

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL**

FERNANDA MANTOVANI

**O PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE E A FUNÇÃO SOCIAL DO
PROCESSO**

**São Paulo
2016**

FERNANDA MANTOVANI

**O PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE E A FUNÇÃO SOCIAL DO
PROCESSO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Departamento de Especialização da Pontifícia Universidade Católica do Estado de São Paulo para a obtenção do título de Especialista em Direito Processual Civil.

Orientador: Prof. Dr. Luís Otávio Sequeira de Cerqueira

**São Paulo
2016**

Mantovani, Fernanda

O princípio da fungibilidade e a função social do processo.

Fernanda Mantovani. – São Paulo, 2016.

Trabalho de Conclusão de Curso – Especialização em Direito Processual Civil – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Orientador: Luís Otávio Sequeira de Cerqueira.

1. Perspectivas Atuais do Direito Processual Civil 2. Princípio da Fungibilidade 3. Aplicação do Princípio da Fungibilidade. 4. O princípio da Fungibilidade e o Novo Código de Processo Civil. 5. A correlação com a função social do processo

FERNANDA MANTOVANI

**O PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE E A FUNÇÃO SOCIAL DO
PROCESSO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Departamento de Especialização da Pontifícia Universidade Católica do Estado de São Paulo para a obtenção do título de Especialista em Direito Processual Civil.

Aprovado em: __ / __ / ____

Prof. Dr. Luís Otávio Sequeira de Cerqueira
Orientador

Professor
Examinador

Professor
Examinador

Aos meus pais, por tudo o que me ensinaram
ao longo da vida e por sempre acreditarem na
minha capacidade.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, por todas as bênçãos.

Aos meus pais, por todo amor, incentivo, credibilidade, paciência, esforço, dedicação, apoio e, especialmente, por todos os ensinamentos de vida.

Ao Ícaro, por me acompanhar nessa caminhada, sempre com palavras de incentivo e amor, além de uma alegria inigualável.

Aos amigos, cada qual de sua forma, que participaram de mais essa conquista.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Luís Otávio Sequeira de Cerqueira, pela orientação, compreensão e dedicação durante a elaboração deste trabalho.

RESUMO

O presente trabalho tem por objeto uma análise do princípio da fungibilidade ante o ordenamento jurídico brasileiro, buscando compreender a ponte existente entre tal princípio e a função social do processo. Tem-se, então, que o princípio em análise torna possível ao juiz, diante de um instrumento equivocadamente utilizado pela parte, convertê-lo no correto ou mais adequado para a situação, bem como processá-lo da forma como foi utilizado, desde que o procedimento assim permita. Essa ponte, que permite o acesso a um processo menos formalista e mais social, surgiu no cenário brasileiro no âmbito recursal, posteriormente passando a ser aplicado também nas matérias relacionadas às medidas de urgência e às ações possessórias. Diante desse contexto, o princípio da fungibilidade passou a ganhar maiores atenções, o que acarretou o surgimento de novas teorias que defendem a ampliação da incidência do princípio da fungibilidade, a fim de permitir que este se torne um princípio geral do processo civil. Assim, vislumbra-se uma porta de acesso muito mais ampla ao Judiciário, num caminho traçado frente a uma busca pela redução do formalismo excessivo que, tantas vezes, acaba fazendo com que o processo seja um fim em si mesmo, independentemente da busca pelo direito das partes.

Palavras-chave: Princípio da Fungibilidade. Evolução. Aplicação. Hipóteses de Aplicação. Consequências da Aplicação.

ABSTRACT

This monograph purpose an analysis of the principle of fungibility in front the Brazilian legal system, trying to understand the existing bridge between this principle and the social end of the process. So, that principle under consideration makes it possible to judge, before a mistakenly used by the party tool, convert it to the correct or most appropriate to the situation and process it the way it was used, since the procedure so permits. This bridge, which provides access to a less formal and more social process, emerged in the Brazilian scene in the appellate level, later going to be applied also in matters relating to emergency measures and possessory actions. In this context, the principle of fungibility went on to win most attention, leading to the emergence of new theories that defend the broadening of the principle of fungibility, to enable it to become a general principle of civil procedure. Thus, we conjecture about a much broader access door to the judiciary, a path laid before a search to reduce excessive formalism which so often ends up causing the process to be an end in itself, regardless of the search for the right the parties.

Keywords: Principle of Fungibility. Evolution. Application. Civil Procedure. Brazil's Legislation.

SUMÁRIO

PRIMEIRA PARTE – PREMISSAS CONCEITUAIS E METODOLÓGICAS	10
1 INTRODUÇÃO	10
1.1 Apresentação do Tema.....	10
1.2 Premissas Metodológicas	12
1.3 Objeto do estudo.....	13
2 ATUAIS PERSPECTIVAS E METODOLOGIAS DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO	15
2.1 Fases e Metodologias do estudo do direito Processual Civil.....	15
2.2 Escopos da Jurisdição	17
2.3 A instrumentalidade do processo e o acesso à justiça	20
2.4 Os princípios da adequação e da elasticidade processual.....	25
2.5 Flexibilização Procedimental.....	29
2.6 Gerenciamento de processos.....	32
SEGUNDA PARTE – O PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE	35
3 A FUNGIBILIDADE NO DIREITO BRASILEIRO	35
3.1 Origens	35
3.2 Conceito	38
3.2.1 <i>A Fungibilidade no direito material.....</i>	<i>39</i>
3.2.2 <i>A Fungibilidade no direito processual.....</i>	<i>40</i>
3.3 Fundamento	42
3.4 Natureza Jurídica	44
3.5 Procedimento	46
3.6 Aplicação segundo o código de processo civil de 1973	47
3.6.1 <i>Recursos</i>	<i>47</i>
3.6.1.1 Requisitos para a Incidência da Fungibilidade Recursal.....	50
3.6.1.2 Procedimento.....	57
3.6.2 <i>Medidas de Urgência</i>	<i>58</i>
3.6.2.1 Cautelares típicas e atípicas.....	60
3.6.3 <i>Ações Possessórias.....</i>	<i>63</i>
4 AS PERSPECTIVAS DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE.....	66
4.1 Fungibilidade e Flexibilização Procedimental	66

4.1.1	<i>Limites da Aplicação da Fungibilidade</i>	67
4.1.2	<i>Requisitos Para o Novo Alcance Do Princípio</i>	70
4.1.3	<i>Novas Hipóteses de Incidência da Fungibilidade Mencionadas pela Doutrina</i>	72
4.2	A Fungibilidade e o novo código de Processo Civil – lei 13.105/2015	73
5	CONCLUSÃO	79
	REFERÊNCIAS	82

PRIMEIRA PARTE – PREMISSAS CONCEITUAIS E METODOLÓGICAS

1 INTRODUÇÃO

1.1 Apresentação do Tema

Antes mesmo do Código de Processo Civil de 1939 passar a vigorar, o Princípio da Fungibilidade já era previsto pelo ordenamento jurídico brasileiro.

A existência do mencionado princípio, entretanto, era bastante restrita, aplicando-se tão somente à matéria processual, qual seja, recursos. Com a evolução legislativa, a aplicação da fungibilidade acabou por ser, ainda que de forma sucinta, ampliada. Assim, matérias processuais distintas começaram a receber a aplicação do princípio.

Entretanto, desde o seu surgimento, aqueles que operam o direito têm dúvidas acerca da aplicação do princípio da fungibilidade, tanto em virtude de imprecisões trazidas pelo texto legal, quanto em virtude da falta de clareza acerca adaptação da previsão legal ao fato concreto. Não obstante, tendo em vista a variedade de tratamentos conferidos à fungibilidade pela própria legislação, existem dúvidas até mesmo a respeito de sua definição.

Ainda assim, diante da necessidade de consciência acerca da instrumentalidade do processo e da flexibilização procedimental, com conseqüente minoração do exacerbado formalismo processual, o princípio da fungibilidade tem sido, de forma geral, explorado de forma ampla pela doutrina processualista.

Diante desta realidade, doutrinadores, como Wambier (2006), têm notado a necessidade de se atentar às benesses que podem decorrer da aplicação do princípio da fungibilidade no âmbito processual como um todo, o que tem demandado estudos como o que podemos encontrar no artigo publicado pela mencionada doutrinadora, denominado “O óbvio que não se vê: a nova forma do princípio da fungibilidade”.

E é justamente em virtude da percepção da necessidade de, cada vez mais, ver o processo por uma perspectiva mais instrumentalista e menos formalista, como um verdadeiro meio de se alcançar uma efetiva tutela jurisdicional, que além de doutrinadores, operadores do direito têm voltado o olhar para o princípio da fungibilidade.

A sociedade, como um todo, vive em constante mudança e, como não poderia deixar de ser, o âmbito jurídico a acompanha, muitas vezes numa marcha mais lenta e tantas outras de forma compulsória, mas com evidente necessidade de adaptação e transformação para não se mostrar falha em suas mais precípuas funções.

Teixeira (2009) nesse sentido, exalta a necessidade de constante aperfeiçoamento das regras processuais, a fim de se adaptarem às constantes mudanças da sociedade.

Diante dessa realidade, tendo em vista as inúmeras nuances sociais, resta evidente que não se fará Justiça se as especificidades do caso concreto tiverem sua solução obstada por uma suposta “inadequação” do procedimento.

E, também no sentido dessa constatação, Dinamarco (2009) destaca a necessidade de se enfrentar alguns temas em destaque no processo civil moderno, como a simplificação processual; a atuação do juiz ao amoldar a lei ao caso concreto, conforme as necessidades da daquilo que se mostra justo, bem como ao de valer-se de seus poderes, para garantir a materialização do quanto fora julgado.

Assim, diante da constatação da necessidade de se proporcionar um maior acesso ao Judiciário e uma maior amplitude dos meios na busca pela Justiça, a ciência processual tem se voltado ao estudo de princípios e mecanismos que se mostrem viabilizadores de tais necessidades.

Dentro dessa busca, então, insere-se a temática da fungibilidade, que torna possível o aproveitamento de um meio processual utilizado de forma equivocada, visando garantir a eficiência e efetividade do processo.

Diante desse contexto, o presente estudo visa abordar o princípio da fungibilidade como um mecanismo garantidor do fim social do processo, também verificando as dificuldades e incertezas que pairam sobre a aplicação de tal princípio, os casos que podem ser submetidos à jurisdição estatal e que se enquadram nas hipóteses permissivas de sua utilização e a própria forma de utilização.

Em virtude de tais dúvidas, fomentadas pela possibilidade de ampliação do acesso à justiça e redução do tão exacerbado formalismo que, tantas vezes, torna o processo um verdadeiro “fim em si mesmo”, os estudiosos e aplicadores do direito têm se voltado ao estudo de teorias sobre o conceito da fungibilidade e suas regras de aplicação, sempre observando as nuances do cenário brasileiro e a necessidade de constante evolução do direito e das portas de acesso à justiça.

Entretanto, ainda que a doutrina demonstre defender uma incidência mais ampla da fungibilidade, é possível constatar que não foram estabelecidas todas as balizas necessárias a essa ampliação, sendo certo que, cogitando-se um maior alcance do princípio, imprescindível se faz o estabelecimento de seus fundamentos e objetivos, bem como a análise das três hipóteses de aplicação pacificamente admitidas em nosso ordenamento.

Diante dessas análises, será possível verificar o quão útil a fungibilidade se mostra como instrumento de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, bem como os limites de sua aplicação, tendo em vista que sua inserção direta no âmbito do sistema processual, o que prevê a necessidade de harmonia com os demais preceitos processuais e constitucionais.

O presente estudo, portanto, visa analisar o princípio da fungibilidade como um meio de aproximação da função social do processo, buscando-se verificar se a doutrina recebe a fungibilidade como uma verdadeira forma de promoção do acesso à justiça, conquanto tal princípio se mostra como uma alternativa para amoldar as questões e técnicas processuais à realidade e necessidade do caso em concreto, promovendo uma justiça mais eficaz e efetiva.

Assim, a verificação de tais preceitos demandará a análise da doutrina nacional de direito processual civil, bem como da legislação processual concernente ao tema, sem esquecer do Novo Código de Processo Civil.

1.2 Premissas Metodológicas

A fim de tornar claros os objetivos do presente estudo, algumas premissas devem ser delimitadas.

A primeira premissa está relacionada à expressão que designa o fenômeno da fungibilidade. A “fungibilidade dos meios”, assim, vem sendo utilizado para estudar a fungibilidade pela perspectiva instrumentalista do processo. Não obstante, são feitas críticas a tal expressão, no sentido de que a fungibilidade não englobaria tão somente os “meios”, mas também hipótese como competência, procedimento, forma, situação fática descrita na causa de pedir, pedido, bem como a possibilidade de conversão de processos e, em determinadas situações, de procedimentos (TEIXEIRA, 2008).

Nesse contexto, os estudiosos do direito que defendem esta corrente entendem que a nomenclatura ideal a ser adotada seria “princípio da fungibilidade”, que colocaria a expressão em patamar de princípio geral do processo civil, aplicável, portanto, a um número ilimitado de hipóteses, operando um rol de possibilidades muito mais amplo do que a expressão “fungibilidade dos meios”.

Em que pese tal discussão, entendemos que grande parte da doutrina tem adotado a expressão “fungibilidade dos meios” como a mesma amplitude prevista para a expressão “princípio da fungibilidade”, o que demonstra, portanto, que “meios”, assim empregado, é termo que assume uma perspectiva generalista, que engloba todas as variantes mencionadas no parágrafo acima.

Ocorre, então, que o que carece de precisa definição é o alcance/fenômeno que o termo representa e não a adequação da nomenclatura adotada, não havendo motivo para se reprimir o uso desta ou daquela expressão, conquanto se tenha em mente o verdadeiro fenômeno que ela proporciona.

A segunda premissa a ser analisada se faz porque, embora tenhamos ciência da relevância da visão jurisprudencial sobre a fungibilidade, o presente trabalho tem por objetivo verificar o princípio da fungibilidade como um garantidor do fim social do processo, especialmente sob a ótica da legislação e do tratamento doutrinário a ele dado, sendo certo que a fungibilidade, em si, é abordada com grande diversidade pelos mais diversos tribunais do país, o que demandaria um trabalho próprio.

A terceira premissa a ser admitida é a de que o presente trabalho não tem por objetivo exaurir o rol de hipóteses de aplicação do princípio da fungibilidade, mas identificar quais são os critérios que permitem e delimitam sua aplicação, verificando o crescimento do princípio da fungibilidade como um meio processual de reduzir formalidades e aumentar o acesso e a efetividade da justiça.

Diante de todas estas premissas e, tendo em mente que o presente trabalho foi desenvolvido com base em uma visão instrumentalista do processo, verificamos que, reconhecido seu patamar de princípio geral do processo civil, o princípio da fungibilidade demanda o reconhecimento de sua força e o balizamento de sua aplicação, justamente a fim de permitir que a atuação judicial esteja apta a aplicar a fungibilidade, embora, para um determinado caso específico, falte previsão expressa em lei, sempre tendo em vista que o ordenamento jurídico é incapaz de positivizar todas as situações do plano material, mas que isso não pode ser um impedimento à realização da justiça.

1.3 Objeto do estudo

Iniciaremos os estudos do presente trabalho pela análise das perspectivas metodológicas atuais do direito processual civil, objetivando delimitar o contexto no qual o mesmo está inserido.

Desta feita, será necessário abordar, ainda que sucintamente, temas como: a) *fases e metodologias do estudo do direito processual civil*, tendo em vista que a análise da evolução histórica do direito processual civil é necessária para a compreensão de seu atual estágio; b) *escopos do processo*, haja vista serem norteadores da atividade jurisdicional; c) *princípios da instrumentalidade do processo e instrumentalidade das formas*, que estão relacionados à

efetividade e à eficiência do processo, tendo por fundamento o acesso à ordem jurídica justa; d) *princípios da adequação do procedimento e da elasticidade processual*, que destacam a relevância de um procedimento que seja condizente com as especificidades da causa *sub judice*; e) *flexibilização procedimental*, como meio que permite a concretização da adequação do procedimento; e) por fim, *gerenciamento de processos*, que se constitui numa atividade cujo objetivo é proporcionar a eficiência da concessão da tutela jurisdicional.

O segundo capítulo, então, será destinado aos estudos dos contornos da própria fungibilidade, abordando-se aspectos relativos à sua *origem*, seu *conceito* e análises voltadas à imprescindível distinção entre o conceito material e processual, a fim de proporcionar a correta compreensão do instituto. Nesse mesmo passo, também abordaremos os problemas envolvidos na definição do instituto, identificando quais são seus *fundamentos*, sua *natureza jurídica* e seu *procedimento*, analisando formas de operação da fungibilidade.

Nesse mesmo capítulo abordaremos as três hipóteses para as quais, durante muito tempo em nosso ordenamento jurídico, admitiu-se a aplicação da fungibilidade. Na primeira delas, representada pelos *recursos*, a aplicação da fungibilidade tem origem em construções doutrinárias e jurisprudenciais; nas hipóteses representadas pelas *medidas de urgência* e pelas *ações possessórias*, a aplicação da fungibilidade decorre de expressa previsão legal. Quanto ao assunto, importante destacar que, em que pese ao consenso sobre a aplicação da fungibilidade nessas três hipóteses, continuam sendo necessários estudos e discussões acerca do modo pelo qual deve ser realizada tal aplicação, bem como a respeito de seus limites.

No terceiro capítulo, serão apresentadas, ainda que não de forma exaustiva, as teorias mais recentes sobre a fungibilidade, pelas quais parte mais moderna da doutrina tem proposto uma ampliação do alcance do princípio. Assim, apresentaremos aqueles que seriam os motivos justificadores da ampliação de seu campo de atuação, bem como aqueles que têm sido destacados como os novos *limites* e *requisitos* de sua aplicação.

Por fim, faremos algumas observações relativas a fungibilidade frente ao Novo Código de Processo Civil, bem como sobre a possível mudança de tratamento frente às novas teorias sobre o princípio da fungibilidade. Concluiremos realizando uma ponte entre o estudo realizado sobre os escopos processuais, a aplicação dos princípios da instrumentalidade do processo e instrumentalidade das formas, a aplicação da fungibilidade e a função social do processo.

2 ATUAIS PERSPECTIVAS E METODOLOGIAS DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

Este capítulo é dedicado ao estudo dos fins do processo, considerando que tão somente a sua compreensão permite que apuremos as formas de aplicação de regras e princípios processuais, como é o caso do princípio da fungibilidade, de maneira a garantir sempre o melhor aproveitamento de cada instituto.

2.1 Fases e Metodologias do estudo do direito Processual Civil

Para melhor compreender o estágio no qual se encontra a evolução do direito processual civil, precisamos observar três fases históricas que marcaram sua evolução.

Muitas foram as mudanças necessárias para que o processo civil chegasse ao ponto que conhecemos hoje.

Na primeira fase, chamada de “sincretismo processual”, o direito processual civil era considerado uma mera fração do direito processual privado, ou seja, não tinha qualquer autonomia (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2008).

Nesse momento histórico, não havia que se falar em uma ciência processual civil, mas tão somente num conjunto de regras empíricas sem qualquer observância de princípios, conceitos próprios ou métodos. Diante desta realidade, completamente distante da relação existente entre as partes do processo, bem como da necessidade de se proporcionar um contraditório entre elas, o processo acabava sendo vislumbrado, muitas vezes, como um mero procedimento, reconhecido como uma sucessão de atos ou uma forma de exercício de direitos.

Nessa fase, que perdurou desde o início do Direito Romano até meados do século XIX, o direito processual civil era, então, considerado um direito adjetivo, que nada mais é do que um conjunto de leis que determinam a forma por que se devem fazer valer os direitos.

Assim, no início do século XIX enfrentou-se uma evolução do campo do direito processual civil, na qual foram formulados conceitos e estruturas ordenadas, passando-se a visualizar o processo como um fim em si mesmo. Tal mudança perdurou até meados do século XX.

Este período ficou marcado, assim, pelo reconhecimento da autonomia do processo, tendo início com Oskar Von Bülow (1868), que foi responsável por identificar e destacar uma relação jurídica diferenciada entre “juiz – autor – réu”, completamente dispare

da relação puramente material litigiosa, tanto em virtude de seus sujeitos (uma vez que essa conta com um juiz), quanto por seu objeto (que visa a concessão de provimentos jurisdicionais) e seus pressupostos (que são reconhecidos como pressupostos naturalmente processuais) (DINAMARCO, 2009, p.19).

Todas essas ideias, organizadas, acabaram por fazer com que o direito processual civil passasse a ser visto como uma verdadeira ciência, passando a contar com seus próprios métodos (diferentes daqueles à frente do direito privado) e objetos materiais, agora consideradas categorias jurídico-processuais, como jurisdição, ação, defesa e processo.

Foi nesse momento histórico que estudiosos da Alemanha, Áustria e Itália desenvolveram inúmeras teorias acerca da matéria, inovando com ideias que se mostraram fundamentais para acarretar a criação de obras científicas e quantitativas reflexões processuais.

Assim, o direito processual civil passou a ser visto com autonomia ante o direito subjetivo substancial.

Durante esse período os processualistas perceberam que o processo não é um modo de exercício dos direitos (colocado no mesmo plano dos demais modos previstos pelo direito privado), mas o caminho para se obter uma proteção especial por meio do juiz, qual seja, a tutela jurisdicional. As normas do direito processual não têm por objeto os bens da vida (próprios do direito privado), e sim os fenômenos que ocorrem na vida do processo (jurisdição, ação, defesa e processo).

