

PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE

Samir

Daniel
Ariane Fernandes de OLIVEIRA¹

Resumo:

Palavras-chave:

Abstract:
Keywords:

1. Introdução

Os juízes além de dizer o direito e deveres às partes, através de suas decisões e sentenças, também devem ter como objetivo dentro do processo de conhecimento, de execução e cautelar a busca da efetividade e da celeridade para o bom andamento processual. Esses objetivos são ajudados pela utilização do princípio da fungibilidade, que é um instrumento de grande valia no processo, pois, a fungibilidade dá a possibilidade de instrumento ou recurso ser substituído por outro, e assim dar continuidade ao processo.

No Processo Cautelar, o autor busca uma tutela jurisdicional, ou seja, busca garantir um futuro direito, mesmo antes de uma ação de conhecimento ou execução ser proposta. Então o que se quer é a garantia antecipada, e para isso deve existir rapidez e efetividade neste processo. Mas, no decorrer desse processo o autor ou o réu poderão se equivocar com determinado recurso. Assim, através do princípio da fungibilidade o juiz poderá reconhecer um recurso por outro, ou seja, substituir um recurso por outro.

A doutrina elenca determinados requisitos para que ocorra a fungibilidade para os recursos. Os requisitos: são a dúvida objetiva, quando há dúvida na jurisprudência e na doutrina, pois a lei não especifica exatamente

¹ Professora Orientadora. Docente no Curso de Direito das Faculdades Integradas Santa Cruz. Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Londrina. Mestra em Direito Econômico e Social pela PUCPR. Advogada. E-mail: arianefo@ig.com.br.

qual recurso é adequado para aquele caso; quando não houver erro grosseiro, trocou um recurso por outro; e por último deve ser observada a tempestividade dos recursos, ou seja, o recurso deve ser proposto no mesmo prazo do recurso certo. Presentes esses requisitos o juiz poderá utilizar o princípio da fungibilidade, e deste modo dar prosseguimento ao processo.

O poder geral de cautela no qual se encontra a fungibilidade é um dos instrumentos que o juiz tem para sanar determinados erros que ocorrem como a propositura de pedido cautelar diverso do que de fato é o necessário.

2. Medidas Cautelares

As medidas cautelares têm a possibilidade de serem modificadas no decorrer do processo, conforme artigo 807 do CPC:

“As medidas cautelares conservam a sua eficácia no prazo do artigo antecedente e na pendência do processo principal; mas podem, a qualquer tempo ser revogadas ou modificadas.”
(CPC, 2013, p. 244)

A fungibilidade tem como seu significado a substituição de algo por outro de mesma essência, conforme é encontrado no dicionário de Plácido e Silva:

“Mas o direito emprega fungível para significar a substituição de uma coisa por outra, sem alteração de seu valor, desde que se possa contar, medir ou pesar.” (DE PLÁCIDO E SILVA, 2008, p.365)

O princípio da fungibilidade recursal é a possibilidade de se receber um recurso no lugar de outro, mas respeitando a objeto desejado, conforme é posto por Horcaio no Dicionário Jurídico referenciado:

“Princípio segundo o qual a interposição de um recurso por outro não o prejudica, salvo erro grosseiro, impossibilidade jurídica ou má-fé.” (HORCAIO, 2006, p.862)

Como exemplo da dinâmica do princípio da Fungibilidade, o juiz pode utilizá-lo para fazer a substituição de uma ação por outra, isto somente ocorre em casos especiais. Esta possibilidade pode aparecer nas Ações Possessórias em suas três modalidades (reintegração de posse, manutenção de posse e o interdito proibitório), como Venosa comenta:

“O estatuto processual atual, inserindo o artigo nas disposições gerais das ações possessórias, permitiu a fungibilidade nas três modalidades. Com isso, afastou dúvidas, do Código de 1939, que não era expresso a esse respeito. Contudo, o dispositivo restringe-se aos três procedimentos típicos, não podendo abranger outras ações, com ritos procedimentais diversos, como a nunciação de obra nova e os embargos de terceiros possuidor, ainda que possuindo cunho possessório.” (VENOSA, 2013, p128)

