

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO**

O PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE: UMA ANÁLISE LEGAL E DOUTRINÁRIA

Laís Caroline Trevisan

Orientador: Prof. Dr. Paulo Eduardo Alves da Silva

Ribeirão Preto

2013

LAÍS CAROLINE TREVISAN

O PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE: UMA ANÁLISE LEGAL E DOUTRINÁRIA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Departamento de Direito Privado da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo para a obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Eduardo Alves da Silva

Ribeirão Preto

2013

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

FICHA CATALOGRÁFICA

Trevisan, Laís Caroline

O princípio da fungibilidade: uma análise legal e doutrinária/
Laís Caroline Trevisan. -- Ribeirão Preto, 2013.

Trabalho de Conclusão de Curso -- Faculdade de Direito de
Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo.

Orientador: Paulo Eduardo Alves da Silva.

1. Perspectivas Atuais do Direito Processual Civil 2.
Princípio da Fungibilidade 3. Novas Teorias do Princípio da
Fungibilidade. I. Título

Nome: TREVISAN, Laís Caroline

Título: O princípio da fungibilidade: uma análise legal e doutrinária

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof^(a). Dr^(a). _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof^(a). Dr^(a). _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof^(a). Dr^(a). _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

*Ao meu avô, Guerino Denardi,
com todo o meu amor,
pela imensa força e excepcional coragem
que demonstrou em sua luta pela vida.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, por todas as bênçãos.

Aos meus pais, por sempre terem incentivado meus estudos e pelo apoio incondicional em todos os momentos. Palavras nunca serão suficientes para expressar meu agradecimento.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Paulo Eduardo Alves da Silva, pela orientação, compreensão e dedicação durante a elaboração deste trabalho.

Ao Carlos Vinícius Martins Lopes, por ser o maior crítico de minhas ideias, e assim sempre me motivar a melhorar, e também por ser, desde o início de minha graduação, o meu maior companheiro, especialmente nos momentos difíceis.

À minha tia, Sandra Cristina Denardi, por toda a contribuição para meus estudos e por ter me inspirado a seguir a carreira jurídica.

Ao meu irmão, Felipe Augusto Trevisan, por tantas vezes ter sido meu professor e por sempre estar disposto a me ajudar.

Por fim, agradeço à Ana Carolina Zavaglia Malta Campos, à Camila Silveira Fiatikoski e ao Ludi Luswarghi, pela constante colaboração e amizade.

RESUMO

O presente trabalho tem por objeto uma análise legal e doutrinária da fungibilidade no Brasil. A fungibilidade é um princípio que flexibiliza o procedimento para permitir que o juiz realize a conversão do instrumento equivocadamente proposto pela parte no correto ou mais adequado, ou, ainda, o processamento do próprio instrumento equivocado, quando procedimentalmente possível. Na legislação pátria a fungibilidade surgiu primeiramente na matéria recursal e, mais tarde, foi incorporada às medidas de urgência e às ações possessórias. Recentemente, dentro da perspectiva instrumentalista do processo, novas teorias tem surgido defendendo a ampliação da incidência do princípio da fungibilidade, para que este se torne um princípio geral do processo civil.

Palavras-chave: Princípio da Fungibilidade. Fungibilidade Recursal. Fungibilidade entre Medidas de Urgência. Fungibilidade entre Ações Possessórias. Novas Teorias do Princípio da Fungibilidade. Instrumentalidade do Processo. Flexibilização Procedimental. Conversão.

ABSTRACT

This monograph purpose a legal and doctrinal analysis of “fungibilidade” in Brazil. The “fungibilidade” is a principle that allows the magistrate to perform the conversion of the instrument mistakenly proposed by the litigant in the correct or most appropriate, or even the processing of the incorrect instrument, when it is possible. In the Brazil’s legislation, “fungibilidade” first appeared in appeals, and was later incorporated into emergency measures and the possession suits. Recently, new theories have emerged advocating the expansion of the incidence of the principle of “fungibilidade”, for it to become a general principle of civil procedure.

Keywords: “Fungibilidade”. Principle of “Fungibilidade”. Conversion. Incorrect Instrument. Civil Procedure. Brazil’s Legislation.

SUMÁRIO

PRIMEIRA PARTE – PREMISSAS METODOLÓGICAS E CONCEITUAIS

1	INTRODUÇÃO	Erro! Indicador não definido.
1.1	Apresentação do tema.....	17
1.2	Premissas metodológicas.....	19
1.3	Objeto do Estudo.....	21
2	PERSPECTIVAS METODOLÓGICA ATUAIS DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL	Erro! Indicador não definido.
2.1	Fases metodológicas do estudo do direito processual civil.....	Erro! Indicador não definido.3
2.2	Escopos da jurisdição.....	Erro! Indicador não definido.6
2.3	Instrumentalidade do processo e acesso à justiça.....	.28
2.4	Princípio da adequação do procedimento e da elasticidade processual	32
2.5	Flexibilização procedimental	34
2.6	Gerenciamento de processos.....	36

SEGUNDA PARTE – O PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE

3	A FUNGIBILIDADE NO DIREITO BRASILEIRO	Erro! Indicador não definido.9
3.1	Origens.....	Erro! Indicador não definido.9
3.2	Conceito.....	Erro! Indicador não definido.1
3.2.1	A fungibilidade no direito material.....	41
3.2.2	A funbilidade no direito processual.....	43
3.3	Fundamento.....	44

3.4 Natureza	jurídica
.....	Erro! Indicador
não definido.7	
3.5 Procedimento	
.....	Erro! Indicador
não definido.9	
3.6 Aplicação segundo o sistema legal atual.....	50
3.6.1 Recursos.....	53
3.6.1.1 Requisitos para a incidência da fungibilidade recursal.....	53
3.6.1.1.1 Boa-fé.....	54
3.6.1.1.2 Inexistência de erro grosseiro.....	55
3.6.1.1.3 Dúvida objetiva.....	56
3.6.1.1.4 Tempestividade.....	57
3.6.1.2 Procedimento.....	59
3.6.2 Medidas de urgência.....	60
3.6.2.1 Cautelares típicas e atípicas.....	62
3.6.3 Ações possessórias.....	65
4 AS NOVAS PERSPECTIVAS DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE.....	69
4.1 Fungibilidade e flexibilização procedimental.....	69
4.1.1 Limites da aplicação da fungibilidade.....	70
4.1.2 Requisitos para o novo alcance do princípio.....	74
4.1.3 Novas hipóteses de incidência da fungibilidade mencionadas pela doutrina.....	75
4.2 Breves considerações a respeito do anteprojeto do novo código de processo civil..	77
5 CONCLUSÃO	79
REFERÊNCIAS.....	81

PRIMEIRA PARTE – PREMISSAS METODOLÓGICAS E CONCEITUAIS

1 INTRODUÇÃO

1.1 APRESENTAÇÃO DO TEMA

A fungibilidade é prevista pelo sistema processual pátrio desde o início do século XX, antes mesmo da entrada em vigor do Código de Processo Civil de 1939. No início, seu âmbito de aplicação era bastante restrito, já que incidia apenas sobre um ponto específico da matéria processual, qual seja, recursos. Por outro lado, com a evolução da legislação, ampliou-se, ainda que de maneira limitada, suas hipóteses de incidência, admitindo-se sua aplicação em matérias processuais distintas.

Desde sua origem, no entanto, os operadores do direito têm dúvidas relativas ao modo de aplicação concreta da fungibilidade, ou seja, como o instrumento deve ser manejado nos casos práticos. Tais dúvidas surgem tanto em função de imprecisões no texto legal, quanto de incertezas a respeito da adequação da lei à realidade. Ademais, a falta de harmonia entre os tratamentos conferidos à fungibilidade nos distintos momentos em que é consignada no atual Código de Processo Civil faz com que as incertezas se estendam, inclusive, quanto à sua definição.

Em que pese a situação exposta, a fungibilidade não tem sido, de modo geral, um tema tratado de maneira ampla na doutrina de direito processual civil. Ao passo em que evoluem consideravelmente noções a respeito da instrumentalidade do processo e flexibilização procedimental, a fungibilidade parece ser, algumas vezes, explorada com base em premissas ultrapassadas.

Por este motivo, assertivas como a de Teresa Arruda Alvim Wambier se tornaram recorrentes. A doutrinadora afirma que “se há um princípio cuja função e cujo alcance têm que ser repensados atualmente, é o princípio da fungibilidade”¹.

¹WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *O óbvio que não se vê: a nova forma do princípio da fungibilidade*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI25047,61044-O+obvio+que+nao+se+ve+a+nova+forma+do+princípio+da+fungibilidade>. Último acesso em: 14 de agosto de 2013.

No mesmo sentido, José Roberto dos Santos Bedaque acredita que há um “princípio processual adotado restritivamente, mas que está por merecer maior atenção do processualista: o *princípio da fungibilidade das formas*”².

Não apenas os processualistas, mas também os operadores do direito em geral atentam gradativamente para a perspectiva instrumentalista do processo, buscando meios de adaptar o processo ao direito, para a efetiva e eficaz concessão da tutela jurisdicional.

De fato, o direito processual deve estar em constante renovação para estar permanentemente apto a solucionar o litígio submetido à tutela estatal. Como afirma Guilherme Freire de Barros Teixeira, “as regras processuais precisam estar em constante aperfeiçoamento, a fim de se adaptarem às mudanças da sociedade”³.

A inadequação do procedimento frente às especificidades do caso concreto não pode ser um óbice ao acesso do jurisdicionado à ordem jurídica justa, ou seja, à tutela efetiva, pautada no direito material.

Nesta seara, Cândido Rangel Dinamarco elenca como temas fundamentais do processo civil moderno, entre outros, a simplificação processual; a atuação do juiz sobre os textos legais, amoldando-os às necessidades da justiça segundo os valores reconhecidos; e os poderes do juiz, endereçados à efetiva realização dos efeitos julgados⁴.

Assim, o centro das atenções da ciência processual moderna tem sido os princípios e mecanismos que viabilizam a concretização da justiça, e aqui se insere a temática da fungibilidade, pois, ao permitir a conversão de um meio equivocadamente proposto no meio correto, prima pela eficiência e pela efetividade do processo.

Nesse aspecto, o problema a ser enfrentado por esta pesquisa advém da mencionada dificuldade de se operar a fungibilidade na prática. Realmente, os estudiosos do assunto e especialmente os aplicadores do direito encaram, com frequência, incertezas a respeito de quais são exatamente os casos submetidos à jurisdição estatal que se enquadram entre as hipóteses em que é permitida a utilização da fungibilidade, e como deve se proceder essa utilização.

A partir desse problema surgem as teorias sobre qual é o conceito da fungibilidade e quais são as regras que devem guiar sua aplicação. O tema se encontra em constante evolução e transformação dogmática, devendo ser moldado às novas premissas processuais.

² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 117.

³ TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *Teoria do Princípio da Fungibilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009 p. 93.

⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 363.

Entretanto, como já afirmado, a doutrina geralmente não trata o tema de modo exaustivo, defendendo, muitas vezes, a ampliação do campo de atuação da fungibilidade sem uma definição precisa de suas balizas.

Por isso, antes mesmo de se cogitar um novo alcance para a fungibilidade, é preciso estabelecer com absoluta clareza quais são seus fundamentos e objetivos, bem como quais são as condicionantes à sua aplicação nas três hipóteses em que é pacificamente admitida.

Apenas munidos de tais definições é possível determinar se a fungibilidade é um instrumento útil à melhoria da prestação jurisdicional, e debater, então, sobre os limites de sua aplicação, considerando ainda que, por estar inserida no âmbito do sistema processual, ela deve guardar harmonia com os demais preceitos processuais e constitucionais.

O que se questiona no presente estudo, portanto, é qual é o tratamento conferido à fungibilidade pela lei e pela doutrina, especialmente nas três hipóteses usualmente admitidas, quais sejam, recursos, medidas de urgência e ações possessórias. Questiona-se, ainda, considerando seus fundamentos e escopos, se a doutrina considera a fungibilidade capaz de promover o acesso à justiça, enquanto alternativa para amoldar as técnicas processuais à relação jurídica apresentada, conferindo efetividade e eficiência ao processo.

Destarte, pretende-se aqui realizar um estudo teleológico a respeito da fungibilidade, conferindo-lhe a atenção que um tema com tais reflexos práticos demanda.

Para investigação da questão proposta serão utilizadas doutrina nacional de direito processual civil e legislação processual concernente ao tema.

Quanto à forma do trabalho, ressaltamos que todos os métodos utilizados tiveram por intuito facilitar a atividade do leitor. Realizamos, portanto, na medida do possível, as citações em nota de rodapé de forma integral, usando apenas o recurso *ibidem* para evitar a repetição de citações subsequentes da mesma obra em uma mesma página.

1.2 PREMISSAS METODOLÓGICAS

Para que se façam claros os objetivos do presente trabalho, é necessário que se estabeleçam algumas premissas.

A primeira delas se relaciona à expressão que designa o fenômeno da fungibilidade. O termo *fungibilidade dos meios* vem sendo utilizado para assinalar o estudo da

fungibilidade sob a perspectiva instrumentalista do processo⁵. Entretanto, há quem critique o uso da expressão, pois, segundo essa visão, a fungibilidade não engloba apenas os “meios”, mas também outras hipóteses, “como a forma, o procedimento, a competência, o pedido, a situação fática descrita na causa de pedir, os provimentos judiciais, a conversão de processos e, em certos casos, de procedimentos”⁶.

Destarte, a nomenclatura correta seria “princípio da fungibilidade”, que a elevaria à categoria de princípio geral do direito processual civil, apto a ser aplicado em um número indeterminado de hipóteses, designando, assim, um conceito mais amplo que a expressão “fungibilidade dos meios”.

Entretanto, este termo vem sendo largamente utilizado pela doutrina⁷, que não lhe atribui a visão restrita mencionada, mas a visão ampla que, segundo os críticos, seria correspondente apenas à expressão *princípio da fungibilidade*. O termo “meios”, portanto, assume uma perspectiva generalista, englobando todas as variantes acima mencionadas (procedimento, competência, pedido, etc.). Na verdade, a nosso ver, o que deve ser rigorosamente definido é o fenômeno que o termo representa, não importando se a nomenclatura em si não é a mais adequada.

Assim, ainda que se trate de um princípio, como de fato o é⁸, não nos parece que se deva reprimir o uso de uma expressão já difundida, contanto que se tenha claro o fenômeno que ela abarca.

A segunda premissa é no sentido de que, embora cientes da absoluta importância da visão da jurisprudência a respeito da fungibilidade, nosso objetivo se restringe a analisar o tratamento legal e doutrinário a ela conferido. Isso se deve principalmente ao fato de acreditarmos que o estudo da fungibilidade segundo a jurisprudência merece um trabalho a parte, tendo em vista a grande diversidade com que o tema é tratado, a depender do tribunal ou julgador que se analisa.

É sabido que, conquanto seja, na prática, a jurisprudência que determina a forma pela qual a fungibilidade é aplicada, a legislação e a doutrina têm sua importância enquanto

⁵ TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *Teoria do Princípio da Fungibilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008 p. 232 e 233.

⁶ Ibidem. p. 234.

⁷ A expressão foi consolidada por Teresa Arruda Alvim Wambier, em seu artigo “Fungibilidade de meios: uma outra dimensão ao princípio da fungibilidade. In Aspectos polêmicos atuais dos recursos cíveis, v.4. Ed. RT, p. 1090-1091., que mais tarde foi reformulado e publicado sob o título “O princípio da fungibilidade sob a ótica da instrumentalidade do processo”. AMENDOEIRA JR., Sidnei. *Fungibilidade de Meios*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 13.

⁸ Vide item 3.4

orientadoras da atividade jurisdicional. Portanto, dedicar-nos-emos exclusivamente à análise legislativa e doutrinária do tema.

Outra premissa que deve ser estabelecida é que não pretendemos aqui estudar taxativamente as hipóteses sobre as quais a fungibilidade poderia incidir, caso se admita a ampliação do princípio, mas quais são as balizas norteadoras de sua aplicação.

Uma vez assentido o princípio da fungibilidade como princípio geral do processo civil, mais importante que determinar cada caso sobre o qual seria permitida sua aplicação, é definir, de modo geral, qual é a racionalidade dessa extensão, para então estabelecer quais são seus limites. Dessa forma o magistrado estará apto a aplicar a fungibilidade ainda que a lei ou a doutrina não tenha abordado o caso concreto específico, já que, de fato, o ordenamento jurídico não é capaz de estabelecer soluções positivadas para todas as situações que ocorrem no plano do direito material.

Por fim, é conveniente ressaltar que adotamos no decorrer de nossa pesquisa a visão instrumentalista do processo, que será abordada no item 2.3.

1.3 OBJETO DO ESTUDO

Primeiramente, apresentaremos as perspectivas metodológicas atuais do direito processual civil, com o fito de demonstrar qual é o contexto no qual o presente estudo se insere.

Para tanto, discutiremos sucintamente temas fundamentais ao estudo da fungibilidade, a saber: as *fases metodológicas do estudo do direito processual civil*, pois somente a partir da análise histórica deste direito é possível compreender o atual estágio de evolução da ciência processual; os *escopos do processo*, eis que são estes os norteadores de toda a atividade jurisdicional; os *princípios da instrumentalidade do processo e instrumentalidade das formas*, que têm como fundamento o acesso à ordem jurídica justa, e se relacionam, portanto, à efetividade e eficiência do processo; os *princípios da adequação do procedimento e da elasticidade processual*, que revelam a importância de um procedimento condizente com as peculiaridades da causa; a *flexibilização procedimental*, meio que visa a concretização dessa adequação; e, por fim, o *gerenciamento de processos*, atividade que tem por objetivo a eficiência da concessão da tutela jurisdicional.

No capítulo seguinte, analisaremos os contornos da fungibilidade, apresentando sua *origem*, seu *conceito*, com a devida distinção entre o conceito material e processual,

indispensável à correta compreensão do instituto. Apontaremos, outrossim, os problemas que envolvem sua definição: quais são seus *fundamentos*, sua *natureza jurídica* e seu *procedimento*, ou seja, como se deve operar a fungibilidade. Neste capítulo discutiremos, ainda, as três hipóteses em que se admite de modo uníssono a aplicação da fungibilidade, a primeira, *recursos*, origem de construção doutrinária e jurisprudência e as seguintes, *medidas de urgência* e *ações possessórias*, previstas legalmente. No entanto, não obstante não haja maiores questionamentos sobre a possibilidade de aplicação da fungibilidade nesses três casos, o modo pelo qual deve se operar tal aplicação e seus limites são controvertidos, motivo pelo qual apresentaremos também os problemas concernentes a tais hipóteses. Em suma, apontaremos neste capítulo todos os pontos significativos do estudo da fungibilidade.