No entanto, esta fase restou criticada pela ausência de uma postura crítica, haja vista que o processo era estudado como um fim em si mesmo, não sendo realizados quaisquer questionamentos acerca de sua racionalidade, bem como finalidades e consequências para as partes envolvidas na relação jurídico-processual.

Nesse ponto da evolução processual, e no mesmo passo em que os constitucionalistas buscavam uma maior eficácia da Constituição Federal, os estudiosos do direito processual civil tomaram consciência da necessidade de voltar o processo à obtenção de resultados consideravelmente justos, deixando de lado o exagerado formalismo até então predominante, dando origem, então, à terceira fase histórica, qual seja, a do instrumentalismo processual, também conhecida como a fase teleológica do processo.

Diante desses estudos, que gastaram quase um século para efetivamente avançar em sua evolução, os aplicadores e estudiosos do direito processual civil constataram que, embora autônomo, o processo se trata de uma técnica voltada à pacificação social, não

podendo ter sua aplicação desvinculada da ética e de seus objetivos a serem alcançados tanto no plano social, quantos nos planos econômico e político.

Contatou-se, portanto, que o direito processual deve privilegiar, em especial, os resultados que serão obtidos pelos jurisdicionados com o processo, exaltando-se a instrumentalidade deste (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2008; BEDAQUE, 2011).

Podemos, dessa forma, verificar que a evolução dos estudos e do conceito do direito processual civil, especialmente em sintonia com a atual constitucionalização dos mais variados ramos do direito, passou a defender o estudo do direito processual a partir de uma premissa metodológica, qual seja, a do neoconstitucionalismo, com especial destaque dado à concretização material dos direitos fundamentais trazidos pela Constituição Federal. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2008).

Em virtude desse ponto de vista, mais constitucional e social, alguns estudiosos têm defendido a vivência de uma nova fase processual, a qual denominaram de “Neoprocessualismo”.

A constitucionalização dos direitos e garantias processuais, então, acaba por fazer com que o processo deixe de ter uma conotação eminentemente privada, de utilização exclusivamente individual, para passar a ser um instrumento à disposição do Estado na busca pela realização de justiça, ganhando um eminente valor social.

A preponderância do interesse público sobre o interesse privado, portanto, acabou por resultar na existência de uma considerável quantidade de princípios fundamentais que, atualmente, permeiam o ordenamento jurídico brasileiro, inclusive com positivação no próprio Código de Processo Civil.

O que precisa ser aprimorado, portanto, é a aplicação de tais princípios, de forma a alcançar melhor as partes da relação jurídico-processual, com resultados mais efetivos.

2.2 Escopos da Jurisdição

Diante desse novo e atual cenário, no qual o estudo do direito processual civil revela preocupações muito mais acentuadas com o excesso de formalismo (que acaba por distanciar o processo dos seus verdadeiros objetivos), tem-se afirmado que técnicas processuais devem ser exaltadas tão somente quando se mostrarem necessárias ao alcance das finalidades do processo 9 que, por sua vez, precisam estar definidas para balizar a atuação jurisdiciona (BEDAQUE, 2011, p. 71)

A jurisdição é uma função do Estado, que a exerce por intermédio de um dos seus poderes, qual seja, o poder judiciário.

O processo, por sua vez, trata-se de instrumento formal da jurisdição e se constitui no meio pelo qual o direito objetivo é expressado e materializado.

Assim, no sentido do que vem sendo abordado no presente trabalho, a atual fase de estudos do direito processual civil tem se mostrado repleta de doutrinadores e estudiosos do direito que enxergam o processo como um verdadeiro instrumento, do qual o Estado se vale, e que tem por objetivo alcançar os escopos da jurisdição.

Os escopos da jurisdição, por sua vez, são divididos em três categorias.

Os escopos sociais são aqueles pelos quais o processo se mostra um meio absolutamente relevante para a solução de conflitos já existentes ou que podem vir a existir na sociedade. Nestes casos, a atuação jurisdicional deve se voltar à composição das partes, objetivando a pacificação de forma justa e observando a maneira mais adequada ao direito objetivo, tendo como foco principal o bem social a que a lei se destina.

Como se sabe, todos os conviventes de uma sociedade são, constantemente, expostos a situações que acabam por se mostrar contrárias às suas vontades e interesses, o que pode acabar por acarretar um estado de insatisfação.

Consciente de tal situação, o Estado, através de suas atividades legislativa e jurídica, busca amenizar e eliminar as insatisfações decorrentes da vida em sociedade, o fazendo de forma a pacificar os conflitos (DINAMARCO, 2009).

Assim, os sujeitos envolvidos numa situação de conflito podem se submeter à atuação estatal, que analisará as peculiaridades de cada caso e proferirá uma decisão, a fim de proporcionar a paz social.

Tal decisão, ainda que se mostre desfavorável a uma das partes, não se constituirá num prejuízo à missão pacificadora Estatal, uma vez que, ainda que haja descontentamento com a solução do conflito, a tendência é de aceitá-la, justamente porque, já tendo sido utilizados os meios judiciais aplicáveis ao caso, dificilmente alcançar-se-á uma solução melhor.

E esse conformismo com tudo quanto restou decidido no processo será proporcional à participação das partes no processo, ou seja, quanto maior for o contraditório aplicado à relação jurídico-processual, maior a capacidade de resignação e mais legítima a decisão, até mesmo porque, o conformismo com uma determinada decisão judicial, ainda que desfavorável, pode ser menos desgastante do que a manutenção do próprio conflito. Alcança-se, assim, uma maior paz social (DINAMARCO, 2009).

Por fim, insta destacar que uma das principais características do escopo social é a educação proporcionada pelo Estado aos seus cidadãos, no sentido de que a adoção de atitudes ilícitas, violando o ordenamento jurídico, serão combatidas com o implemento de sanções. No mesmo passo, os titulares de direitos ameaçados ou lesados são ensinados acerca da possibilidade e, muitas vezes, necessidade de adoção de procedimentos que visam a tutela de seus interesses.

O escopo jurídico, por sua vez, é característica fundamental da jurisdição. Por este escopo, objetiva-se a obtenção, no caso concreto, dos mais precisos resultados preconizados pelo direito material. Em outras palavras, o objetivo, aqui, é alcançar, por intermédio do processo, o restabelecimento da ordem jurídica.

Nos termos do que defende Ovídio Batista Donizete (BAPTISTA DA SILVA, 2001, p.86), temos que a real essência da função jurisdicional não é o mero pronunciamento da sentença que resolve o litígio e que acaba por não ser nada mais do que uma mera atividade-meio, de caráter tão somente instrumental e que corresponde a realização do direito material que, segundo os preceitos e ensinamento do Estado, não poderia ser objeto de auto-realização da parte.

Assim, a verdadeira jurisdição está no fato de que, o Estado, para poder chegar à solução do litígio e concretizar o previsto pelo direito material, terá que proceder toda uma análise e verificar se realmente existe um direito a ser tutelado e se esse direito pertence efetivamente à parte que o alega e que busca a tutela jurisdicional para garanti-lo.

Diante dessa realidade, decorre situação inevitável, pela qual será concedida “ação”, no âmbito do direito processual, também àquele que não tenha direito, pretensão ou ação capaz de movimentar o judiciário

Conclui-se, assim, que o pronunciamento estatal é uma atividade-meio pela qual se resolve a necessidade de o Estado efetivamente averiguar qual (e se) alguma das partes envolvidas tem razão ou não naquilo que é alegado no processo.

O que tem se notado, na atual fase do processo civil, é que o excesso de valorização dessa atividade-meio está sendo, pouco a pouco, substituída pela valoração do fim a que ela serve, que hoje se enxerga como a permissão para que o Estado tutele quem tem direito ou, simplesmente, realize por intermédio do processo o direito material cuja auto-realização pela parte restou proibida.

Por fim, com relação aos escopos políticos, vale analisar estudos realizados por Dinamarco (2009). Segundo o doutrinador, os escopos políticos apresentam três

subcategorias, por intermédio das quais é realizada uma ligação entre as instituições estatais e os cidadãos: poder, liberdade e participação.

O poder, assim, está intimamente relacionado à aptidão que o Estado tem para decidir as questões de forma imperativa.

A liberdade, por sua vez, constitui-se justamente no valor que limita o poder estatal, garantindo a dignidade dos membros da sociedade, que apesar de se submeterem às regras do Estado, continuam tendo direitos irrefutáveis.

Por fim, a participação é o meio pelo qual o processo político se torna legítimo, justamente porque a atuação popular é requisito necessário para a afirmação de valores democráticos.

Assim, destaca o doutrinador:

São fundamentalmente três aspectos. Primeiro, afirmar a capacidade estatal de decidir imperativamente (poder), sem a qual ele mesmo se sustentaria, nem teria como cumprir os fins que o legitimam, nem haveria razão de ser para seu ordenamento jurídico, posição positivada do seu poder e dele próprio; segundo, concretizar o culto ao valor liberdade, com isso limitando e fazendo observar os contornos do poder e do seu exercício, para a dignidade dos indivíduos as quais ele se exerce; finalmente assegurar a participação dos cidadãos por si mesmo ou através de associações, nos destinos da sociedade política. Poder (autoridade) e liberdade são dois polos de um equilíbrio que mediante o exercício da jurisdição o Estado procura manter; participação é um valor democrático inalienável, para a legitimidade do processo político. Pois a missão jurisdicional tem a missão institucionalizada de promover a efetividade desses três valores fundamentais no Estado e na Democracia, para a estabilidade das instituições (DINAMARCO, 2009, p.168).

Portanto, é de se concluir que a jurisdição não tem apenas um escopo, mas pelo menos três deles. Considerar tão somente a existência de um escopo político, como alguns estudiosos fazem, é deixar de considerar a absoluta relevância das destinações social e política do exercício da jurisdição.

Em tal consciência, constata-se, como visto, a existência de escopos sociais (pacificação com justiça, educação), políticos (liberdade, participação, afirmação da autoridade do Estado e do seu ordenamento) e jurídico (atuação da vontade concreta do direito) (DINAMARCO, 2002, p. 387).

2.3 A instrumentalidade do processo e o acesso à justiça

Nos termos do que vem sendo abordado no presente trabalho, a principal atenção voltada ao direito processual, nos dias de hoje, destaca a questão do efetivo acesso à justiça.

É possível, portanto, alegar que o processo está numa fase de mudança de perspectivas, pela qual estão sendo gradativamente deixadas de lado aquelas que podem ser chamadas de “cientificista” ou “autonomista”, para ceder espaço à perspectiva instrumentalista do processo.

Por esse novo ângulo de observação, aceitação e aplicação do processo, ainda que, para alguns, persistente se mostre o apego pela aplicação da “técnica pela técnica”, tem-se verificado a real necessidade de promoção de justiça – ou seja, não se pode admitir que o excesso de forma ou técnica condene um inocente ou absolva um culpado, deixando de se atentar ao verdadeiro objetivo daquele processo, que é solucionar o conflito entre as partes, de forma justa e que promova a paz.

Quanto à matéria, Cappelletti e Garth (1988) destaca que essa perspectiva instrumentalista, para ser efetivamente condutora de um processo justo, demanda a superação de três ondas de acesso justiça.

Pela primeira onda de adaptação, faz-se necessário garantir aos jurisdicionados o mais amplo acesso à justiça possível, o que significa prever, em especial, o acesso também daqueles que não possuem condições financeiras, haja vista tratar-se o processo de um mecanismo caro. Assim, havendo consciência de que não se pode impedir que qualquer cidadão persiga seus direitos por falta de condições econômicas, deve-se buscar meios pelos quais o acesso à justiça se torne mais amplo e possível a todos. É o que decorre, por exemplo, da criação da Lei da Assistência Judiciária Gratuita e dos Juizados Especiais (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p.12).

A segunda onde é aquela que prevê a criação de institutos que, diante da consciência de que vivemos em uma sociedade de massa, objetivem a proteção de direitos difusos (assim considerados aqueles cujos titulares compõem uma pluralidade indeterminada de pessoas) e coletivos (cujos titulares são uma pluralidade de pessoas determinadas ou determináveis), como é o caso de instrumentos como a Ação Civil Pública, o Mandado de Segurança coletivo e a Ação Popular (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p.18).

Por fim, a última onda de adaptação a ser materializada é aquela que visa a efetiva satisfação dos sujeitos submetidos à tutela jurisdicional, mediante a criação de instrumentos que salientem cada vez mais a eficácia, a celeridade e a efetividade da justiça. Desta feita, reconhece-se que há a necessidade de modernização e aprimoramento do processo, para que ele possa apresentar soluções mais justas e adequadas àqueles que a ele se submetem (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p.25).

Assim, verifica-se que a transição absoluta para a perspectiva instrumentalista do processo depende da aplicação de todas as ondas renovatórias acima suscitadas, tendo como principal objetivo o afastamento, por total, de obstáculos que dificultem ou impeçam o acesso a justiça, sejam eles de origem econômica ou formal, promovendo um processo justo e efetivo.

Ao contrário do que pode ser equivocadamente entendido, a instrumentalidade do processo não se confunde com desobediência às leis, mas sim com a busca por um processo de efetividade e resultados. Nesse novo conceito processual, os princípios constitucionais são utilizados como ponto de partida, atentando-se especialmente ao princípio do devido processo legal e seu objetivo de proporcionar o acesso a uma ordem jurídica mais justa.

Diante desse cenário, e como já destacado no presente trabalho, estamos numa fase histórica denominada pela doutrina de “neoprocessualismo”, pelo qual o processo é pensado a partir dos princípios constitucionais, desapegando-se, gradativamente, da aplicação exclusiva do direito pelo ponto de vista estritamente técnico e observando que os fins da técnica, por sua vez, devem ser meios pelos quais se busca e se alcança a solução dos conflitos de cada caso em concreto.

Desta feita, destaca-se a íntima relação entre a instrumentalidade do processo e o princípio do devido processo legal, pela qual evita-se a ocorrência de situações inadmissíveis no curso processual.

O artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal dispõe que “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”, consagrando o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional ou o princípio do acesso à justiça, caracterizados como reflexo do devido processo legal.

É diante desse direito constitucionalmente garantido que o cidadão, frustrado em seu interesse, se vê apto a provocar o Poder Judiciário, retirando-o de sua inércia e dando início à relação jurídico-processual.

O que ocorre é que o Poder Judiciário está cada dia mais sufocado com a gigantesca quantidade de processos incessantemente ajuizados, o que acabou por gerar uma verdadeira crise em tal Poder.

E é justamente diante desse cenário que nos questionamos se “acesso à justiça” significa, tão somente, possibilitar o ajuizamento de um processo e aguardar, às vezes por décadas, que a solução do conflito seja dada por uma sentença de procedência ou improcedência.

A instrumentalidade do processo surge, então, para sugerir a efetividade das decisões, com base no princípio do devido processo legal, que carrega consigo uma função organizatória do direito processual e pressupõe que os procedimentos que culminarão com a satisfação do jurisdicionado deverão observar preceitos como pluralidade, reflexão, prospectividade e relatividade, resultando numa redução de seu formalismo. É nesse sentido que se posiciona Soares (2008, p.28,29).

E é justamente a busca pela ampliação e pela melhoria do acesso à Justiça que tem feito com que o processo seja visto sob um aspecto instrumentalista, que, por sua vez, pode ser visto sob dois “sub aspectos”, quais sejam, positivo e negativo (DINAMARCO, 2009).

O aspecto positivo da instrumentalidade processual está relacionado, justamente, com a preocupação que os processualistas têm tido sobre a garantia da efetividade do processo, bem como sobre sua capacidade de abarcar e atingir todos os seus escopos, sempre tendo em mente que o processo é um instrumento pelo qual se deve obter o maior acesso possível à ordem jurídica justa.

Assim, conforme dito no capítulo próprio, o processo já enfrentou algumas fases históricas sendo que, em uma delas, a grande preocupação dos operadores do direito era, tão somente, garantir que os cidadãos tivessem acesso aos órgãos jurisdicionais.

Com o passar do tempo, os estudiosos e aplicadores do direito começaram a perceber que somente a garantia de acesso aos órgãos jurisdicionais poderia acarretar, na verdade, maiores problemas de eficiência. Nesse momento histórico, passou-se a notar a necessidade de garantir, também, o adequado funcionamento do mecanismo jurisdicional, sem deixar de lado quaisquer de suas garantias (BEDAQUE, 2011, p.62).

Nesse contexto, ante a necessidade de remover obstáculos e implantar condições favoráveis à desejada realização integral do homem (e não somente o seu acesso aos órgãos judiciais), notou-se a necessidade de se deixar de ver o processo como um fim em si mesmo.

Nesse sentido, Cintra, Grinover e Dinamarco (2008) destaca que:

Falar da instrumentalidade nesse sentido positivo, pois, é alertar para a necessária efetividade do processo, ou seja, para a necessidade de ter-se um sistema processual capaz de servir de eficiente caminho à ‘ordem jurídica justa’. Para tanto, não só é preciso ter consciência dos objetivos a atingir, como também conhecer e saber superar os óbices econômicos e jurídicos que se antepõem ao livre acesso à justiça (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2008, p.47).

Por sua vez, o aspecto negativo da instrumentalidade processual se configura na negação da autossuficiência do processo, ou seja, passa-se a desprezar o excesso de formalismo e a ideia de que o processo é um fim em si mesmo.

Teixeira (2008), expondo sobre a matéria, destaca que afastar o excesso de formalismo não pode significar uma sobreposição aos escopos processuais, devendo-se ter em mente que a instrumentalidade também não pode ser utilizada de forma a se tolerar qualquer irregularidade formal que venha a ocorrer no processo.

Nesse contexto, também buscando garantir o devido processo legal, anteriormente mencionado, o estudioso destaca que valer-se de um sistema no qual se permite uma maior liberdade de formas não pode ser sinônimo de se permitir que o processo, ao invés de atingir com maior celeridade e efetividade os seus fins, vire um instrumento repleto de atos protelatórios de arbitrários.

Assim, Teixeira (2008) destaca a necessidade de se alcançar um equilíbrio entre a liberdade proporcionada pela chamada “instrumentalidade” do processo e o formalismo exacerbado que, por sua vez, acaba por privilegiar exageros formais e contrariar o atual posicionamento de que o processo deve se fazer um instrumento para a efetiva realização do direito material. O ideal seria, portanto, proceder à transgressão das formas apenas na medida em que estas não se mostrassem necessárias a garantia das partes ou à ordenação do processo (TEIXEIRA, 2008, p. 62 e 95).

Nesse diapasão, insta destacar que a existência e a exigência da aplicação de diversas regras processuais acabam por acarretar um desnecessário grau de complexidade e, muitas vezes, por distorcer o foco do processo, fazendo com que o mesmo recaia sobre discussões puramente formais e totalmente distantes do real objetivo das partes da demanda, que é o de solucionar o conflito.

Visando reduzir a incidência de tais situações, o ordenamento jurídico pátrio acabou por consagrar dois importantíssimos princípios, quais sejam, da instrumentalidade do processo e instrumentalidade das formas, com previsão em artigos como 154, 249, parágrafo 2º e 250, todos do Código de Processo Civil de 1973.

De acordo com o disposto pelo artigo 154 do Código de Processo Civil de 1973, os atos e termos processuais não demandam forma específica, com exceção das previsões expressamente trazidas pela Lei, pelas quais podem ser feitas exigências. Assim, o ato será válido desde que atinja suas finalidades e não acarrete prejuízo para qualquer um dos tutelados ou para o próprio sistema processual. Este artigo, portanto, traz com nitidez aquele que conhecemos como princípio da instrumentalidade das formas.

Bedaque (2011) destaca os artigos 249, parágrafo 2º e 250 como análogos:

Quando puder decidir do mérito a favor da parte a quem aproveite a declaração da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato, ou suprir-lhe a falta”; e “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 (BEDAQUE, 2011, p. 53).

E, em harmonia com o princípio da instrumentalidade das formas, o princípio objeto do presente trabalho, qual seja, o da fungibilidade, se mostra como uma verdadeira faceta da instrumentalidade (seja das formas, seja do processo), objetivando reduzir a ocorrência de discussões puramente formais, que afastam as partes da relação-jurídico processual de seu verdadeiro objetivo.

2.4 Os princípios da adequação e da elasticidade processual

O princípio da instrumentalidade das formas, em que pese transparecer a ideia, não se confunde com os princípios da adequação e elasticidade do procedimento. O primeiro, como se verá, versa sobre o aproveitamento dos atos, ainda que estes sejam praticados de forma diversa daquela previamente estabelecida em lei, desde que haja o alcance de seus objetivos sem prejuízos às partes ou ao processo. A adequação e elasticidade do procedimento são, por sua vez, procedimentalmente anteriores à realização do ato.

Quanto ao tema, a doutrina majoritária entende que o princípio da adequação do procedimento pode ser subdividido em dois segmentos.

O primeiro deles, o segmento legislativo, diz respeito ao ato de se criar normas adequadas às situações.

O segundo deles, o segmento jurisdicional, efetivamente denominado pela doutrina de “princípio da adaptabilidade procedimento” ou “princípio da elasticidade” ou da “adequação formal do processo”, prevê a possibilidade de o magistrado proceder a adaptação do procedimento às particularidades do caso concreto (DIDIER, 2011). Esse princípio se faz extremamente relevante porque, conforme será destacado em algumas oportunidades no presente trabalho, é simplesmente impossível que o legislador preveja todas as situações fáticas que podem ocorrer em uma sociedade, de forma que, se a adequação também não for prevista pelo legislador, deverá ser viabilizada pela atividade jurisdicional.

Os princípios da adequação e da elasticidade do procedimento também caminham lado a lado ao princípio do devido processo legal e objetivam uma maior efetividade do processo.