Quando o dispositivo de lei traz dúvida de qual recurso usar para aquela decisão apresentada, e o advogado interpõem recursos diversos, o juiz pode fazer a substituição dos recursos, pois há dúvida na jurisprudência e na doutrina. Dos requisitos para a adequação do recurso o qual não pode faltar é a dúvida objetiva, conforme Theodoro Júnior diz:

“Disso decorre que, na realidade, um único requisito se deve exigir para incidência do princípio da fungibilidade em matéria de recurso: o da dúvida objetiva e fundada, como, aliás, se

pode notar em acórdãos recentes do STJ.” (THEODORO JUNIOR, 2012, p.606)

A ação cautelar tem como base a garantia antecipada de um direito que está por ser decidido em outra ação, a qual será a principal. Mas, pode ocorrer que o juiz substitua a cautelar por outra mais eficiente, conforme Marques comenta:

“Uma vez que a medida cautelar tem função precípua à garantia de uma situação jurídica, nada impede que a providencia originariamente decretada possa ser substituída por outra menos gravosa, ou, ao reverso, mais eficiente e forte, para assegurar, de maneira mais adequada, o objeto da tutela.” (MARQUES, 2000, p.442)

A fungibilidade tem uma abrangência não só nas cautelares como também na tutela antecipada, esse alcance pode passar de uma para outra, conforme Wambier e Talamini nos ensinam:

“Por outro lado, e embora a regra não o diga expressamente, as razões antes exposta evidenciam que a fungibilidade também haverá de ser reconhecida no sentido oposto – ou seja, poderá haver deferimento de tutela antecipada requerida sob a forma de medida cautelar.” (WAMBIER e TALAMINI, 2008, p.44)

A substituição de uma medida por outra dentro da cautelar ou mesmo a decretação de caução é um dos poderes do juiz ao utilizar o princípio da fungibilidade, e assim garantir o direito da parte, como comenta Santos:

“O critério para se verificar a adequação da garantia e sua suficiência para evitar a lesão ou para repará-la toma-se de acordo com o caso, devendo, porém, o juiz orientar-se em dados concretos, objetiva e não subjetivamente, deferindo ou fixando a caução com juízo de absoluta certeza de evitar a lesão ou sua integral reparação.” (DOS SANTOS, 2006, p.299)

O autor da medida cautela tem o direito de pedi-la em face de um direito subjetivo, mas fica a critério do Poder Judiciário no caso concreto modificá-la para melhor atender a demanda, como ensina Theodoro Júnior:

“O interessado tem, ordinariamente, o direito subjetivo genérico à tutela cautelar. Ao poder judiciário fica reservada a especificação da medida adequada, o que se realiza através da faculdade de modificar a qualquer tempo a providência deferida (art. 807) e de autorizar a substituição dela por caução, sempre que esta for meio adequada para, in concreto, cumprir a missão que toca à cautelar.” (THEODORO JÚNIOR, 2014, p. 587)

Os recursos também podem ser modificados em outras instâncias, assim esse juiz pode se utilizar do princípio da fungibilidade, demonstrando que esse princípio não está atrelado a uma única instância, como exemplo disso a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça abaixo citada:

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTO. CONTRATO DE PARTICIPAÇÃO FINANCEIRA. FORNECIMENTO DE DOCUMENTOS COM DADOS SOCIETÁRIOS. RECUSA. AUSÊNCIA DO COMPROVANTE DE RECOLHIMENTO DA "TAXA DE SERVIÇO".