No capítulo subsequente, apresentaremos as teorias mais recentes relativas à fungibilidade, que propõem um novo alcance para o princípio, apresentando quais seriam os motivos que justificariam a ampliação de seu campo de atuação, os novos *limites* e *requisitos* de sua aplicação.

Ao fim, teceremos algumas considerações conclusivas a respeito da fungibilidade e dos aspectos positivos de sua aplicação, bem como da sua possível mudança de tratamento frente às novas teorias sobre o princípio da fungibilidade.

2 PERSPECTIVAS METODOLÓGICAS ATUAIS DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

O estudo de qualquer princípio ou regra que incida sobre determinados institutos processuais, demanda, primeiramente, a dedicação ao estudo teleológico do processo. Apenas a compreensão dos escopos do processo possibilita a aferição da forma pela qual deve se proceder a aplicação das normas processuais. Para tanto, dedicaremos todo este capítulo a uma abordagem finalística do direito processual, com o fito de estabelecermos os fundamentos e as balizas para o estudo da fungibilidade.

2.1 FASES METODOLÓGICAS DO ESTUDO DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

A contextualização histórica do estudo do direito processual civil é essencial para a apreensão do atual estágio de desenvolvimento deste ramo autônomo da ciência jurídica. Assim, três fases compõem o estudo metodológico do direito processual.

A primeira, chamada *fase sincretista* ou *civilista*, perdurou desde o Direito Romano até meados do século XIX, e se caracteriza pela confusão metodológica entre direito material e direito processual. O processo era, na época, considerado somente um instrumento através do qual se exercia algum direito e, por isso, era chamado de *direito adjetivo*. Não se reconhecia a independência do direito processual, sua autonomia científica em relação ao direito material. “Não se tinha consciência da autonomia da *relação jurídica processual* em face da relação jurídica de natureza substancial eventualmente ligando os sujeitos do processo”⁹.

A fase subsequente, *autonomista* ou *conceitual*, se prolongou até meados do século XX, sendo Oskar Von Büllow um dos responsáveis por elevar o direito processual a uma posição independente, afastando-o dos domínios do direito material. Em sua obra, Büllow concebe os pressupostos de existência e validade do processo, realizando, para tanto, um estudo conceitual sobre o processo. Neste estudo, o autor compreendeu que, paralelamente

⁹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 24^a ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 48.

à relação jurídica de direito material, uma relação bilateral, pode existir uma relação jurídica trilateral, que liga as partes ao Estado-juiz, constituindo uma relação jurídica processual¹⁰.

Nessa segunda fase, viu-se o nascimento de grandes construções científicas relativas ao direito processual. A maior preocupação durante esse período foi afirmar a autonomia científica do direito processual, o que fez com que os conceitos processuais fossem amplamente debatidos e amadurecidos.

No entanto, reprova-se nessa fase a ausência de uma postura crítica. Estudava-se o processo como um fim em si mesmo, sem questionamentos sobre sua racionalidade, suas finalidades e conseqüências para as partes envolvidas na relação jurídica processual. Predominava uma “visão puramente introspectiva, no exame de seus institutos, suas categorias e conceitos fundamentais”¹¹, esquecendo-se que o direito processual, apesar de autônomo, serve ao direito material.

A terceira fase, em oposição à fase anterior, é assaz crítica, exatamente por isso denominada de *fase crítica ou instrumentalista*. A obra que marcou a mudança foi “Acesso à Justiça”, de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, em que se destaca o movimento de aprimoramento do acesso à justiça, denominado pelos autores de “ondas renovatórias”. Nessa fase, a preocupação é, de fato, com os resultados práticos desencadeados pelo processo. Há o reconhecimento das conotações deontológicas do processo, da sua verdadeira finalidade, qual seja, possibilitar o acesso à justiça à parte que realiza um pedido pautado no direito material. Realiza-se um estudo axiológico do processo, tomando-se consciência do importantíssimo papel do processo perante a sociedade e o Estado.

Como afirmado, Cappelletti e Garth destacaram nessa fase, que se prolonga até os dias atuais, três etapas reformistas, chamadas de “ondas renovatórias”, movimento voltado à eliminação dos entraves à propositura da ação. A primeira delas é caracterizada por estudos voltados para o aprimoramento dos serviços prestados aos que procuram a tutela jurídica do Estado, ou seja, assistência judiciária, especialmente aos menos favorecidos. A segunda representa o início da discussão a respeito dos direitos difusos e coletivos, e, portanto, da tutela dos interesses supra-individuais, mormente em matérias de direito ambiental e direito do consumidor. Já a terceira etapa não tem um objeto específico, mas todos os fins buscados se relacionam ao “modo-de-ser do processo (simplificação e racionalização de procedimentos,

¹⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 14^a ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 19

¹¹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 24^a ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 48 e 49.

conciliação, equidade social distributiva, justiça mais acessível e participativa etc.)”¹², representando um novo enfoque dos estudos voltados ao acesso à justiça.¹³

Neste período, constitui a instrumentalidade ponto central dos movimentos que visam o aperfeiçoamento do sistema processual, de modo que essa premissa é adotada pelos que defendem mudanças para concretização de direitos como ampliação do acesso à justiça, inafastabilidade do controle jurisdicional e efetividade do processo.

Esse aprimoramento do serviço jurisdicional através da consolidação da instrumentalidade é tendência universal, e é resultado da influência das pressões axiológicas exteriores ao sistema processual. Cândido Rangel Dinamarco ensina que fosse o ordenamento processual um fim em si mesmo, e tivesse “justificação auto-suficiente, razão inexistiria, ou fundamento, para pô-lo à mercê de mutações políticas, constitucionais, sociais, econômicas e jurídico-substanciais da sociedade”¹⁴.

No instrumentalismo, houve evolução no plano prático¹⁵ e também no plano forense. Com efeito, os juízes vêm, progressivamente, dando menos importância ao formalismo puro para priorizar os princípios constitucionais do processo¹⁶.

Dedicaremos o tópico 2.3 a considerações sobre os estudos e teorias mais recentes a respeito dos princípios da instrumentalidade do processo e instrumentalidade das formas.

¹² CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 24^a ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 49.

¹³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo. Influência do Direito Material sobre o Processo*. 6^a ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 69.

¹⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 14^a ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 24 e 25.

¹⁵ Cita-se como exemplo dessa evolução no plano prático, além do Código do Consumidor (lei nº 8.078/90), “a legislação brasileira sobre *pequenas causas* (ampla assistência jurídico-judiciária, simplificação das formas, maior acessibilidade popular) e *ação civil pública* (tutela jurisdicional a interesses supra-individuais), além das *garantias constitucionais do mandado de segurança coletivo* (proteção a interesses homogêneos de pessoas integrantes de determinada categoria), da *assistência jurídica aos necessitados*, da *ação direta de inconstitucionalidade* aberta a diversas entidades representativas, da exclusão das *provas obtidas por meios ilícitos* etc. (v. respectivamente, lei n. 7.244, de 7.11.84, lei n. 7.347, de 24.7.85, e Const., art.5º, incs. LXX, LXXIV, LVI, e art. 103)”. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 24^a ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 50.

¹⁶ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 24^a ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 50.

2.2. ESCOPOS DA JURISDIÇÃO

Como exposto no tópico anterior, a atual fase metodológica do estudo do direito processual civil revela as preocupações dos processualistas com o apego exagerado ao formalismo, que afasta a técnica processual de seus objetivos maiores.

Afirma-se que se deve lançar mão das questões eminentemente processuais apenas na medida em que sejam necessárias à consecução dos escopos do processo¹⁷. Portanto, é imprescindível que se façam claros tais escopos, visto que guiarão toda a atividade jurisdicional.

Nesse sentido, Cândido Rangel Dinamarco, num estudo detalhado a respeito dos escopos da jurisdição, aborda o tema dividindo-o em três aspectos: escopos sociais, políticos e jurídicos.

Os escopos sociais podem ser resumidos a um fator: a paz social, ou seja, a pacificação dos conflitos. De fato, os sujeitos imersos na vida em sociedade estão constantemente expostos a condutas contrárias a seus interesses. Tais interesses são ilimitados, ao passo que os bens da vida disponíveis a esses sujeitos são limitados. Essa realidade pode implicar um estado de insatisfação.

As atividades jurídica e legislativa do Estado são baseadas na eliminação das insatisfações¹⁸ geradas pela vida em sociedade, e é essa eliminação, essa atividade de pacificação que lhe confere legitimidade.

Frise-se que a desvantagem resultante da decisão judicial a ao menos uma das partes não afeta a missão pacificadora do Estado, uma vez que, embora descontentes, as partes tendem a aceitar a decisão, devido principalmente à impossibilidade de, uma vez utilizados os meios judiciais, lograrem uma solução melhor; bem como à submissão que os sujeitos imersos em uma sociedade possuem em relação ao Estado, já que deste necessitam para sua proteção.

Outrossim, o conformismo com decisões desfavoráveis está relacionado ao exercício do contraditório durante o curso do processo. Assim, quanto maior a participação dos litigantes na formação do resultado, maior sua capacidade de resignação e mais legítima é a decisão. Ainda, o fator psicológico contribui, na maioria das vezes, para a aceitação da parte

¹⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo. Influência do Direito Material sobre o Processo*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 71.

¹⁸ Insatisfações são sentimentos relacionados à percepção de carência. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 189

sucumbente, pois a derrota pode ser, para muitos sujeitos, melhor do que os desgastes que a manutenção de um conflito acarreta¹⁹.

Segundo Dinamarco, a resolução do conflito mediante critérios justos é o maior escopo social da jurisdição estatal, ao passo em que a educação dos sujeitos sociais para utilização dos meios judiciais como forma de alcançarem uma resolução para seus conflitos é um dos aspectos desse escopo social.

Paralelamente, ainda de acordo com a teoria do autor, os escopos políticos podem ser subdivididos em três vertentes, pelas quais o sistema processual se insere entre as instituições atinentes ao próprio Estado e nas relações deste com os cidadãos: poder, liberdade e participação. O primeiro pode ser traduzido na aptidão estatal de decidir imperativamente. Já a liberdade é o valor que limita o exercício do poder estatal, sendo essencial para garantia da dignidade dos membros da população. E, por último, a participação dos indivíduos no curso da política é necessária para legitimar o processo político e afirmar os valores democráticos.

Dinamarco afirma que “o próprio direito tem inegavelmente um *fim político*, ou fins políticos, e é imprescindível encarar o processo, que é instrumento estatal, como algo de que o Estado se serve para a consecução dos objetivos políticos que se situam por detrás da própria lei”²⁰.

Por sua vez, o escopo jurídico traduz a capacidade estatal de garantir que as normas de direito material efetivamente produzam os resultados que preconizam, ou seja, é o cumprimento, na prática, das normas de direito substancial.

Dinamarco ressalta, entretanto, que a visão estritamente jurídica do processo, resultado da segunda fase metodológica do direito processual civil, é insuficiente e estéril, se fazendo necessárias as complementações dos campos políticos e social. O autor assevera que o importante é “a definição do escopo jurídico a partir da oposição entre a teoria dualista e a unitária, porque isso significa, afinal, revelar o exato ponto de inserção do processo no universo do direito”²¹.

Pela primeira teoria, o direito material é autossuficiente para a criação de direitos e obrigações. Já para a teoria unitária, não existe autossuficiência, de modo que o processo participa de tal criação.

¹⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 14^a ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 190 e 191.

²⁰ *Ibidem*, p. 199 e 200.

²¹ *Ibidem*, p. 210.

Dinamarco defende, observando que, para se posicionar a respeito das teorias é preciso afastar quaisquer radicalismos, a insubsistência da teoria unitária afirmando que há uma infinidade de casos que ocorrem diuturnamente em que se verifica a constituição e extinção de direitos sem qualquer intercessão jurisdicional. Alega ser ilusória a tese de que direitos são mera promessa, se tornando efetivos apenas quando afirmados e impostos através do processo. Portanto, o sistema de direito substancial não necessita do processo para criação de situações jurídicas na vida em sociedade.

Após essa reflexão, o autor conclui que o escopo jurídico da jurisdição não é a determinação da norma que disciplina e soluciona cada lide em concreto, mas a “*atuação da vontade concreta do direito*”, escopo este que se relaciona à teoria dualista. O doutrinador explica que “só mesmo o sistema processual atua a vontade concreta da lei, *pelo objetivo de atuá-la* e, embora o objetivo não seja desde logo atingido mediante toda e qualquer espécie de processos jurisdicionais, todos eles são realizados *para que ele o seja*”²².

Com efeito, não obstante seja um escopo técnico, o escopo de atuação da vontade concreta da lei acaba refletindo valores fundamentais da sociedade política, pelo que ganha importância além da jurídica, fazendo com que, muitas vezes, as soluções encontradas em diversos aspectos da disciplina técnica do processo sejam inadequadas à estrita finalidade jurídica, ou seja, esse escopo técnico, que perde relevância diante dos objetivos do próprio direito material²³.

2.3 INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO E ACESSO À JUSTIÇA

Como já mencionado, no âmbito do atual estágio de evolução histórica do direito processual, o efetivo acesso a uma ordem jurídica justa tem sido, indiscutivelmente, o ponto central dos estudos processuais.

Na busca desse acesso se torna importante o raciocínio em torno da instrumentalidade do sistema processual, que possui duplo aspecto²⁴. O *aspecto positivo* da instrumentalidade do processo traduz justamente essa preocupação dos processualistas a respeito da *efetividade* do processo²⁵ e de sua aptidão para o devido cumprimento de todos os

²² DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. p. 248.

²³ Ibidem. p. 250.

²⁴ Ibidem. p. 313 e ss.

²⁵ Para autores como José Roberto dos Santos Bedaque, a efetividade do processo está ligada à noção de acesso dos sujeitos ao aparato do Poder Judiciário. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo. Influência do Direito Material sobre o Processo*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 62. No entanto, em nossa

seus escopos. Em outras palavras, o *aspecto positivo* da instrumentalidade do processo revela o intuito de se obter dele, enquanto instrumento, o máximo proveito na obtenção do acesso à ordem jurídica justa.

Num primeiro momento, o foco dos esforços dos operadores do direito processual era simplesmente garantir o acesso dos sujeitos sociais aos órgãos jurisdicionais. Percebeu-se, entretanto, que apenas a garantia desse acesso era insuficiente, podendo acarretar inclusive, se tratada como medida isolada, maiores problemas de eficiência ao sistema. Assim, compreendeu-se a necessidade de garantir, outrossim, o funcionamento adequado do mecanismo judicial, com todas as suas garantias²⁶.

Nesse prisma, faz-se necessária a superação dos óbices que afetam a qualidade do produto final do processo, ou seja, dos entraves aos escopos do processo²⁷, garantindo a efetividade e universalidade das decisões judiciais²⁸.

Em suma, a instrumentalidade do processo em seu aspecto positivo é aquela que relaciona a ordem processual ao direito material e à realidade concreta dos sujeitos envolvidos na relação processual, enfatizando a exigência do cumprimento de seus escopos, além de atentar para a necessária efetividade do processo, ou melhor, “para a necessidade de ter-se um sistema processual capaz de servir eficiente caminho à ‘*ordem jurídica justa*’”²⁹.

Já o aspecto negativo da instrumentalidade do processo representa a negação da autossuficiência do processo, é o desprezo ao formalismo exacerbado, que trata o processo como um fim em si mesmo.

Esse *endereço negativo* constitui o traço comum entre a instrumentalidade do processo e a instrumentalidade das formas, porquanto preconiza as limitações do sistema processual como um todo, no primeiro caso, e das formas no segundo, frente a seus aspectos teleológicos³⁰.

concepção, a efetividade não se limita ao acesso dos litigantes ao mecanismo jurisdicional, mas significa o acesso ao próprio direito material. José Carlos Barbosa Moreira afirma que “por efetividade se entende aptidão de um meio ou instrumento para realizar os fins ou produzir os efeitos a que se ordena.” MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Notas Sobre o Problema da “Efetividade” do Processo*. Publicado no volume *Estudos de Direito Processual em homenagem a José Frederico Marques*, São Paulo, 1982, v. 29. p. 27.

²⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo. Influência do Direito Material sobre o Processo*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 62.

²⁷ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 47.

²⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 351.

²⁹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 47

³⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 314.

No que tange a esse aspecto negativo, Guilherme Freire de Barros Teixeira alerta para as restrições do formalismo, que não deve se sobrepor aos escopos do processo, observando, entretanto, que a instrumentalidade não deve legitimar a tolerância a toda e qualquer irregularidade formal. Aduz:

“Com efeito, a adoção pura e simples do sistema a liberdade das formas não se mostra razoável, pois seria praticamente impossível assegurar o devido processo legal, restando aberto o caminho para chicanas, expedientes protelatórios e arbitrariedades. Por outro lado, a opção isolada pelo sistema da legalidade tem o elevado risco de conduzir a exageros formais, sobrepondo a forma ao fundo, privilegiando as regras e cunho eminentemente formal, contrariamente à moderna concepção de que o processo deve servir como instrumento para a efetivação do direito material”³¹.

O doutrinador conclui que as formas podem ser transgredidas na medida em que não correspondam às funções de garantia às partes ou ordenação do processo. Assim, presentes tais escopos, não há justificativa para desrespeitá-las³².

No mesmo sentido, Cândido Rangel Dinamarco afirma que a conformidade de cada ato procedimental à lei deve se dar de acordo com as funções do processo a serem cumpridas. O simples fato haver determinada descrição na lei não é suficiente para amparar a necessidade de haver tal conformidade. Justifica-se, destarte, a amplitude conferida ao princípio da instrumentalidade das formas, que é considerada pelo doutrinador uma “válvula do sistema”, cuja função é amenizar e racionalizar a rigidez das exigências formais³³.

Outrossim, a existência de diversas regras processuais com elevados índices de complexidade faz com que, muitas vezes, o foco das discussões no curso do processo recaia sobre regras puramente formais, a despeito do real objetivo das partes, qual seja, a solução do conflito. Com efeito, essa relevância exagerada conferida a aspectos formais da resolução judicial dos conflitos (o chamado “processualismo”) acentua o problema do acesso à justiça³⁴.

Por tais motivos, o sistema processual pátrio consagrou os princípios da instrumentalidade do processo e instrumentalidade das formas em artigos como 154, 249, §2º e 250 do Código de Processo Civil.

³¹ TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *Teoria do Princípio da Fungibilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008 p. 62.

³² *Ibidem*, p. 95.

³³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 153 e 154

³⁴ SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *Gerenciamento de Processos Judiciais*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 31.