Marinoni (2013, p.75), observando os princípios em análise como ponte necessária ao alcance ao direito fundamental da efetividade, observou que:

A compreensão desse direito depende da adequação da técnica processual a partir das necessidades do direito material. Se a efetividade requer a adequação e adequação deve trazer a efetividade, o certo é que os dois conceitos podem ser decompostos para melhor explicar a necessidade de adequação da técnica às diferentes situações do direito substancial.

Não obstante, parte da doutrina tem adotado posicionamento no sentido de que a adequação do procedimento pode ser enfrentada por três diferentes aspectos.

O primeiro deles é voltado aos litigantes do processo, ou seja, especificamente às suas características. Um bom exemplo desse tipo de adequação é a obrigatoriedade na intervenção do Ministério Público nas ações que envolvam incapazes, nos termos do artigo 82, inciso I do Código de Processo Civil.

O segundo aspecto é o teleológico, pelo qual a adequação está intimamente relacionada ao objetivo do processo, ou seja, ao fim que se objetiva, que é diferenciado em se tratando de um processo de conhecimento ou um processo de execução, por exemplo.

Não obstante, Didier (2011, p.74) destaca que

Há adequação teleológica também quando o procedimento é adaptado aos valores preponderantes em cada caso”. O referido autor exemplifica com a adequação do procedimento dos Juizados Especiais aos valores da duração razoável do processo e efetividade, “que presidiram sua criação.

Por fim, o terceiro aspecto de adequação é o objetivo, pelo qual temos a adequação do procedimento em virtude do direito material abordado, da apresentação desse direito e da urgência na apreciação de tal direito.

A análise do princípio da adequação do procedimento, portanto, nos remete ao fato de que tal adaptação tem início já no processo legislativo, mas, em virtude da impossibilidade de se criar regras e procedimentos amoldados aos mais variados casos concretos, faz-se necessário valer-se da adaptabilidade do procedimento, permitindo que o magistrado analise o caso em concreto e atue de forma a promover uma adaptação do processo, suprimindo lacunas que somente podem ser identificadas no momento da apreciação de uma situação específica.

Diante desse contexto, em que pese a necessidade de respeito ao princípio do devido processo legal, pelo qual a previsão de um certo formalismo acaba por garantir a imparcialidade e estabilidade de um processo, também é necessário saber que o excesso de formalismo pode acabar engessando o procedimento e afastando o êxito casuístico, o que

demanda, efetivamente, a cautelosa observação dos detalhes de cada caso em concreto, bem como a verificação de possibilidade de adaptação do procedimento de forma a melhor amoldá-lo a uma determinada situação.

É nesse sentido que Gajardoni (2008) firmou posicionamento:

(...) a segurança e a previsibilidade do sistema são garantidas pelo conhecimento prévio das regras do jogo, e não pela rigidez do procedimento, eis que a flexibilização pode se dar com plena participação das partes, ainda que as regras não sejam cogentes e tampouco preestabelecidas. São requisitos para que se opere a flexibilização judicial do procedimento: (a) a finalidade (proteção ao direito material, à parte hipossuficiente ou à própria utilidade do procedimento); (b) o contraditório prévio; (iii) a motivação. Fora destas circunstâncias, o procedimento segue o regime legal padrão (GAJARDONI, 2008, p. 225).

Há também que se destacar que, quanto à aplicação desse princípio, parte da doutrina defende ser necessária uma expressa previsão legal e, até mesmo, expressa concordância das partes para que se concretize a adaptação do procedimento, a fim de se evitar que o juiz se mostre um verdadeiro árbitro, atuando com parcialidade.

Nesse sentido, podemos exemplificar algumas previsões legais que, expressamente, trazem a possibilidade de adequação do sistema: possibilidade de inversão do ônus da prova na causas de consumo; a possibilidade de conversão do procedimento sumário em ordinário em razão do valor da causa ou da complexidade da prova (artigo 277, parágrafos 4º e 5º do CPC/73); o julgamento antecipado da lide (artigo 330 do CPC/73); a determinação ou não de audiência preliminar (artigo 331 do CPC/73); a adequação do processo em jurisdição voluntária (artigo 1109 do CPC/73), as mutações ao agravo de instrumento (artigo 544, parágrafo 4º do CPC/73); as variantes procedimentais previstas na Lei de Ação Popular (Lei Federal no 4.717/65, artigos 7º e seguintes); a possibilidade de o relator da ação rescisória fixar prazo de resposta (artigo 491 do CPC/73), entre outros.

Estes instrumentos legislativos, como se nota, apresentam verdadeiro intuito de proporcionar a universalização do processo, ou seja, de permitir que todo e qualquer direito seja passível de reconhecimento e aplicação através do processo (DINAMARCO, 2009, p. 324).

Em posicionamento contrário, outra parte da doutrina defende ser desnecessária a existência de previsão legal acerca da possibilidade de adequação do procedimento, afirmando que, por se tratar de um princípio constitucional, não haveria qualquer necessidade de específica e prévia autorização legislativa.

Por esse ponto de vista, portanto, considerando que princípios se sobrepõem às regras, a única necessidade é de que haja constante respeito aos demais princípios constitucionais, resguardando o processo de surpresas indesejáveis.

Em suma, o princípio da adequação processual permite que o magistrado, figura mais apta a verificar as necessidades de adaptação do procedimento especialmente ao caso sob análise, proceda de forma ponderada e balanceada, observando os demais princípios constitucionais e solucionando lacunas existentes pela impossibilidade de a legislação prever tantas variantes quanto aquelas que decorrem das relações em sociedade.

Assim, o que se nota é que torna possível ao processo o alcance de seus escopos demanda a manutenção de regras processuais em consonância com regras materiais, devendo ser, esta, uma preocupação inerente à atividade jurisdicional. Desta feita, se mostra essencial promover à adaptação das regras processuais às regras materiais, adaptando o que for útil e removendo o que for desnecessário.

Para que o processo possa atingir seus escopos, a manutenção do equilíbrio entre as regras do direito processual e as regras de direito material, de modo que esta deve ser uma preocupação intrínseca à atividade relativa ao sistema processual. Por isso é essencial promover a adaptação daquelas regras a estas, modificando o que for útil e eliminando o desnecessário.

O que se nota é que, na sociedade atual, não é mais cabível a figura de um juiz meramente aplicador da lei, visto que cada processo possui peculiaridades próprias que demandam atenção do magistrado, com a condução de um processo efetivo, que objetive dar às partes aquilo que elas estão buscando.

É justamente essa a razão pela qual os princípios da adaptabilidade e da elasticidade do procedimento têm se mostrado cada dia mais relevantes, acompanhando essa fase do “neoprocessualismo”, atendendo às necessidades decorrentes das nuances sociais e dos anseios das partes da relação jurídico processual.

No mais, destaca-se que os princípios sob análise objetivam garantir a isonomia, garantia constitucional prevista pelo artigo 5º, *caput* da Constituição Federal, também buscando conferir uma maior celeridade ao direito processual para o alcance de seus escopos (OLIVEIRA, 2010, p. 160-161).

Por fim, imperioso salientar que, a respeito dos limites relativos à aplicação dos princípios da adequação e da elasticidade processual, Bedaque (2010, p. 63) destaca que devem ser observados o contraditório e a não ocorrência de prejuízo a qualquer das partes.

2.5 Flexibilização Procedimental

A flexibilização procedimental tem se mostrado um fenômeno intimamente ligado ao princípio da elasticidade processual, uma vez que, como se pode perceber, não há que se falar em “elasticidade” sem se falar na possibilidade de flexibilizar.

Em que pese o ingresso do ordenamento jurídico brasileiro em uma nova fase processual, que temos tratado no presente trabalho e vem sendo denominada de “neoprocessualismo”, o aparato normativo processual brasileiro ainda se apresenta com certa rigidez, sem permitir grandes intervenções na sequência dos atos e das formas processuais, configurando uma oposição entre o sistema da legalidade das formas e o sistema de liberdade das formas processuais.

No modelo da civil law, adotado em nosso país, a forma apresenta três importantes funções, quais sejam: proporcionar ordem social, através do regramento de condutas humanas; possibilitar a previsibilidade legislativa, trazendo previsões abstratas e gerais condutoras das relações sociais; garantir a isonomia de tratamento entre todos os participantes da relação jurídica processual, afastando arbítrios e preferência dos agentes público face aos particulares.

Esse é, por exemplo, o entendimento que pode ser verificado na obra de Cabral (2009), na qual são destacadas justamente as três supra mencionadas funcionalidades da forma.

Nos termos do quanto já foi abordado no presente trabalho, houve um momento histórico da evolução processual no qual o processo passou a ser visto como um fim em si mesmo, havendo uma sobrevalorização das formas e um afastamento do real objetivo das partes envolvidas na relação jurídica. Os operadores do direito, neste momento, não viam o processo com sua real finalidade, qual seja, a de servir o direito material para proporcionar uma efetiva e adequada entrega da prestação jurisdicional (AMENDOEIRA JUNIOR, 2008).

Diante desse cenário, passou-se a perceber que aquela segurança jurídica, antes vista como uma justificativa para um procedimento mais estático, precisava ser observada por um ângulo finalístico e não como “meio e fim” do processo.

Foi então que passou-se a verificar que o emprego de exacerbada rigidez das formas como justificativa para alcance de uma tutela jurisdicional adequada acabava, na verdade, por travar o andamento processual e ensejar discussões que eram pouquíssimo relevantes às partes. Assim, pouco a pouco, passou-se a admitir a disponibilização de um procedimento menos previsível, bem como a desconsideração de alguns vícios processuais

que não significassem um abalo à segurança da técnica utilizada mas que, ao mesmo tempo, não prejudicassem o alcance do resultado jurisdicionalmente efetivamente buscado pelas partes.

Assim, é possível verificar que, embora tenham sido inúmeras as reformas processuais ocorridas ao longo dos anos, especialmente com a entrada em vigor do Código de 1973, antes do fenômeno da flexibilização procedimental nenhum outro mecanismo que proporcionasse tamanha possibilidade de disposição procedimental havia sido efetivamente adotado, ainda que dependente de muita cautela do juízes.

A flexibilização, trata-se, portanto, de um fenômeno recente, que acompanha tendências processuais que vêm sendo adotadas em outros sistemas jurídicos mundiais, em especial os dos Estados Unidos, Inglaterra, França e Portugal.

Desta feita, muitos são os desafios que permeiam o instituto da flexibilização procedimental, embora este se mostre compatível com a função legitimante do procedimento, bem como com o devido processo constitucional, seja material ou formal, constituindo-se numa verdadeira técnica processual capaz de satisfazer às expectativas das partes da relação processual voltadas a uma tutela jurisdicional efetiva e tempestiva.

Gajardoni (2008) é um dos doutrinadores que, ao analisar o fenômeno da flexibilização, verifica a existência de quatro diferentes aspectos, sendo: *flexibilidade procedimental legal genérica*, *flexibilidade procedimental legal alternativa*, *flexibilidade procedimental judicial* e *flexibilidade procedimental voluntária*.

A *flexibilidade procedimental legal genérica* é vislumbrada pela existência de disposição legal que condene, de maneira genérica, poderes ao magistrado para que o mesmo adapte os procedimentos de acordo com as necessidades de cada caso em concreto. É o que se verifica, por exemplo, na previsão trazida pelo artigo 153 do Estatuto da Criança e do adolescente (Lei nº 8.069/90) e artigo 21 e parágrafo 1º da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/96).

Dentro do gênero *flexibilidade legal procedimental genérica*, está inserida a espécie *flexibilidade procedimental legal alternativa* que, por sua vez, torna possível ao magistrado, quando da análise de um caso concreto, escolher, entre alternativas previamente estabelecidas, aquela que mais lhe pareça condizente com a tutela daquele direito material em específico.

Entretanto, ao se valer da *flexibilização procedimental legal alternativa*, o juiz deve escolher entre um rol de opções previamente estabelecidas pelo legislador, diferentemente do que ocorre com a *flexibilização procedimental legal genérica*, na qual não

há esse rol específico. Essa é a tendência da flexibilização procedimental adotada como regra em nosso ordenamento jurídico.

São exemplos de *flexibilização procedimental legal alternativa* a conversão do procedimento sumário em ordinário (nos termos do artigo 277, parágrafos 4º e 5º do Código de Processo Civil), a facultativa da audiência preliminar (conforme artigo 331, parágrafo 3º do código de Processo Civil) e a inversão do ônus da prova (trazida pelo artigo 6º. Inciso VI do Código de Defesa do consumidor).

Já o modelo *de flexibilização procedimental judicial* prevê que compete ao juiz, em virtude da falta de existência de previsão legal a respeito, realizar a adequação sempre que tal atitude se mostrar necessária para que se proporcione uma tutela justa e eficiente.

Por fim, a *flexibilização procedimental voluntária* é o viés pelo qual as partes da relação processual, de comum acordo, verificando a necessidade ou possibilidade, determinariam as regras procedimentais a serem utilizadas para a condução do procedimento de resolução da lide. É o que se constata, portanto, na Lei de Arbitragem (Lei 9.037/96).

Diante do atual cenário, tanto de evolução do processo quanto de mudanças sociais, a doutrina predominante tem defendido a existência e aplicabilidade, em maior ou menor grau, das quatro espécies de flexibilização. Entretanto, o modelo que tem ganhado maior destaque e fomento é, justamente, o que concede ao juiz poderes para flexibilizar o procedimento de acordo com as peculiaridades e necessidades de cada caso em concreto.

Para tal incentivo, a doutrina aponta a aplicação teleológica do processo, afirmando que a ausência de um procedimento adequado ao caso em concreto não pode permitir que um jurisdicionado veja prejudicado o seu direito de acesso a uma ordem jurídica justa.

Nesse ponto é também importante destacar que a flexibilização acaba por potencializar o poder legitimante do procedimento, já que proporcionaria aos legitimados não apenas um conformismo quanto ao provimento final do processo, mas também pelo meio procedimental utilizado para alcançá-lo (GAJARDONI, 2008).

De qualquer forma, ainda que num primeiro momento a flexibilização pareça o bastante para sanar diversos problemas que acabam por surgir no iter processual, é imprescindível resguardar a segurança jurídica, garantindo a previsibilidade do sistema e a inocorrência de violação a quaisquer garantias processuais. Assim algumas condições se fazem necessárias para a prática da flexibilização procedimental.

Imperioso, portanto, que o fenômeno alcance uma finalidade específica: tornar o procedimento adequado à tutela eficaz do direito que está sendo reclamando, afastar

obstáculos decorrentes de formas irrelevantes ou, ainda, sob o aspecto subjetivo, proporcionar isonomia das partes ou atender a vontade conjunta destas.

Assim sendo, como é de se imaginar, ao flexibilizar o procedimento, não pode o julgador surpreender as partes e violar o contraditório: é imperioso que seja dada às partes oportunidade para que se manifestem, inclusive, a respeito da possível alteração, garantindo-se a total ciência acerca do procedimento, participação no processo de escolha e, até mesmo, possibilidade de recurso, com total influência na decisão final.

Não obstante, já observadas todas as condições acima expostas para que se torne possível a flexibilização, nos termos do artigo 93, inciso IX da Constituição Federal, deve haver motivação da decisão que modifica o procedimento, de forma a tornar viável o controle de eventuais arbitrariedades e desvios de finalidade. É o que entende, por exemplo, Fernando da Fonseca (2008).

Assim, é possível concluir que a flexibilização procedimental, desde que praticada em observância das condições acima elencadas, não acarreta insegurança jurídica e, muito menos, ofende o princípio do devido processo legal, haja vista que sua implementação deve observar o princípio do contraditório, respeitando os direitos de ação e defesa, mediante plena ciência das partes acerca da implementação de alterações no procedimento.

2.6 Gerenciamento de processos

Não obstante o quanto se tem trazido ao norte no presente estudo, a respeito do que simplificada e se chama de “acesso à justiça” e da relevância da efetividade processual, que representa o acesso dos jurisdicionados ao sistema de proteção estatal e ao próprio direito material, impossível deixar de notar a sobrecarga causada pelo incessante ajuizamento de demandas, que acaba por gerar deficiências ao bom andamento do mecanismo jurisdicional.

O que se percebe é que a “efetividade” está relacionada ao acesso dos cidadãos ao sistema Judiciário, enquanto a “eficiência” está relacionada à forma como esse sistema atua.

Diante dessa constatação, verifica-se que a concretização do verdadeiro acesso a uma ordem jurídica justa não se perfaz somente com a permissão de ajuizamento de demandas, mas também com um processo eficiente, que não demora um tempo demasiado para chegar ao fim e entregar às partes a solução do litígio. Logo, é imprescindível que efetividade e eficiência caminhem juntas (BEDAQUE, 2011).

Nesse sentido, Silva (2010) destaca que a mesma insegurança que permeia a falta de processo, é aquela que paira sobre um processo que nunca chega ao fim.

Nesse diapasão, sendo o processo um instrumento, deve o mesmo ser ajustado de forma a melhor proporcionar o resultado almejado pelas partes. Por tal razão, a razoável duração do processo se mostra como condição inafastável para o acesso a uma ordem jurídica verdadeiramente justa, vez que “justiça tardia não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”, nos termos do quanto já manifestou Barbosa (1997).

Com esta consciência, é possível perceber que a noção de gerenciamento de processos se mostra intimamente relacionada ao conceito de eficiência.

O conceito de gerenciamento de processos, então, pode ser definido como o planejamento acerca da condução das demandas judiciais, tendo em vista o alcance da solução mais adequada ao conflito sob análise, no menor tempo e com os menores custos possíveis.

Diante desse conceito, podemos perceber que, em virtude da evolução processual, bem como das mudanças sociais, o papel do juiz passou a demandar, cada vez mais, o gerenciamento dos processos sob sua análise, mediante otimização dos instrumentos disponibilizados em lei, flexibilização do procedimento a fim de adequá-lo às especificidades do caso concreto, dispensa dos excessos de forma, busca de maneiras alternativas para solução dos conflitos, estabelecimento de cronogramas e concentração dos atos processuais e tantas outras práticas que visam a efetividade e eficiência dos casos submetidos à jurisdição estatal (SILVA, 2010).

Assim, gerenciar processos também significa amenizar os efeitos do formalismo e combater o processualismo exacerbado, permitindo que questões substanciais sejam sobrepostas a questões formais.

Percebe-se, então, que o que altera a eficiência proporcionada a um determinado processo é, justamente, o gerenciamento que a ele é dado, sendo certo que os resultados alcançados em decorrência da aplicação de um procedimento que observa as especificidades de cada caso em concreto (tendo em mente o tempo que cada processo pode demorar para que se obtenha uma decisão que proporcione a paz social), revelam a importância da dinâmica procedimental judicial planejada.

Nesse ponto, verifica-se a fungibilidade como um verdadeiro meio de gerenciamento processual, tendo em vista que a mesma possibilita a flexibilização do procedimento e a redução do tempo de tramitação do processo, impedindo que o instrumento processual equivocadamente utilizado seja rejeitado e se faça necessária outra propositura, agora do instrumento considerado adequado.

Diante dessa análise, a doutrina majoritária tem recebido o princípio da fungibilidade como uma ponte de acesso à ordem jurídica justa, haja vista possibilitar uma melhora tanto da efetividade quanto da eficiência do sistema Judiciário.

Outrossim, como afirma Eduardo de Avelar Lamy, a fungibilidade é “um símbolo de otimização operativa da formalidade processual” (SILVA, 2010)

Desta feita, como será abordado nos próximos capítulos, a doutrina entende que a fungibilidade pode corroborar para o acesso à ordem jurídica justa, enquanto princípio que possibilita tanto a melhora da efetividade do sistema, como de sua eficiência.

SEGUNDA PARTE – O PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE

3 A FUNGIBILIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

3.1 Origens

Estudiosos do direito processual brasileiro, defendem a ideia de que a origem da fungibilidade está no direito alemão, dividindo-se em duas teorias.

Pela teoria subjetiva, o recorrente perderia o direito recursal caso interpusesse o recurso que seria adequado ao tipo de decisão cabível para determinado momento processual, mas que não fora proferida na modalidade correta, ou seja, como exemplo podemos citar situação na qual seria o caso de o juiz proferir uma decisão interlocutória, mas profere sentença e, ainda assim, a parte agrava.

Já a teoria objetiva considerava não haver perda do direito recursal em virtude do erro praticado pelo juiz: se a parte interpusesse o recurso cabível àquele momento processual, o mesmo seria recebido e aproveitado.

Não obstante, os estudiosos do processo destacam que antes da previsão alemã já havia, no direito romano, um mecanismo utilizado para amenizar ou, até mesmo, afastar a ideia de prejuízo, trazido pelo Digesto XLIX, I,1, §3º.

Tal mecanismo, portanto, previa uma regra de aproveitamento de recurso em caso de erro na competência recursal. Assim, não havia prejuízo à parte que, interpondo sua apelação, a endereçasse para juiz hierarquicamente igual ou superior àquele que, efetivamente, deveria recebê-la. Assim, lógico concluir que o aproveitamento só ocorria quando não havia o endereçamento da apelação para juízo *a quo* àquele competente (NERY JUNIOR, 1997, p.142).

Muitas foram as críticas feitas às duas teorias, afirmando-se que não se haveria de admitir que o tutelado fosse prejudicado por um erro a que não deu causa ou que fosse cobrado de um conhecimento jurídico não expressado nem mesmo pelo próprio juiz, que proferiu o ato incorreto. Por isso, a doutrina concebeu o chamado *princípio do recurso*.

De qualquer forma, neste momento histórico não ocorria situação que, por essência, consideramos como fungibilidade, ou seja, a troca de um instrumento por outro (NERY JUNIOR, 1997, p.142).

