tem oferecido à aceitação da jurisprudência como fonte formal do direito. Tais resistências não se insurgem, porém, contra as funções interpretativa, confirmatória e supletória dos julgados dos tribunais. O eminente Haroldo Valadão, em seu anteprojeto à Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas, coloca a jurisprudência como elemento integrador dos mecanismos de revogação, quando confirma o costume ou o desuso. A uniformidade da jurisprudência impõe a norma pela "inutilidade de se resistir à onipotência judiciária" (HÉLIO TORNAGHI, "Comentários ao Código de Processo Civil", Ed. Revista dos Tribunais, vol I/23). Não será de espantar-se que, em caso de verdadeira omissão da lei, surgisse a jurisprudência com

força plástica, como supletiva da insuficiência do texto, impondo uma orientação segura e tranquilizadora dos receios do intérprete."

Também escreveu LIBANIO ALVES RODRIGUES ("*O princípio da Fungibilidade Recursal do STJ*", Revista dos Tribunais 688, fevereiro de 1993, págs. 259 e seguintes):

"Para a aplicação do princípio da fungibilidade recursal há que se verificar a plausibilidade do pleito, pois de nada adiantaria verificar-se ausência de erro grosseiro e/ou má-fé quando da interposição do recurso inadequado, bem como a sua tempestividade, se falta fundamento jurídico à inconformidade recursal. É como sustentou o ilustre Min. Eduardo Ribeiro, em voto proferido no REsp 9, relator e. Min. Nílson Naves, DJU. de 28.8.89: "O recorrente limitou-se a arrolar julgados no sentido da persistência daquele princípio. Isso não basta à admissibilidade do recurso, já que deduzido outro fundamento, bastante no caso concreto, para tornar impossível a invocação frutuosa da regra questionada. De nada vale demonstrar que persiste a fungibilidade se, na espécie em exame inexistente lugar para que se aplique". (...)

Segundo entendimento do ilustre processualista ALCIDES DE MENDONÇA LIMA ("*Introdução aos Recursos Cíveis*", Ed. RT., 2ª ed. n. 167): "Somente razões muito ponderáveis, muito sérias, muito evidentes, devem impedir o julgamento de um recurso, salvo revelando que não existe a intenção honesta de tentar a reforma da decisão, mas o vil propósito de agir com malícia, por via de erro grosseiro, para prejudicar a parte vencedora, procrastinando a efetivação do direito que lhe foi assegurado pelo julgado recorrido".

No âmbito do Tribunal Superior do Trabalho a fungibilidade foi reconhecida, expressamente, através de Orientação Jurisprudencial (da Seção de Dissídios Individuais II, nº 69):

"FUNGIBILIDADE RECURSAL. INDEFERIMENTO LIMINAR DE AÇÃO RESCISÓRIA OU MANDADO DE SEGURANÇA. RECURSO PARA O TST. RECEBIMENTO COMO AGRAVO REGIMENTAL E DEVOLUÇÃO DOS AUTOS AO TRT. (Inserida em 20.09.2000) Recurso ordinário interposto contra despacho monocrático indeferitório da petição inicial de ação rescisória ou de mandado de segurança pode, pelo princípio de fungibilidade recursal, ser recebido como agravo regimental. Hipótese de não conhecimento do recurso pelo TST e devolução dos autos ao TRT, para que aprecie o apelo como agravo regimental."

É bem verdade que a interpretação em causa situa a conversibilidade (ou fungibilidade) em hipótese definida, pontualmente. Mas deixa patente que há possibilidade de utilização do princípio, no processo do trabalho.

### **Exame do que consta da jurisprudência a respeito do tema**

Há, no âmbito da Justiça do Trabalho, entre outros, dois v. acórdãos que esclarecem, à saciedade, as condições e pressupostos para que seja aplicado o princípio da fungibilidade.

*PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. ACATAMENTO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO COMO RECURSO ORDINÁRIO. A jurisprudência dos Tribunais considera que, embora o atual CPC não se refira expressamente ao princípio da fungibilidade previsto no código anterior, recepcionou-o quando adotou a simplificação do sistema dos recursos, bem como a simplicidade das formas procedimentais, inculpidas nos seus artigos 154 e 244. O princípio da fungibilidade, portanto, sobrevive. Porém a sua adoção é limitada, pois se exige estejam presentes: a) dúvida objetiva sobre qual o recurso sobre qual o recurso a ser interposto; b) inexistência de erro grosseiro, que se dá quando se interpõe recurso errado quando o correto encontra-se expressamente indicado na lei e sobre o qual não se opõe nenhuma dúvida; c) que o recurso erroneamente interposto tenha sido agitado no prazo do que se pretende transformá-lo. É erro inescusável, que afasta a admissão de Embargos Declaratórios como Recurso Ordinário, dado a disparidade de objetivo que eles possuem. RO-AR 167.066/95.5, Ac. SBDI-2 4.582/97 Relator Ministro .Ronaldo José Lopes Leal .*

*Princípio da fungibilidade - Artigo 250 do CPC. - A aplicação do princípio da fungibilidade dos recursos está, atualmente, autorizada pelo art. 250 do CPC, sendo certo que, ao utilizá-lo, o julgador deverá estar atento à ocorrência do pressuposto objetivo da adequação, pois, em qualquer hipótese, o instituto só pode ser invocado se houver simples erro de nomenclatura cometido pela parte, ou seja, permite-se nominação de forma equivocada, mas exige-se que o arrazoado recursal seja aviado de forma a atender os pressupostos específicos do recurso adequado. Proc. TST AG AI 71.927/93.3 - Relator Ministro Francisco Fausto — Diário Oficial da Justiça da União nº 78, Seção I, 25 de abril de 1997, pág. 15.513.*

Outras decisões a respeito. Exemplificativamente:

*Vale a petição de recurso xerocopiada, desde que contenha os requisitos exigidos em lei. "Não é rara a interposição de recursos em petições xerocopiadas" (rstj 26/435) apud THEOTONIO NEGRÃO, "Código de Processo Civil e legislação processual em vigor", 28ª edição, 1997, pág. 379.*

*Conhecer de um recurso por outro, ainda que ocorra erronia, pode configurar violação de norma processual infraconstitucional e não ofensa ao princípio constitucional de que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal)" (RTJ 135/1.232).*

*A adoção do princípio da fungibilidade exige sejam presentes: a) dúvida objetiva sobre qual o recurso a ser interposto; b) inexistência de erro grosseiro, que se dá quando se interpõe recurso errado quando o correto encontra-se expressamente indicado na lei e sobre o qual não se opõe nenhuma dúvida; c) que o recurso erroneamente interposto tenha sido agitado no prazo do que se pretende transformá-lo" (RSTJ 58/209).*

Na conclusão do V Encontro dos Tribunais de Alçada, 1981):

"Continua vigorante em nosso direito processual civil o princípio da fungibilidade dos recursos, inaplicável, todavia, em caso de erro grosseiro e se decorrente o prazo previsto para o recurso cabível".

Noticia o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira (*Código de Processo Civil Anotado*, Saraiva, 2003, 7ª ed., p. 358) que "A jurisprudência do STF se inclinou pela fungibilidade. A respeito, dentre outros, os RREE 86157 (RTJ 90/1106), 86179 (RTJ 89/210), 91189 (RTJ 93/1308), 93664, 93815 (RTJ 97/1395). Outro não é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça."

A interpretação não estava pacificada ainda.

Tanto assim o é que, na 1ª edição dessa mesma obra (Forense, 1979, p. 120) indica r. aresto em sentido contrário: "Não estando mais em vigor o art. 810 do CPC/1939, não é possível a conversão de um recurso, erroneamente interposto, por outro" (RE 83.756, Rel. Cunha Peixoto, Juriscivel 47/159).