Consoante o art. 154, os atos e termos processuais não demandam forma específica, exceto quando a lei expressamente a determinar e, ainda que transgredida a forma exigida por lei, o ato será válido se atingir suas finalidades sem acarretar, para tanto, prejuízo para qualquer dos tutelados ou para o próprio sistema processual. Neste dispositivo, portanto, se faz claramente presente o princípio da instrumentalidade das formas ³⁵.

Nesse sentido, o princípio que será estudado no presente trabalho, a fungibilidade, se mostra importante para inibir as discussões puramente formais, representando uma faceta da instrumentalidade, pois através dela a forma é preterida para que a finalidade seja alcançada.

Eduardo de Avelar Lamy bem aponta que a aplicação da fungibilidade consagra a instrumentalidade das formas e mormente a instrumentalidade do processo, pois requer uma nova forma de interpretar o direito “justificando a não-configuração e o não-pronunciamento de nulidades em diversas hipóteses nas quais se buscam flexibilização e redução da forma em prol de resultados através da jurisdição” ³⁶.

Destarte, a fungibilidade está intimamente ligada aos princípios da instrumentalidade do processo e das formas, de modo que, considerando a atual perspectiva teleológica do processo, bem como que o aspecto negativo da instrumentalidade do processo “já é uma conquista metodológica da atualidade” ³⁷, é imprescindível que se confira maiores atenções à fungibilidade, aperfeiçoando-se os estudos e discussões a respeito do princípio.

2.4 PRINCÍPIOS DA ADEQUAÇÃO DO PROCEDIMENTO E DA ELASTICIDADE PROCESSUAL

Para que o processo possa atingir seus escopos, é essencial manter as regras do direito processual sempre em consonância com 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.

³⁵ Com raciocínios análogos, os artigos 249, §2º e 250 estabelecem, respectivamente: “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”. Maiores considerações a respeito das nulidades processuais em “*Efetividade do Processo e Técnica Processual*” 3ª ed. Capítulo V, de José Roberto dos Santos Bedaque.

³⁶ LAMY, Eduardo de Avelar. *Princípio da Fungibilidade no Processo Civil*. São Paulo: Dialética, 2007. p. 79.

³⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 314.

Essa adaptação pode ocorrer de duas formas: no plano legislativo ou através da atividade jurisdicional, com a concessão de poderes ao juiz para este promover, durante o curso do processo, as adaptações pertinentes para harmonizar o procedimento ao caso concreto.

Com efeito, a aplicação teleológica do processo não acarreta o desprezo da evolução técnica verificada com a concepção do direito processual como ramo autônomo da ciência jurídica. Os processualistas modernos apenas buscam meios adequados para tornar a tutela jurisdicional mais eficaz, tendo em vista que, apesar de autônomo, o processo é instrumento para concessão do direito material³⁸.

Assim, é princípio do direito processual civil o *princípio da adequação*, que incumbe o legislador, tanto federal quanto estadual, da construção de regras específicas a casos que demandam a concessão de tutelas diferenciadas, devido às particularidades dos sujeitos envolvidos no processo ou do próprio direito substancial. José Roberto dos Santos Bedaque revela a importância do princípio:

“o princípio da adequação ou adaptação do procedimento é fundamental à correta aplicação da técnica processual. Os modelos procedimentais e os poderes, deveres e faculdades dos sujeitos do processo devem, na medida do possível, adequar-se às peculiaridades do fenômeno jurídico material e ser compatíveis com a natureza da tutela jurisdicional pleiteada”³⁹.

Destarte, a necessidade de adequação do processo/procedimento ao direito material demanda a edição de regras específicas aptas a melhor tutelar a relação jurídica substancial. São exemplos dessa adaptação legislativa o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90)⁴⁰, a Lei dos Juizados Especiais (Lei nº 9.099/95)⁴¹ e a Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85).

³⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo. Influência do Direito Material sobre o Processo*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 54 e 55.

³⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 45.

⁴⁰ Nesse sentido, José Roberto dos Santos Bedaque: “Outro ponto a revelar a necessidade de adequação do processo ao direito material é exatamente a existência de regras especiais para determinados procedimentos, em função da relação jurídica substancial a ser submetida à apreciação do órgão jurisdicional. Vários exemplos existem, podendo ser mencionado o Estatuto da Criança e do Adolescente. Não obstante tenha adotado o sistema recursal do Código de Processo Civil, contém várias modificações, como a redução de prazos, eliminação do preparo, preferência para julgamento e apenas efeito devolutivo ao recurso de apelação (Lei n. 8.069, de 13.7.1990, art.198). Tudo isso se deve à natureza especial da relação material em análise. Pretende o legislador abreviar o tempo desses processos e facilitar o acesso ao segundo grau. O mesmo fenômeno ocorre com o Código de Defesa do Consumidor, quanto à inversão do ônus da prova (Lei n. 8.078, de 11.9.1990, art. 6º, VIII). Como o consumidor é considerado, nas relações de consumo, a parte mais fraca, a legislação especial tem por finalidade protegê-lo. Assim, caso o juiz considere verossímil a afirmação feita, ou conclua tratar-se de autor hipossuficiente, para facilitar o acesso deste à Justiça, poderá inverter o ônus da prova. Significa dizer que,

Nessas leis, o legislador estabeleceu procedimentos específicos considerando as particularidades dos conflitos, seja em relação aos sujeitos envolvidos na relação jurídica processual, como no caso das duas primeiras leis citadas, em que a situação de vulnerabilidade ou hipossuficiência de algum dos sujeitos processuais (crianças e adolescentes ou consumidores) justificam o tratamento especial, ou em relação ao próprio objeto da lide, como no caso da Lei dos Juizados Especiais, que trata de causas de menor complexidade, ou da Lei da Ação Civil Pública, que trata de direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, direitos estes que, por sua natureza especial, não são tuteláveis pelas vias tradicionais do processo individual.

Outrossim, estes instrumentos legislativos têm expressamente o intuito de corroborar para a universalização do processo, ou seja, que todo e qualquer direito seja passível de reconhecimento e aplicação através do processo⁴².

Já o princípio da *elasticidade processual*, também chamado de *princípio da adaptabilidade*, traz o conceito de flexibilização procedimental, pois designa a atividade judicial de adaptar o procedimento às características do caso concreto. Este princípio é subsidiário ao primeiro, uma vez que tem incidência somente nos casos em que o legislador não previu um procedimento adequado ao caso concreto submetido à apreciação judicial.

A imprescindibilidade deste princípio reside na impossibilidade de previsão abstrata de todas as situações fáticas, de modo que a adequação, se não procedida pelo legislador, deve ser viabilizada pela atividade judicial.

ocorrendo uma dessas situações, pode o juiz determinar que ao réu cabe demonstrar a não ocorrência do fato constitutivo do direito do autor. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo. Influência do Direito Material sobre o Processo*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 56 e 57.

⁴¹ Sobre a Lei dos Juizados Especiais Cândido Rangel Dinamarco pondera: “Na Lei dos Juizados Especiais é que, anunciada a liberdade, não vêm depois os desmentidos e isso permite a esperança de um processo que favoreça de modo muito eficiente a percepção dos fatos e do próprio modo de ser do litígio pelo juiz, nesse contato mais espontâneo e informal com os litigantes e com as fontes de prova. A ampla liberdade formal, estabelecida lá e defendida aqui, não é limitada, nem abre campo ao arbítrio. A ruptura de velhos hábitos, nessa preconizada mudança de mentalidade proposta na revolucionária lei especial, pretende demolir somente a estrutura formal do processo tradicional, não para imolar princípios, mas justamente para oferecer melhores condições à sua plena realização. O juiz *criará* modos de tratar a prova, de colher a instrução ou de sentir as pretensões das partes: interrogá-las-á livremente, dialogará com elas e permitirá o diálogo entre elas ou delas com as testemunhas; visitará o local dos fatos, ou examinará coisas trazidas com sinais ou vestígios de interesse para a instrução; permitirá que argumentem a qualquer tempo e lhes dirigirá perguntas ainda quando declarada finda a instrução – e tudo sem as formas sacramentais do processo tradicional. Nesse modo de participar e abrir canais para a efetiva participação, ele não estará ultrajando a garantia constitucional do contraditório, mas dando-lhe uma dimensão jamais obtida na prática, além de sair ele do imobilismo do juiz-espectador. As citações e intimações serão feitas por modo bastante simplificado e sem rigorosas exigências formais, mas em cada caso o juiz apreciará se cumpriram sua finalidade de comunicação processual, também para que não deixe de ter prevalência o contraditório. Ele dará oportunidades iguais às partes e, no informalismo de atos não desenhados minuciosamente em lei, garantirá que a luta entre elas se trave em *paridade de armas*.” DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 152 e 153.

⁴² *Ibidem*. p. 324.

Ambos os princípios visam à consagração da isonomia, garantia constitucional, prevista pelo art. 5º, *caput* da Constituição Federal, bem como à necessidade de se conferir maior efetividade ao direito processual na realização de seus escopos⁴³.

Quanto aos limites da aplicação de tais princípios, José Roberto dos Santos Bedaque observa que “desde que observado o contraditório e não sejam prejudiciais a qualquer das partes, adaptações do procedimento às necessidades do caso concreto atendem à ideia do processo justo, tal como regulado pelo Constituição”⁴⁴.

Ambos não gozam de previsão legal, mas são mencionados pelos processualistas como princípios implícitos no sistema processual civil pátrio. Afirma-se, inclusive, que há uma tendência de mitigação do uso do procedimento ordinário com prioridade às formas procedimentais mais específicas a cada direito material.

2.5 FLEXIBILIZAÇÃO PROCEDIMENTAL

Não há como se falar em *princípio da elasticidade* sem mencionar a *flexibilização procedimental*. É a atividade flexibilizadora que consagra o princípio, pois não há como adaptar judicialmente o procedimento às exigências do caso concreto sem flexibilizá-lo.

O fenômeno da flexibilização pode ser seccionado em quatro aspectos, a saber: flexibilidade procedimental legal genérica, flexibilidade procedimental legal alternativa, flexibilidade procedimental judicial e flexibilidade procedimental voluntária⁴⁵.

A primeira espécie de flexibilização ocorre quando há disposição legal que concede genericamente poderes ao juiz para adaptar o procedimento segundo as necessidades de cada caso⁴⁶.

Dentro do mesmo gênero (sistema de flexibilização instituído pelo legislador) está a *flexibilização procedimental legal alternativa*, que autoriza o juiz a, no bojo das opções previamente estabelecidas pelo legislador, escolher a alternativa que mais lhe pareça condizente a tutelar determinado direito material controvertido. Sua escolha, entretanto, está

⁴³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do Formalismo no Processo Civil. Proposta de um Formalismo-valorativo 4ª ed.* Saraiva: São Paulo, 2010. p. 160 e 161.

⁴⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual. 3ª ed.* São Paulo: Malheiros, 2010. p. 63.

⁴⁵ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização Procedimental. Um Novo Enfoque para o Estudo do Procedimento em Matéria Processual.* São Paulo: Atlas, 2008. p. 138 e 139.

⁴⁶ Exemplos: art. 153 do Estatuto da Criança (Lei nº 8.069/90) e art. 21 e §1º da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/96).

adstrita ao rol legalmente determinado. Este modelo de flexibilização é regra no sistema, sendo inúmeros os casos em que se verifica sua incidência ⁴⁷.

Por sua vez, segundo o sistema da *flexibilização procedimental judicial*, competiria ao juiz, a despeito de não existir previsão legal a respeito, promover a adequação sempre que necessário à devida concessão da tutela justa e eficiente.

Finalmente, a *flexibilização procedimental voluntária* seria aquela realizada pelas partes em litígio, que determinariam, de comum acordo, sob quais regras procedimentais a lide seria conduzida. Há previsão desse sistema na Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/96) em seu artigo 21⁴⁸.

A doutrina mais moderna tem defendido, em maior ou menor grau, as quatro espécies de flexibilização, em especial a concessão de poderes ao juiz para que este flexibilize o procedimento de acordo com as necessidades de cada lide proposta.

A justificativa apontada é, mais uma vez, a aplicação teleológica do processo. Não se deve permitir que, por falta de um procedimento adequado ao caso concreto, o jurisdicionado tenha seu acesso à ordem jurídica justa prejudicado.

Cândido Rangel Dinamarco afirma que “se de um lado o procedimento regular é fato legitimante do exercício do poder, por outro ele próprio recebe legitimidade do modo como disciplina esse exercício, ou seja, da medida em que o dimensiona segundo as garantias constitucionais e favorece a efetiva participação dos sujeitos interessados”⁴⁹.

Assim, através da flexibilização o poder legitimante do procedimento seria potencializado, na medida em que levaria os jurisdicionados ao conformismo não apenas quanto ao provimento final do processo, mas também quanto ao iter utilizado para alcançá-lo⁵⁰.

Por outro lado, para que não se perca a segurança jurídica, pelo aspecto da previsibilidade do sistema, bem como não se viole quaisquer garantias constitucionais, algumas condições se fazem necessárias para a prática da flexibilização procedimental.

Primeiramente, esta deve atingir uma finalidade específica, que pode ser tornar o procedimento apto à tutela eficaz do direito reclamado, dispensar empecilhos advindos de

⁴⁷ Exemplos: conversão do procedimento sumário em ordinário (art. 277, §§4º e 5º, do CPC); facultatividade da audiência preliminar (art. 331, §3º, do CPC); inversão do ônus da prova (art. 6º, VI, do CDC); entre outros.

⁴⁸ Art. 21. A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento.

⁴⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 155

⁵⁰ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização Procedimental. Um Novo Enfoque para o Estudo do Procedimento em Matéria Processual*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 97.

formas irrelevantes, ou no aspecto subjetivo, visando isonomia das partes ou atendimento à vontade conjunta destas.

Outrossim, não pode o julgador flexibilizar o procedimento violando o contraditório. Ao alterar a regra legalmente prevista, o juiz não pode surpreender as partes, devendo, para tanto, dar oportunidade para que se manifestem a respeito da alteração. Deve garantir, assim, que as partes possam conhecer o procedimento, participar no processo de escolha, inclusive com a possibilidade de recurso, e que possam, por fim, influir na decisão de alteração do iter legal.

Ademais, é indispensável a motivação da decisão que modifica o procedimento, exigência constitucional prevista no art. 93, IX da CF, que possibilita o controle da arbitrariedade e de desvios de finalidade⁵¹.

Destarte, praticada com observação das condições acima expostas, a flexibilização procedimental não acarreta insegurança jurídica e tampouco ofensa ao princípio do devido processo legal, visto que as alterações procedimentais devem ser implantadas apenas com o conhecimento das partes e após o exercício do contraditório útil, respeitando-se, portanto, os direitos de ação e de defesa dos litigantes previstos no sistema processual pátrio.

2.6 GERENCIAMENTO DE PROCESSOS

Muito se mencionou nos tópicos anteriores a respeito da importância da efetividade do processo, que representa o acesso dos jurisdicionados ao mecanismo de proteção estatal e ao próprio direito material, corriqueiramente chamado, em uma concepção mais simplista, de “acesso à justiça”. Entretanto, como também já referido no tópico 2.3, a ampliação do acesso aos órgãos jurisdicionais pode gerar problemas de eficiência ao sistema, caso não se garanta o bom funcionamento do mecanismo judicial.

Como dito, enquanto a efetividade se relaciona ao acesso dos sujeitos ao aparato do Poder Judiciário e à tutela pretendida, a eficiência se relaciona à maneira como esse aparato trabalha. Portanto, para se concretizar o acesso à ordem jurídica justa, devem estar presentes tanto a efetividade quanto eficiência do sistema judicial⁵², pois “o processo que nunca chega ao fim é tão inseguro quanto a falta de processo”⁵³.

⁵¹ , Fernando da Fonseca. *Flexibilização Procedimental. Um Novo Enfoque para o Estudo do Procedimento em Matéria Processual*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 87 a 94.

⁵² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo. Influência do Direito Material sobre o Processo*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 62.

⁵³ SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *Gerenciamento de Processos Judiciais*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 132.

Assim, sendo instrumento, o processo deve ser ajustado de modo a proporcionar da melhor forma possível o resultado pretendido pelas partes. A duração razoável do processo, nesse sentido, é condição para o acesso à ordem jurídica justa, pois, como afirmado por Rui Barbosa, em sua assertiva tantas vezes lembrada no meio jurídico, “justiça tardia não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”⁵⁴.

Desse modo, intimamente relacionado ao conceito de eficiência está a noção de gerenciamento do processo. Este pode ser explicado como o “planejamento da condução de demandas judiciais em direção à resolução mais adequada do conflito, com o menor dispêndio de tempo e custos”⁵⁵.

O juiz gerencia quando, por exemplo, busca formas alternativas de resolução dos conflitos, flexibiliza o procedimento para adequá-lo às circunstâncias do caso concreto, otimiza os instrumentos disponibilizados em lei, dispensa os excessos de forma, concentra os atos processuais, estabelece cronogramas destes, maximiza a oralidade, entre outras diversas práticas de condução do processo que visam a celeridade e efetividade dos casos submetidos à jurisdição estatal.⁵⁶

Destarte, através do gerenciamento, o juiz mitiga os efeitos da forma e por isso, indiretamente, combate o processualismo. Procede-se à flexibilização do procedimento às especificidades do conflito e do órgão judiciário, de modo que as questões substanciais preponderam ante as questões formais⁵⁷.

De fato, sendo os procedimentos de quais os juízes podem se utilizar os mesmos, é o gerenciamento que opera resultados tão díspares em relação ao tempo de tramitação do processo entre um juiz e outro.

Tais resultados revelam a importância da dinâmica procedimental judicialmente planejada, porquanto permite que cada procedimento seja planejado no caso concreto, correspondendo à exigência do tempo.

A fungibilidade, nesse ponto, se relaciona ao gerenciamento, enquanto forma de flexibilizar e reduzir o tempo de tramitação do processo, pois impede que o instrumento proposto, considerado equivocado, seja rejeitado ensejando a necessidade de nova propositura, desta vez do instrumento adequado.

⁵⁴ BARBOSA, Rui. *Rui Barbosa: escritos e discursos seletos*. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1997, p. 675.

⁵⁵ SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *Gerenciamento de Processos Judiciais*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 35.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 21.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 129.

Outrossim, como afirma Eduardo de Avelar Lamy, a fungibilidade é “um símbolo de otimização operativa da formalidade processual”⁵⁸.

Assim, como será retomado 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.

⁵⁸ SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *Gerenciamento de Processos Judiciais*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 102.