É, portanto, essa a razão pela qual os estudiosos do direito não relacionam o surgimento da fungibilidade exatamente ao direito romano, mas sim ao direito alemão, vez

que este já contava com debates doutrinários acerca dos meios mais ou menos adequados para recorrer de um pronunciamento judicial equivocado, cuja forma não se mostrava compatível com o conteúdo da decisão.

De qualquer forma, muitas foram as críticas feitas tanto à teoria subjetiva quanto à teoria objetiva apresentadas no direito alemão, defendendo-se que as partes não poderiam ser prejudicadas por um erro judicial ao qual não deram causa, bem como que não poderia ser exigida uma demonstração de conhecimento jurídico além daquele detido pelo próprio juiz.

Assim, ambas as teorias acabaram sendo superadas com o surgimento do princípio do *recurso indiferente*, atualmente conhecido como “*princípio do maior favorecimento*”, pelo qual concluiu-se que o recurso interposto deveria ser recebido em qualquer das situações, ou seja, tanto na prevista pela teoria objetiva, quanto na prevista pela subjetiva, evitando-se prejuízo às partes, ou seja, mostra-se indiferente se o recurso interposto adotou a forma em face da sentença efetivamente proferida ou daquele que deveria ter sido proferida: ambos devem ser igualmente admitidos (NERY JUNIOR, 1997).

No direito português, por sua vez, a fungibilidade surgiu com a previsão trazida pelo artigo 205, parágrafos 1º e 3º do Decreto 21.287, de 26/05/1932, que introduziu ao Código de Processo Civil lusitano de 1876 a previsão pela qual o recurso de apelação ou revista interposto de forma equivocada pela parte deveria ser convertido pelo juiz para o recurso de agravo quando este se mostrasse mais adequado e, ao mesmo tempo, também deveria ocorrer a conversão do agravo equivocadamente utilizado em apelação ou recurso de revista quando estes se mostrassem mais adequados (NERY JUNIOR, 1997, p.111 e 112).

Essa regra foi incorporada pelo artigo 688 do Código de Processo Civil de 1939, passando a representar regra genérica, pela qual indicava-se que mesmo que a espécie recursal escolhida pela parte estivesse equivocada, não poderia o juiz indeferi-la indicando inadequação recursal.

Há que se destacar, outrossim, que antes de a fungibilidade ser prevista diretamente no Código de Processo Civil com incidência nacional, o instituto foi trazido por Códigos de Processo Civil Estaduais, como é o caso do Código de Processo Civil do Estado de Minas Gerais (Lei nº 830 de 7 de setembro de 1922), que dispunha em seu artigo 1.485, parágrafo único:

Art. 1.485 – É inadmissível o protesto de se conhecer do caso por apelação, si não fôr de agravo.

Parapho unico. Si, porém, a jurisprudencia do Tribunal da Relação fôr vacillante a respeito do recurso cabível, converter -se-á o julgamento em diligencia para a parte, si quizer, corrigir o erro da interposição e proseguir no processo do recurso competente, de accordo com os respectivos tramites.

A análise deste artigo, portanto, nos leva a concluir que se permitia ao recorrente, havendo dúvida objetiva na jurisprudência, alterar o tipo de recurso interposto para adequá-lo ao entendimento adotado por determinado Tribunal.

Não obstante, o Código de Processo Civil e Comercial do Ceará (Lei nº 1.952, de 30 de dezembro de 1921), através da revisão trazida pelo artigo 1.361, trazia à parte a possibilidade de substituir o recurso que havia sido erroneamente interposto pelo recurso adequado, desde que o fizesse dentro do prazo legal.

No mais, ainda que outros Estados brasileiros não apresentassem previsões expressas em seus Códigos, acerca da aplicação do princípio da fungibilidade, julgados regionais acabavam por suprir tal lacuna (NERY JUNIOR, 1997, p.111).

No mais, a fungibilidade encontrou espaço também no artigo 810 do Código de Processo Civil de 1939:

"Art. 810 - Salvo a hipótese de má-fé ou erro grosseiro, a parte não será prejudicada pela interposição de um recurso por outro, devendo os autos ser enviados à Câmara, ou Turma, a que competir o julgamento (BRASIL, 1939)."

A análise deste artigo, portanto, não leva à visualização de dois requisitos necessários à aplicação da fungibilidade, quais sejam, a ausência de má-fé da parte e a inocorrência de erro grosseiro (ou, na ocorrência do mesmo, a possibilidade de escusá-lo).

Tal artigo, contudo, foi suprimido do Código de Processo Civil de 1973, sendo que muitos estudiosos da área justificaram tal situação alegando que o sistema recursal então implantado era suficientemente simples para que qualquer erro fosse considerado grosseiro, mostrando-se desnecessária a manutenção do princípio.

Foi justamente esse o raciocínio indicado em um dos comentários feitos na exposição de motivos do Código de Processo Civil de 1973, elaborado pelo então Ministro da Justiça, Alfredo Busaid, que afirmou que o princípio da fungibilidade não havia atingido seus objetivos, já que era considerável a frequência com a qual o recursos acabavam sendo “erroneamente” interpostos e não conhecidos nos Tribunais e que o novo Código de Processo Civil era, sobremaneira, simplificador do sistema recursal, não se justificando dúvidas a respeito do recurso cabível em cada situação.

Ocorre que, como se verifica da leitura do artigo 810 do Código de Processo Civil de 1939, acima mencionado, a inocorrência de erro grosseiro não é o único requisito para aplicação do princípio da fungibilidade, sendo necessária também a verificação da existência, ou não, da má-fé da parte que, definida no artigo 17 do atual Código de Processo Civil:

Art. 17. Reputa-se litigante de má-fé aquele que:

I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;

II - alterar a verdade dos fatos;

III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;

IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;

V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;

VI - provocar incidentes manifestamente infundados;

VII- interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório." (Inciso acrescentado pela Lei nº 9.668, de 23.6.1998) (BRASIL, 1939).

O que se nota, portanto, é que embora sejam algumas as previsões legais acerca da configuração da má-fé da parte, o efetivo reconhecimento desta situação demanda uma verdadeira apreciação dos fatos e, assim, torna-se um requisito para aplicação do princípio da fungibilidade muito menos objetivo.

Por tal motivo, ainda que pudéssemos considerar que o sistema recursal trazido pelo Código de processo Civil de 1973 se mostrasse muito mais simplificado, sem grandes possibilidades de ocorrência de erro objetivo, não seria ideal impedir a incidência do princípio da fungibilidade, vez que este também depende da apreciação do requisito relacionado à má-fé da parte.

3.2 Conceito

Fungibiles é o termo latim que deu origem à palavra “fungibilidade”, cujo significado está atrelado à possibilidade de utilizar algo no lugar de outra coisa, ou seja, à capacidade de substituir sem que haja prejuízo.

Entretanto, o ordenamento jurídico brasileiro ainda não definiu com exatidão e de forma pacífica o conceito do termo, sendo certo que a expressão “fungibilidade” acaba, muitas vezes, sendo utilizada para denominar fenômenos jurídicos diversos.

Assim, apenas para demonstrar sua diversidade, mencionamos no presente trabalho alguns desses fenômenos, inclusive no âmbito do direito material, em que pese não ser o foco deste estudo.

3.2.1 A Fungibilidade no direito material

Dispõe o artigo 85 do Código Civil que: “Art. 85. São fungíveis os móveis que podem substituir-se por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade”.

Num primeiro momento, o que se pode concluir do mencionado artigo, responsável pela inserção da fungibilidade no âmbito do direito material, é que a fungibilidade se constitui numa característica de bens móveis absolutamente substituíveis. Ou seja, por exclusão, é possível compreender que os bens móveis que apresentem uma qualidade individual perante os demais, não sendo passíveis de substituição por qualquer outro, são considerados “infungíveis”. Nesse sentido, encontramos trabalhos desenvolvidos por estudiosos do processo Civil, como Diniz (2008).

Ocorre que, em que pese a previsão legal mencionar tão somente “bens móveis”, a fungibilidade de bem imóveis também tem sido admitida pela doutrina, como forma de reconhecimento da ampliação dos negócios imobiliários, nos quais o princípio parece ser de considerável valia.

Sobre essa possibilidade, Pereira (2007, p.427) menciona, como exemplo, a possibilidade de, na existência de um condomínio sobre um terreno, decidirem os proprietários partilhar o bem, sendo certo que até a lavratura do instrumento, cada um terá uma quantidade de lotes fungíveis, haja vista se mostrarem determináveis tão somente pelo gênero, qualidade e quantidade.

Não obstante, também existe em nosso ordenamento jurídico previsão acerca da aplicação da fungibilidade perante às obrigações de fazer relacionadas à prestação de um serviço:

“Art. 247. Incorre na obrigação de indenizar perdas e danos o devedor que recusar a prestação a ele só imposta, ou só por ele exequível”.

Assim, é de se concluir que serão consideradas fungíveis as prestações que se mostrarem passíveis de execução por pessoa que não seja o devedor, enquanto serão fungíveis aquelas que puderem ser executadas exclusivamente por ele (MONTEIRO, 2012, p.199).

A diferenciação entre bens ou prestações fungíveis e infungíveis se mostra relevante porque torna possível a distinção de contratos como mútuo (previsto no artigo 586 do Código Civil) e comodato (previsto no artigo 569 do Código Civil), que nada mais são do que contratos de empréstimo cuja diferença se baseia justamente em seus objetos (coisa fungível no mútuo e coisa infungível no comodato), bem como porque fixa o poder liberatório.

Nesse aspecto, Pereira (2007, p.428) exemplifica que a extinção de uma dívida para entrega de corpo certo só ocorrerá, deixando livre o devedor, com a entrega do objeto específico, enquanto que, sendo a dívida de gênero, a obrigação será satisfeita com a entrega de quaisquer unidades que se adequem aos critérios de qualidade e quantidade, podendo até mesmo ser realizada consignação em juízo diante de recusa do credor. O autor destaca, ainda, que a mesma linha de raciocínio é aplicável às obrigações de fazer, nos termos do artigo 313 do Código Civil, uma vez que o credor de coisa ou serviço infungível não pode ser obrigado a receber bem ou serviço diverso do acordo, ainda que mais valioso.

3.2.2 A Fungibilidade no direito processual

Assim como temos narrado neste trabalho, muito do direito processual civil que hoje conhecemos é decorrente do direito material.

Assim, o conceito de fungibilidade existente no âmbito do direito material também acabou balizando a construção do termo utilizado no âmbito processual, embora a fungibilidade processual tenha acabado por ganhar uma conotação de substituição e não de equivalência, como ocorre no direito material.

Entretanto, Lamy (2007, p.100) defende que a fungibilidade não apresenta um caráter substitutivo, mas sim de tolerância, de aproveitamento de atos que se mostraram imperfeitos, aceitando-se a utilização de um meio processual em detrimento de outro, bem como a utilização do próprio meio considerado “incorreto”, desde que o mesmo se mostre capaz de acarretar os mesmos resultados e satisfazer as expectativas das partes, sem acarretar qualquer prejuízo.

Assim, a fungibilidade não deveria ser pensada tão somente como aceitação de um meio processual utilizado em substituição de outro, promovendo conversões, mas também como uma forma de aceitação e aproveitamento de um instrumento como se outro fosse.

Já Couto (2011, p.69), em sua obra “Direito Processual e a Administração Pública”, discorda do posicionamento acima mencionado, afirmando que, embora a fungibilidade no âmbito processual apresente uma natureza de “tolerância”, essa situação não significa que haja uma exclusão da natureza substitutiva, já que a tolerância é materializada, justamente, pela substituição. Em outras palavras, aceitar-se-ia a substituição do meio equivocadamente utilizado pelo meio correto ou, nas situações em que se mostrasse possível o processamento do próprio meio incorreto, tolerar-se-ia tal situação.

Em que pese as divergentes correntes doutrinárias, a fungibilidade pode ser definida como a possibilidade de conversão de uma medida processual em outra, aceitando-se aquela equivocadamente utilizada como se a adequada fosse, visando proteger a situação material apresentada nos autos.

Assim, diferentemente do que se pode constatar no direito material, no qual a fungibilidade é aplicada perante de institutos fungíveis, no âmbito processual sua aplicação ocorre diretamente em meios infungíveis.

Ou seja, exatamente por haver um meio processual específico para tutelar um direito material que acabou sobreposto pelo meio escolhido equivocadamente pela parte, o magistrado entende pela aplicação da fungibilidade e procede a conversão, a fim adequar o procedimento e não causar prejuízos às partes (como um processo lento, que não alcança seu fim, em virtude de um excesso de formalismo que só vale como um fim em si mesmo).

De qualquer forma, ainda que o juiz aceite o processamento do meio equivocadamente proposto, visando a economia e a efetividade processual, não se deve entender que o meio equivocadamente utilizado pela parte (e aceito, desde que não traga qualquer prejuízo às partes ou ao processo) é equivalente ao meio correto, uma vez que se assim fosse, ambos os meios seriam apropriados e não seria o caso de aplicação da fungibilidade.

Essa situação, pela qual o juiz se vê autorizado a converter o meio equivocadamente utilizado pela parte para o meio adequado, ou processá-lo da forma como foi proposto, se constitui num método de flexibilização procedimental.

Diante dessa análise, nota-se que a fungibilidade se mostra como exceção ao princípio da adstrição do juiz ao pedido da parte, previsto nos artigos 128 e 460 do Código de Processo Civil de 1973, pois permite ao juiz proceder à decisão da lide de forma diversa daquela indicada na petição inicial:

Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.

Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado (BRASIL, 1973).

Nos termos do quanto vem sendo abordado no presente trabalho, acerca da necessidade de um olhar mais voltado a uma finalidade processual de efetivação da tutela do direito material, a fungibilidade acaba se mostrando um meio de adaptação das regras do

direito processual civil à realidade social, flexibilizando o procedimento. É justamente nesse sentido que estudiosos da matéria, como Teixeira (2008), têm se posicionado.

Dessa constatação, decorre outra conclusão: visando promover uma tutela célere e efetiva, não devemos tomar como absolutos e independentes da situação material tutelada muitos princípios processuais, vez que tal posicionamento pode acabar por gerar um verdadeiro entrave ao alcance dos escopos processuais.

Apenas para que não reste qualquer dúvida a respeito, imperioso destacar que a nomenclatura equivocadamente atribuída a uma determinada medida, na qual se verifica pedido mediato e imediato bastante claros e adequados, não se confunde com um meio equivocadamente utilizado pela parte: o erro de nomenclatura é mero erro material que pode ser corrigido até mesmo de ofício pelo juiz, diante do princípio *mihi factum, dabo tibi ius*).

3.3 Fundamento

Conforme discutido em tópico próprio do presente trabalho, em um sistema processual baseado em escopos, só se deve priorizar a forma dos atos processuais caso, ao desrespeitá-la, o ato deixe de alcançar seu objetivo ou, ainda, acarrete prejuízo à parte ou ao próprio andamento processual. Nesse sistema, se mostra absolutamente relevante, a fim de determinar o limite da abrangência da fungibilidade, delimitar sua racionalidade, que nada mais é do que o fundamento que a enseja e legitima.

No ordenamento jurídico brasileiro, são três as hipóteses nas quais a aplicação da fungibilidade é aceita sem maiores divergências.

A fungibilidade recursal é a mais difundida das três hipóteses, sendo amplamente aceita pela doutrina e pela jurisprudência, em que pese não decorrer de previsão legal

As outras duas hipóteses são a da fungibilidade entre tutelas antecipadas e medidas cautelares e da fungibilidade entre ações possessórias. Essas, por sua vez, possuem expressa previsão legal, trazida pelos artigos 273, parágrafo 7º e 920 do Código de Processo Civil de 1973.

Assim, é possível concluir, pela análise do ordenamento jurídico, que cada uma dessas hipóteses (tutelas de urgências x medidas cautelares e ações possessórias) possui peculiaridades que levaram o legislador a compreender a necessidade de estabelecer e permitir a aplicação da fungibilidade. Já em relação a fungibilidade recursal, dúvidas doutrinárias e jurisprudenciais acerca da espécie recursal mais adequada para cada caso concreto foram as impulsionadoras da aceitação do princípio.

Nery Junior (1997), analisando a questão, defende que a incidência da fungibilidade no âmbito recursal se faz necessária para garantir que não haverá prejuízo às partes da relação jurídico processual em caso de interposição de recurso de adequação questionável, decorrente de imperfeições e impropriedades do próprio texto legal, bem como de possíveis divergência jurisprudenciais ou doutrinárias acerca do recurso mais adequado em determinada situação.

Já com relação à fungibilidade aplicável às tutelas de urgência e medidas cautelares, o que se pode notar é que, justamente pela essência de tais medidas (natureza protetiva da tutela) e pela urgência envolvida na situação (decorrente da presença do *periculum in mora*), entende-se ser necessário conceber a fungibilidade justamente para que, mesmo havendo inadequação do pedido liminar, seja possível a concessão da tutela da forma mais célere possível, evitando-se que o transcurso do tempo cause prejuízos irreversíveis à parte.

Não obstante, a fungibilidade entre medidas cautelares e tutelas de urgência também se justifica pela existência de zonas de incerteza acerca da modalidade de tutela de urgência mais adequada para um determinado caso em concreto, ou seja, se deve pleitear tutela cautelar ou antecipação dos efeitos da tutela. A dúvida existente em tais situações acaba gerando possibilidade de aplicação da fungibilidade (MEDINA, ARAÚJO, GAJARDONI, 2009).

Não obstante, em que pese as três hipóteses de incidência da fungibilidade acima citadas, a doutrina tem buscado estabelecer um ponto comum para a aplicação da fungibilidade, tanto para casos previstos em lei, quanto em situações que não se confundem com as acima mencionadas.

A doutrina tradicionalista tem defendido a ideia de que a parte não pode ser prejudicada pelo não recebimento de determinado instrumento processual sobre o qual pairam dúvidas doutrinárias ou jurisprudenciais acerca da adequação, há imprecisão legal ou equívoco do próprio ato judicial. Assim, a dúvida objetiva se constituiria numa escusa para a suposta inadequação.

Wambier (2006) adota esse posicionamento e questiona como poderia a parte ser obrigada a ter uma certeza acerca do caminho a ser adotado, em situação que nem mesmo estudiosos do processo e magistrados conseguiram definir com exatidão o instrumento adequado.

Não obstante, adotando um posicionamento ainda mais distante do formalismo exacerbado, a doutrina mais moderna acaba por destacar o princípio da instrumentalidade das

formas como uma verdadeira base para a aplicação da fungibilidade, defendendo uma ampliação de sua abrangência.

Gajardoni (2008), estudioso dessa corrente modernista, defende a ideia de que a fungibilidade encontra sua razão de ser na própria instrumentalidade das formas, objetivando proteger a boa-fé das partes envolvidas pela relação jurídico-processual, que podem vir a utilizar um determinado meio, acreditando ser o mais adequado ou útil quando, na realidade, não o é.

Bedaque (2010), acompanhando o posicionamento acima mencionada, destaca que a fungibilidade seria uma mera decorrência lógica do princípio da instrumentalidade das formas.

Assim, justamente nos termos do quanto fora abordado no capítulo anterior deste trabalho, a fungibilidade acaba por ser mostrar bastante próxima tanto do princípio da instrumentalidade das formas quanto da instrumentalidade do processo, prestigiando a efetividade e a eficiência do processo por intermédio da flexibilização das formas.

A fungibilidade, portanto, acaba evitando situações que poderiam se mostrar de extremo prejuízo à parte que escolheu o meio equivocado em determinada situação. A exemplo, poderíamos indicar a ocorrência de preclusão entre o indeferimento do meio equivocadamente interposto e a proposição do meio adequado, bem como a desistência da parte que, diante da necessidade do recolhimento de custas após o meio escolhido ter sido indeferido e se mostrar necessária a propositura de outro instrumento.

Assim, verificamos que com a aplicação da fungibilidade, etapas como o indeferimento do meio equivocadamente escolhido pela parte e a apresentação do meio mais adequado à situação acabam sendo puladas, conferindo-se maior celeridade ao processo, atendendo-se ao preceito Constitucional trazido pelo artigo 5º, inciso LXXVII da Constituição Federal, e também se aproximando de uma tutela mais efetiva e eficaz.

3.4 Natureza Jurídica

A compreensão do que é “fungibilidade” dependente da delimitação de seu conceito, uma vez que a distinção qualitativa entre princípios e regras acaba por determinar a prevalência sobre outras normas.

Diante dessa constatação, é possível dizer que se fungibilidade for considerada um princípio, não será tão somente “lex”, ou seja, uma regra jurídica de aplicação imediata, mas também “ratio legis”, desempenhando um papel interpretativo de tantas outras normas.

Entretanto, se considerarmos a fungibilidade como uma regra, sua aplicação estará restrita aos casos em que restar verificada sua validade (BONAVIDES, 2010, p.275-283).

Assim sendo, resta evidente que, para que se discuta os limites da aplicação da fungibilidade, mostra-se condição inafastável a definição da sua natureza jurídica, como forma de balizar as hipóteses de incidência do dispositivo.

Insta destacar, neste ponto, que a doutrina tem se voltado a receber a fungibilidade como um princípio implícito do sistema processual brasileiro, decorrente do próprio ordenamento jurídico.

Essa compreensão se justifica porque a expressa previsão em normas legais não se faz necessária para que a fungibilidade seja reconhecida como princípio, já que, não raramente, os princípios decorrem de forma natural do próprio ordenamento jurídico.