E, também: "Sem disciplinamento legal não se pode admitir a fungibilidade dos recursos" (Agr. De Instr. 1.994, TJMT, Rel. Milton Armando P. de Barros, RF 255/315). No mesmo sentido: RF 254/306 e 313; RT 491/87 e 202.

O eminente Ministro traz ainda as seguintes ementas (favoráveis à fungibilidade, na obra atualizada, recente):

*"Agravo não conhecido por ter-se como cabível a apelação. Não se tendo afirmado haver o recorrente agido de má-fé ou em virtude de erro grosseiro, impõe-se a aplicação do princípio da fungibilidade dos recursos. (Resp 11336-SP, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJU 16-9-91).*

*"A fungibilidade recurso reclamada, dentre outros presspostos, que o erro seja escusável, como na hipótese de fundada dúvida" (AgRg no Ag. 33557-9-SP, STJ 4ª T., DJU de 2-8-93).*

Ainda (p. 576):

*"Princípio da fungibilidade recursal. Problema de prazo. Se a lei é dúbia, se os doutrinadores se atritam entre si, e a jurisprudência não é uniforme, o erro da parte apresenta-se escusável e relevável, ainda que o recurso dito impróprio tenha sido interposto após findo o prazo assinado para o recurso dito próprio. Prevalência da regra maior do duplo grau de jurisdição e aplicação da antiga teoria do "recurso indiferente", consagrada no Código de 1939, artigo 810, nos casos de ausência de má-fé e de erro grosseiro. A fungibilidade recursal é aceita na sistemática do vigente Código processual civil" (Resp 12610-MT, Rel. Min. Athos Carneiro, DJU de 24-2-92).*

Vale ressaltar, também, que, no âmbito do TRT/SP, verifica-se a existência de dois r. arestos recentíssimos.

*RECURSO. FUNGIBILIDADE. APROVEITAMENTO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO COMO RECURSO ORDINÁRIO. Admite-se o aproveitamento do recurso erroneamente nominado quando: a) haja dúvida sobre o recurso cabível, que não ocorre dos autos, pois o agravo de instrumento serve para destrancar recursos aos quais o juiz negou seguimento. O recurso ordinário tem a finalidade de atacar as decisões do juiz no processo de conhecimento; b) inexistência de erro grosseiro. Isso ocorre no caso dos autos, pois a autora apresentou agravo de instrumento e não recurso ordinário. No processo civil seria possível alegar o cabimento do agravo de instrumento se entender que a decisão é interlocutória, mas no processo do trabalho esse recurso tem finalidade específica. De decisões interlocutórias não cabe qualquer recurso. Não conheço do recurso. (TRT/SP0066200102902008- RO - Ac. 3ª T 20040132662- Relator Juiz Sérgio Pinto Martins - DOE 06.04.2004)*

*O PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE E SUA APLICABILIDADE NA JUSTIÇA DO TRABALHO. Nesta MM. Justiça Especializada vigora não apenas o princípio da informalidade, como também os princípios da celeridade processual e da fungibilidade. E, baseados em tais princípios é que o legislador dispôs, através do artigo 899 celetário, que os recursos podem ser interpostos por simples petição. Há que se dar importância maior à finalidade em detrimento da forma, pelo que o princípio da fungibilidade recursal é possível sempre que o apelo tenha sido interposto dentro do prazo legal previsto para o recurso no qual pretende-se transformá-lo. Aliás, referido entendimento já foi sedimentado pela Colenda Corte Superior, através da Orientação Jurisprudencial nº 69, da*

*Seção de Dissídios Individuais - Subseção II.* (TRT/SP  
02959200003802000 - AI - Ac. 6ªT 20040645295 - Relator Juiz Valdir  
Florindo - DOE 03/12/2004)

### **Conclusão**

É o quanto, por ora, entende o grupo necessário para  
ministrar elementos indispensáveis à maior pesquisa sobre o tema.