SEGUNDA PARTE – O PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE

3 A FUNGIBILIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

3.1 ORIGENS

A ideia da fungibilidade remonta, ao que tudo indica, ao direito alemão. Muito antes, entretanto, no Direito romano havia um mecanismo que denotava ideia de não prejuízo, previsto no Digesto XLIX, I,1, §3º, segundo o qual a parte não seria prejudicada se interpusesse sua apelação, dirigindo-a a juiz hierarquicamente igual ou superior àquele que deveria, de fato, recebê-la. Destarte, tratava-se de uma regra de aproveitamento do recurso no caso de erro na competência, contanto que o erro não dirigisse a apelação a juiz *a quo* daquele que deveria proceder sua admissão e julgamento. Contudo, a efetiva troca de um instrumento por outro, que caracteriza a fungibilidade, não ocorria aqui⁵⁹.

Por isso, remete-se a gênese da fungibilidade ao direito alemão. Neste já havia debate doutrinário relativo ao meio mais adequado para se recorrer de um pronunciamento judicial equivocado, cuja forma não fosse compatível com o conteúdo da decisão.

A partir dessa situação, formaram-se duas teorias: subjetiva e objetiva. Pela primeira, a parte deveria se ater à vontade do juiz ao emitir determinado pronunciamento. Portanto, ainda que a eleição do julgador quanto à espécie de pronunciamento fosse equivocada, a parte deveria interpor o recurso cabível contra o pronunciamento que efetivamente foi emitido, e não contra aquele que deveria ter sido emitido, consoante o conteúdo da decisão. Já a corrente da teoria objetiva, ao revés da subjetiva, estabelecia que o recurso escolhido pelo jurisdicionado deveria ser o recurso adequado para atacar o pronunciamento que deveria ter sido emitido e não o foi, ou seja, incumbiria à parte desconsiderar a forma pela qual a decisão foi proferida e observar seu conteúdo, sua finalidade⁶⁰.

Com efeito, muitas críticas foram feitas às duas teorias, pois se afirmava que o tutelado não poderia ser prejudicado por um erro a que não deu causa, bem como que não poderia ser exigido dele que demonstrasse mais conhecimento jurídico que o próprio juiz, que proferiu o ato incorreto. Por isso, a doutrina concebeu o chamado *princípio do recurso*

⁵⁹ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios Fundamentais – Teoria Geral dos Recursos*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 142.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 143 e 144.

indiferente (“Sowohl-als-auch-Theorie”), atualmente denominado *princípio do maior favor* (Grundsatz der Meistbegünstigung”), de acordo com o qual não importa se o recurso interposto pela parte foi contra a decisão efetivamente proferida, ou contra aquela que deveria ter sido proferida, ambos devem ser igualmente admitidos⁶¹.

Por outro lado, no direito português a fungibilidade surgiu através do art. 205, §§ 1º e 3º do Decreto 21.287, de 26/05/1932, que introduziu no Código de Processo Civil lusitano de 1876 a regra segundo a qual o juiz deveria proceder à conversão do recurso de apelação ou revista interposto equivocadamente pela parte, para o recurso de agravo, quando este fosse o mais adequado, e também o contrário, ou seja, de agravo para apelação ou revista quando estes fossem os competentes⁶².

A regra do Decreto foi ampliada ao ser incorporada ao CPC de 1939, em seu art. 688. Aqui a norma passou a ser genérica, de modo que sempre que houvesse erro na espécie recursal proposta, o juiz não poderia indeferi-la alegando inadequação recursal. O preceito se manteve, ainda, no CPC lusitano atual, em seu art. 687⁶³.

No direito pátrio, atribui-se o surgimento da fungibilidade aos códigos estaduais, como o antigo Código do Processo Civil do Estado de Minas Gerais, Lei nº 830 de 7 de setembro de 1922, que em seu art. 1.485, parágrafo único dispõe:

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

Parapho unico. Si, porém, a jurisprudencia do Tribunal da Relação fôr vacillante a respeito do recurso cabivel, 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.

Percebe-se, destarte, que se concedia ao recorrente o benefício de, caso houvesse dúvida objetiva na jurisprudência, modificar a espécie recursal interposta para adequá-la ao entendimento do respectivo Tribunal.

Por sua vez, o art. 1.361 do Código de Processo Civil e Commercial do Ceará, Lei nº 1.952, de 30 de dezembro de 1921, possibilitava à parte substituir o recurso incorreto que

⁶¹ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios Fundamentais – Teoria Geral dos Recursos*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 110 a 112 e 142 a 146.

⁶² *Ibidem*, p. 111 e 112.

⁶³ Art. 687. 3. “Junto o requerimento ao processo, será indeferido quando se entenda que a decisão não admite recurso, ou que este foi interposto fora de tempo, ou que o requerente não tem as condições necessárias para recorrer. **Mas não pode ser indeferido com o fundamento de ter havido erro na espécie de recurso: tendo-se interposto recurso diferente do que competia, mandar-se-ão seguir os termos do recurso que se julgue apropriado**”. (grifo nosso).

havia interposto pelo correto, caso estivesse dentro do prazo legal para realizar tal variação⁶⁴.

In verbis:

Art. 1.361 – Também não é lícito á parte apelar do mesmo despacho ou decisão, de que houver agravado, após se ter julgado ser caso de appellação e não de agravo, salvo se ainda estiver no prazo dentro do qual pode variar do recurso.

Já em alguns outros estados, como o Rio Grande do Sul, a despeito de não haver previsão expressa da norma, era possível detectar a aplicação da fungibilidade em certos julgados⁶⁵.

3.2 CONCEITO

A palavra fungível deriva do termo latim *fungibilis*, cujo significado é “o que pode ser usado em lugar de outra coisa, o que pode ser substituído”, sendo o radical *fungi* o mesmo que “realizar, levar a efeito”⁶⁶.

A acepção exata do termo ainda não é pacífica no direito pátrio, sendo alvo de constantes debates. Com efeito, a expressão “fungibilidade” é, por diversas vezes, utilizada indistintamente para denominar fenômenos jurídicos absolutamente diversos. Portanto, cumpre consignar, no intuito de preservar o rigor da ciência jurídica através da pureza da linguagem⁶⁷, a definição de cada fenômeno, pelo que conceituaremos brevemente, porém sem nos aprofundarmos, visto não ser este o foco do nosso estudo, também a fungibilidade no âmbito do direito material.

3.2.1 A Fungibilidade no direito material

A fungibilidade no direito material se insere no âmbito do Direito Civil, estando conceituada no Código Civil, em seu art. 85, que estabelece serem fungíveis “os bens móveis que podem substituir-se por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade”.

⁶⁴ Outros exemplos podem ser encontrados nos artigos 1.143 do código do Distrito Federal e no 2.289, do código do Rio de Janeiro. NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios Fundamentais – Teoria Geral dos Recursos*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 111.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 111.

⁶⁶ <http://origemdapalavra.com.br/palavras/fungivel/>

⁶⁷ BUZAID, Alfredo. Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 1973. p. 53

Destarte, a fungibilidade é o atributo inerente, *a priori*, aos bens móveis plenamente substituíveis, de modo que, aqueles que possuem, por sua qualidade individual, certa especialidade em relação aos demais, não podendo ser cambiáveis por qualquer outro, são classificados como infungíveis⁶⁸.

Entretanto, a despeito de haver menção tão somente quanto a bens móveis, a doutrina tem admitido, ante a diversificação dos negócios imobiliários, a fungibilidade de bens imóveis. Cita-se como exemplo o caso em que, havendo um condomínio sobre um terreno, os proprietários decidem partilhar o bem, recebendo cada um uma quantidade de lotes que, até a lavratura do instrumento, podem ser considerados fungíveis, uma vez determináveis tão somente pelo gênero, qualidade e quantidade⁶⁹.

Por outro lado, à luz do art. 247 do CC, tem-se que a ideia da fungibilidade se apresenta, outrossim, quanto às obrigações de fazer, que se consubstanciam na prestação de um serviço. Serão, destarte, fungíveis as prestações que puderem ser adimplidas por pessoa distinta do devedor, e infungíveis as prestações que exigem uma atuação personalíssima deste⁷⁰.

A distinção entre bens ou prestações fungíveis e infungíveis se mostra relevante porquanto distingue figuras contratuais, como o mútuo (art. 586 do CC) e o comodato (art. 579 do CC), contratos de empréstimo cuja diferença reside no objeto, coisa fungível no primeiro e infungível no segundo⁷¹, bem como, e principalmente, porquanto fixa o poder liberatório. Caio Mário da Silva Pereira leciona que “se a dívida é de *corpo certo*, o devedor não se libera senão com a entrega daquele objeto específico; se se tratar, ao contrário, de uma *dívida de gênero*, solve a obrigação entregando quaisquer unidades submetidas ao critério da qualidade e da quantidade, e pode, mesmo, consignar em Juízo, na recusa do credor”⁷². Assim, consignando que a mesma lógica se aplica às obrigações de fazer, o credor de coisa ou serviço infungível, não pode ser obrigado a receber coisa ou serviço diverso, ainda que mais valioso (art. 313 CC)⁷³.

⁶⁸ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro. 1. Teoria Geral do Direito Civil. 25ª ed.* Saraiva: São Paulo, 2008. p. 336 e 337.

⁶⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil. Vol. I. Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral de Direito Civil. 22ª ed.* Forense: Rio de Janeiro, 2007. p. 427

⁷⁰ MONTEIRO, Washington de Barros Monteiro e outra. *Curso de Direito Civil. Parte Geral. 44ª ed.* Saraiva: São Paulo, 2012. p. 199.

⁷¹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro. 1. Teoria Geral do Direito Civil. 25ª ed.* Saraiva: São Paulo, 2008. p. 338.

⁷² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil. Vol. I. Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral de Direito Civil. 22ª ed.* Forense: Rio de Janeiro, 2007. p. 428

⁷³ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro. 1. Teoria Geral do Direito Civil. 25ª ed.* Saraiva: São Paulo, 2008. p. 338.

3.2.2 A Fungibilidade no direito processual

De fato, o conceito de fungibilidade no direito material guiou a construção do significado processual do instituto. Entretanto, este acabou por adquirir sentido divergente do primeiro, ao apresentar uma conotação de substituição, e não de equivalência, como o faz a fungibilidade material⁷⁴.

Destarte, pode-se definir a fungibilidade processual como a possibilidade de substituição de uma medida processual por outra, admitindo-se aquela equivocadamente utilizada como se fosse a mais adequada proteger a situação fática apresentada nos autos⁷⁶.

Percebe-se, assim, que, no âmbito do direito processual, a fungibilidade se aplica quando, na verdade, os meios disponíveis são infungíveis. Ou seja, é justamente por haver um meio mais adequado à tutela do direito material, em detrimento do meio proposto pela parte, e estes não serem equivalentes, que o juiz realiza a conversão deste naquele.

Cumpra apontar que, mesmo nas hipóteses em que o juiz, primando pela economia processual e efetividade do processo, admite o processamento da própria via proposta, a despeito de sua inadequação, não se pode dizer que há equivalência com o meio correto, pois, caso houvesse, ambos seriam igualmente apropriados, dispensando-se a aplicação da fungibilidade.

Destarte, trata-se de método de flexibilização procedimental, pois permite ao juiz que, a despeito de a forma eleita pela parte ser incorreta, processe a medida proposta, ou converta-a na mais adequada.

⁷⁴ COUTO, Camilo José d'Ávila e outros. *Direito Processual e a Administração Pública*. Forense Universitária: Rio de Janeiro, 2011. p. 70.

⁷⁵ Por outro lado, Eduardo de Avelar Lamy nega o caráter substitutivo da fungibilidade, afirmando que há, na verdade, "caráter de tolerância, de aproveitamento de atos imperfeitos, promovendo a *aceitação* de um meio processual em lugar de outro, ou mesmo do meio processual tido como incorreto, desde que capaz de gerar os mesmos resultados. Não se trata apenas de promover a utilização de um meio processual no lugar de outro, mediante conversões, mas também de aceitar e aproveitar um meio como se outro fosse". Embora concordemos com a posição do autor, de que a fungibilidade no direito processual apresenta um caráter de tolerância, não nos parece que esta seja excludente a seu caráter substitutivo, já que a tolerância se verifica justamente em relação à substituição. Aceita-se a substituição concreta do meio equivocadamente proposto pelo correto, ou, nos casos em que é possível o processamento do próprio meio incorreto, apenas por questões de economia processual, tolera-se seu processamento. LAMY, Eduardo de Avelar. *Princípio da Fungibilidade no Processo Civil*. São Paulo: Dialética, 2007. p.101.

⁷⁶ TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *Teoria do Princípio da Fungibilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008 p. 94

A fungibilidade é, portanto, medida de exceção aos arts. 128 e 460 do CPC⁷⁷, que preveem o princípio da adstrição ao juiz ao pedido da parte, pois possibilita ao juiz decidir a lide de maneira diversa da requerida na exordial.

De fato, a exceção é plenamente justificável, na medida em que a preocupação maior do processo deve ser a efetiva tutela do direito material, e a fungibilidade é, nesse sentido, um meio para adaptar as regras do direito processual civil à realidade social⁷⁸.

Se tomados como absolutos e independentes da situação de direito material à qual irão contemplar, muitos princípios processuais podem se tornar entraves ao alcance dos escopos do processo. Assim, é necessário admitir sua relativização, fazendo-os incidir sempre com vistas à obtenção da tutela célere e justa.

Como já exposto, deve-se conferir relevância análoga ou superior a aspectos procedimentais em relação aos de direito substancial apenas nas hipóteses em que os primeiros cumprem a função de tutelar normas de maior valor hierárquico, as garantias constitucionais, como contraditório e ampla defesa.

Por fim, convém lembrar que a utilização do instrumento equivocado ou menos útil é hipótese bastante distinta da denominação incorreta de medidas processuais. Nesta, o pedido, tanto mediato quanto imediato, é bastante claro e adequado, mas a parte comete um erro de nomenclatura, que pode ser corrigido de ofício pelo juiz (princípio *mihi factum, dabo tibi ius*).

Os “erros de nome” das medidas processuais são pouco relevantes quando o pedido é expresso de forma evidente, devido à lógica de que “o juiz conhece o direito”, de modo que o magistrado deve corrigir e relevar equívocos de tal ordem⁷⁹.

3.3 FUNDAMENTO

Num sistema processual de escopos, no qual a forma dos atos processuais é relevante apenas se o desrespeito a ela fizer com que o ato não atinja sua finalidade ou gere algum prejuízo à parte ou ao próprio sistema processual (vide itens 2.2 e 2.3), é de suma importância, para se determinar qual deve ser a abrangência da fungibilidade, estabelecer qual

⁷⁷ 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.

⁷⁸ TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *Teoria do Princípio da Fungibilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008 p. 94.

⁷⁹ LAMY, Eduardo de Avelar. *Princípio da Fungibilidade no Processo Civil*. São Paulo: Dialética, 2007. p. 121.

a sua racionalidade, ou seja, qual é o fundamento que enseja e legitima a aplicação do instituto.

Como será exposto nos tópicos seguintes, existem três hipóteses em que a aplicação da fungibilidade é admitida sem maiores divergências no sistema processual civil pátrio. A primeira hipótese é a fungibilidade recursal, que, a despeito de não gozar de previsão legal expressa, é amplamente aceita pela doutrina e jurisprudência (vide item 3.6.1). As demais hipóteses, fungibilidade entre tutelas antecipadas e medidas cautelares e fungibilidade entre ações possessórias, são expressamente disciplinadas no atual Código de Processo Civil, respectivamente nos artigos 273, §7º e 920 (vide itens 3.6.2 e 3.6.3).

Assim, para cada caso há uma justificativa que levou o legislador a estabelecer a fungibilidade. No âmbito dos recursos, como será melhor explicado mais adiante, a existência, algumas vezes, de dúvidas doutrinárias e jurisprudenciais a respeito de qual espécie recursal mais adequada para cada caso concreto foi o principal fator que levou à aceitação do princípio.

Nesse sentido, Nelson Nery Junior afirma que o desígnio da fungibilidade recursal é garantir que a parte não seja prejudicada pela interposição de um recurso cuja adequação seja duvidosa em razão das imperfeições e impropriedades terminológicas existentes no próprio texto legal, ou de divergências doutrinárias e jurisprudenciais⁸⁰.

No caso da fungibilidade entre tutela antecipada e medida cautelar, o principal fundamento é a natureza protetiva da tutela. Melhor explicando, como tanto a tutela antecipada quanto a medida cautelar são medidas de urgência, nas quais está presente o *periculum in mora*, a fungibilidade foi concebida para que, ainda que haja equívoco no pedido liminar, a tutela seja concedida de modo mais célere possível, já que eventual delonga pode acarretar à parte um prejuízo irreversível.

Como bem aduz Guilherme Freire de Barros Teixeira, “a urgência, nota predominante das tutelas cautelar e antecipada, serve como motriz para superar equívocos da parte ao pleitear a tutela jurisdicional”⁸¹.

Outra justificativa está na existência de zonas cinzentas entre as tutelas de urgência. Em algumas situações não é possível definir com nitidez qual a modalidade mais adequada para pleitear a medida, se tutela cautelar ou antecipação dos efeitos da tutela. A

⁸⁰ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios Fundamentais – Teoria Geral dos Recursos*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 110.

⁸¹ TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *Teoria do Princípio da Fungibilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008 p. 176.

incerteza gerada em determinados casos justifica a previsão do instituto entre as medidas de urgência⁸².

Por fim, quanto à fungibilidade entre ações possessórias, a razão da previsão do princípio reside tanto no fato de haver, algumas vezes, zonas cinzentas entre as situações que ensejam cada tipo de ação, quanto na dinamicidade da relação possessória, que pode acarretar uma alteração da situação fática no decorrer do processo.

Em contrapartida, a despeito de tais questões específicas, a doutrina procura estabelecer um ponto em comum para aplicação da fungibilidade em qualquer dos casos acima citados, e, até mesmo, em hipóteses diversas das três mencionadas. Procura-se definir, destarte, qual seria o verdadeiro escopo da fungibilidade.

Assim, a doutrina tradicional aponta a incoerência de se causar um prejuízo à parte pelo não recebimento de determinado instrumento processual cuja adequação seja alvo de dúvidas advindas de posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, ou até mesmo da imprecisão do texto legal ou equívoco do ato judicial, de modo que a dúvida objetiva seria a escusa para o suposto equívoco.

Teresa Arruda Alvim se posiciona nesse sentido, afirmando que a parte não pode ser prejudicada pela falta de consenso entre a doutrina e a jurisprudência quanto ao meio adequado para se atingir, no processo, determinado fim. A doutrinadora questiona: “Ora, afinal, se nem estudiosos do processo ou magistrados têm certeza a respeito de qual seja o caminho adequado em certas situações, a parte é que teria o dever de o saber?”⁸³.

Já a doutrina mais moderna menciona a instrumentalidade das formas como alicerce da fungibilidade, motivo pelo qual alguns autores chegam a defender uma aplicação mais ampla do instituto, como será demonstrado no próximo capítulo.