Lamy (2007), por sua vez, não concorda com a ideia de assumir como pressuposto da fungibilidade o seu caráter principiológico. O estudioso afirma que existem enunciados jurídicos responsáveis pela sua origem, relacionando a fungibilidade com os direitos fundamentais e a filosofia do direito.

Assim, o doutrinador defende ser preciso pensar numa teoria processual decorrente dos ditames constitucionais, baseada em fatores diversos dos institutos clássicos do direito processual. Nesse sentido, a prestação da tutela jurisdicional deveria se basear em direitos fundamentais, aperfeiçoando-se por intermédio de meios como a fungibilidade, que encontram embasamento justamente em direitos constitucionais fundamentais, como o direito à efetividade processual.

Por todos esses motivos, Lamy (2007) considera a fungibilidade um princípio que, aplicado em concomitância com as regras processuais, acaba por viabilizar a obtenção de melhores resultados práticos na atividade jurisdicional (alcançando o direito material posto sobre à tutela do Estado), destacando ser adequado à realidade forense verificar a necessidade social e buscar uma melhor aplicação do processo, interpretando a demanda de acordo com a Constituição Federal e demais regras ordenamento jurídico pátrio.

Ademais, doutrinadores como Teixeira (2008) entendem a fungibilidade como um princípio implícito, decorrente do princípio da instrumentalidade das formas, com total espaço para aplicação em nosso ordenamento jurídico, ainda que o artigo trazido pelo Código de Processo Civil de 1939, no qual havia expressa menção à incidência da fungibilidade, não tenha sido reproduzido no Código de Processo Civil de 1973.

O autor, então, no mesmo passo que Lamy (2007), defende que a origem da fungibilidade está em normas constitucionais, destacando que embora não haja expressa previsão na Constituição Federal, o princípio da fungibilidade seria uma decorrência lógica das garantias constitucionais do devido processo legal (artigo 5º, inciso LIV da Constituição Federal), da ampla defesa (artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal) e da inafastabilidade do controle jurisdicional (artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal).

A conclusão do doutrinador, portanto, seria no sentido de que a aplicação da fungibilidade se justificaria sempre que as formas não apresentassem uma “justificativa razoável”, como, por exemplo, a forma apresenta função preservativa de uma garantia constitucional (TEIXEIRA, 2008, p.95).

Essas garantias constitucionais, em conjunto com a interpretação de seus enunciados, portanto, justificam a existência do princípio da fungibilidade. Assim, se os princípios têm por objetivo proporcionar efetividade ao sistema e permitir a interpretação sistemática das normas processuais, sendo a fungibilidade um princípio, possui também a finalidade de guiar a interpretação das normas processuais sob a ótica da instrumentalidade, da efetividade e da eficiência processual.

Por fim, considerando a possibilidade de aplicação do princípio sob análise nas mais variadas matérias processuais, a fungibilidade se mostra presente na base do sistema processual.

3.5 Procedimento

Nos termos do que vem sendo destacado no presente trabalho, o princípio da fungibilidade acaba sendo aplicado em duas hipóteses, quais sejam, em virtude da utilização de um instrumento processual inadequado ou em virtude da utilização de um instrumento processual que não é o mais útil à determinada situação.

Assim, temos que no caso da utilização do instrumento processual inadequado, o juiz deverá, tendo em vista a economia e a efetividade processual, receber o próprio meio interposto pela parte como se o correto fosse. Entretanto, caso o processamento do meio escolhido pela parte não se mostre possível em virtude de suas peculiaridades, ou seja, em virtude de incompatibilidade procedimental, deverá o juiz proceder a conversão do meio interposto no meio que deveria ter sido utilizado, determinando que sejam tomadas todas as providências necessárias à realização e aperfeiçoamento da adequação.

Não obstante, no caso de utilização de instrumento menos útil, o juiz deverá recebê-lo e processá-lo como se fosse o meio processual mais útil, mas tão somente após a manifestação de concordância da parte que o propôs, haja vista ser possível que o meio tenha sido propositadamente escolhido, em virtude de algum interesse específico como, por exemplo, o ajuizamento pela parte detentora de um título executivo extrajudicial de uma ação de conhecimento comum ou de uma monitória, objetivando a obtenção de um título judicial, a fim de usufruir das prerrogativas a esse tipo de título conferidas pelo Código de Processo Civil. Como exemplo, é possível citar as medidas previstas no art. 461, §5º, das quais o credor não pode se valer caso a execução seja de título extrajudicial (GAJARDONI, 2008, p. 194).

3.6 Aplicação segundo o código de processo civil de 1973

Conforme destacado no capítulo anterior, são três as hipóteses nas quais a aplicação da fungibilidade foi, durante 20 anos, aceita em nosso ordenamento jurídico sem maiores questionamentos, quais sejam, recursos, medidas de urgência e ações possessórias.

A entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil, conforme abordagem que será realizada em tópico específico, não ocasionou grandes alterações nesse cenário, mas, como será visto, eliminou o objeto de debate com relação à aplicação da fungibilidade nas medidas de urgência e trouxe previsão legal específica de incidência do princípio em apenas três artigos, não restaurando a previsão existente no Código de Processo Civil de 1939. Desta feita, nas situações que não são as descritas nos três artigos mencionados, continuam sendo observadas as construções jurisprudenciais e doutrinárias sobre a matéria, respeitando-se com requisitos que passarão a ser analisados no presente tópico.

3.6.1 Recursos

Iniciando a análise das hipóteses de incidência da fungibilidade pelo âmbito recursal, constatamos que embora não haja no Código de Processo Civil de 1973 e nem mesmo no Novo Código de Processo Civil (lei 13.95/2015) expressa menção ao princípio da fungibilidade, como princípio geral, é pacífica entre os estudiosos e operadores do direito sua aplicabilidade no processo civil contemporâneo (NERY JUNIOR, 1997).

Efetivamente, o sistema processual trazido pelo Código de Processo Civil de 1939 era mais complexo e acabava por acarretar uma maior ocorrência de dúvidas acerca do

recurso mais adequado para cada ato decisório, sendo que o diploma legal de 1973 foi elaborado com as expectativas de simplificação do sistema.

Nesse cenário de 1939, sendo consideravelmente grande a diversidade de recursos previstos em Lei, cuja aplicação decorria de hipóteses taxativas, os jurisdicionados, estudiosos e aplicadores do direito acabavam por enfrentar a carência de uma organização lógica, vislumbrando hipóteses nos quais eram feitas referências a recursos distintos para hipóteses de cabimento bastante próximas, bem como referências a um mesmo tipo recursal para situações que não guardavam qualquer relação entre si.

Para tornar ainda mais complexa a atuação dos aplicadores do direito da época, não obstante a vasta gama recursal existente no próprio Código de Processo Civil de 1939, a legislação especial também previa espécies recursais. No entanto, não havia simetria entre tais previsões, o que também acabava por causar dúvidas de caráter tanto objetivo (ou seja, perante entendimentos doutrinários e jurisprudenciais), quanto subjetivo.

Não obstante, há de se destacar, também, que a natureza da tutela recursal possui características muito próprias, decorrentes da aplicação dos princípios da taxatividade e da unirrecorribilidade, pelos quais para cada caso específico, há apenas um recurso adequado (BUZAID, 1973).

Ademais, considerando que a interposição de recursos envolve prazos preclusivos, se torna ainda mais importante a escolha correta do instrumento a ser utilizado, vez que, transcorrido o prazo para que a parte recorra da decisão proferida, há perda tanto da possibilidade de interposição do instrumento, quanto do próprio direito que por intermédio do recurso seria discutido.

Portanto, justamente em virtude desse cenário complexo, entendeu o legislador do Código de Processo Civil de 1939 pela necessidade de previsão de um instituto que pudesse atenuar as dúvidas decorrentes da adequação recursal a cada caso.

Assim, foram dois os artigos dedicados a amenizar as dificuldades recursais enfrentadas pelas partes.

O primeiro deles, o artigo 809 do Código de Processo Civil de 1939, cuja redação era “a parte poderá variar de recurso dentro do prazo legal, não podendo, todavia, usar, ao mesmo tempo, de mais de um recurso”, concedia à parte a possibilidade de, entendendo ser necessário, alterar a espécie recursal adotada, desde que o fizesse dentro do prazo legal do primeiro recurso interposto e respeitasse o princípio da unirrecorribilidade, ou seja, abrisse mão de um recurso para se valer do outro.

Por sua vez, a segunda previsão legal estava contida no artigo 810 do Código de Processo Civil de 1939 e era expressa ao prever a fungibilidade, dispondo que “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”.

Desta feita, observamos que desde que restasse demonstrada a boa-fé da parte e inoportunidade erro grosseiro, era possível que o magistrado procedesse à admissão do recurso inadequadamente utilizado, como se o correto fosse.

A fungibilidade, assim, passou a ser vista pela doutrina como um considerável avanço, pelo qual estava sendo proporcionado um rompimento com a mentalidade excessivamente formalista que, até então, dominava a matéria recursal, e se mostrando como um viés moderno, pelo qual se ponderava muito mais a vontade das partes do que as formalidades processuais em si.

A doutrina, à época, diante da mentalidade formalista que predominava, recebeu a nora como um considerado avanço representativo de um moderno viés da diretriz processual, no qual há preponderância da vontade das partes sobre o exacerbado formalismo (LIMA, 1963).

Ocorre que, ao contrário do que possa parecer, a previsão da norma não acarretou uma amenização da cultura jurídica legalista-formalista que, não difícil perceber, se mantém presente até hoje no cenário jurídico brasileiro. À época, notava-se essa limitação porque, ao contrário do que previa a norma, muitos juízes dificultavam a aplicação da fungibilidade, sendo incomuns os casos nos quais se reconhecia que uma determinada situação ensejava, realmente, a aplicação do dispositivo (BUZAID, 1973).

Assim, diante desse cenário, os estudiosos e aplicadores do direito enfrentavam um ordenamento jurídico que previa, mas não aplicava. Por esse motivo, o legislador, ao elaborar o Código de Processo Civil de 1973, buscou simplificar e facilitar o manejo recursal, reduzindo tipos recursais e estabelecendo critérios finalísticos.

Nesse novo modelo, a apelação passou a ser o tipo recursal interponível contra sentenças, tanto definitivas quanto terminativas. O agravo, por sua vez, passou a ser cabível contra decisões interlocutórias, independentemente de seu conteúdo.

Foi justamente em virtude de todas essas alterações que o legislador entendeu pela supressão do artigo 810 do Código de Processo Civil de 1939: havendo uma simplificação do âmbito recursal no ordenamento jurídico pátrio, não parecia ser necessário manter uma

previsão legal que havia sido criada justamente para simplificar um sistema complexo que estava sendo posto de lado.

Entretanto, para contrariar as expectativas do legislador, o sistema recursal trazido pelo Código de Processo Civil de 1973 continuou apresentando incertezas acerca da adequação recursal, conforme destacou Wambier (2006):

A realidade logo se mostrou mais rica e mais complexa do que a imaginação do legislador e, embora mais raramente do que ocorria no sistema anterior, começaram efetivamente a surgir hipóteses em que havia realmente dúvidas, expressadas na doutrina e refletidas na jurisprudência discrepante, a respeito de qual seria o recurso adequado para esta ou aquela situação (WAMBIER, 2006).

O que acabou por acontecer, então, foi a constatação de que, embora os Tribunais negassem a aplicação da fungibilidade, situações de incertezas continuavam acontecendo, gerando um consenso acerca da imprescindibilidade do mecanismo.

Assim, os estudiosos e aplicadores do direito começaram a notar que não se poderia esperar que o legislador previsse todos os casos fáticos que pudessem ensejar a interposição de recursos, dispondo, com clareza, o tipo recursal adequado para cada um desses casos.

Diante dessa constatação, a fungibilidade passou a ser admitida, com sua aplicação condicionada à verificação de requisitos já previstos no Código de Processo Civil de 1939, que passamos a analisar.

3.6.1.1 Requisitos para a Incidência da Fungibilidade Recursal

O Código de Processo Civil de 1939, ao prever a possibilidade de aplicação da fungibilidade, também trouxe ao conhecimento dos estudiosos e aplicadores do direito os dois requisitos então considerados imprescindíveis à aplicação do instituto, quais sejam, a “boa-fé” e o “erro grosseiro”, cuja natureza jurídica foi objetivo de inúmeros debates, acarretando a concepção de outros requisitos também aplicáveis ao instituto.

Assim, diante da ausência de previsão legal expressa no Código de Processo Civil de 1973 acerca da fungibilidade, houve uma acentuação ainda maior dessas discussões, o que, de certa forma, abriu espaço para o instituto e acabou por balizar sua aplicação, de forma a suprir a lacuna da Lei.

Passemos, então, à análise desses requisitos e sua pertinência com a legislação atual.

✓ Boa-fé

O Código de Processo Civil de 1939 apresentava como pressuposto negativo para a aplicação da fungibilidade a existência de má-fé.

Nesse sentido, o objetivo da parte deveria ser o da reapreciação da matéria pelo Poder Judiciário sem que, para tanto, a interposição de recurso estivesse galgada no dolo de alcançar qualquer outro benefício pela escolha de determinado tipo recursal que não a oportunidade de ver a decisão que lhe causou inconformismo ser reapreciada.

Nesse contexto, a má-fé se configuraria na consciência do recorrente de que o recurso por ele escolhido não é o recurso adequado àquela situação. Assim, a ciência de que a espécie recursal escolhida infringe a Lei faz com que o recorrente esteja praticando ato violador, configurando a má-fé (CRUZ, 1957).

Entretanto, a má-fé é um elemento de difícil comprovação prática, já que tem caráter subjetivo e está intimamente relacionada à manifestação de vontade da parte.

Para auxiliar na verificação de ocorrência de má-fé da parte, Pontes de Miranda (1960), ainda na vigência do Código de Processo Civil de 1939, propôs a análise de algumas hipóteses que poderiam balizar a configuração do elemento. Tais hipóteses, contudo, foram propostas, como dito, num contexto jurídico-processual bastante diferente do que vivenciamos hoje, sendo que era necessário aos doutrinadores conceber um significado ao conceito jurídico indeterminado da boa-fé. Entretanto, há de se destacar que o doutrinador admitiu que, ainda que verificadas tais hipóteses, a ausência de boa-fé não pode ser presumida.

Desta feita, a má-fé poderia ser verificada pela análise das seguintes hipóteses: a) interposição de recurso cujo prazo fosse maior do que o prazo do recurso adequado; b) interposição de recurso cujo efeito devolutivo fosse mais amplo do que o do recurso adequado; c) interposição de recurso cujo processamento fosse mais demorado; d) interposição de recurso objetivando gerar divergência jurisprudencial (PONTES DE MIRANDA, 1960).

Ocorre que tais hipóteses começaram a ser questionadas, o que fazemos inclusive no presente trabalho, uma vez que, analisando as quatro situações a fundo, muitas vezes não se conclui pela má-fé, mas, sim, pela boa-fé da parte.

Assim, ao que parece, a utilização de um recurso com maior prazo não poderia ser considerada como um sinal de má-fé, já que indicaria, na realidade, que o recorrente está certo

de que a modalidade recursal escolhida é a mais adequada, haja vista que, se assim não fosse, não se valeria de todo o prazo e perderia a chance de corrigir o equívoco.

O mesmo raciocínio acaba se aplicando com relação à interposição de recurso com maior efeito devolutivo, vez que a parte certamente não deixaria de se valer do meio recursal cabível apenas por considerar que esse ou aquele meio tem maior ou menor efeito devolutivo: o que o recorrente pretende é ver o objeto de sua insatisfação ser efetivamente reapreciado e revertido, não sendo relevante o grau de devolução do recurso, mas sim a sua adequação (no caso, capacidade) de proporcionar a reversão da decisão.

No mesmo sentido, não parece razoável considerar que a parte interporia o meio recursal menos adequado apenas por considera-lo mais célere, afinal, de que adiantaria a rapidez no julgamento, se as chances de reverter a condenação que lhe causou insatisfação seriam reduzidas ou, até mesmo, extintas?

Por fim, analisando a última das hipóteses, podemos concluir que, se o meio recursal escolhido pela parte tem o condão de acarretar uma divergência jurisprudencial, a situação enfrentada pela parte seria a de dúvida objetiva, restando afastada a imputação de má-fé.

Diante de todas as discussões que se fizeram em torno da configuração da má-fé e em virtude de sua difícil configuração, este requisito acabou caindo em desuso, até mesmo porque, na vigência do Código de Processo Civil de 1939, era improvável verificar sua aplicação.

Atualmente, após inúmeras mudanças ocorridas em nosso ordenamento jurídico, doutrinadores como Nery Jr. (1997). Destacam que a inexistência de má-fé deixou de ser um requisito exigido para a aplicação da fungibilidade.

Desta feita, foram superadas as discussões acerca da boa-fé como requisito necessário à aplicação da fungibilidade recursal.

✓ Inexistência de erro grosseiro

O outro requisito trazido pelo Código de Processo Civil de 1939 para aplicação da fungibilidade recursal era a inexistência de erro grosseiro.

Ocorre que, não diferentemente do que se enfrentou com relação à conceituação de inexistência de má-fé, também foram várias as discussões acerca deste requisito e sua definição.

A doutrina, embora não tenha definido de forma precisa tal conceito, delimitou uma de suas vertentes, destacando que resta configurado erro grosseiro quando há interposição de recurso que contraria, de forma expressa, disposição legal.

Nery Jr (1997), sobre a matéria, destaca alguns exemplos de expressa contrariedade à disposição legal: a) agravar-se da sentença que indefere a petição inicial, pois o art. 296 fala textualmente “se o autor apelar da sentença de indeferimento da petição inicial...”; b) agravar-se da sentença que julga a ação de liquidação de sentença, pois o art. 520, que regula o recurso de apelação, estabelece que esse recurso será recebido no efeito somente devolutivo, quando “julgar a liquidação da sentença” (inciso III); c) agravar-se da sentença proferida no procedimento da interdição, já que o art. 1.184 dispõe que “a sentença de interdição produz efeito desde logo, embora sujeita à apelação...”; d) agravar-se da sentença que julga o pedido de assistência judiciária, por o art. 17 da Lei 1.060/50 alude expressamente a “sentença” e “apelação”.

Assim, as discussões acerca da verificação de inexistência de erro grosseiro acabaram por seguir um caminho de longa análise casuística, pela qual os estudiosos da matéria acabaram indicando inúmeras situações práticas que configurariam, ou não, erro grosseiro.

Ocorre que, em virtude da complexidade e subjetividade do termo, as inúmeras discussões para tentar definir o conceito de “erro grosseiro” fizeram com que a doutrina desenvolvesse um conceito negativo, ou seja, definisse quais as situações nas quais o erro cometido pela parte quando da escolha do meio recursal seria considerado escusável.

A elaboração desse conceito negativo acabou por gerar um novo requisito à aplicação da fungibilidade, intimamente relacionado à inocorrência do erro grosseiro, qual seja, a dúvida objetiva.

Assim, a doutrina concluiu que sempre que se estivesse diante de uma situação de dúvida objetiva, o erro grosseiro seria afastado.

✓ Dúvida Objetiva

Nos termos do quanto destacado, o requisito “dúvida objetiva” foi uma exigência criada pela doutrina para a aplicação da fungibilidade, decorrente da definição do que não seria “erro grosseiro”.

Diante dessa constatação, conclui-se que “dúvida objetiva” e “erro grosseiro” são duas facetas de um mesmo requisito.

A hipótese mais destacada como possível conceito de dúvida objetiva é a relevante divergência na doutrina e na jurisprudência acerca do recurso mais adequado à determinada situação.

Não obstante, há duas outras hipóteses que podem configurar o requisito da dúvida objetiva. A primeira delas, consiste na impropriedade ou obscuridade existente na lei, ou seja, na classificação equivocada dada pela lei a algum ato judicial. A segunda delas, por sua vez, consiste na ocorrência de erro no pronunciamento judicial.

O que se conclui a respeito dessas duas hipóteses, na realidade, é que se tratam de situações nas quais há ocorrência de erro escusável, ou seja, não grosseiro (NERY JUNIOR, 1997).

Como exemplo de impropriedades legais que podem vir a ser enfrentadas, é possível citar dois artigos do Código de Processo Civil de 1973. O primeiro deles, artigo 338, caput, nomeia a decisão que procede o saneamento do processo de “despacho saneador”. O segundo deles, artigo 930, parágrafo único, denomina “despacho” a decisão proferida em face do pedido liminar nas ações possessórias. O artigo 338, caput, apresenta correspondência no artigo 377 do Código de Processo Civil de 2015, enquanto o artigo 930, parágrafo único, foi substituído pelo artigo 564 e o termo “despacho” foi substituído por “decisão”.

Entretanto, alguns estudiosos da matéria afirmam que as hipóteses supramencionadas sequer se enquadrariam como dúvidas objetivas, já que haveria certeza que o recurso adequado seria o agravo (NERY JUNIOR, 1997).

A análise da obscuridade legal, por sua vez, pode ser exemplificada pelo artigo 718 do Código de Processo Civil de 1973, pela leitura do qual se constata ser denominado de “sentença” o ato judicial que permite o usufruto de imóvel ou empresa, no curso de uma execução. Diante dessa previsão legal, o recurso de tal provimento judicial pode ser realizado tanto pela utilização da apelação, quanto do agravo (NERY JUNIOR, 1997, p.117). A correspondência está no artigo 868, parágrafo 1º do Novo Código de Processo Civil.

Já com relação à ocorrência de divergências doutrinárias e jurisprudenciais, podemos destacar como exemplo a controvérsia existente sobre a natureza de decisão interlocutória ou de sentença, da decisão que exclui o litisconsorte do processo.

