

# RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE

## MENOR RELATIVAMENTE INCAPAZ

Recurso                      recurso especial -  
Tribunal                      STJ

---

### RECURSO ORDINÁRIO AO INVÉS DE RECURSO ESPECIAL — PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE - QUANDO NÃO SE APLICA

#### RESUMO

- É que, como observa AGRÍCOLA BARBI (in "o Recurso Ordinário em Mandado de Segurança no Superior Tribunal de Justiça", na obra "Recursos no Superior Tribunal de Justiça" coordenada pelo eminente Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO, Saraiva, SP, 1991, pág. 229), "no que toca ao procedimento do recurso ordinário no juízo recorrido, prevalece a regra do art. 247 do RISTJ, isto é, aplicam-se as normas do Código de Processo Civil relativa à apelação, quanto aos requisitos de admissibilidade e ao procedimento". - Com efeito, à Presidência do Tribunal a quo competia apenas atuar de acordo com o estabelecido pelos arts 518 e seguintes do Código de Processo Civil, não havendo espaço, nesses limites, para transmutar um recurso em outro. - A par disso, não pode ser levada em conta a petição de ... do recorrente com a qual pretende retificar o nome do recurso que interpusera, quando mais não fosse pelo fato de os recursos ordinário e especial terem estruturas diferentes, pressupostos completamente diversos, importando, em decorrência, que o recorrente, em verdade, apresentasse um outro recurso, muito após expirado o prazo legal para o seu ingresso, eis que o acórdão da apelação foi publicado no dia 6 de julho de 1989 ... e a "retificação do nome do recurso" ocorreu em 1º de fevereiro de 1990 ... . - Postas essas premissas, há de ser examinado, pois, o recurso ordinário originariamente agitado ... . Sendo assim, devo examinar, de início, se pode ser aplicado o princípio da fungibilidade, para convertê-lo de ordinário em especial. - De resenha extraída de NELSON NERY JÚNIOR (in, "Princípios Fundamentais - Teoria Geral dos Recursos", Ed. Revista dos Tribunais, 1990, pág. 171 e sgs.) observo que o Código de Processo Civil de 1939 admitia, expressamente, no seu art. 810, o princípio da fungibilidade dos recursos. É que aquele diploma legal previa uma série de recursos e o princípio da fungibilidade funcionava, como se disse alhures, como uma tábua de salvação para as partes. - A Lei Civil Adjetiva atual, não adotou expressamente tal princípio, isto porque se pretendia ter simplificado de tal maneira o sistema recursal que seria desnecessária a sua adoção. - Todavia, a realidade, que não comporta ilusões, demonstrou que ainda muitas dúvidas são geradas na adequação recursal, de sorte que a doutrina e a jurisprudência têm admitido o princípio da fungibilidade. - A uma, porque o sistema do CPC/39 não o repugna. - A duas, porque não se deve sacrificar o fundo pela forma. - A três, porque se deve ampliar o direito de recorrer, de sorte que as dúvidas surgidas na interposição de recursos devem ser resolvidas do modo mais favorável ao recorrente. - Contudo, para que seja adotado o princípio da fungibilidade, necessário que sejam presentes - concomitantemente - determinadas circunstâncias. - A primeira delas é que haja dúvida objetiva sobre qual o recurso a ser interposto. Tal ocorre quando a parte fica diante de um dilema, ou porque o dispositivo legal é ambíguo, ou porque a doutrina e/ou a jurisprudência divergem quanto à classificação de determinados atos processuais e, conseqüentemente, quanto à forma de atacá-los. Exemplo clássico é o que decorre da decisão que homologa atualização de cálculos em execução, surgindo a dúvida se o recurso a ser interposto é o de apelação ou o de agravo. - Outro elemento a ser notado é a inexistência de erro grosseiro que se dá quando se lança recurso errado, estando o correto expressamente indicado na lei, sobre o qual não se opõe nenhuma dúvida. - O terceiro elemento é que o recurso erroneamente interposto tenha sido agitado no prazo do que se pretende transformá-lo pois, com isso, afasta-se a má-fé, além do que, se assim não fosse, operar-se-ia a preclusão. - Observo que o recorrente reporta-se, expressamente, no primeiro recurso lançado, que estava cuidando de recurso ordinário, daí a

evidente conclusão que o recorrente pretendeu mesmo foi lançar o recurso que indicou e que mencionou enfaticamente, sem nunca referir-se, por leve que fosse, a recurso especial. - Na época em que o recurso foi agitado não havia nenhuma dúvida objetiva sobre qual o recurso que deveria ser ingressado. A Constituição atual indica, expressamente, no inciso III do seu artigo 105, que das causas decididas em última instância pelos Tribunais dos Estados, cabe recurso especial, nas hipóteses que indica. - Disso tudo ressalta, com mais evidência, que não havia nenhuma incerteza nem qualquer dúvida objetiva acerca de qual o recurso efet

#### **EMENTA**

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

#### **NOTA DA REDAÇÃO**

Revista dos Tribunais