Nesse sentido, Fernando da Fonseca Gajardoni, afirma que a razão da fungibilidade se encontra na instrumentalidade das formas, e mormente na proteção da boa-fé do jurisdicionado, que acredita praticar o ato mais adequado ou útil, quando, na realidade, não

⁸² Constituem casos de incerteza, por exemplo, o art. 888, VI do CPC, que prevê o afastamento provisório de um dos cônjuges do lar. Esta medida, não obstante denominada pelo código de cautelar, tem caráter antecipatório de um dos efeitos da separação judicial. MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Procedimentos Cautelares e Especiais*, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 45.

⁸³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *O óbvio que não se vê: a nova forma do princípio da fungibilidade*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI25047,61044-O+obvio+que+nao+se+ve+a+nova+forma+do+principio+da+fungibilidade>. Último acesso em: 14 de agosto de 2013.

o faz⁸⁴. Adepto da mesma posição, José Roberto dos Santos Bedaque aduz ser a fungibilidade mera decorrência lógica do princípio da instrumentalidade das formas⁸⁵.

De fato, como exposto no Capítulo II, a fungibilidade consagra tanto o princípio da instrumentalidade das formas quanto o princípio da instrumentalidade do processo, já que há flexibilização da forma e a efetividade e eficiência do processo são prestigiadas. Evita-se, através da fungibilidade, que a parte desista de propor o instrumento correto após a via eleita não ser admitida, o que pode ocorrer, por exemplo, se houver custas a serem pagas, bem como que a parte perca o próprio direito material, no caso de se operar a preclusão no período de tempo entre o indeferimento do meio equivocado e proposição do meio adequado. Ademais, a fungibilidade confere celeridade ao processo⁸⁶, já que as etapas de indeferimento e nova proposição são suprimidas.

Dedicaremos o capítulo IV do presente trabalho ao estudo do que este setor da doutrina entende que pode ser abarcado sob o conceito da fungibilidade e quais seriam os limites de sua incidência.

3.4 NATUREZA JURÍDICA

Para perfeita compreensão da fungibilidade, é de suma importância a delimitação de sua posição enciclopédica, pois, como sabido, a distinção qualitativa entre princípios e regras faz com que cada qual tenha critérios específicos para determinar sua prevalência perante outras normas.

Assim, se considerada princípio, a fungibilidade seria não apenas *lex* (regra jurídica de aplicação imediata), mas também *ratio legis*, exercendo o papel de veículo interpretativo de outras normas. Por outro lado, enquanto regra, sua aplicação seria restrita aos casos em que verificada sua validade⁸⁷.

Por isso, é *conditio sine qua non* à discussão a respeito dos limites da aplicação da fungibilidade, a definição de sua natureza jurídica, eis que, por si só, esta estabelece as balizas de incidência do dispositivo.

⁸⁴ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização Procedimental. Um Novo Enfoque para o Estudo do Procedimento em Matéria Processual*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 190.

⁸⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 120.

⁸⁶ Celeridade que se trata, inclusive, de garantia constitucional, insculpida no art. 5º, LXXVIII da Constituição Federal: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

⁸⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 275 a 283.

Destarte, a tendência doutrinária é a defesa da fungibilidade como princípio implícito no sistema processual⁸⁸, decorrente do próprio ordenamento jurídico. Ressalta-se que não é necessária expressa previsão em normas legais para o reconhecimento da fungibilidade como princípio já que, muitas vezes, os princípios decorrem do próprio sistema jurídico⁸⁹.

Embora alguns autores assumam como pressuposto seu caráter principiológico, outros apontam explicitamente os enunciados jurídicos de que a norma proviria, como Eduardo de Avelar Lamy, que relaciona a relação com os direitos fundamentais e a filosofia do direito, temas que constituem, em sua visão, “valioso instrumento para a detecção do embasamento *jusfundamental* à fungibilidade de meios”⁹⁰. Para Lamy, é necessário pensar em uma teoria do processo consoante os ditames constitucionais, não baseada apenas nos institutos clássicos da relação jurídica processual. Assim, o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional deve ser influenciado pelos direitos fundamentais, sendo a fungibilidade um meio para promover tal aperfeiçoamento e que encontra embasamento justamente em direitos constitucionais elementares, como o direito à efetividade do processo. Exatamente por isso o autor considera a fungibilidade um princípio, cuja aplicação junto às regras processuais viabiliza obtenção de melhores resultados práticos na atividade jurisdicional, “coadunando-se com a realidade forense que demanda interpretar-se a Constituição e o ordenamento jurídico conforme a necessidade social e a melhor operabilidade do instrumento constituído pelo processo”⁹¹.

Outrossim, Guilherme Freire de Barros Teixeira assevera que, a despeito de não haver no Código de Processo Civil vigente reprodução do dispositivo que previa a fungibilidade no CPC de 1939, a fungibilidade tem aplicação ainda hoje, sendo um princípio implícito decorrente da instrumentalidade das formas.

O autor, assim como Eduardo de Avelar Lamy, encontra seu fundamento em normas constitucionais, ao afirmar que, apesar de não previsto expressamente na Constituição Federal, o princípio da fungibilidade “decorre das garantias constitucionais do devido processo legal (art. 5º, LIV), da ampla defesa (art. 5º, LV) e da inafastabilidade do controle

⁸⁸ Nesse sentido, Nelson Nery Junior, Fernando da Fonseca Gajardoni, José Roberto dos Santos Bedaque, Sidnei Amendoeira Jr, Guilherme Freire Teixeira de Barros, Eduardo de Avelar Lamy, entre outros.

⁸⁹ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios Fundamentais – Teoria Geral dos Recursos*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 109.; TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *Teoria do Princípio da Fungibilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008 p. 144.

⁹⁰ LAMY, Eduardo de Avelar. *Princípio da Fungibilidade no Processo Civil*. São Paulo: Dialética, 2007. p. 25.

⁹¹ *Ibidem*, p. 20 a 36.

jurisdicional (art. 5º, XXXV)”⁹². Conclui o doutrinador que é legítima a aplicação da fungibilidade sempre em situações em que as formas não apresentem “uma justificativa razoável”, como nos casos em que a forma tem função de preservação de uma garantia constitucional⁹³.

Assim, as garantias constitucionais citadas justificam a existência do princípio da fungibilidade, sendo da interpretação dos enunciados expostos que ele é extraído. Ora, se aos princípios “cumpre dar efetividade ao sistema e iluminar a interpretação sistemática das normas processuais nos vários escalões”⁹⁴, é fato que a fungibilidade é um princípio, porquanto possui nitidamente o caráter guiar a interpretação das normas processuais sob a ótica da instrumentalidade, da efetividade e da eficiência do processo.

Ademais, por ser possível sua aplicação em matérias processuais absolutamente distintas, pode-se dizer que se situa à base do sistema processual.

3.5 PROCEDIMENTO

A aplicação da fungibilidade pode ocorrer em dois aspectos: quando o ato processual proposto for inadequado ou quando este não for o mais útil.

No primeiro caso, o juiz deve, com vistas à economia processual e efetividade, receber o próprio instrumento inadequado como sendo o correto. No entanto, se o processamento do instrumento proposto, com suas peculiaridades não for possível, devido à incompatibilidade procedimental, o juiz deve operar a conversão de um em outro, determinando todas as providências cabíveis para realizar tal adequação.

Já no caso de o instrumento proposto não ser o mais útil, o julgador deve proceder ao recebimento e processamento deste como sendo o ato processual mais útil apenas após a manifestação favorável da parte que o propôs, visto que pode haver um interesse específico do litigante na proposição do instrumento eleito.

Um exemplo que revela a possibilidade de eleição proposital da via menos útil é o caso da parte que, possuindo título executivo extrajudicial, ajuíza ação de conhecimento, de

⁹² TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *Teoria do Princípio da Fungibilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008 p. 93 e 94.

⁹³ *Ibidem*. p. 95.

⁹⁴ FREITAS, Juez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 164.

rito comum ou monitória, para obter, ao final do processo, um título executivo judicial e, então, gozar das prerrogativas que o Código de Processo Civil confere a este tipo de título⁹⁵.

3.6 APLICAÇÃO SEGUNDO O SISTEMA LEGAL ATUAL

Como já afirmado, a aplicação da fungibilidade é atualmente admitida, sem maiores questionamentos, em três matérias processuais: recursos; medidas de urgência; e ações possessórias.

3.6.1 Recursos

No que tange à sistemática recursal, a despeito de não haver menção explícita ao princípio da fungibilidade no CPC vigente, como o fazia o diploma de 1939, é pacífica entre os operadores do direito a sua aplicabilidade no âmbito do processo civil contemporâneo⁹⁶.

De fato, o sistema recursal previsto pelo Código de Processo Civil de 1939 era de elevada complexidade, dificultando a atividade de escolha do recurso adequado contra cada ato decisório. Isso se devia tanto ao excessivo número de recursos previstos pela lei, que continham taxativamente as hipóteses às quais seriam cabíveis, quanto à carência de uma organização lógica, visto ser habitual a referência a recursos distintos para hipóteses de cabimento semelhantes e a um mesmo tipo recursal para hipóteses que não guardavam qualquer relação entre si.

Alfredo Buzaid exemplifica a falta de técnica jurídica do Código anterior através do então intitulado agravo de petição, que, na realidade, abrangia cinco recursos, pois era cabível em cinco hipóteses, a saber: da decisão que punha termo ao processo, sem entrar no julgamento do mérito (art. 846 do CPC); da decisão terminativa da instância e da sentença proferida sobre o pedido das partes (art. 45 do Dec.-lei nº 960/38); da decisão de mérito proferida em ações de acidente de trabalho e de alimentos (art. 15, §2º da Lei nº 5.316/67, e art. 14 da Lei nº 5.478/68); nos casos expressamente indicados na Lei de Falências (Dec.-lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, arts. 18, § 3º; 19; 69, § 4º; 77, § 4º; 79, § 2º; 97; 137, § 4º, e 155, § 3º); e, por fim, da decisão que negava ou concedia mandado de segurança (Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951, art. 12).

⁹⁵ Por exemplo, as medidas previstas no art. 461, §5º, das quais o credor não pode se valer caso a execução seja de título extrajudicial. GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização Procedimental. Um Novo Enfoque para o Estudo do Procedimento em Matéria Processual*. São Paulo: Atlas, 2008. p.194.

⁹⁶ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios Fundamentais – Teoria Geral dos Recursos*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 109 e 110.

O jurista conclui, então, a respeito da falta de critérios científicos do legislador de 1939: “Admitindo agravo de petição, quer de decisão terminativa, quer de decisão definitiva, quer de outras providências jurisdicionais de índole diversa, o legislador brasileiro abandonou a idéia de uniformidade”⁹⁷.

Outrossim, os autores identificavam na legislação especial, que também previa espécies recursais, falta de simetria com o CPC então vigente⁹⁸, fator que também corroborava para a ocorrência de dúvidas, tanto objetivas, ou seja, da doutrina e jurisprudência, quanto subjetivas.

Soma-se, ainda, ao contexto, a natureza típica da tutela recursal que, diferentemente do que ocorre com as tutelas em geral no processo civil, possui, por força do princípio da taxatividade e da unirecorribilidade, para cada caso fático, apenas um recurso adequado⁹⁹, dificultando ainda mais o uso das técnicas recursais.

Por fim, a existência de prazos preclusivos torna mais relevante a observância que deve se dar ao instrumento adequado, já que, passado o prazo, perde-se não apenas a possibilidade de utilização do instrumento, mas o próprio direito que seria requerido por meio dele.

Ante essa realidade, era imprescindível que houvesse um mecanismo capaz de atenuar os prejuízos advindos da incerteza a respeito da adequação recursal. Destarte, o próprio Código de Processo Civil de 1939 previa dois meios concebidos especificamente com esse propósito, quais sejam, os artigos 809 e 810.

Pelo primeiro, 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”, o recorrente poderia, caso desejasse, modificar a espécie recursal escolhida, contanto que a mudança ocorresse dentro do prazo determinado por lei para o primeiro recurso interposto¹⁰⁰ e respeitando o princípio da unirecorribilidade.

⁹⁷ BUZAID, Alfredo. *Exposição de motivos do Código de Processo Civil de 1939*. Itens 26 e 27.

⁹⁸ ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Estudo Sobre Os Embargos de Nulidade e Infringentes do Julgado Previstos No Código de Processo Civil. Tese de concurso à cátedra de direito judiciário civil na Faculdade de Direito da Universidade do Paraná*. Curitiba: Líbero-Técnica, 1959. p. 127 e 128.

⁹⁹ Em geral, as técnicas de tutelas existentes são de natureza atípica, já que, de modo geral não há apenas uma técnica de tutela adequada para cada situação do direito material, mas meios diferenciados, como ação monitória, mandado de segurança, ação possessória, habeas data, entre outros, e meios comuns, o procedimento comum ordinário e sumário, que, em conjunto, abarcam toda a generalidade de direito material. YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela Jurisdicional Específica nas Obrigações de Declaração de Vontade*. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 107 a 111.

¹⁰⁰ Guilherme Freire de Barros Teixeira ressalta que “se já houvesse escoado o prazo recursal, não seria mais possível a variação”. TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *Teoria do Princípio da Fungibilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008 p. 133.

Já o art. 810 instaurava expressamente a fungibilidade recursal, pois estabelecia 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”. Desse modo, era possível a admissão de um recurso inadequado para aquela situação, como se o adequado fosse, embora houvesse a necessidade da presença da boa-fé e da ausência de erro grosseiro.

A doutrina considerou a norma um avanço considerável na ruptura da mentalidade formalista que era, até então, predominante na matéria recursal, representando um viés moderno da diretriz processual, no qual prepondera a vontade das partes em detrimento do formalismo exacerbado¹⁰¹.

Pontes de Miranda observa que havia, à época, uma impermeabilidade ou insensibilidade dos julgadores e chega a apontar certo sadismo na atitude de certos juízes ao não admitir os recursos que entendiam inadequados. Afirma que “o princípio que o art. 810 enuncia é o princípio do maior favor ‘generalizado’, ou melhor, da fungibilidade das interposições, e veio adoçar a rijeza das leis sobre a interposição dos recursos, que antes se fundavam em convicções falsas, e.g., a clareza da lei sobre recursos, a da plenitude inconsútil da lei (que, assim, previra todos os casos), a da uniformidade da jurisprudência”¹⁰².

Entretanto, cumpre ressaltar que o advento da norma não significou uma imediata supressão da cultura jurídica legalista-formalista, ainda hoje presente no cenário jurídico. De fato, muitos juízes restringiam demasiadamente a aplicação da fungibilidade, sendo raros os casos em que a situação fática era reconhecida como ensejadora da aplicação do dispositivo¹⁰³.

Tendo em vista a situação *supra* exposta, o legislador, ao elaborar o Código de Processo Civil de 1973, procedeu uma ampla reforma da matéria recursal, no intuito de simplificar e facilitar o manejo dos recursos. Foram reduzidos os tipos recursais e instituiu-se o critério finalístico, pelo qual a apelação seria o recurso cabível contra sentenças, não apenas as definitivas como também as terminativas, e agravo contra decisões interlocutórias, independentemente de seu conteúdo. Assim, solucionou-se o problema da recorribilidade das sentenças terminativas e definitivas.

¹⁰¹ LIMA, Alcides de Mendonça. *Recursos Cíveis: Sistema de Normas Gerais*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos S/A, 1963. p. 217.

¹⁰² PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo XI. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960. p. 49.

¹⁰³ BUZAID, Alfredo. *Exposição de motivos do Código de Processo Civil de 1973*. Item 31, §4º.

Por este motivo, suprimiu-se a regra contida no art. 810, já que, diante das alterações, o legislador a considerou desnecessária. Ocorre que a prática acabou demonstrando que ainda persistiram muitas incertezas relativas à adequação recursal no sistema processual instituído pelo Código atual. Nesse sentido, Teresa Arruda Alvim Wambier afirma:

“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 situação¹⁰⁴”.

Assim, a despeito de, no início, os Tribunais negarem a aplicação da fungibilidade, criou-se, após a verificação de situações de incerteza na prática, certo consenso a respeito da imprescindibilidade do mecanismo. Entendeu-se que é impossível ao legislador prever todos os casos fáticos que suscitariam a necessidade de interposição de algum recurso, e dispor, de modo claro, qual seria o recurso adequado para cada caso.

Portanto, a fungibilidade passou a ser admitida, trazendo-se, para balizar sua aplicação, os requisitos impostos na vigência do CPC de 1939, requisitos estes que analisaremos a seguir.

3.6.1.1 Requisitos para a Incidência da Fungibilidade Recursal

No sistema recursal do CPC de 1939 a lei mencionava a boa-fé e inexistência de erro grosseiro como condicionantes à aplicação da fungibilidade. O debate acerca dos conceitos jurídicos indeterminados “boa-fé” e “erro grosseiro” levou à concepção de outros requisitos, relacionados aos primeiros. Com o advento do CPC de 1973, como exposto, o uso da fungibilidade não pôde ser dispensado, de modo que a discussão relativa aos conceitos persistiu. Analisaremos a seguir tais requisitos e sua pertinência no sistema recursal atual.

¹⁰⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *O óbvio que não se vê: a nova forma do princípio da fungibilidade*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI25047,61044-O+obvio+que+nao+se+ve+a+nova+forma+do+principio+da+fungibilidade>. Último acesso em: 14 de agosto de 2013.

3.6.1.1.1 Boa-fé

Como demonstrado *supra*, consistia pressuposto negativo da fungibilidade no CPC de 1939, a existência de má-fé. Em outras palavras, a parte deveria eleger o recurso que expressaria seu inconformismo com a decisão judicial, sem qualquer dolo de se beneficiar com tal escolha, exceto, é claro, o benefício advindo da reapreciação da matéria pelo Poder Judiciário.

João Claudino de Oliveira e Cruz afirmava que a má-fé estaria na ciência do recorrente a respeito da interposição de recurso que não é cabível. Conquanto soubesse que a espécie recursal que irá apresentar infringe a lei, ele praticava o ato violador¹⁰⁵.

Entretanto, como sabido, a má-fé é um elemento subjetivo, que diz respeito à manifestação de vontade da parte, sendo muito difícil de ser comprovada na prática.