Como última análise sobre as hipóteses de configuração de dúvida objetiva, destaca-se não ser o erro no pronunciamento judicial tão relevante quanto às já demais, nos termos do disposto pelo artigo 154 do Código de Processo Civil, que prevê que “os atos e termos processuais não dependem de uma forma determinada senão quando a lei

expressamente exigir, reputando-se válidos os atos que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial”.

Nesse contexto, é possível notar que o diploma legal priorizou a finalidade do pronunciamento judicial em detrimento de sua forma. Assim, a parte deve observar o escopo do ato judicial para, então, escolher o meio recursal a ser utilizado. De qualquer forma, parece importante não perder de vista a ideia de que, ainda sob a égide desta previsão legal, o erro judicial pode gerar incertezas ao recorrente, acarretando a necessidade de aplicação da fungibilidade.

O que se conclui de todas as análises feitas acerca da dúvida objetiva, portanto, é que esta se configura como único requisito que pode ser concretamente exigido para a aplicação da fungibilidade, vez que os demais requisitos ou decorrem da dúvida objetiva, ou com ela se mostram incompatíveis.

Assim, como já destacado, a boa-fé deixou de ser um requisito exigido para a aplicação da fungibilidade. A inexistência de erro grosseiro, por sua vez, poderia ser verificada pela ocorrência de situação que gera incerteza acerca da espécie recursal adequada.

Não obstante, como destacado por boa parte da doutrina e já mencionado acima, a observância pela parte do menor prazo entre os recursos substituíveis acaba se mostrando inviável diante da existência de dúvida objetiva, conforme abordagem a ser realizada nos tópicos seguintes.

✓ Tempestividade

Além dos requisitos anteriormente destacados, muito já se discutiu acerca da observância do menor prazo entre os possíveis recursos a serem utilizados pela parte.

Assim, mesmo diante da ausência de previsão específica a respeito da matéria, os estudiosos e aplicadores do direito na vigência do Código de Processo Civil de 1939 defendiam a ideia de que, objetivando possibilitar a aplicação da fungibilidade, a parte deveria interpor o recurso dentro do prazo legalmente previsto para a espécie recursal adequada ou no prazo do recurso equivocado, desde que esse fosse menor.

Esse posicionamento adotado pela doutrina visava o estabelecimento de um critério objetivo para constatação da boa-fé, mencionada pelo artigo 810 do diploma legal então vigente. O fundamento utilizado para averiguação desse critério era que o fato de a parte ter se utilizado do menor prazo seria um indicativo de boa-fé, o que, como dito no item 3.6.1.1.1, não parece razoável.

Ainda nos dias de hoje, na vigência do Código de Processo Civil de 1973 e com a recente entrada do Código de Processo Civil de 2015 em vigor, tal entendimento subsiste, uma vez que há uma parte da doutrina que afirma que se opera a preclusão temporal quando findo o prazo do recurso competente, gerando impedimento à aplicação da fungibilidade.

Nesse sentido, Cruz (1957) defende que admitir o recurso cabível após o decurso de sua interposição acabaria por se constituir numa dilação de prazos ilegal.

De qual forma, interpretando a situação de acordo com a lógica trazida pelo atual sistema processual, grande parte dos doutrinadores acabou por adotar posicionamento diverso do acima mencionado.

Assim, considerando-se que a fungibilidade existe para que não se cause prejuízo à parte que está diante de uma situação de incerteza acerca do recurso mais adequado a ser utilizado, não haveria lógica, existindo dúvida objetiva, em suprimir o direito à interposição do recurso que lhe soa cabível, com devida fruição do prazo para ele previsto.

Nesse sentido, Nery Jr. (1997) Indaga: “Se o recorrente, convicto de que o recurso correto seria o de apelação, o interpõe no 15º dia, por que retirar-lhe o *direito* de assim proceder, subtraindo-lhe um terço do prazo, a pretexto de que o recurso correto seria o de agravo?”.

Isso porque, exigir da parte que se valha do menor prazo entre os possíveis recursos, se mostra expectativa incompatível com a dúvida sobre o recurso adequado, já que não é sensato se esperar que haja respeito ao prazo do recurso “próprio”, sendo que nem a doutrina e nem a jurisprudência têm certeza acerca do recurso correto.

Tal situação, portanto, exigiria que a parte conhecesse previamente o recurso entendido por determinado julgador como adequado para aquela situação para, então, ter ciência de qual prazo deveria respeitar no momento da interposição do recurso. Entretanto, por consequência óbvia, se a parte tivesse conhecimento acerca do recurso adotado como correto por determinado julgador, o interporia independentemente de suas dúvidas, objetivando vê-lo admitido.

Assim sendo, lembrando a teoria alemã mencionada no início do presente trabalho, inspiradora da criação da fungibilidade, não faria sentido adotar a tese de observação do menor prazo entre os possíveis recursos a serem interpostos, uma vez que, se assim fosse, haveria restrição do benefício conferido à parte, que não poderia se valer do prazo do recurso que acredita ser adequado, deixando de se efetivar o maior favor ao tutelado.

Nesse sentido, é possível dizer que, atualmente, a doutrina majoritária tem se posicionado no sentido de entender como irrelevante para aplicação da fungibilidade o qualquer critério relativo ao prazo recursal.

3.6.1.2 Procedimento

A fungibilidade, pelo aspecto procedimental, demanda a observação do juízo de admissibilidade dos recursos envolvidos na substituição, uma vez que o instituto será aplicado, caso se mostre necessário, pelo juízo que receber o meio recursal.

Assim, necessária se faz a análise de algumas situações.

A interposição de apelação permite que tanto o juízo *a quo* como o *ad quem* tenham competência para proceder a substituição.

Nesse contexto, se houver o recebimento de apelação por instância inferior como agravo de instrumento, deverá ser realizada a intimação do apelante para que proceda a adequação do recurso às exigências trazidas pelo artigo 524 e seguintes do Código de Processo Civil de 1973, com correspondência nos artigos 1.016 e seguintes do Novo Código de Processo Civil, para, então, proceder ao encaminhamento ao Tribunal.

Não obstante, no caso dessa mesma conversão ocorrer no próprio Tribunal, a única consequência prática será a de conhecimento da apelação como agravo, a ser determinada pelo relator do recurso ou pelo órgão colegiado.

Já a conversão de agravo de instrumento em apelação depende da aplicação da fungibilidade diretamente pelo Tribunal, haja vista que, nos termos do artigo 524 do Código de Processo Civil de 1973 e 1.016 do Novo Código de processo civil, o agravo de instrumento deve ser dirigido ao Tribunal competente.

Desta feita, caso a fungibilidade seja aplicada pelo próprio relator, deverá o recorrente ser intimado para encaminhar as peças que comporiam o agravo de instrumento ao juízo *a quo*, para que haja o processamento como apelação. Entretanto, caso a conversão seja realizada pelo órgão colegiado, não haverá necessidade de tomada de nenhuma providência, vez que neste estágio, todas as peças processuais, inclusive as contrarrazões do agravado, já farão parte dos autos recursais, se mostrando necessário, tão somente, o conhecimento do agravo como apelação (NERY JUNIOR, 1997).

Outro ponto de relevante observação decorre da previsão trazida pelo artigo 511 do Código de Processo Civil de 1973 e idêntica correspondência no artigo 1.007 do Novo Código de Processo Civil: Art. 511. No ato de interposição do recurso, o recorrente

comprovará, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, sob pena de deserção.

Assim, evidente que o julgador, ao aplicar a fungibilidade recursal e converter o recurso interposto em outro cujo preparo seja de maior valor, deverá abrir o prazo previsto pelo parágrafo 2º do artigo 511 do Código de Processo Civil de 1973 (e parágrafo 2º do artigo 1.016 do Código de Processo Civil), para que o recorrente proceda a devida complementação do valor do depósito recursal.

Não obstante, caso o valor recolhido quando da interposição recursal se mostre maior do que o necessário à admissibilidade do recurso convertido, caberá ao próprio recorrente o pleito de devolução da diferença.

3.6.2 *Medidas de Urgência*

Quanto à incidência da fungibilidade entre as medidas de urgência, destacamos que a análise do presente trabalho será realizada inicialmente pelos artigos do Código de Processo Civil de 1973 e as inúmeras discussões sobre a matéria realizadas durante sua vigência. Posteriormente, destacaremos as alterações decorrentes da entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015.

A fungibilidade aplicável às medidas de urgência era prevista no artigo 273, parágrafo §7º do Código de Processo Civil de 1973:

Art. 273, §7º. Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.

Essa previsão legal é responsável por conceder ao juiz o poder de deferimento da medida cautelar, ainda que o pleito tenha sido de tutela antecipada, desde que presentes os pressupostos da medida de urgência.

Como é cediço, são dois os pressupostos da medida cautelar. O primeiro deles, denominado *fumus boni iuris*, está relacionado à probabilidade de o pedido ser pautado num direito material, existente. O segundo deles, denominado *periculum in mora*, se refere ao risco que a demora na prestação jurisdicional pode oferecer, causando um dano grave ou de difícil reparação ao bem tutelado. No mais, embora não haja expressa previsão legal, a doutrina destaca a existência do *periculum in mora inverso*, que representa a ideia de possibilidade de reversão da medida judicial, a fim de se evitar que o demandado sofra grande prejuízo no caso de improcedência da demanda.

O que se nota, portanto, é que a expressa previsão legal acerca da possibilidade de aplicação da fungibilidade, trazida pelo mencionado artigo 273 do Código de Processo Civil de 1973, inserida no contexto das reformas processuais, destaca a preocupação do legislador em atender o verdadeiro fito do processo, qual seja, o de possibilitar o alcance do direito material, valorizando princípios como a instrumentalidade das formas e a efetividade do processo.

Nesse sentido, conforme já destacado no presente trabalho, o fundamento da fungibilidade aplicada às medidas sob análise está tanto na urgência envolvida na situação, quanto na mitigação de questões formais, em virtude da existência de zona cinzentas entre as tutelas, que acabam por gerar consideráveis dúvidas à parte que precisa ver seu direito garantido.

Quanto ao assunto, parece importante destacar que a aplicação da fungibilidade em virtude das mencionadas zonas cinzentas é, tão somente, uma justificativa à medida e não um requisito para sua aplicação, sendo que esta é possível ainda que haja erro do requerente. (TEIXEIRA, 2008; BEDAQUE, 2010).

Outrossim, também é preciso destacar que houve omissão da norma a partir do momento em que só se previu a aplicação da conversão da tutela antecipada em tutela cautelar, nada sendo disposto acerca da conversão contrária.

E, nesse ponto, apesar de num primeiro momento concluir-se como óbvia a aplicação da conversão da tutela cautelar em tutela antecipada, como se a ausência de tal previsão decorresse tão somente de um erro material, imperioso esclarecer que a doutrina brasileira não tem se mostrado uníssona acerca da aplicação da fungibilidade em tal situação.

De qualquer forma, muitos doutrinadores defendem a ideia de que a aplicação da fungibilidade às medidas de urgência deve, sim, ser considerada uma via de mão dupla, chegando a destacar, inclusive, que o duplo sentido da fungibilidade se mostra como uma garantia constitucional (GAJARDONI, 2008; ALVIM, 2011).

Assim, tem sido prevalente o posicionamento da aplicação da fungibilidade em ambos os sentidos, sob o argumento de que um equívoco formal não pode vir a prejudicar a parte e afastá-la de seu direito, sendo possível ao juiz conceder, *ex officio*, a tutela de urgência, desde que presentes os requisitos legais, muito embora a via eleita pela parte não tenha se mostrado a mais adequada.

Isso porque, embora o grau de densidade dos requisitos para concessão da tutela cautelar e da tutela antecipada seja diferente, os requisitos são, por si, iguais. Assim, embora haja uma maior dificuldade de se averiguar, na prática, a prova inequívoca da verossimilhança

das alegações, se comparada à verificação de existência do *fumus boni iuris*, é possível que essa situação seja comprovada nos autos, permitindo a conversão das medidas (ALVIM, 2011).

Nesse sentido, verifica-se que a única exigência que tem sido destacada pela doutrina para a aplicação da fungibilidade entre as medidas de urgência, no caso de deferimento do pedido cautelar como tutela antecipada, é a conversão do procedimento cautelar em processo de conhecimento, haja vista terem os pedidos antecipatórios natureza incidental (MEDINA, ARAÚJO, GAJARDONI, 2009).

Por fim, insta destacar que há duas espécies de tutela antecipada que não pressupõem a ocorrência do *periculum in mora*. Uma delas, prevista no artigo 273, inciso II do Código de Processo Civil de 1973, é denominada “tutela sanção” e é aplicada sempre que há abuso do direito de defesa da réu. A segunda delas, por sua vez, está prevista no artigo 273, parágrafo 6º, sempre que houver parcela incontroversa dos pedidos, sendo possível a concessão prévia do pedido não contestado, antes mesmo do julgamento do processo.

Tais hipóteses, portanto, não são expressamente previstas no parágrafo 7º do artigo 273 do Código de Processo Civil de 1973, justamente porque não se tratam de medidas de urgência e, assim, não guardam relação com as medidas cautelares.

3.6.2.1 Cautelares típicas e atípicas

Conforme tem sido destacado no presente trabalho, não é de toda recente a preocupação da doutrina com a instrumentalidade das formas e a efetividade do processo.

Na verdade, mesmo antes da Lei 10.444/2002, responsável pela introdução do artigo 273, parágrafo 7º ao Código de Processo Civil de 1973, já eram consideráveis os argumentos no sentido de tornar possível a aplicação da fungibilidade entre as tutelas antecipada e cautelar.

Para tanto, os artigos 798 e 805 do Código de Processo Civil de 1973 eram indicados como fundamento da ideia:

Art. 798. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.

Art. 805. A medida cautelar poderá ser substituída, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, pela prestação de caução ou outra garantia menos gravosa para o requerido, sempre que adequada e suficiente para evitar a lesão ou repará-la integralmente.

A leitura do artigo 805 do Código de Processo Civil de 1973, prevê a possibilidade de substituição de uma medida cautelar por caução. Assim, sempre que o dano puder ser evitado pela realização de uma caução, a medida cautelar não deve ser concedida *in natura*. A correspondência no Código de Processo Civil de 2015 é feita no artigo 297, parágrafo único, que dispõe que “A efetivação da tutela provisória observará as normas referentes ao cumprimento provisório da sentença, no que couber”.

Por sua vez, o artigo 798 do mesmo diploma legal, como se viu, é responsável por estabelecer o poder geral de cautela ao juiz, pelo qual se confia ao julgador, em inexistindo regra específica no sistema jurídico, o poder de conceder cautelares não previstas pelo legislador, desde que seja demonstrada urgência na situação. Vale destacar que a correspondência desse artigo está no dispositivo 297 do Novo Código de Processo Civil, que prevê a possibilidade de o juiz determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória.

O poder geral de cautela, por sua vez, apresenta fulcro constitucional, trazido pelo artigo 5º, XXXV: “Art. 5º, XXXV: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988).

Assim, conforme já destacado em alguns trechos do presente trabalho, é realmente impossível que o legislador preveja todas as situações potencialmente causadoras de lesão e, ao mesmo passo, estabeleça medidas cautelares correspondentes a cada uma delas. Por tal motivo, a ausência de previsão legal específica não pode se constituir num óbice ao acesso à Justiça, constitucionalmente previsto.

As cautelares concedidas através do poder geral de cautela são chamadas *cautelares inominadas* ou *atípicas* e representam possibilidade pela qual qualquer situação de risco passível de tutela jurisdicional, independente da existência, ou não, de previsão legal específica da situação.

Também nesse sentido, o artigo 799 do Código de Processo Civil de 1973, sem correspondência no novo diploma legal, prevê atos que poderão ser adotados pelo juiz, a fim de evitar o dano. No mais, imperioso destacar que o rol trazido pelo dispositivo legal é meramente exemplificativo, sendo possível ao julgador adotar medidas diversas daquelas ali previstas.

Outro ponto a ser destacado é que o poder geral de cautela é apontado como justificativa para a possibilidade de utilização do que se acredita ser a fungibilidade em relação às medidas cautelares típicas e atípicas.

São três as correntes existentes acerca dos limites aplicáveis ao poder geral de cautela.

Para a parte mais tradicional da doutrina, são dois os limites aplicáveis a tal poder. O primeiro deles se constitui num requisito negativo, pelo qual não é possível ao juiz conceder uma cautelar inominada no caso de existência de impeditivo legal expresso, como se verifica no artigo 1º da Lei 8.437/92, que dispõe não ser admitida medida cautelar quando não couber medida liminar em mandado de segurança. Pelo segundo limite, por sua vez, não será cabível a concessão de cautelar inominada quando, para determinada situação, houve cautelar específica legalmente prevista, com requisitos próprios que, necessariamente, deverão ser atendidos, uma vez que, segundo essa corrente, o poder geral de cautela concedido ao juiz é supletivo ao do legislador e não superior a ele.

A corrente doutrinária mais moderna, entretanto, considera o poder geral de cautela como um poder ilimitado, uma vez que decorre de preceito constitucional. Para esta corrente, não seria permitido ao legislador infraconstitucional estabelecer limites que a própria Constituição Federal deixou de estabelecer, bem como não seria sensato limitar o julgador diante da análise de matérias de urgência. Assim, sempre que presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, deveria o juiz, de acordo com esta corrente, gozar amplamente do poder geral de cautela e conceder a tutela de urgência.

Nesse ponto, importante salientar que, para os adeptos desse segmento, os requisitos trazidos pelas cautelares *típicas* ou *nominadas* são meramente exemplificativos, tornando possível a concessão de cautelares *típicas* ainda que não preenchidas as condições estabelecidas pelo legislador. No mais, há também aqueles que defendem a ideia de eliminação dos procedimentos cautelares específicos previstos pelo Código de Processo Civil, a fim de se aplicar tão somente a previsão legal genérica, trazida pelo artigo 798 do mencionado diploma legal.

Por fim, há uma terceira corrente, como dito, que considera que o único limite existente é aquele previsto em lei, ou seja, decorrente da expressa disposição legal. Assim, não poderia o julgador conceder uma cautelar inominada em situações nas quais a lei proíbe a concessão de liminar ou de tutela de urgência. Seria o caso, por exemplo, do artigo 7º, parágrafo 2º da Lei do Mandado de Segurança (Lei 12.016/09), que veda, em mandados de segurança, a concessão de liminares que tenham por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens oriundos do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza.

De qualquer forma, tudo indica que a segunda corrente é a que tem prevalecido em nosso atual ordenamento jurídico, de forma que, embora haja requisitos específicos para a concessão de algumas cautelares, o julgador teria sempre o poder para deferir a medida, ainda que sem o preenchimento dos mencionados requisitos, desde que presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, pois a vontade da lei seria inferior ao direito à cautela.

Nesse ponto, imperioso de faz destacar que, na realidade, a concessão de uma cautelar diversa daquela que fora requerida não constitui aplicação da fungibilidade, mas incidência do princípio *mihi factum, dabo tibi ius*, pelo qual o que se deve levar em conta é o pedido veiculado na ação e não o nome a ela conferido. Assim, em tais casos, há apenas um erro de nomenclatura do pedido, não havendo diversificação de sua essência.

De qualquer forma, conforme destacado no início do presente tópico, em que pese todo o histórico de discussões acerca da possibilidade de conversão entre cautelares típicas e atípicas, tal debate já não se faz mais necessário, uma vez o Código de Processo Civil de 2015 extinguiu a previsão legal das cautelares inominadas. Assim, pelo novo ordenamento jurídico processual civil, é suficiente que, para obter o deferimento da providência desejada, a parte comprove o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, nos termos do artigo 294 do novo diploma legal: “ Art. 294: A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência; Parágrafo único: A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental” (BRASIL, 2015).

Assim, o principal objeto das discussões realizadas durante a vigência do Código de Processo Civil de 1973 acabou sendo afastado pelo novo diploma legal. O que resta, agora, é aguardar e verificar, na prática, se novas questões irão surgir.

3.6.3 Ações Possessórias

As ações possessórias estão previstas no Livro IV do Código de Processo Civil de 1973 e possuem natureza de procedimento especial. Têm, por fito, o resguardo de uma situação fática, se voltando à proteção de objetos corpóreos e semi-corpóreos.

Destaca-se, outrossim, que a partir de 17 de março de 2016, as ações possessórias serão reguladas pelos artigos 544 e seguintes do Novo Código de Processo Civil. Todavia, poucas foram as inovações trazidas pela Lei 13.105/2015 no que diz respeito ao procedimento a ser seguido por estas ações, sendo que a grande alteração realizada na matéria é trazida pelo artigo 565 e diz respeito aos litígios coletivos pela posse do imóvel. Assim, as alterações legais não prejudicam a presente análise, pelo olhar da aplicação da fungibilidade.

Quanto ao tema, podemos destacar que o ordenamento jurídico brasileiro adotou a teoria objetiva da posse, desenvolvida Rudolf Von Ihering, segundo a qual o único elemento caracterizador da posse é o *corpus*. Assim, possuidor é aquele que possui a visibilidade do domínio e confere destinação econômica à coisa, independentemente de qualquer elemento volitivo. Nesse sentido é a previsão trazida pelo artigo 1.196 do Código Civil de 2002: “*considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade*”. A posse é, então, uma situação de fato, não de direito.

Outrossim, ressalta-se que a doutrina brasileira considerada excluídos do rol tutelado pelas ações possessórias os bens incorpóreos, como explicita o doutrinador Arruda Alvim, bem como o Superior Tribunal de Justiça, que decidiu ser “*inadmissível o interdito proibitório para a proteção do direito autoral*” (Súmula 228).