1. Possuindo os embargos de declaração o nítido propósito de modificar a decisão embargada, no presente caso devem ser recebidos como agravo regimental em homenagem aos princípios da fungibilidade recursal e da celeridade processual.” (EDcl no REsp 1338937 (ACÓRDÃO) Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO DJe 11/04/2014 Decisão: 03/04/2014)

Outro julgado também que se utiliza do princípio da fungibilidade, só desta vez é do Supremo Tribunal de Federal exemplifica a utilização desse princípio e sua abrangência:

“Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA AÇÃO CAUTELAR. EFEITOS INFRINGENTES. CONVERSÃO EM AGRAVO REGIMENTAL. AUSÊNCIA DE INSTAURAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA PROCESSAR E JULGAR A AÇÃO CAUTELAR. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Os embargos de declaração opostos objetivando a reforma da decisão do relator, sempre que dotados de efeitos infringentes, devem ser convertidos em agravo regimental, que é o recurso cabível, por força do princípio da fungibilidade. (Precedentes: Pet 4.837-ED, rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, DJ 14.3.2011; Rcl 11.022-ED, rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, DJ 7.4.2011; AI 547.827-ED, rel. Min. DIAS TOFFOLI, 1ª Turma, DJ 9.3.2011; RE 546.525-ED, rel. Min. ELLEN GRACIE, 2ª Turma, DJ 5.4.2011). 2. A competência do Supremo Tribunal Federal para exercer o juízo cautelar se instaura nas hipóteses de competência originária para o processamento da ação principal (art. 102, I, da Constituição Federal) ou nas hipóteses em que se postula a atribuição de efeito suspensivo a recurso cujo julgamento seja de competência da Corte (art. 102, II e III). 3. In casu, não se verificou a instauração da jurisdição cautelar desta Suprema Corte, porquanto exigiria do Agravante, quando

menos, o juízo de admissibilidade pela instância a quo, nos termos das Súmulas nº 634 (“Não compete ao Supremo Tribunal Federal conceder medida cautelar para dar efeito suspensivo a recurso extraordinário que ainda não foi objeto de juízo de admissibilidade na origem”) e nº 635 (“Cabe ao Presidente do Tribunal de origem decidir o pedido de medida cautelar em recurso extraordinário ainda pendente do seu juízo de admissibilidade”). 4. Agravo regimental a que se nega provimento.

Decisão

Por maioria de votos, a Turma converteu os embargos de declaração em agravo regimental, vencido, nessa parte, o Senhor Ministro Marco Aurélio, Presidente. Por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do relator. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Dias Toffoli. Primeira Turma, 13.5.2014.” (AC 2860 ED / SP - SÃO PAULO, EMB.DECL. NA AÇÃO CAUTELAR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Julgamento: 13/05/2014)

3. Conclusão

O processo cautelar ferramenta importante para busca do direito perante o poder judiciário, encontra durante o seu desenvolvimento obstáculos. Uma solução para esses desvios é o princípio da fungibilidade, uma vez que o direito possa estar dúbio, ou a doutrina e a jurisprudência em dúvida. O juiz se valerá da fungibilidade para garantir o saneamento e o bom andamento do processo.

Finalizando, esse princípio juntamente com outros princípios, demonstram ser de grande importância, e utilizados com sabedoria darão ao procedimento processual mais celeridade e eficiências as demandas judiciais. Mal que padece o Podre Judiciário nos dias de hoje.

4. Referencia Bibliográfica

1- **Código de Processo Civil**. 19ª ed. São Paulo, Editora Rideel, 2013.

- 2- DOS SANTOS, Ernane Fidélis. **Manual de Direito Processual Civil – Execução e Processo Cautelar**. 10^a ed., São Paulo, Editora Saraiva, 2006, vol. II.
- 3- HORCAIO, Ivan. **Dicionário Jurídico Referenciado**. 1^a ed., São Paulo: Primeira Impressão, 2006.
- 4- MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**. 1^a ed., Campinas, SP, Millennium Editora, 2000, vol. V.
- 5- SILVA, De Plácido. **Vocabulário Jurídico Conciso**. 1^a ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.
- 6- Superior Tribunal de Justiça. Site: www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp.
- 7- Supremo Tribunal de Justiça. Site: www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia.
- 8- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 53^a Ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 2012, vol. I.
- 9- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 49^a ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 2014, vol. II.
- 10- VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil – Direitos Reais**. 13^a ed., São Paulo: Editora Atlas S.A., 2013.
- 11- WAMBIER, Luiz Rodrigues e TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de Processo Civil**. 9^a ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2008, vol. III.