Por isso, Pontes de Miranda propôs algumas hipóteses que serviriam de norte para a verificação da má-fé. Consigne-se que tais hipóteses foram concebidas durante a vigência do vetusto Código de Processo Civil de 1939, num contexto jurídico-processual bastante distinto do atual e num momento em que os operadores do direito necessitavam atribuir um significado ao conceito jurídico indeterminado da boa-fé. O doutrinador admite, no entanto, que, mesmo na presença de tais hipóteses, a ausência da boa-fé não poderia ser presumida. Seriam indicativos de má-fé, portanto: o uso de recurso impróprio cujo prazo fosse maior que o do próprio; uso de espécie recursal com efeito devolutivo mais amplo; uso de recurso de processamento mais demorado; e uso de recurso com intuito de causar divergência jurisprudencial¹⁰⁶.

A nosso ver, de forma alguma a utilização do prazo maior poderia ser entendida como um sinal de má-fé, uma vez que indica, na verdade, que a parte está realmente convicta de que aquele é o recurso mais adequado, caso contrário, por segurança, não utilizaria todo o prazo¹⁰⁷. O mesmo cabe em relação à utilização de recurso com maior devolução, e de

¹⁰⁵ CRUZ, João Claudino de Oliveira. *Dos recursos no código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1957. p. 27

¹⁰⁶ PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo XI. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960. p. 51

¹⁰⁷ No mesmo sentido, José Carlos Barbosa Moreira afirma “Objetar-se-á que (...) o mero fato de ter-se recorrido fora do prazo do recurso cabível demonstra a malícia do recorrente. Tal postulado, explícito ou implícito, vem inspirando a atitude, predominante na jurisprudência, de só admitir a conversão do recurso impróprio no próprio se aquele foi interposto no prazo de interposição deste. Não nos parece lógico o raciocínio: o recorrente de boa-fé, sinceramente convencido de que dispõe da apelação, não tem porque sacrificar dois terços do prazo (...)”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Juízo de Admissibilidade no Sistema dos Recursos Cíveis. Tese de concurso para a docência livre de Direito Judiciário Civil, apresentada à Congregação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado da Guanabara*. Rio de Janeiro, 1968. p. 50.

processamento mais demorado, pois se o recorrente realmente acredita que o recurso por si utilizado é o mais adequado, ele obviamente não vai se importar se possui efeito devolutivo maior ou menor do que qualquer outro recurso que não entende ser cabível. Outrossim, estando de boa-fé, a parte não irá nem cogitar a modificação do tipo recursal para outro com processamento mais célere. Por fim, se o recurso tem o condão de gerar divergência jurisprudencial, resta claro que se está diante de um caso de dúvida objetiva, não cabendo imputar à parte a presunção de má-fé.

No entanto, a despeito dessa discussão, este requisito, justamente pela dificuldade de sua aferição, caiu em desuso. Na realidade, já na época do Código de Processo Civil de 1939 era improvável se verificar sua aplicação. José Carlos Barbosa Moreira afirmava, durante a vigência do antigo diploma, que “não sendo grosseiro o erro, muito difícil se tornará, na prática, aplicar o art. 810 contra o recorrente”, pois, “só em raríssimos casos poderá ficar provada a má-fé”¹⁰⁸.

Hodiernamente, Nelson Nery Jr. explica que “não mais se exige a inexistência da má-fé como circunstância para a aplicação do princípio da fungibilidade”¹⁰⁹. Assim, se encontram superados os debates em torno da boa-fé enquanto requisito para aplicação da fungibilidade recursal.

3.6.1.1.2 *Inexistência de erro grosseiro*

Consoante mencionado, o texto legal do CPC de 1939 condicionava a aplicação da fungibilidade à inexistência de erro grosseiro. Entretanto, a definição do que consistiria tal erro era deveras controvertida. A doutrina, apesar de não delimitar precisamente seu conceito, apresenta de forma clara uma de suas vertentes, pela qual este se configura na hipótese em que a interposição de determinado meio, contraria expressamente disposição legal¹¹⁰.

¹⁰⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Juízo de Admissibilidade no Sistema dos Recursos Cíveis. Tese de concurso para a docência livre de Direito Judiciário Civil, apresentada à Congregação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado da Guanabara*. Rio de Janeiro, 1968. p. 50.

¹⁰⁹ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios Fundamentais – Teoria Geral dos Recursos*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 139.

¹¹⁰ Nelson Nery Júnior menciona diversos exemplos, tais como: “a) de 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) de 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) de 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) de 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*”. NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios Fundamentais – Teoria Geral dos Recursos*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 132 a 134.

O que se segue a esta vertente é uma longa análise casuística, na qual os estudiosos do tema apresentam diversas hipóteses práticas, afirmando quais delas consistiriam erro grosseiro e quais não. A título ilustrativo, lembramos a lição do professor Arruda Alvim a respeito dos recursos extraordinários. Considerando que os pressupostos desta espécie recursal estão claramente estipulados na Constituição Federal e no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, a troca equivocada deste instrumento por outro, sempre caracterizaria erro grosseiro, de modo que a aplicação da fungibilidade não seria possível em tais casos.¹¹¹

Entretanto, em que pesem as tentativas de delimitar o conceito, devido à evidente complexidade e subjetividade inerentes ao termo, a doutrina passou a desenvolver um conceito negativo, ou seja, buscou-se definir o que não consistiria erro grosseiro, quais as hipóteses em que o erro cometido pela parte na escolha da espécie recursal interposta seria escusável. A elaboração de tal conceito acarretou a formação de um novo requisito, intimamente ligado a este: a dúvida objetiva. Chegou-se à conclusão de que sempre que estivesse presente a dúvida objetiva, não haveria erro grosseiro.

3.6.1.1.3 Dúvida Objetiva

Como dito, a dúvida objetiva, na verdade, foi uma nova exigência criada pela doutrina, em decorrência da definição do que não seria erro grosseiro. Assim, ambos representam faces de um mesmo requisito.

Cita-se frequentemente como conceito de dúvida objetiva a hipótese de divergência relevante na doutrina e jurisprudência concernente ao recurso mais adequado. Entretanto, há outras duas hipóteses que configuram tal requisito: impropriedade ou obscuridade na lei, ou seja, a lei classifica algum ato judicial equivocadamente; e erro no pronunciamento judicial. São estas, na verdade, hipóteses de erro escusável, ou seja, que não configuram erro grosseiro¹¹².

Como exemplo de impropriedade pode-se citar o art. 338, *caput* do CPC, que nomeia a decisão que realiza o saneamento do processo de “despacho saneador”, ou o art. 930, parágrafo único, que intitula “despacho” a decisão a respeito do pedido liminar nas ações

¹¹¹ ALVIM, Arruda. *Comentário a acórdão*, in RP 1 (1976), p. 194 – comentário ao acórdão proferido no agravo de petição n. 17513, do 2º TACivSP, in RP 1 (1976) pp, 190-194 *apud* NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios Fundamentais – Teoria Geral dos Recursos*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 134.

¹¹² NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios Fundamentais – Teoria Geral dos Recursos*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p.116.

possessórias. Alguns autores afirmam, entretanto, que tais hipóteses não se enquadrariam em dúvida objetiva, já que haveria certeza de que o recurso cabível seria o agravo¹¹³.

Já em relação à obscuridade legal, pode-se mencionar o art. 718 do CPC, que denomina de “sentença” o ato judicial que concede o usufruto de imóvel ou de empresa no curso da execução. Para recorrer de tal provimento judicial, admite-se tanto o recurso de apelação quanto o de agravo.¹¹⁴

Quanto às dúvidas decorrentes de divergências doutrinárias e jurisprudenciais, temos, por exemplo, a decisão que exclui o litisconsorte do processo, controverte-se sobre se sua natureza é de decisão interlocutória ou sentença.

Por fim, o erro no pronunciamento judicial não é hipótese tão relevante quanto as demais, em decorrência do já mencionado art. 154 do CPC, que estabelece 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”. Vê-se que o código priorizou a finalidade do pronunciamento judicial em detrimento da forma pela qual ele é emitido, de modo que, a parte deve se ater ao escopo do ato judicial para realizar a eleição da espécie recursal. Entrementes, ainda assim, o erro judicial pode conduzir o recorrente à incerteza, o que acarreta a necessidade de aplicação da fungibilidade.

Cumpra consignar que a dúvida objetiva é, de fato, o único requisito que pode ser concretamente exigido para a aplicação da fungibilidade, pois os demais requisitos são, ou decorrência deste, ou com este incompatíveis.

Como já exposto, a boa-fé é um requisito não mais exigido para a aplicação da fungibilidade, ao passo que a inexistência de erro grosseiro seria verificada justamente quando presente situação de incerteza atinente à espécie recursal adequada. Por fim, a observância do menor prazo entre os recursos substituíveis é, como bem apontado por parte da doutrina, inviável se presente a dúvida objetiva, como demonstraremos no tópico seguinte.

3.6.1.1.4 *Tempestividade*

Muito se debateu a respeito da necessidade de observância do prazo menor. Na vigência do CPC de 1939, predominava o entendimento de que, para possibilitar a aplicação

¹¹³ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios Fundamentais – Teoria Geral dos Recursos*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 117.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 116.

da fungibilidade, era indispensável que a parte interpusse o recurso dentro do prazo previsto para a espécie recursal adequada, ou no prazo do recurso equivocadamente, caso este fosse menor, não obstante não houvesse exigência legal nesse sentido.

Pretendia-se, desse modo, estabelecer um critério objetivo para a averiguação da boa-fé, esta sim, mencionada no texto do art. 810. Acreditava-se que o fato de a parte ter se utilizado do prazo mais exíguo seria um indicativo de que ela estaria de boa-fé, o que, como exposto no item 3.6.1.1.1, não nos parece razoável.

Tal entendimento ainda subsiste após o advento do CPC de 1973, na medida em que parcela da doutrina afirma que, decorrido o prazo do recurso competente, se opera a preclusão temporal, o que obstará a aplicação da fungibilidade. João Claudino de Oliveira e Cruz, adepto desta posição, alega que a admissão do recurso próprio, passado seu prazo, “seria uma permissão ilegal de dilatação de prazos”¹¹⁵.

Entretanto, interpretando a norma consoante a lógica do sistema processual, muitos doutrinadores seguiram o caminho oposto. Considerando-se a premissa de que a regra da fungibilidade existe para beneficiar a parte quando há uma situação de incerteza a respeito do recurso mais adequado, não haveria supedâneo lógico em, presente a dúvida objetiva, se retirar da parte o direito de interpor o recurso que considera cabível e usufruir do prazo para ele previsto.¹¹⁶ Isso porque tal exigência é incompatível com a dúvida relativa ao recurso competente. Ora, se a própria doutrina ou jurisprudência não sabem qual é o recurso correto, não há como se falar em respeitar o prazo do recurso “próprio”. Isso acarretaria exigir da parte conhecimento prévio sobre qual recurso o julgador considera correto para, então, saber dentro de qual prazo deve interpor o instrumento de seu inconformismo. Por óbvio, se a parte conhecesse a posição do julgador, a fungibilidade sequer seria necessária, já que o jurisdicionado proporia o instrumento consoante a vontade do juiz, no intuito de vê-lo admitido.

No mesmo sentido, Alcides de Mendonça Lima, justificando a ideia de que o recorrente não pode ser prejudicado por ter optado interpor o recurso no prazo da espécie eleita, aduz que “a atividade jurisdicional não pode desenvolver-se sob o signo da sorte ou azar ou das contingências ocasionais. Se possível, deverá ser uniforme. Na dúvida, porém,

¹¹⁵ CRUZ, João Claudino de Oliveira. *Dos recursos no código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1957. p. 31.

¹¹⁶ Nelson Nery Jr. Questiona: “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?” NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios Fundamentais – Teoria Geral dos Recursos*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 138.

deverá prevalecer aquela que melhor resguarde o direito dos litigantes, acolhendo suas comunicações de vontade, desde que não se vislumbre qualquer intuito doloso”¹¹⁷.

De fato, realizando-se um paralelo com a teoria alemã, mencionada no início do trabalho, perceber-se-ia que a adoção da tese de observação do menor prazo, restringiria o benefício conferido à parte, que não poderia se aproveitar do prazo do recurso que acredita ser o correto. Assim, não se efetivaria o maior favor ao tutelado, desígnio da teoria que inspirou a criação da fungibilidade.

Hodiernamente, a tendência da doutrina, parece ser no sentido de considerar irrelevante o prazo para a aplicação da fungibilidade.

3.6.1.2 Procedimento

No que se refere ao procedimento em matéria de fungibilidade recursal, deve-se atentar ao juízo de admissibilidade dos recursos envolvidos na substituição, pois o juízo que receber o recurso será aquele que, caso necessário, aplicará a fungibilidade.

Quanto à apelação, tanto o juízo *a quo* como o *ad quem* têm competência para apreciar sua admissibilidade, o que significa que ambos podem proceder sua substituição. Caso a instância inferior receba uma apelação como agravo de instrumento, cabe a esta intimar o apelante para que adéque o recurso às exigências dos arts. 524 e ss. do CPC e, após seu cumprimento, encaminhar os autos ao tribunal.

Por outro lado, caso a mesma conversão ocorra no próprio tribunal, não haverá nenhuma consequência prática, além, é claro do conhecimento da apelação como agravo, seja ela determinada pelo relator do recurso ou pelo órgão colegiado.

Já na hipótese contrária, ou seja, de conversão do agravo de instrumento interposto em apelação, a fungibilidade será, necessariamente realizada pelo tribunal, já que, conforme o art. 524 do CPC, o agravo de instrumento deve ser dirigido diretamente ao tribunal competente. Assim, caso a fungibilidade seja aplicada pelo relator, este deve, após intimar o recorrente, encaminhar as peças que comporiam o recurso de agravo de instrumento ao juiz *a quo*, para que este seja processado como de apelação. Já no caso de a conversão ser

¹¹⁷ LIMA, Alcides de Mendonça. *Recursos Cíveis: Sistema de Normas Gerais*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos S/A, 1963. p. 225.

realizada pelo órgão colegiado, nenhuma outra providência deverá ser tomada, pois o instrumento já estará devidamente instruído^{118, 119}.

Outrossim, convém lembrar que, ao interpor determinado recurso, o recorrente deve comprovar o respectivo preparo, por força do art. 511 do CPC¹²⁰. Caso o julgador, ao aplicar a fungibilidade recursal, converta o recurso em outro cujo valor do preparo seja maior, cabe a ele abrir o prazo de que trata o art. 511, §2º, para que o recorrente efetue a devida complementação. De outro modo, caso o valor oferecido para o preparo seja maior, cabe ao próprio recorrente pleitear a devolução do montante pago em excesso.¹²¹

3.6.2 Medidas de Urgência

A fungibilidade entre as medidas de urgência está prevista no art. 273, §7º do CPC¹²². O artigo concede ao juiz o poder de, se presentes os pressupostos da medida cautelar, deferir a medida de urgência, ainda que o pedido tenha sido uma tutela antecipada.

São pressupostos da medida cautelar: *fumus boni iuris*, que consiste na probabilidade do pedido ser pautado no direito material; *periculum in mora*, risco de perecimento do direito caso não haja intervenção judicial imediata; e *periculum in mora inverso*, requisito que, conquanto não seja mencionado pela doutrina tradicional, representa a ideia de reversibilidade da medida judicial, evitando que o demandado sofra um prejuízo demasiado caso o pedido do autor seja julgado improcedente.

A instituição da norma no contexto das reformas processuais mais recentes demonstra uma preocupação do legislador com o verdadeiro fito do processo: possibilitar à parte atingir o direito material. Dessa forma, ele privilegia princípios como a instrumentalidade das formas e a efetividade do processo.

Como afirmado no item 3.3, o fundamento dessa fungibilidade está tanto na urgência que caracteriza as medidas, que acaba por mitigar questões formais, quanto na existência de zonas cinzentas entre as tutelas.

¹¹⁸ Neste estágio, todas as peças, inclusive as contrarrazões do agravado já estarão compondo os autos do recurso, de modo que é necessário tão somente o conhecimento do agravo como apelação.

¹¹⁹ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios Fundamentais – Teoria Geral dos Recursos*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 141 e 142.

¹²⁰ 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.

¹²¹ http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8710

¹²² 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.

Entretanto, a existência de áreas limítrofes entre as medidas cautelares e tutelas antecipadas é utilizada tão somente para explicar a origem da norma nesse ramo do direito processual civil, não perfazendo requisito para a aplicação da mesma, sendo possível a incidência da norma mesmo em caso de erro do requerente¹²³.

Por outro lado, a norma foi omissa no sentido de abarcar exclusivamente a hipótese de conversão da tutela antecipada para a tutela cautelar, e não o contrário.

Com efeito, a doutrina não é uníssona quanto à possibilidade de aplicação da fungibilidade quando se trata de pedido de tutela cautelar, mas estão presentes os pressupostos da tutela antecipada. Entretanto, muitos autores alegam que a fungibilidade entre as medidas de urgência deve, sim, ser uma via de mão dupla¹²⁴. Arruda Alvim esclarece que este duplo sentido da fungibilidade é, inclusive, uma garantia constitucional:

“a fundamentação desta fungibilidade em ambos os sentidos foi, inclusive, erigida a garantia constitucional, pois, com a EC 45, ficou expressamente assegurado a todos, no âmbito judicial, o uso de meios céleres para evitar que ocorra qualquer lesão ou ameaça a direito (art. 5º, LXXVIII, da CF/1988). E um desses meios céleres é, sem sombra de dúvida, a tutela antecipada, mesmo que erroneamente pleiteada como cautelar”.

Esta posição tem prevalecido, argumentando-se que um equívoco formal não pode privar a parte de seu direito, devendo o juiz conceder *ex officio* a tutela de urgência quando presentes os requisitos legais, ainda que a via eleita pela parte não seja a mais adequada. Assim, a posição que não admite a fungibilidade em ambos os sentidos parece ter se tornado ultrapassada.

De fato, não obstante os pressupostos da conversão da tutela cautelar em tutela antecipada sejam mais rigorosos, uma vez que o grau de dificuldade de se verificar na prática a prova inequívoca da verossimilhança é maior se comparado ao da demonstração do *fumus boni iuris*, nada obsta que essa situação reste comprovada nos autos, de modo que é plenamente possível a conversão do pedido de tutela cautelar em tutela antecipada. Na verdade, como bem observa Arruda Alvim, os requisitos de ambas as medidas de urgência são ontologicamente iguais, o que varia é o grau de densidade de tais requisitos para cada uma¹²⁵.

¹²³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. P. 119; TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *Teoria do Princípio da Fungibilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008 p. 174 e 175.

¹²⁴ Nesse sentido: GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização Procedimental. Um Novo Enfoque para o Estudo do Procedimento em Matéria Processual*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 199, e ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. 14ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 892.

¹²⁵ ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. 14ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 892.

Considerando-se os fundamentos que ensejam a aplicação da fungibilidade na forma prevista pelo art. 273, §7º, não há razão para vedar a aplicação na situação contrária, pois a urgência e a possibilidade de existência de zonas cinzentas estão presentes em ambos os casos.