São três as espécies de ações possessórias: 1) a *reintegração da posse*, que é a ação cabível contra o esbulho possessório, ou seja, contra a situação na qual ocorre perda completa da posse; 2) a *manutenção de posse*, que é a ação cabível em hipóteses de turbação da posse, ou seja, situações nas quais ocorre uma perturbação no exercício da posse; 3) o *interdito proibitório*, que apresenta cabimento sempre que há ameaça ao exercício da posse, sendo, portanto, uma ação preventiva.

Ocorre que, como muito se discute e vivencia na prática, a diferenciação entre as situações de esbulho, turbação e ameaça pode se mostrar bastante difícil no dia-a-dia, enfrentando-se algumas zonas cinzentas.

Não obstante, por ser consideravelmente dinâmica, a relação possessória pode ser modificada até mesmo no curso processual. Cita-se como exemplo a situação de turbação da posse que enseja a propositura da demanda por intermédio de uma petição inicial de manutenção da posse mas, até o julgamento do processo, sendo ele provisório ou definitivo, acaba se transformando em uma situação de esbulho possessório e, portanto, enseja a tomada de outras medidas.

Ciente dessas nuances, o legislador brasileiro trouxe à tona a previsão do artigo 920 do Código de Processo Civil de 1973, que dispõe que “a propositura de uma ação possessória em vez de outra não obstará a que o juiz conheça do pedido e outorgue a proteção legal correspondente àquela, cujos requisitos estejam provados”. A correspondência está no artigo 554 do Novo Código de Processo Civil, sem alteração textual.

Essa previsão legal, portanto, é responsável por possibilitar que o julgador dê seguimento ao processo, ainda que a classificação dada pela parte não corresponda à situação

fática enfrentada no momento em que a ação foi ajuizada ou à situação fática que passou a existir no decorrer do curso processual, ensejando a modificação da espécie da ação.

Entretanto, existe um posicionamento doutrinário que defende a ideia de que a fungibilidade só pode ser aplicada às ações possessórias no caso de zonas nebulosas, ou seja, em decorrência de falhas do sistema ou de instabilidade da situação fática enfrentada pelas partes da relação jurídico-processual.

Ocorre que, não parece sensato estabelecer uma imitação que a própria Lei não estabelece. Esse mesmo ponto já foi discutido no item anterior de presente trabalho, restando destacado que a fungibilidade é aplicada, justamente, para garantir que o exercício do direito não seja prejudicado pela exigência de uma forma que se afasta de sua função essencial. O que se objetiva, portanto, é impedir que a parte suporte um prejuízo que poderia ser evitado. A ideia de limitar a aplicação da fungibilidade, outrossim, se mostra incompatível, inclusive, com o próprio conceito de fungibilidade, qual seja, de substituir uma medida erroneamente proposta pela mais adequada, a despeito do equívoco da parte.

Não obstante, insta destacar que há também debates envolvendo a possibilidade de aplicação da fungibilidade não só entre ações possessórias, mas também entre ações possessórias e ações petórias que, por sua vez, não discutem posse e, sim, propriedade. A exemplo dessa substituição, cita-se o autor que nunca esteve na posse de determinado bem, mas ajuíza uma demanda possessória ao invés da ação reivindicatória, questionando-se se neste caso também poderia ser aplicada a fungibilidade.

Quanto à questão, a doutrina tem se posicionado no sentido de que tal conversão não seria possível, apontando como justificativa o fato de que o artigo 920 do Código de Processo Civil de 1973 (fielmente reproduzido no artigo 554 do Novo Código de Processo Civil) prevê, tão somente, à aplicação da fungibilidade entre as ações possessórias.

Nesse sentido, Greco Filho (2003, p.224) destaca que a aplicação da fungibilidade entre ações possessórias e ações petórias não seria cabível porque estar-se-ia diante de uma situação de carência da ação por ausência de interesse processual adequado, sendo incabível a admissão de uma no lugar da outra.

De qualquer forma, o que se enfrenta é uma situação de tentativa de ampliação de aplicação do princípio da fungibilidade, como forma de diminuição do que parte da doutrina considera como formalismo exacerbado, visando garantir o exercício do direito pela parte.

Tal posição, entretanto, ainda não é pacificamente aceita, como se viu, mediante posicionamentos contrários, que indicam trechos legais que, em que pesem não trazerem expressa proibição, significariam uma limitação.

4 AS PERSPECTIVAS DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE

4.1 Fungibilidade e Flexibilização Procedimental

Nos termos do que vem sendo apreciado no presente estudo, a fungibilidade é um fenômeno que permite ao juiz proceder ou a substituição do instrumento equivocadamente utilizado pela parte pelo instrumento efetivamente adequado à determinada situação, ou o próprio processamento do instrumento equivocadamente utilizado, desde que tal opção se mostre viável. Assim, essa flexibilização procedimental permite que a forma seja mitigada, alcançando-se resultados mais efetivos.

Outro ponto que também vem sendo destacado está no fato de que são distintos os fundamentos apontados pelos doutrinadores a fim de justificar a aplicação da fungibilidade. Entre os fundamentos mais modernos, o entendimento predominante é de que a fungibilidade não se volta à proteção da parte que tem dúvidas acerca do meio processual mais adequado a uma determinada situação, mas sim à proteção do próprio direito material que figura como objeto daquela relação jurídico-processual. Há, assim, uma aplicação da fungibilidade pautada na instrumentalidade das formas, no acesso à justiça e na eficiência do processo.

É justamente esse olhar mais moderno que vem sendo dedicado ao âmbito processual o responsável por defender a ideia de que a fungibilidade não deve ficar limitada às três hipóteses comumente admitidas (recursos, medidas cautelares e ações possessórias), mas sim ser aplicada de uma maneira muito mais ampla, chegando a abranger um número ilimitado de hipóteses.

Nesse ponto, importante destacar que a tendência de extensão da aplicação da fungibilidade se faz presente mesmo entre os doutrinadores que entendem que a “dúvida objetiva” é um fundamento dessa aplicação. O que ocorre é que, para esses estudiosos da matéria, a fungibilidade pode ser aplicada a todas as matérias processuais, desde que seja verificada a existência de dúvida doutrinária e/ou jurisprudencial acerca do instrumento mais adequado para determinada situação.

Alvim e Medina (2003, p. 239), analisando essa questão, afirmaram ser "impossível negar-se que, no estado atual do direito, situações existem para as quais pode-se extrair do manejo das regras jurídicas mais de uma solução ou se pode eleger mais de um caminho para se chegar a um mesmo lugar."

Para os doutrinadores participantes da corrente mais moderna, entretanto, a aplicação da fungibilidade seria possível ainda que dúvida objetiva alguma existisse em determinada situação.

Assim, essa corrente doutrinária mais moderna destaca que a aplicação da fungibilidade estaria diretamente legitimada por garantias constitucionais, como: a) do devido processo legal (art. 5º, LIV da CF); b) da ampla defesa (art. 5º, LV da CF) e da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV da CF); c) da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII da CF); os princípios da instrumentalidade do processo e instrumentalidade das formas que, segunda essa corrente doutrinária, acarretariam a fungibilidade como consequência lógica.

No mesmo passo e conforme já destacado em outros momentos do presente estudo, doutrinadores como Teixeira (2008) destacam que, não sendo possível ao legislador acompanhar todas as transformações sociais que estão em constante acontecimento, numa forma de tentar sanar o descompasso que existe entre a realidade social e o ordenamento jurídico a ela apoiado, a fungibilidade se mostraria como uma forma de amenizar as consequências de tal situação.

Bedaque (2010), adepto dessa corrente, defende a ideia de que a fungibilidade deve ser adotada como um princípio geral do sistema processual, sendo plenamente possível a sua utilização nos mais diversos pontos processuais.

Assim, essa corrente doutrinária afirma que, assumindo-se a existência do princípio da fungibilidade, deve o mesmo ser adotado como uma das bases do sistema processual.

4.1.1 *Limites da Aplicação da Fungibilidade*

Em consonância do que vem sendo apresentado no presente estudo, é possível perceber que, acompanhando as mudanças jurídicas mundiais e, principalmente, assumindo as mudanças sociais internas do próprio país frente à impossibilidade de o legislador prever todas as situações práticas e uma saída para cada uma delas, admitiu-se a ampliação da aplicação da fungibilidade em nosso ordenamento jurídico,

Entretanto, essa ampliação acaba por demandar debates que objetivam balizar os limites da atuação, tornando os aplicadores do direito aptos a valer-se da fungibilidade mesmo nos casos que não decorram de previsão legal ou que sejam objetos de debate pela doutrina.

Nesse contexto, Bedaque (2010), fazendo uma análise mais genérica acerca dos limites de aplicação da fungibilidade, afirma que tal aplicação deve ser realizada observando os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Teixeira (2008), por sua vez, defende a ideia de que a aplicação da fungibilidade é aceitável sempre que as formas previstas não apresentarem uma justificativa razoável, apresentando uma relação muito próxima a de uma garantia constitucional. Nesse sentido, afirma que a forma deve ser respeitada sempre que se mostrar essencial para o alcance da finalidade do ato, cumprindo sua missão de oferecer garantias às partes ou de ordenar o processo.

Assim, o doutrinador acaba por construir uma teoria geral a respeito do princípio da fungibilidade, mencionando quatro diferentes tipos de situações que ensejariam sua aplicação.

Como não poderia deixar de ser, a primeira hipótese destacada pelo doutrinador envolve as situações para as quais não há previsão legal acerca do instrumento adequado a ser utilizado pela parte em um caso específico. Essa hipótese está intimamente relacionada ao fato de que, como já destacado algumas vezes no presente estudo, o legislador simplesmente não pode prever todas as situações eventualmente decorrentes das mais variadas relações sociais, sendo impossível que todos os conflitos possuam uma regra processual específica no ordenamento jurídico, fazendo com que seja cabível a aplicação do princípio da fungibilidade. O doutrinador também destaca que, além de não ser plausível esperar que o legislador preveja todos os possíveis conflitos, tal situação sequer seria positiva, uma vez que acarretaria um processo excessivamente engessado e ineficaz (TEIXEIRA, 2008).

De qualquer forma, parece razoável observarmos que a aplicação da fungibilidade, nesses casos, só se mostraria plausível se estivesse envolvida pela flexibilização procedimental, ou seja, se o julgador se valesse de uma certa criatividade para identificar o meio processual efetivamente adequado para aquela determinada situação. Se assim não fosse, estar-se-ia diante da substituição de um meio processual inadequado por outro também inadequado, não sendo proporcionado qualquer benefício à parte e, muito menos, qualquer efetividade ao processo.

Já com relação à segunda hipótese levantada pelo doutrinador, temos que a fungibilidade seria cabível nos casos em que houvesse mais de um instrumento utilizável em uma mesma situação. Essas situações, portanto, poderiam decorrer: a) da já mencionada ausência de previsão específica para todas as situações fáticas; b) da existência de dúvida objetiva acerca do instrumento mais adequado para aquela situação específica; c) da

dificuldade de utilização de instrumentos processuais em virtude da existência de uma variedade de leis que versem sobre uma mesma matéria, o que pode acabar acarretando vazios ou áreas de intersecção.

Já a terceira hipóteses destacada pelo doutrinador se volta às situações nas quais, em virtude da natureza jurídica do direito material pretendido ou da própria situação fática sob análise, se constata a necessidade de adaptação do pedido formulado ou da medida pretendida pela parte. A possibilidade de aplicação da fungibilidade, portanto, estaria configurada em virtude da instabilidade da relação jurídica de direito material sob apreço, o que poderia acarretar ou a alteração fática da causa de pedir, como se verifica, como já destacado no presente estudo, no caso das ações possessórias, ou a escolha equivocada pela parte da providência pleiteada, acarretando erro na formulação do pedido. Nesses casos, o julgador, ao aplicar a fungibilidade, estaria agindo de forma a aproximar a tutela jurisdicional do resultado pretendido originalmente pela parte (TEIXEIRA, 2008).

Por fim, a quarta e última hipótese destacada pelo doutrinador vislumbra as situações nas quais a parte, deixando de observar a forma prevista pelo legislador, se vale de instrumento inadequado à determinada situação. Teixeira (2008) destaca que, não devendo a forma ser um obstáculo ao exercício do direito, compete ao julgador verificar a situação fática sob análise e identificar a medida a ela mais adequada.

Entretanto, o próprio autor reconhece a existência de desafios à aplicação da fungibilidade nesses casos, destacando que, de regra, não cabe ao julgador a correção de deficiências técnicas das partes e seus advogados, ao mesmo passo que não se pode permitir que o processo seja refém de regras com caráter puramente formal ou do excesso de técnica.

Nesse ponto, o doutrinador destaca que, a fim de evitar a arbitrariedade do órgão judicial, é preciso que a aplicação da fungibilidade seja pautada no plano constitucional, observando-se as garantias constitucionais que lhe dão origem, destacando-se o devido processo legal (art. 5º, LIV), a ampla defesa (art. 5º, LV) e a inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV). Assim, a aplicação do princípio da fungibilidade deve ocorrer em harmonia com tais garantias (TEIXEIRA, 2008).

Não obstante, a aplicação da fungibilidade também deve observar o próprio sistema processual. Assim, é preciso que o julgador se atente aos demais princípios processuais e tendências atuais do âmbito processual civil, como a instrumentalidade do processo, a efetividade da tutela jurisdicional e a preocupação com os escopos processuais em geral. Havendo confronto entre princípios, o julgador deverá ponderar seus valores e verificar

a importância de cada um, valendo-se do princípio da proporcionalidade para a obtenção de um resultado justo (TEIXEIRA, 2008).

Já o doutrinador Amendoeira Jr (2008) se posiciona defendendo a possibilidade de aplicação da fungibilidade de uma forma mais abrangente, afirmando que o juiz deve, ao analisar o caso concreto, verificar se essa aplicação é capaz de acarretar resultados concretos à entrega de uma tutela justa, efetiva e tempestiva, sem, contudo, gerar prejuízos às partes da relação jurídico processual.

Não obstante, o doutrinador identifica alguns limites a serem observados, pelo julgador, como o respeito aos princípios da inércia, da adstrição ao pedido, da correlação entre a sentença e o pedido, do contraditório, da igualdade entre as partes e da imparcialidade. Em outras palavras, ainda que Amendoeira Jr. (2008) entenda por uma aplicação do princípio da fungibilidade, de certa forma, mais ampla, o doutrinador também destaca a necessidade de observação de alguns limites, sendo certo que caso haja a violação de algum dos princípios acima mencionados, o julgador não estará autorizado a realizar sua aplicação.

Insta observar, apenas, que não nos parece a melhor saída restringir a aplicação do princípio da fungibilidade em virtude da observância ao princípio da adstrição ao pedido, uma vez que, em diversas situações, o julgador acaba por decidir a lide de forma diversa daquela pleiteada na petição inicial, como, por exemplo, no caso da aplicação da fungibilidade sobre o próprio pedido, como ocorre, por exemplo, em virtude de alterações do cenário fático objeto de ações possessórias (TEIXEIRA, 2008).

Vale destacar que, observando a diferença existente entre pedido imediato e pedido mediato, Lamy (2007) destaca que a fungibilidade seria plenamente aplicável ao pedido imediato, uma vez que esse é “meio”, ou seja, plenamente fungível. Já o pedido mediato, por sua vez, é “fim”, por tal motivo, não pode ser alterado, substituído, restando o juiz a ele adstrito.

4.1.2 *Requisitos Para o Novo Alcance Do Princípio*

Em que pese ser considerada uma tarefa complexa, o estabelecimento de requisitos para aquela que seria uma “teoria geral” da fungibilidade tem se mostrado cada dia mais essencial, sendo que a doutrina tem se empenhado em fazê-lo, ainda que de forma genérica, buscando superar a multiplicidade de situações com características específicas sobre as quais o princípio deve incidir, facilitando sua aplicação pelos operadores do direito.

Voltando a analisar a teoria destacada por Teixeira (2008), pela qual são estabelecidas quatro hipóteses que permitem a aplicação da fungibilidade, temos que os requisitos para tanto devem ser analisados a partir de cada uma delas.

Assim, para as duas primeiras hipóteses, pelas quais há omissão da lei acerca do instrumento processual a ser utilizado em um determinado caso concreto ou há mais de uma solução prevista no sistema processual para uma mesma situação, o requisito que tornaria possível a incidência da fungibilidade seria a existência de dúvida objetiva, ou a inexistência de erro grosseiro, que, conforme já destacado, são faces de um mesmo requisitos. Não obstante, o doutrinador destaca que, nos casos de urgência nos quais está presente o *periculum in mora*, não se deve admitir que o direito material seja sacrificado por exigências meramente formais, estando o julgador sempre apto a proceder a aplicação da fungibilidade. (TEIXEIRA, 2008).

Como relação a terceira hipótese, pela qual o julgador pode proceder a aplicação da fungibilidade em decorrência da natureza jurídica do direito material que está sendo discutido na lide ou da própria situação fática sob análise, o doutrinador destaca não se configurarem requisitos nem a dúvida objetiva, nem a alteração da situação fática. Isso porque, conforme mencionado no tópico anterior, essa terceira hipótese abarca não apenas os casos nos quais há alteração superveniente dos fatos que que dão origem à causa de pedir, mas também os casos nos quais a parte se equivoca ao formular o pedido.

A quarta e última hipótese, como dito, engloba os casos nos quais, a despeito de haver expressa previsão legal acerca do instrumento processual a ser utilizado em determinada situação, a parte se vale de meio inadequado. Teixeira (2008) destaca, assim, tratar-se de situações nas quais há possibilidade de transgressão da forma. Desta feita, o requisito para a aplicação da fungibilidade nesses casos estaria, justamente, na constatação de que a forma não é necessária à obtenção da finalidade daquele ato processual, não apresenta finalidade de ordenação do processo e não se constitui como garantia às partes.

No mais, conforme mencionado no tópico anterior, Amendoeira Jr (2008) defende uma aplicação da fungibilidade por critérios aparentemente mais amplos, destacando três requisitos para tanto. O primeiro deles se constitui na observância do devido processo legal, afastando-se a exigência de que o procedimento legal seja seguido de forma estreita e direta. O segundo deles, prevê que o ato praticado deve, por si só, ser capaz de externar os efetivos resultados que com ele eram pretendidos, o que não se confunde com a identificação da vontade da parte que o praticou. Por fim, o terceiro requisito é o de que, aplicando-se o

princípio, torne-se possível a obtenção dos resultados efetivamente pretendidos, ou seja, os efeitos do ato que deveria ter sido praticado e que ou não foi, ou foi da forma inapropriada.

O que se nota, enfim, é que embora a doutrina esteja se esforçando continuamente para estabelecer parâmetros, limites e requisitos gerais para a aplicação da fungibilidade, muito ainda precisa ser estudado e definido para que se alcance uma maior uniformidade e uma incidência mais segura do princípio.

4.1.3 *Novas Hipóteses de Incidência da Fungibilidade Mencionadas pela Doutrina*

Embora, como já dito, o presente estudo não tenha por objetivo identificar e analisar, de forma exaustiva, todas as hipóteses de incidência da fungibilidade, inclusive porque nem mesmo a doutrina já estabeleceu esse rol, parece-nos importante mencionar, ainda que genericamente, algumas hipóteses que tem sido destacadas pelos doutrinadores como aptas à incidência da fungibilidade, a fim de ilustrar uma possível aplicação concreta do princípio.

Inicia-se o estudo dessas hipóteses por uma que tem sido fomentada por uma parcela da doutrina em ascensão, que defende ser possível a aplicação da fungibilidade também aos processos e aos procedimentos. Assim, poderia o julgador, embora na ausência de previsão legal específica, proceder a adaptação do procedimento ou, até mesmo, do processo equivocadamente utilizado para aquele que se mostrar adequado, bem como do menos útil para o mais útil.

Nesse sentido, Gajardoni (2008) menciona como exemplos da fungibilidade entre procedimentos a conversão de mandado de segurança em processo de conhecimento de rito comum, nos casos de inexistência de prova pré-constituída; de ação rescisória em ação declaratória de inexistência; de ação de reintegração de posse de imóvel rural arrendado em ação de despejo, entre outros. Já para exemplificar a fungibilidade entre processos, o doutrinador menciona a recepção de processo de conhecimento como execução, sempre que, sendo útil a conversão, o autor detenha título executivo e concorde com o procedimento.

Outra hipótese tem sido abordada pela doutrina é a de aplicação de fungibilidade entre provimentos. Assim, estaria o julgador apto a conceder meio executivo diverso do que foi requerido pela parte, de forma a adequar o direito material ao processo. Tratar-se-ia, portanto, de um mecanismo viabilizador da efetivação da tutela condenatória, pela utilização de provimentos mandamental e executivo seja alternativamente, conjuntamente ou isoladamente.

No mais, a hipótese de aplicação da fungibilidade entre defesas também tem sido destacada pela doutrina brasileira e seria possível, por exemplo, entre impugnação e ação declaratória negativa ou entre contestação e embargos a mandado monitório.

Levanta-se, ademais, a hipótese de incidência da fungibilidade entre procedimentos liquidatórios, pela qual o julgador poderia determinar a conversão da liquidação por arbitramento para liquidação por artigos, e vice-versa (GARJANI, 2008), sendo que para o doutrinador Gajardoni (2008), tal conversão seria realizada por motivo de necessidade e não de utilidade, o que permitiria ao julgador realizá-la *ex officio*.

Como já mencionado, o rol de possibilidade de aplicação da fungibilidade não será exaustivamente abordado no presente trabalho, razão pela qual destaca-se que, além destas, é possível verificar tantas outras suscitadas pela doutrina.