A única condicionante feita pela doutrina que defende a fungibilidade entre as medidas de urgência como uma “via de mão dupla” é a conversão, no caso de deferimento do pedido cautelar como tutela antecipada, do procedimento cautelar em processo de conhecimento, já que os pedidos antecipatórios têm natureza incidental¹²⁶.

Cabe lembrar que há espécies de tutela antecipada em que não há o *periculum in mora*. Duas são as hipóteses em que pode haver concessão da tutela satisfativa provisória a despeito de não haver urgência: o caso do art. 273, II do CPC, a chamada “tutela sanção”, quando há abuso do direito de defesa por parte do réu, e o caso do art. 273, §6º, quando há incontrovérsia de parcela dos pedidos, de modo que o pedido não impugnado pode ser concedido previamente ao julgamento final do processo.

Estas hipóteses não são exatamente abarcadas pelo artigo 273, §7º, já que, por não se tratarem de medidas de urgência, não guardam relação com as medidas cautelares.

3.6.2.1 Cautelares típicas e atípicas

A preocupação com a instrumentalidade das formas e efetividade do processo já era existente na doutrina mesmo antes da Lei nº 10.444/2002, que introduziu o §7º no art. 273 do CPC. Já havia argumentos no sentido de possibilitar a aplicação da fungibilidade entre as tutelas antecipada e cautelar.

O fundamento legal apontado era a cominação dos arts. 798 e 805¹²⁷. Este permite a substituição de uma medida cautelar por caução, devido ao fundamento da cautelar, de obstar a lesão. Assim dispõe o texto legal: “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

¹²⁶ MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Procedimentos Cautelares e Especiais*, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 53.

¹²⁷ 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.

integralmente”. Percebe-se que, segundo a redação do artigo, não é possível a concessão da medida quando o dano poderá ser evitado apenas através da cautelar.

Já o art. 798 estabelece o poder geral de cautela do juiz, um “poder integrativo de eficácia global da atividade jurisdicional”¹²⁸, através do qual se confia ao julgador, na inexistência de regra específica no sistema, o poder de conceder cautelares não previstas pelo legislador, desde que haja urgência.

O instituto tem fulcro constitucional, no art. 5º, XXXV¹²⁹. De fato, a impossibilidade de o legislador prever todas as situações possivelmente causadoras de lesão, para então estabelecer uma cautelar para cada um desses casos, não pode ser escusa para obstar o acesso à Justiça, previsto pela garantia constitucional. Eis a racionalidade da norma.

As cautelares concedidas através do poder geral de cautela são chamadas *cautelares inominadas* ou *atípicas*. Estas tornam qualquer situação de risco passível de tutela jurisdicional.

O art. 799 do CPC, por sua vez, estipula os atos que o juiz poderá adotar para evitar o dano. Trata-se de rol exemplificativo, sendo lícito ao julgador, portanto, adotar medidas diversas das previstas pelo artigo.

O poder geral de cautela é, outrossim, apontado para justificar a possibilidade de utilização do que se acredita ser a fungibilidade em relação às medidas cautelares típicas e atípicas. Três são as correntes existentes a respeito dos limites do poder previsto no art. 798 do CPC.

Consoante parte da doutrina, mais tradicional, há dois limites. O primeiro é um requisito negativo, de modo que o juiz não pode conceder cautelar inominada se houver impeditivo legal expresso, como no caso do art. 1º da Lei 8.437/92, que determina ser incabível a medida cautelar quando não couber medida liminar em mandado de segurança. A outra limitação surge quando, para o caso submetido à apreciação, haja cautelar nominada com requisitos próprios a serem preenchidos, pois, segundo essa corrente, o poder geral de cautela é supletivo ao do legislador, e não superior a ele.

Outra corrente, mais moderna assevera que se trata de um poder ilimitado, porquanto decorre de preceito constitucional. Assim, não poderia o legislador infraconstitucional estabelecer limites que a própria Constituição Federal não prevê. Ademais, acredita-se que não há razão para enclausurar o julgador quando se trata de matéria de

¹²⁸ MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Procedimentos Cautelares e Especiais*, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 93.

¹²⁹ Art. 5º, XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

urgência. Destarte, sempre que presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, o juiz deve, segundo essa corrente, gozar do poder de conceder a tutela de urgência.

Frise-se que, para os adeptos desse entendimento, os requisitos que constituem as cautelares *típicas* ou *nominadas* são exemplificativos. Por conseguinte, seria possível a concessão de cautelares *típicas* ainda que não preenchidas as condições estabelecidas pelo legislador¹³⁰.

Ainda entre os defensores desse posicionamento, há os que propagam a ideia de eliminação dos procedimentos cautelares específicos do Código de Processo Civil, restando apenas a previsão legal genérica, do art. 798 do mesmo diploma.

Por fim, há a posição que considera o limite apenas a disposição legal expressa, ou seja, o juiz não estaria autorizado a conceder uma cautelar inominada quando a lei o proibisse de conceder liminar ou tutela de urgência. Por exemplo, o art. 7º, §2º da Lei do Mandado de Segurança (Lei12.016/09), 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. Neste caso, o juiz estaria proibido de conceder a liminar, ainda que presentes os requisitos do art. 798 do CPC, pois a lei o veda expressamente.

A posição dominante, ao que tudo indica, é a segunda, de modo que, a despeito de requisitos específicos de algumas cautelares, sempre seria permitido ao magistrado deferir a medida sem o preenchimento destes, caso presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, pois a vontade da lei seria inferior ao direito à cautela.

É indispensável consignar que, na realidade, comete-se um equívoco ao alegar que há aplicação do princípio da fungibilidade nos casos de recebimento de uma cautelar em detrimento da cautelar requerida. De fato, não há incidência da fungibilidade, mas do princípio *mihi factum, dabo tibi ius*, de acordo com o qual o que se deve levar em conta é o pedido veiculado na ação, e não o nome a ela conferido. Portanto, nesses casos, há unicamente equívoco na nomenclatura do pedido, sendo sua essência a mesma.

De qualquer forma, no anteprojeto do novo Código de Processo Civil foram extintas as ações cautelares nominadas. Pela regra do novo código basta que a parte comprove o *fumus boni iuris* e o perigo de ineficácia da prestação jurisdicional tardia para que a

¹³⁰ Plenamente possível, segundo tal posição, a concessão, por exemplo, de arresto cautelar (art. 814 CPC), ainda que ausente prova literal da dívida líquida e certa ou equivalente, contanto que presentes os requisitos do art. 798 do CPC. MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Procedimentos Cautelares e Especiais*, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 95 e 96.

providência pleiteada seja deferida. Portanto, caso o texto legal seja aprovado sem alterações quanto a este tema, restará prejudicada a discussão a respeito da conversão entre cautelares típicas e atípicas.

3.6.3 Ações Possessórias

As ações possessórias possuem natureza de procedimento especial, estando, portanto, previstas no Livro IV do Código de Processo Civil. Seu fito é resguardar uma situação fática¹³¹, se destinando à proteção de objetos corpóreos e semicorpóreos¹³².

Três são as espécies de ações possessórias: a *reintegração da posse* é a ação cabível contra o esbulho possessório, ou seja, situação em que há perda completa da posse; a *manutenção de posse*, cabível em hipóteses de turbacão da posse, uma perturbação no exercício da posse; e, por fim, o *interdito proibitório* tem cabimento quando há ameaça ao exercício da posse, sendo, portanto, uma ação preventiva.

No entanto, como já afirmado, muitas vezes, na prática, a diferença entre as situações de esbulho, turbacão e ameaça é deveras tênue, o que possibilita a ocorrência de zonas cinzentas. Ademais, a dinamicidade da relação possessória pode acarretar uma modificação da situação fática no decorrer do processo. Uma situação de turbacão da posse no momento da propositura da petição inicial da ação de manutenção da posse, pode se tornar até o julgamento, provisório ou definitivo do processo, por exemplo, uma situação de esbulho possessório¹³³.

Diante dessa realidade, o legislador previu no sistema processual a fungibilidade entre as ações possessórias. O art. 920 do CPC dispõe: “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”.

¹³¹ O direito brasileiro adotou a teoria objetiva da posse, de Rudolf Von Ihering, pela qual o único elemento caracterizador da posse é o *corpus*, sendo possuidor, portanto, aquele que possui a visibilidade do domínio e confere destinação econômica à coisa, independentemente de qualquer elemento volitivo. Assim disciplina o art. 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.

¹³² A doutrina exclui do rol tutelado pelas ações possessórias os bens incorpóreos. Nesse sentido, Arruda Alvim, *Comentários ao Código Civil*, vol. 11, no prelo. Também indicando a mesma posição, o Superior Tribunal de Justiça decidiu ser “inadmissível o interdito proibitório para a proteção do direito autoral” (Súmula 228).

¹³³ MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Procedimentos Cautelares e Especiais*, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 273.

Portanto, cabe ao juiz dar seguimento ao processo, ainda que a situação fática narrada não corresponda à classificação atribuída pela parte na petição inicial, ou que esta situação se transforme no decorrer do processo, ensejando a modificação da espécie da ação.

Cumprido consignar que existe entendimento no sentido de restringir a aplicação da fungibilidade entre as ações possessórias apenas nos casos nebulosos, gerados por falhas no sistema ou pela própria instabilidade da situação fática ¹³⁴.

Não nos parece razoável, entretanto, estabelecer uma condicionante à qual o próprio texto legal não faz referência. Ademais, tendo em vista que o alicerce da fungibilidade se encontra na premissa de que o exercício do direito não deve ser prejudicado pela forma que não exerça uma função essencial, de impedir um prejuízo à outra parte, por exemplo, não há justificativa para estabelecer tal limitação. Tal entendimento é 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.

Por outro lado, surge a indagação a respeito da interpretação que se deve conferir ao artigo, se restritiva ou ampliativa em relação à fungibilidade entre ações possessórias e petições, aquelas cuja causa de pedir é a propriedade. Por exemplo, o autor que nunca esteve na posse de determinado bem, ajuizando uma ação possessória no lugar da ação reivindicatória, poderia ser beneficiado pela aplicação da fungibilidade?

A resposta da doutrina parece ser no sentido negativo. Adotando a posição restritiva, muitos autores aduzem que, por o art. 920 se referir unicamente à fungibilidade entre ações possessórias, a conversão entre ações petições e possessórias não seria possível.

Vicente Greco filho acredita que a regra esculpida no art. 920 não admite extensão analógica para outras situações. O autor alega que a propositura de ação possessória quando cabível petição, ou o contrário, implica carência da ação devido à falta de interesse processual adequado, não podendo o juiz admitir uma no lugar da outra ¹³⁵.

Alguns autores chegam a mencionar que configuraria julgamento extra petita decisão de uma lide que, na verdade, não foi proposta, não foi a que resultou da pretensão formulada em juízo ¹³⁶.

¹³⁴ TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *Teoria do Princípio da Fungibilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008 p. 198.

¹³⁵ GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro. Processo de Execução e Procedimentos Especiais*. 16^a Ed. São Paulo, Saraiva, 2003. p. 224

¹³⁶ Vide: MACHADO, Costa. *Código de Processo Civil interpretado e anotado*. 2^a Ed. Manole, 2008. p. 1485.

De qualquer forma, por se tratar de interpretação extensiva do art. 920, essa hipótese de aplicação da fungibilidade não é unânime na doutrina, sendo defendida por aqueles que apoiam a ampliação da incidência do princípio.

4 AS NOVAS PERSPECTIVAS DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE

4.1 FUNGIBILIDADE E FLEXIBILIZAÇÃO PROCEDIMENTAL

Como *supra-apresentado*, a fungibilidade é um fenômeno de flexibilização procedimental, porquanto permite ao juiz que realize a substituição do instrumento equivocadamente eleito pela parte pelo instrumento correto, ou o processamento do próprio instrumento, caso isto seja viável. Destarte, a forma é mitigada para que os resultados sejam alcançados de maneira mais efetiva.

Outrossim, como também já exposto, os doutrinadores apontam distintos fundamentos para justificar a aplicação da fungibilidade. Entre os mais modernos, o que se vê é a predominância do entendimento de que o instrumento deve ser usado não mais como uma forma de proteção do jurisdicionado quando há dúvida entre os próprios operadores do direito sobre o meio mais adequado para se obter algum resultado no processo, mas como um meio de proteção ao seu direito material, com base na instrumentalidade das formas, no acesso à justiça e na eficiência do processo.

Por isso, consoante essa visão mais recente, a fungibilidade não deve ficar restrita às três hipóteses usualmente admitidas (recursos, medidas cautelares e ações possessórias), devendo-se permitir sua utilização de modo mais amplo. Afirma-se recorrentemente que seu campo de atuação deve abranger um número irrestrito de hipóteses.

Frise-se que essa tendência de extensão do âmbito de aplicação do princípio também se verifica entre os doutrinadores que apontam como seu fundamento a dúvida objetiva. Entretanto, obviamente, entre estes a tese defendida é a de que a fungibilidade deve ser aplicada em todas as matérias processuais, mas apenas quando verificada divergência doutrinária e/ou jurisprudencial a respeito do instrumento mais adequado para se obter determinado fim no processo, não se restringindo sua aplicação, portanto, aos recursos, medidas de urgência e ações possessórias¹³⁷.

Já entre os mais modernos, como afirmado, o supedâneo apontado torna a fungibilidade um princípio de incidência mais ampla, já que sua aplicação seria possível ainda que não houvesse, no caso, dúvida objetiva.

¹³⁷ Quanto ao assunto, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina afirmam 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." ALVIM, Teresa Arruda; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003 p. 239.

Seriam fatores legitimantes dessa nova forma de utilizar a fungibilidade as garantias constitucionais do devido processo legal (art. 5º, LIV CF), da ampla defesa (art. 5º, LV) e da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV), da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII), além dos princípios da instrumentalidade do processo e instrumentalidade das formas, dos quais, segundo esse setor doutrinário, a fungibilidade constitui decorrência lógica.

Guilherme Freire Teixeira de Barros lembra, ainda, que existe um evidente descompasso entre o ordenamento jurídico e a realidade social, advindo da incapacidade do legislador acompanhar as transformações que ocorrem na sociedade. A fungibilidade seria um meio de dirimir as consequências de tal situação¹³⁸.

Adepto dessa corrente, José Roberto dos Santos Bedaque defende a adoção da fungibilidade como princípio geral do sistema processual, apto a ser empregado em diversos pontos procedimentais. O autor afirma:

“A fungibilidade, todavia, não deve ficar limitada às hipóteses previstas em lei ou consagradas na doutrina e na jurisprudência. É de ser considerado princípio geral do sistema processual, tanto quanto o da instrumentalidade das formas, de que ele constitui mera decorrência lógica.”¹³⁹.

Destarte, uma vez aceita a existência do princípio da fungibilidade, esse setor doutrinário defende sua adoção como uma das colunas mestras do sistema processual.

4.1.1 Limites da Aplicação da Fungibilidade

Admitida a ampliação da aplicação do princípio da fungibilidade, faz-se necessário o debate a respeito de quais seriam seus contornos, os limites de sua atuação. Definidos tais limites, os aplicadores do direito estarão aptos a lançar mão da fungibilidade mesmo nos casos não previstos legalmente ou debatidos pela doutrina.

José Roberto dos Santos Bedaque realizando uma análise de contornos mais generalistas, afirma que o limite da aplicação da fungibilidade é a atenção aos corolários do contraditório e da ampla defesa¹⁴⁰.

¹³⁸ TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *Teoria do Princípio da Fungibilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008 p. 246.

¹³⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 120.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 122.

Guilherme Freire Teixeira de Barros acredita que há espaço para utilização do princípio da fungibilidade sempre que as formas não apresentarem uma justificativa razoável, como preservação de uma garantia constitucional¹⁴¹. O autor afirma:

“Desse modo, a forma deve ser respeitada na medida em que seja necessária para a obtenção do escopo do ato, cumprindo sua missão de garantia às partes ou de ordenação do processo. Não prestando a essas finalidades, a forma pode ser transgredida, devendo ser aplicado o princípio da fungibilidade, entendido como a possibilidade de substituição de uma medida processual por outra, admitindo-se aquela erroneamente utilizada como se tivesse sido empregada uma outra mais adequada à situação concreta existente nos autos, sendo irrelevante eventual equívoco no manejo de medida inapropriada pela parte.¹⁴²”

O doutrinador constrói, então, uma teoria geral sobre o princípio da fungibilidade estabelecendo quatro tipos de situação que invocariam sua aplicação.

A primeira hipótese em que se poderia aplicar a fungibilidade seria em todos os casos em que não houvesse previsão legal do instrumento processual adequado para ser empregado em determinado caso concreto. Como mencionado, o legislador não consegue prever todas as situações que podem vir a ocorrer no plano das relações sociais, motivo pelo qual, certas vezes, não existe uma regra previamente estipulada no sistema processual para determinado conflito, de modo que seria possível, então, a incidência do princípio da fungibilidade.

Quanto a esta hipótese o autor faz a ressalva de que “além de não ser possível que o legislador preveja todas as situações que podem ocorrer, isso não é sequer desejável, porque importaria estabelecer um processo excessivamente rígido e, em grande parte dos casos, ineficaz”¹⁴³.

Por outro lado, a nosso ver, em tais casos, apenas terá utilidade a aplicação do princípio da fungibilidade se acompanhada da atividade criativa do magistrado, ou seja, da flexibilização procedimental. Ora, se não existe na legislação um mecanismo apto se atingir determinado fim, de nada adianta a conversão do instrumento proposto em outro que a legislação prevê, mas também não é adequado. Assim, a utilização do princípio da fungibilidade apenas será pertinente se a substituição do meio proposto pela parte for por outro criado pelo juiz, este sim, adequado às peculiaridades do caso concreto.

¹⁴¹ TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *Teoria do Princípio da Fungibilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008 p. 95.

¹⁴² Ibidem, p. 246.

¹⁴³ Ibidem, p. 247.

O segundo caso que ensejaria a aplicação do princípio da fungibilidade seria quando houvesse mais de um caminho a ser seguido para uma única situação, o que poderia ocorrer em razão da insuficiência legal para abranger todas as situações de fato; da existência de dúvida objetiva a respeito do iter mais adequado a ser seguido; ou, ainda, da grande quantidade de leis, que pode acarretar vazios ou áreas de intersecção, dificultando a utilização dos mecanismos processuais.

Portanto, se o próprio sistema processual prevê mais de um meio viável para determinada situação, “não pode a parte ser penalizada pela escolha equivocada, principalmente quando as diferenças entre as opções possíveis sejam irrelevantes ou de pequena significação no contexto do processo”¹⁴⁴.