4.2 A Fungibilidade e o novo código de Processo Civil – lei 13.105/2015

Diz-se que a separação entre o modelo e a realidade é a principal crítica feita ao Código de Processo Civil de 1973 (BEDAQUE, 2011, p. 84). Essa separação, que pode ser constatada em diversas passagens do mencionado diploma legal, tem por origem a incessante tentativa dos processualistas de verem os dispositivos legais adequados aos verdadeiros escopos do processo.

Diante dessa realidade, menciona-se expressamente na exposição de motivos do novo Código de Processo Civil, que passou a vigorar em 17 de março de 2016, o poder do juiz de adaptar o procedimento às peculiaridades da causa.

Como se pode notar da leitura da exposição de motivos, a comissão de juristas responsável pela elaboração do anteprojeto reconhece que “se deram alguns passos à frente, para deixar expressa a adequação das novas regras à Constituição Federal da República, com um sistema mais coeso, mais ágil e capaz de gerar um processo civil mais célere e mais justo”.

Nesse contexto, diante da busca pelo avanço legislativo, pela aproximação entre processo e Constituição Federal e, principalmente pelo alcance de resultados processuais mais céleres e efetivos, foi prevista, no texto legal, autorização para o juiz alterar a ordem de produção de provas e ampliar prazos.

Sem sombra de dúvidas, a previsão da flexibilização procedimental no Novo Código Civil, expressa até mesmo em sua exposição de motivos, representa uma

materialização dessa postura que vem sendo, dia após dia, adotada por uma crescente parcela dos aplicadores do direito, na busca pela ruptura da mentalidade formalista que, até então, se mostrava bastante presente entre os operadores do direito.

De qualquer forma, em que pese a previsão trazida pelo novo diploma legal, a efetiva mudança dessa visão formalista não ocorrerá de forma repentina, uma vez que há, ainda, uma considerável resistência por parte da comunidade jurídica no tocante à concessão de maiores poderes ao julgador, de forma a lhe permitir adequar os procedimentos conforme a análise das necessidades do caso concreto.

Quanto à forte resistência a essa flexibilização, é possível destacar que, nas audiências públicas realizadas para debater o projeto, por exemplo, foram feitas alegações repudiando a mudança, tais como: “a adequação do direito processual ao direito material deve ser feita pelo Estado-Legislator e não o Estado-Juiz. Haveria grave insegurança jurídica se o juiz pudesse fazer esta adaptação, incorrendo até em aumento de recursos”. E ainda: “Adoção da liberdade de formas e da adaptabilidade do processo pelo juiz não é a melhor saída, pois cabe ao legislador criar as regras, e não aos juízes. As regras devem ser claras e iguais para todos, com suficiente previsibilidade”.

Ocorre que, em que pese trazer expressa previsão permissora da flexibilização procedimental, o Novo Código de Processo Civil continua não fornecendo critérios legais aos julgadores para a aplicação dessa flexibilização (destacada como a possibilidade de alteração da ordem de produção de provas e ampliação de prazos), o que pode gerar insegurança jurídica.

No mesmo passo, o Novo diploma legal também deixou de retomar a linha adotada no Código de Processo Civil de 1939, não trazendo expressa previsão acerca da fungibilidade como regra no ordenamento jurídico.

O princípio da fungibilidade, entretanto, continua em plena vigência, sendo nesse sentido o Enunciado 104 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): “O princípio da fungibilidade recursal é compatível com o NCPC e alcança todos os recursos, sendo aplicável de ofício” (NUNES; SILVA, 2015).

Assim, em que pese o Novo Código de Processo Civil não prever a fungibilidade como um princípio aplicado de forma geral, são feitas duas previsões expressas de sua aplicação, em artigos inseridos no capítulo recursal, referentes aos embargos de declaração e agravo interno e recurso especial e extraordinário.

O art. 1.024, § 3º do Novo Código de Processo abarca tradicional aplicação de fungibilidade recursal, prevendo o recebimento de embargos de declaração contra decisão

monocrática em tribunal como agravo interno, exigindo do juízo a intimação prévia do recorrente para que, no prazo de cinco dias, complemente as razões recursais, de modo a ajustá-las às exigências do art. 1.021, § 1.º do mesmo diploma legal.

O dispositivo deve ser saudado porque a causa de pedir recursal dos embargos de declaração, voltada a vícios formais previamente determinados em lei, não se confunde com a causa de pedir do agravo interno que, por sua vez, se presta a impugnar os fundamentos da decisão monocrática. Sem a adaptação, como ocorria na vigência do Código de Processo Civil de 1973, o recorrente tem o agravo interno julgado sem ter tido a oportunidade de arrazoá-lo.

Isto significa dizer que a parte arrazoava um recurso que possui uma determinada finalidade e o mesmo era convertido em outro, sem que fosse possibilitada a devida adequação à nova situação jurídica. Assim, o legislador, constatando tais vícios, realizou alteração no texto de lei de forma a garantir à parte o direito de complementar e/ou adequar suas razões recursais.

Essa compressão poderia ser facilmente obtida pela leitura dos artigos 10 e 933 do Código de Processo Civil de 2015, vez que os mesmos asseguram o contraditório como forma de garantir que as partes possam participar e se manifestar acerca de atividades decisórias que possam, potencialmente, acarretar algum prejuízo.

Entretanto, para que não haja dúvidas e de forma a evitar digressões interpretativas, o Código expressamente prevê no artigo 1.024, parágrafo 3º que 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, § 1º.*”

As outras duas hipóteses de aplicação da fungibilidade expressamente trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015 são a transformação do Recurso Especial em Recurso Extraordinário, quando o ministro relator do STJ entender que a matéria tratada no recurso interposto versa sobre questão constitucional, conforme previsão do artigo 1.032 do mencionado diploma legal, bem como a transformação do Recurso Extraordinário em Recurso Especial, quando o ministro relator do STF entender que houve ofensa reflexa à Constituição Federal, nos termos do artigo 1.033 do Novo Código de Processo Civil.

Pode-se entender ofensa reflexa, em contraponto à ofensa direta e frontal à Constituição, aquela que enseja, para a sua devida apreciação por parte do STF, um reexame prévio de normas infraconstitucionais.

Objeto de inúmeros debates doutrinários, a ofensa reflexa à Constituição (tratada, por exemplo, na Súmula 636 do STF) acarretou efeitos impeditivos ao prosseguimento de uma quantidade considerável de recurso extraordinário, o que acabou por consolidar entendimentos no sentido de que a violação ao devido processo legal, à legalidade e à ampla defesa só poderia ser constatada por intermédio inicialmente da análise de normas infraconstitucionais, como o Código de Processo Civil, só então confrontando-se a Constituição.

No atual cenário do sistema processual brasileiro, a ofensa reflexa, além de sedimentada na jurisprudência da Suprema Corte, passou a ser reconhecida e apreciada expressamente pelo novo Código de Processo Civil, o que se verifica em seu artigo 1.033 (sem correspondente com o antigo Código).

Assim, conforme destacado anteriormente, o novo Código de Processo Civil prevê que se o recurso extraordinário trazer apenas alegação de ofensa reflexa à Constituição Federal, caberá ao julgador remetê-lo ao Superior Tribunal de Justiça para que, então, seja tratado como recurso especial, passando-se à análise da lei infraconstitucional.

Já no sentido contrário, pensando-se na conversão do recurso especial para o extraordinário, o artigo 1.032 do Novo Código de Processo Civil dispõe que, se o relator entender que o recurso especial versa sobre questão constitucional, aplicará a mesma regra, remetendo o recurso ao Supremo Tribunal Federal para exame da questão constitucional.

Analisando as duas previsões, é possível notar que a questão prática que apresenta mais relevância está na diferença que se verifica na redação dos dois dispositivos e no sentido da fungibilidade. Isso porque o artigo 1.032 (recurso extraordinário) prevê o prazo de 15 (quinze) dias para que o recorrente comprove a existência de repercussão geral e se manifeste sobre a questão constitucional envolvida, atendendo ao requisito do recurso extraordinário que não foi atendido na origem. Já o artigo 1.033 (recurso especial) não trouxe qualquer previsão acerca de prazo a ser observado para apontamento da questão relacionada à Lei infraconstitucional que ficou meramente subentendida na redação do recurso extraordinário de origem.

Dessa constatação, é possível concluir pela existência de três consequências práticas, a analisadas em hipóteses abaixo apontadas.

Na primeira delas, entendendo haver ofensa direta à Constituição Federal, a parte interpõe recurso extraordinário perante o STF (sem interpor recurso especial). Nessa situação, apontando única e exclusivamente afronta à Constituição Federal, a parte deixa de realizar o devido prequestionamento da ofensa indireta (por intermédio dos embargos de declaração), ou

seja, aquela relacionada à legislação infraconstitucional. Nesse cenário, diante da previsão trazida pela Súmula 211 do STJ, no momento em que o STF enviar ao STJ com fundamento no artigo 1033 do Novo Código de Processo Civil, entenderá o tribunal que o recurso extraordinário, convertido em recurso especial, não cumpre os requisitos de admissibilidade para que se possa proceder ao seu devido julgamento.

Na segunda hipótese, a parte entende haver afronta direta à Constituição, mas, diante a complexa e sedimentada jurisprudência do STF, buscando precaver-se, prequestiona a matéria e alega, em sede de recurso especial, haver ofensa reflexa à Constituição Federal. Ocorre que, sendo o assunto previamente submetido ao STJ, o posterior reconhecimento pelo STF de ofensa reflexa se mostrará ineficaz. Não obstante, essa situação, analisada pelo enfoque do artigo 1.032 do Novo Código de Processo Civil, nos faz questionar o limite da fungibilidade então aplicada, uma vez que, sendo alegada ofensa reflexa à Constituição Federal pela parte e exigindo o STJ o preenchimento de alguns requisitos relativos ao recurso especial, proceder-se-á a remessa ao STF. Esse, por sua vez, por interpretação do artigo 1.033 do Código de Processo Civil de 2015, poderia proceder nova remessa do recurso ao STJ?

Na terceira e última hipótese por ora analisada, em que pese a parte entender pela ocorrência de afronta direta à Constituição Federal e realizar o devido prequestionamento do aspecto infraconstitucional, procede ao ingresso tão somente do recurso extraordinário. De qualquer forma, os requisitos de admissibilidade de posterior e eventual recurso especial estarão presentes (caso haja entendimento e envio do STF fundamentado no artigo 1.033 do Novo Código de Processo Civil). Nesse caso, questiona-se o julgamento a ser procedido pelo STJ: o recurso somente será conhecido se a matéria infraconstitucional do recurso extraordinário convertido em especial estiver previamente declinada de acordo com os requisitos de admissibilidade do recurso especial que não fora interposto?

Assim, apesar de bastante novo o texto legal trazido pelo Novo Código de Processo Civil já parece gerar algumas dúvidas acerca da aplicação do artigo 1.033, uma vez que tal dispositivo não possui as mesmas especificidades trazidas pelo artigo 1.032 do mesmo diploma legal, que parece balizar com maior eficácia a aplicação da fungibilidade. A dúvida que fica é: se o legislador se precaveu no artigo 1.032 e sanou as possíveis dúvidas, por que não concedeu prazo à parte para, tendo em vista que foi reconhecida discussão de ofensa reflexa à Constituição, reestruturar sua peça processual e adaptá-la ao formato e ao mérito tratados em um recurso especial? Presumiu o legislador que tal trabalho cabe tão somente aos próprios ministros do STJ? Como fica a questão do prequestionamento?

O que se nota, portanto, é que apesar da valiosa previsão da ferramenta da fungibilidade pelo sistema, as previsões trazidas pelo novo diploma legal não serão capazes de impedir as consequências do erro da parte na escolha do recurso. Continua, portanto, sendo necessária a sedimentação da solução pelos Tribunais.

Outro aspecto referente à fungibilidade a ser observado é que, após vinte anos de vigência do Código de Processo Civil de 1973, o novo diploma processual adota um sistema muito mais simples, unificando o regime das medidas de urgência e estabelecendo os mesmos requisitos para a concessão da tutela cautelar e da tutela satisfativa (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*). Desta forma, ainda que as medidas continuem sendo distintamente previstas, seus pressupostos de concessão são os mesmos. Desta feita, o parágrafo único do artigo 294 do Código de Processo Civil de 2015 deixa claro que a tutela de urgência é gênero, do qual tutela cautelar e tutela antecipada são espécies, sendo que o artigo 300 do mesmo diploma legal estabelece as mesmas exigências para a concessão de ambas.

Assim, conforme já destacado no presente trabalho, a cautelares nominadas foram extintas pelo Novo Código de Processo Civil, sendo que basta a parte demonstrar a o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* para possibilitar o deferimento da providência pleiteada. Por tal motivo, a discussão acerca da conversão entre cautelares típicas e atípicas acabou se tornando irrelevante no novo cenário processual.

5 CONCLUSÃO

O que se pôde concluir com o presente estudo é que a fungibilidade, tendo surgido no direito pátrio com previsões trazidas pelos códigos estaduais, evoluiu gradativamente, tanto no plano legislativo, diante da previsão de aplicação em matérias processuais distintas, quanto no plano doutrinário, já que vem se tornando foco de muitos olhares e discussões que visam definir melhor o princípio, seus requisitos, formas e hipóteses de aplicação.

Entretanto, todas essas discussões ainda se mostram pouco eficazes para tornar o princípio totalmente claro e pacificamente aceito em nosso sistema processual pátrio, sendo que poucos são os doutrinadores que abordam o assunto de uma forma mais profunda e detalhada. O que se enfrenta, reiteradamente, são análises acerca da aplicação da fungibilidade em hipóteses sobre as quais já existe um consenso. Assim, mesmo entre os autores que buscam estabelecer os limites de uma “teoria geral do princípio da fungibilidade”, nota-se haver certa dificuldade em delimitar precisamente quais seriam os requisitos gerais para sua aplicação.

O que se percebe com clareza é que o princípio da fungibilidade demanda maiores análises e mais atenção por parte dos estudiosos do âmbito processual, especialmente porque, muito mais do que um princípio que pode ser visto como permissivo à adequação de determinada situação num procedimento, a fungibilidade apresenta grande importância prática, sendo considerada pela doutrina moderna como um princípio promotor do acesso à justiça, enquanto alternativa para amoldar as técnicas processuais à relação jurídica então apresentada, conferindo efetividade e eficiência ao processo.

Nesse sentido, como conclusão do presente trabalho, relacionando seu título às matérias que foram abordadas como forma de construção do tema, insta destacar a previsão trazida pelo artigo 6º do Código de Processo Civil de 2015: “Artigo 6º: Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

Assim, nota-se que o supramencionado dispositivo trás à tona a função social do processo. São inúmeras as insatisfações pessoais, decorrentes das mais variadas causas e situações, que geram inevitáveis segregações pessoais e que, como já destacado algumas vezes no presente trabalho, não podem ser totalmente previstas pelo legislador. Ante a infelicidade que a vivência de litígios traz, compete ao Estado atrair para si a missão de solucionar o conflito com justiça, de modo a eliminar ou ao menos reduzir essas insatisfações.

Assim, como se viu, a solução dos conflitos pelo Estado deve se dar necessariamente pelo processo, sendo esse o motivo pelo qual a norma processual deve ser sempre interpretada e aplicada tendo em vista seu escopo fundamental: a pacificação pessoal (bem comum), que é o escopo que traduz a razão pela qual o processo existe e se legitima na sociedade.

É, portanto, nesse simples e essencial escopo que se constitui o princípio da função social do processo, positivado, como dito, pelo artigo 6º do Novo Código de Processo Civil.

A fungibilidade, nesse sentido, se mostra um meio de proporcionar a efetividade e eficácia do processo, garantindo a função social do processo, permitindo que seja entregue às partes da relação processual aquilo que está sendo buscado por intermédio do processo.

Logo, a fungibilidade vem, acompanhando princípios como o da instrumentalidade das formas e da instrumentalidade do processo, como meio de reduzir o exacerbado formalismo que por muito tempo regeu o âmbito processual e fez como que o processo fosse visto como um fim em si mesmo, perdendo o foco sobre o direito material discutido no processo.

As partes, então, eram prejudicadas e viam o objeto da lide ser deixado de lado, enquanto muito se discutia sobre regras e formas, que em nada garantiam a efetividade e a eficácia processual. Não se respeitava e muito menos alcançava a função social do processo.

O tempo passou e o ordenamento jurídico, diante de todas as mudanças sociais, não teve outra saída se não a de notar a necessidade de reduzir discussões meramente formais e buscar entregar às partes a efetiva tutela do direito. Muitas alterações legais foram feitas, muitas discussões doutrinárias e jurisprudenciais aconteceram e continuarão acontecendo, aparentemente cada dia mais pautadas em um olhar voltado à efetiva tutela do direito, e não do processo como um fim em si mesmo.

A fungibilidade, como se nota, apesar de aparentemente ter muito a oferecer ao ordenamento jurídico, ainda depende de muitos estudos e muitas definições para ter uma aplicação pacífica e segura.

Assim, podemos afirmar que, conquanto não haja, no Novo Código de Processo Civil, avanços significativos em relação à fungibilidade, é possível notar o início de uma mudança na mentalidade dos juristas a respeito dos verdadeiros escopos do processo, como destacado em momento oportuno do presente estudo.

A doutrina tem se voltado a fomentar o aumento dos poderes concedidos ao julgador para realizar adaptações do procedimento de acordo com o direito material e toda a situação então enfrentada, assegurando, assim, maior efetividade e celeridade ao processo.

Nesse sentido, a própria exposição de motivos do Código de Processo Civil de 2015 prevê maiores poderes ao juiz para promover tais adaptações, sendo que a fungibilidade, por ser uma vertente da instrumentalidade, também demanda uma postura mais ativa do órgão judicial.

Diante de todas essas análises, entendemos ser inevitável a ampliação do princípio da fungibilidade, extrapolando os limites previstos pelo legislador e até mesmo aqueles que hoje são destacados pela doutrina e jurisprudência, na tentativa de se alcançar um ordenamento jurídico cada vez mais justo, célere, efetivo e eficaz, desafogando o sistema judiciário e proporcionando a paz social por intermédio da concessão da tutela pretendida pelas partes, garantindo-se a função social do processo.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 892.

ALVIM, Teresa Arruda; MEDINA, José Miguel Garcia. **O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 239.

AMENDOEIRA JUNIOR, Sidnei. **Fungibilidade dos meios**. São Paulo: Atlas, 2008.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. "A "plenitude de defesa" no processo civil", in **Da sentença liminar à nulidade da sentença**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 86.

BARBOSA, Rui. **Rui Barbosa: escritos e discursos seletos**. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1997.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo. Influência do Direito Material sobre o Processo**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. **Efetividade do Processo e Técnica Processual**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

_____. **Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de Setembro de 1939**. Código de Processo Civil. Brasília, 1939. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm>. Acesso em: 11 Fev. 2016.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de Março de 2015**. Código de Processo Civil. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 22 Jan. 2016

BUZAID, Alfredo. **Exposição de motivos do Código de Processo Civil de 1973**.

CABRAL, Antonio do Passo. **Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 9.

CAPPELLETTI, M; GARTH, B. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 48 e 49.

COUTO, Camilo José d'Ávila e outros. **Direito Processual e a Administração Pública**. Forense Universitária: Rio de Janeiro, 2011, p. 69.

CRUZ, João Claudino de Oliveira. **Dos recursos no código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 27

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**, v. 1. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2011, p.74.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 387.

_____. **A Instrumentalidade do Processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 1. Teoria Geral do Direito Civil. 25. ed. Saraiva: São Paulo, 2008, p. 336 e 337.

FONSECA, Fernando da. **Flexibilização Procedimental**. Um Novo Enfoque para o Estudo do Procedimento em Matéria Processual. São Paulo: Atlas, 2008, p. 87 a 94.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização Procedimental**. Um Novo Enfoque para o Estudo do Procedimento em Matéria Processual. São Paulo: Atlas, 2008.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. Processo de Execução a Procedimentos Especiais. 16 Ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

LAMY, Eduardo de Avelar. **Princípio da Fungibilidade no Processo Civil**. São Paulo: Dialética, 2007, p.100.

LIMA, Alcides de Mendonça. **Recursos Cíveis: Sistema de Normas Gerais**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos S/A, 1963.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters: Revista dos Tribunais, 2013, p. 75.

MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Procedimentos Cautelares e Especiais**, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MONTEIRO, Washington de Barros Monteiro e outra. **Curso de Direito Civil**. Parte Geral. 44. ed. Saraiva: São Paulo, 2012, p. 199.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios Fundamentais: Teoria Geral dos Recursos**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 142

NUNES, Dierle; SILVA, Natanael. **Código de Processo Civil Referenciado**. 2. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do Formalismo no Processo Civil**. Proposta de um Formalismo-valorativo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 160-161.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. v.I. Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral de Direito Civil. 22. ed. Forense: Rio de Janeiro, 2007. p. 427

PONTES DE MIRANDA, **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo XI. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 51

SILVA, Paulo Eduardo Alves da. **Gerenciamento de Processos Judiciais**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 132.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O Devido Processo Legal: Uma Visão Pós-Moderna**. Bahia: JusPodivm, 2008, p. 29 e 30.

TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. **Teoria do Princípio da Fungibilidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 92 e 93.

_____. **Teoria do Princípio da Fungibilidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008 p. 235.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **O óbvio que não se vê: a nova forma do princípio da fungibilidade**. Migalhas, 2006. Disponível em:
<<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI25047,61044-O+obvio+que+nao+se+ve+a+nova+forma+do+principio+da+fungibilidade>>. Acesso em: 22 Mar. 2016