A terceira hipótese consiste na possibilidade de utilização da fungibilidade quando a adaptação do pedido ou da medida requerido(a) pelo jurisdicionado for possível devido à natureza da relação jurídica de direito material ou à situação fática. O que justificaria a aplicação da fungibilidade aqui seria a instabilidade da relação jurídica de direito material, que poderia causar uma modificação fática da causa de pedir, o que pode ocorrer, por exemplo, no caso das ações possessórias, ou a própria escolha equivocada da providência pleiteada pela parte, casos em que haveria erro na formulação do pedido, de modo que o juiz, ao aplicar a fungibilidade, aproximaria a tutela jurisdicional do resultado específico que o demandante pretendia originariamente¹⁴⁵¹⁴⁶.

A última hipótese se verificaria quando o requerente manejou inadequadamente um instrumento processual, não observando a forma prevista pelo legislador¹⁴⁷. O autor observa que “se a forma não deve prejudicar o exercício do direito, incumbe ao juiz conceder a medida mais adequada à situação concreta dos autos”¹⁴⁸.

O desafio para aplicação da fungibilidade nessa última hipótese é definir quais são seus limites, visto que, para o autor, não cabe ao juiz, *a priori*, corrigir as deficiências técnicas

¹⁴⁴ TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *Teoria do Princípio da Fungibilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008 p. Guilherme. p. 248.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 250 e 251.

¹⁴⁶ O doutrinador cita como exemplo de aplicação da fungibilidade em caso de erro na formulação do pedido a fungibilidade na tutela relativa às obrigações de fazer, não fazer e de entrega de coisa. Nestas, “admite-se uma desconformidade entre o pedido imediato e a sentença, de modo a aproximar a tutela jurisdicional do resultado específico que autor pretendia inicialmente, variando entre as tutelas mandamental e executiva (*lato sensu*), ou, não sendo possível a obtenção da tutela específica ou do resultado prático equivalente, a fungibilidade entre a tutela específica e a pecuniária”. *Ibidem*, p. 250 e 251.

¹⁴⁷ TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *Teoria do Princípio da Fungibilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008 p. 246 a 260.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 251.

dos advogados. Por outro lado, ainda na visão do doutrinador, não se pode permitir que o processo fique ligado a regras de caráter puramente formal ou ao tecnicismo exacerbado.

Por isso, Teixeira afirma que, com o fito de evitar a arbitrariedade do órgão judicial, no plano constitucional o controle da aplicação da fungibilidade deve ocorrer através da observação das garantias constitucionais das quais o próprio princípio decorre, quais sejam, 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 garantias¹⁴⁹.

Seu emprego deve, ainda, ser legitimado e respaldado pelo próprio sistema processual. Portanto, é necessário atentar para os demais princípios processuais e para as tendências atuais do direito processual civil, como a instrumentalidade do processo, a efetividade da tutela jurisdicional, e a preocupação com os escopos do processo em geral, de modo que, havendo confronto entre princípios, o juiz deve realizar uma ponderação de valores, aferindo a importância de cada um deles e recorrendo ao princípio da proporcionalidade para obter um resultado justo¹⁵⁰. O autor alega que o princípio da proporcionalidade atua como “mecanismo de otimização da aplicação do princípio da fungibilidade, incumbindo ao julgador, no caso concreto, verificar a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito, ponderando a aptidão da medida utilizada pela parte para a consecução do objetivo pretendido”¹⁵¹.

Por sua vez, Sidnei Amendoeira Jr. defende a utilização do princípio da fungibilidade sempre que possível, o que, para o autor, seria “quando trouxer resultados concretos para a entrega da tutela justa, efetiva, tempestiva e, simultaneamente, não traga qualquer prejuízo aos envolvidos”¹⁵².

Os limites estariam, segundo o doutrinador, na violação, pelo magistrado, dos princípios da inércia, da adstrição ao pedido, da correlação entre a sentença e o pedido, da adstrição ao pedido, do contraditório, da igualdade entre as partes, e da imparcialidade, ou seja, para Amendoeira Jr., caso a fungibilidade viole, no caso concreto, algum desses princípios, o juiz não está autorizado a aplicá-la¹⁵³.

¹⁴⁹ TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *Teoria do Princípio da Fungibilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008 p. 271

¹⁵⁰ Ibidem, p. 271 a 274.

¹⁵¹ Ibidem, 274.

¹⁵² AMENDOEIRA JR., Sidnei. *Fungibilidade de Meios*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 139.

¹⁵³ Ibidem, p. 139.

Ressaltamos nossa discordância em relação ao posicionamento do autor quanto à necessidade de observância do princípio da adstrição ao pedido, já que, muitas vezes, o emprego da fungibilidade pressupõe violação a tal princípio¹⁵⁴, como no caso de aplicação da fungibilidade sobre o pedido, hipótese em que o magistrado decide, necessariamente, a lide de maneira diversa da requerida na petição inicial.

Por fim, convém lembrar que quanto ao pedido da parte, a fungibilidade deve ser aplicada, para Eduardo de Avelar Lamy, apenas em relação ao pedido imediato, na medida em que, enquanto este é meio, e, portanto, é plenamente fungível, o pedido mediato é fim, o que o torna infungível¹⁵⁵. O autor acredita que “o juiz tem o poder de aplicar os meios processuais aos casos concretos independente da atitude das partes, haja vista que o princípio da congruência ou adstrição ao pedido (CPC, arts. 128 e 460) atua apenas junto ao pedido mediato”¹⁵⁶.

4.1.2 Requisitos Para o Novo Alcance Do Princípio

A doutrina aponta que a tarefa de estabelecer os requisitos para o que seria uma “teoria geral” a respeito da fungibilidade é bastante complexa, tendo em vista a multiplicidade de situações, cada qual com características específicas, sobre as quais o princípio pode incidir. Ainda assim, busca-se estabelecer tais requisitos de forma genérica, para facilitar a tarefa dos operadores do direito de aplicá-lo.

Relativamente à teoria que estabelece as quatro hipóteses que viabilizam a incidência da fungibilidade, de Guilherme Freire de Barros Teixeira, os requisitos devem ser analisados a partir de cada hipótese. Nas duas primeiras, em que a lei é omissa em estabelecer o instrumento processual a ser utilizado em determinado caso concreto, ou há mais de uma solução possível prevista no sistema processual, o requisito seria a existência de dúvida objetiva, ou inexistência de erro grosseiro, que são, como já afirmado, faces de um mesmo requisito. Entretanto, o autor defende que em casos de urgência, nos quais está presente o *periculum in mora*, o juiz está sempre apto a aplicar o princípio da fungibilidade, ainda que na

¹⁵⁴ Vide 3.2.2.

¹⁵⁵ LAMY, Eduardo de Avelar. *Princípio da Fungibilidade no Processo Civil*. São Paulo: Dialética, 2007. p. 122 a 125

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 121 e 122.

situação concreta não haja dúvida objetiva, já que, segundo o doutrinador, nas tutelas de urgência o direito material não pode ser sacrificado por questões meramente formais¹⁵⁷.

Quanto ao terceiro grupo de situações, aquele em que as particularidades da relação jurídica de direito material permitem a adequação da pretensão do demandante às necessidades da situação concreta, o autor estabelece apenas que não seriam requisitos a dúvida objetiva e nem mesmo a alteração da situação fática, pois, como mencionado no tópico anterior, esta hipótese abrange não somente os casos de alteração superveniente dos fatos que compõem a causa de pedir, mas também os casos em que há equívoco na formulação do pedido.

Por fim, na última hipótese de incidência, quando o litigante utiliza equivocadamente um instrumento processual, a despeito do que previa o legislador, o requisito para aplicação da fungibilidade é, para Teixeira, a possibilidade de transgressão da forma no caso concreto. Em outras palavras, o requisito se perfaz quando a forma não é necessária à obtenção do escopo do ato processual e não tem a finalidade de ordenação do processo ou de garantia às partes.

Já para Sidnei de Amendoeira Jr., os requisitos são os seguintes:

“(i) observância do devido processo legal – o que não implica observância estreita e diretamente do procedimento legal; (ii) que o ato efetivamente praticado seja capaz de externar os resultados com eles pretendidos (e não a vontade da parte que o praticou); e que (iii) mediante a aplicação do princípio, seja possível obter os resultados pretendidos, os efeitos relativos ao ato que deveria ter sido praticado e/ou que estava viciado”¹⁵⁸.

Percebe-se que, apesar do nítido esforço dos processualistas para estabelecer limites e requisitos gerais para a aplicação da fungibilidade, a matéria ainda demanda maiores estudos, para lhe conferir maior uniformidade e possibilitar sua aplicação de modo seguro.

4.1.3 Novas Hipóteses de Incidência da Fungibilidade Mencionadas pela Doutrina

Como estabelecido na introdução deste trabalho, não temos por objetivo realizar uma exaustiva análise casuística sobre a nova teoria da fungibilidade, pois, assim como é

¹⁵⁷ TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *Teoria do Princípio da Fungibilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008 p. 264.

¹⁵⁸ AMENDOEIRA JR., Sidnei. *Fungibilidade de Meios*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 138.

impossível que o legislador preveja todos os casos que podem vir a ocorrer no plano das relações sociais, seríamos incapazes de prever todas as hipóteses concretas em que o princípio da fungibilidade poderia ser aplicado. Por outro lado, convém mencionar, de modo genérico, algumas hipóteses que a doutrina elenca como aptas ao emprego da fungibilidade, para ilustrar uma possível aplicação concreta do princípio.

Assim, atualmente, há uma parcela em ascensão na doutrina que tem defendido a possibilidade de aplicação da fungibilidade no tocante aos processos e procedimentos. Seria, portanto, lícito ao juiz, embora não haja previsão legal a respeito, realizar a adaptação do procedimento ou mesmo do processo equivocadamente para o correto, ou do menos útil para o mais útil¹⁵⁹.

Outro caso abordado pela doutrina é a fungibilidade de provimentos. Admitida esta hipótese de aplicação, seria lícito ao juiz conceder meio executivo diverso do solicitado pelo autor, ajustando o direito material ao processo. Sobre o assunto, Guilherme Freire de Barros Teixeira afirma que “a fungibilidade de provimentos deve ser entendida como um mecanismo para viabilizar a efetivação da tutela condenatória, mediante a utilização dos provimentos mandamental e executivo, seja isoladamente, seja variando de um para outro seja, ainda, empregados conjuntamente”¹⁶⁰.

Por fim, outras hipóteses citadas são a fungibilidade entre defesas, por exemplo, nos casos de aplicação da fungibilidade entre impugnação e ação declaratória negativa, ou entre contestação e embargos a mandado monitório; e fungibilidade entre procedimentos liquidatórios, em que o juiz poderia realizar a conversão da liquidação por arbitramento para liquidação por artigos, e vice-versa¹⁶¹. Fernando da Fonseca Gajardoni observa que, em tais casos, a aplicação da fungibilidade é realizada por necessidade, e não utilidade, motivo pelo qual a conversão pode ser realizada *ex officio*¹⁶².

Existem, ainda, outras hipóteses mencionadas pela doutrina que não abordaremos neste trabalho pelos motivos já expostos.

¹⁵⁹ Fernando da Fonseca Gajardoni 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. p. 192 e 193.

¹⁶⁰ TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *Teoria do Princípio da Fungibilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008 p. 230.

¹⁶¹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização Procedimental. Um Novo Enfoque para o Estudo do Procedimento em Matéria Processual*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 197 E 198.

¹⁶² *Ibidem*, p. 198.

4.2 BREVES CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DO ANTEPROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Diz-se que a separação entre o modelo e a realidade é a principal crítica direcionada ao Código de Processo Civil de 1973¹⁶³. Essa distância, presente em muitas passagens do diploma, foi decorrência do avanço técnico em relação ao código anterior. Por isso, os processualistas tanto se dedicam à modificação de seus dispositivos, na tentativa de adequá-los aos verdadeiros escopos do processo.

Nessa esteira, menciona-se expressamente na exposição de motivos do anteprojeto do novo Código de Processo Civil, o poder do juiz de adaptar o procedimento às peculiaridades da causa. 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”. Previu-se, no texto legal, autorização para o juiz alterar a ordem de produção de provas e ampliar prazos.

De fato, a previsão da flexibilização procedimental no projeto do novo Código de Processo Civil representa um avanço considerável na tentativa de ruptura da mentalidade formalista que, até então, parecia vigorar entre os operadores do direito. No entanto, a mudança efetiva dessa visão não ocorrerá repentinamente. Nota-se ainda grande resistência por parte da comunidade jurídica quanto à concessão de maiores poderes ao juiz para adaptar os procedimentos. Nas audiências públicas realizadas para debater o projeto, por exemplo, houve alegações repudiando a mudança, tais como: “a adequação do direito processual ao direito material deve ser feita pelo Estado-Legislador 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”.

Por outro lado, é criticável no projeto a ausência de critérios legais para os magistrados aplicarem a flexibilização procedimental prevista (alteração da ordem de produção de provas e ampliação de prazos), o que pode gerar insegurança jurídica.

Quanto à fungibilidade, não há previsão expressa no documento. No que toca ao tema, entretanto, pode-se lembrar a mencionada extinção das ações cautelares nominadas.

¹⁶³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo. Influência do Direito Material sobre o Processo*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 84.

Adotou-se, no anteprojeto, a regra no sentido de que basta à parte a demonstração do *fumus boni iuris* e do perigo de ineficácia da prestação jurisdicional tardia para que a providência pleiteada deva ser deferida. Desse modo, a discussão a respeito da conversão entre cautelares típicas e atípicas se tornará irrelevante, caso o texto seja aprovado.

5 CONCLUSÃO

Pudemos perceber ao longo do estudo que a fungibilidade, desde a sua primeira aparição no direito pátrio, nos códigos estaduais, evoluiu tanto no plano legislativo, tendo em vista a ampliação de sua previsão para matérias processuais distintas, quanto no plano doutrinário, já que os processualistas vêm, gradativamente, conferindo maiores atenções ao princípio.

Entretanto, ainda são poucos os autores que tratam o tema de modo detalhado. A maior parte da doutrina se limita a analisar as hipóteses em que há consenso sobre a aplicação da fungibilidade, ou defende a ampliação de seu campo de atuação, mas sem estabelecer suas balizas. E mesmo entre os autores que buscam estabelecer os limites de uma “teoria geral do princípio da fungibilidade”, percebe-se certa dificuldade em delimitar precisamente quais seriam os requisitos gerais para sua aplicação.

Guilherme Freire de Barros Teixeira, por exemplo, um dos doutrinadores que apresenta de forma mais elaborada os contornos do princípio, ao determinar o que, em sua visão, seriam os requisitos, deixou de mencionar qual seria exatamente o requisito para a terceira situação em que, segundo o autor, seria possível a incidência da fungibilidade, aquela em que as particularidades da relação jurídica de direito material permitem a adequação da pretensão do demandante às necessidades da situação concreta.

Consoante o próprio doutrinador, a dificuldade de se estabelecer os requisitos gerais para o princípio a partir das hipóteses previstas na legislação ocorre em virtude de não existir ponto de contato linear e seguro entre elas.

Assim, é nítido que o princípio demanda maiores estudos e maiores atenções dos processualistas, tendo em vista sua relevância prática. Aliás, no que tange à importância prática da fungibilidade, a doutrina, especialmente a mais moderna, a considera um princípio que colabora para a promoção do acesso à justiça, enquanto alternativa para amoldar as técnicas processuais à relação jurídica apresentada, conferindo efetividade e eficiência ao processo.

Já quanto às tendências para o futuro, podemos afirmar que, conquanto não haja, no anteprojeto do novo Código de Processo Civil, avanços significativos em relação à fungibilidade, é perceptível o início de uma mudança na mentalidade dos juristas quanto aos verdadeiros escopos do processo. A doutrina advoga atualmente o aumento dos poderes do julgador para realizar adaptações do procedimento, assegurando assim maior efetividade e

celeridade ao processo. Apontando para o mesmo caminho, o anteprojeto do novo CPC prevê maiores poderes ao juiz para promover tais adaptações, e a fungibilidade, por ser uma vertente da instrumentalidade, também demanda uma postura mais ativa do órgão judicial.

Por isso, acreditamos ser inevitável que o princípio da fungibilidade tenha sua atuação ampliada, extrapolando as hipóteses previstas pelo legislador.

REFERÊNCIAS

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

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

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

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Estudo Sobre Os Embargos de Nulidade e Infringentes do Julgado Previstos No Código de Processo Civil. Tese de concurso à cátedra de direito judiciário civil na Faculdade de Direito da Universidade do Paraná.* Curitiba: Líbero-Técnica, 1959.

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.* 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

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

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

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

CAMARA E SILVA, Erick Simões da. *A dúvida objetiva como único requisito para a aplicação do princípio da fungibilidade dos meios no processo civil: posicionamento do Supremo Tribunal Federal.* Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, Ano 35, n. 181, p. 273-296, mar./2010.

CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, Ideologias e Sociedade. Vol. I.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010.

_____. *Processo, Ideologias e Sociedade. Vol. II.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010.

CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. *Acesso à justiça.* Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil. Vol. 2.* 3ª ed. Tradução de Paulo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2002.

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

CRUZ, João Claudino de Oliveira e. *Dos Recursos no Código de Processo Civil.* Rio de Janeiro: Forense, 1957.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo. 14ª ed.* São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Fundamentos do Processo Civil Moderno I.* São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *Fundamentos do Processo Civil Moderno II. 6ª EDP.* São Paulo: Malheiros, 2010.

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

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

FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito.* São Paulo: Malheiros, 1995.

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

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

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

MACHADO, Costa. *Código de Processo Civil interpretado e anotado*. 2ª Ed. Manole, 2008.

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

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

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Notas Sobre o Problema da “Efetividade” do Processo*. Publicado no volume *Estudos de Direito Processual em homenagem a José Frederico Marques*, São Paulo, 1982, v. 29.

_____. *O Juízo de Admissibilidade no Sistema dos Recursos Cíveis. Tese de concurso para a docência livre de Direito Judiciário Civil, apresentada à Congregação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado da Guanabara*. Rio de Janeiro, 1968.

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

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

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

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentário ao Código de Processo Civil*.

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

TARDIN, Luiz Gustavo. *Fungibilidade das tutelas de urgência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

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

VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa. *Princípio da Fungibilidade: hipóteses de incidência no processo civil brasileiro contemporâneo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *O óbvio que não se vê: a nova forma do princípio da fungibilidade*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI25047,61044-O+obvio+que+nao+se+ve+a+nova+forma+do+principio+da+fungibilidade>. Último acesso em: 14 de agosto de 2013.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela Jurisdicional Específica nas Obrigações de Declaração de Vontade*. São Paulo: Malheiros, 1993.