



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA PARAÍBA
GAB. DES. ABRAHAM LINCOLN DA CUNHA RAMOS

APELAÇÃO CÍVEL nº 0000319-87.2011.815.0551

ORIGEM :Vara Única da Comarca de Remígio
RELATOR :Des. Abraham Lincoln da Cunha Ramos
APELANTE :Energisa Borborema - Distribuidora de Energia S/A
ADVOGADO :Wilson Sales Belchior – OAB/PB 17.314-A
APELADO :Josival Missias de Souza
ADVOGADO :Lucelia Dias Medeiros Azevedo – OAB/PB 11.845

PROCESSUAL CIVIL– Apelação Cível – Ação de obrigação de fazer c/c danos morais e materiais e tutela antecipada – Decisão judicial – Impugnação a execução – Não extinção da execução – Recurso cabível – Agravo de instrumento – Interposição de apelo – Erro grosseiro – Inaplicabilidade do princípio da fungibilidade recursal - Não conhecimento.

- O Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento no sentido de que a decisão que resolve a impugnação sem por fim à execução desafia o recurso de agravo de instrumento, caracterizando erro grosseiro a interposição de apelação, nos termos do art. 475-M, § 3º, do CPC.

Vistos etc.

Trata-se de apelação cível interposta por **ENERGISA BORBOREMA – DISTRIBUIDORA DE ENERGIA S/A**, irresignada com a decisão de fls. 166/167 que rejeitou liminarmente a impugnação à execução, com base no art. 475, § 2º, do CPC/1973, proferida na ação de obrigação de fazer c/c danos morais e materiais interposta por **JOSIVAL MISSIAS DE SOUZA em face da ora recorrente**,

Nas razões da presente apelação cível, a ora apelante aduziu a desproporcionalidade entre o valor da multa e a obrigação de fazer a que esteve vinculada, enriquecimento ilícito do pretense exequente. Dessa forma, requereu que seja reformada a r. decisão, julgando procedente a impugnação, rejeitando-se, por via de consequência, a execução em todos os seus termos. Caso prevaleça a execução, pugnou pela minoração do quantum da verba indenizatória em patamar condizente com as peculiaridades do caso vertente e da realidade social brasileira (fls. 173/182).

Às fls. 190/192, a apelada pugnou pelo não conhecimento da apelação, tendo em vista que decisão impugnada é considerada decisão interlocutória que não acolheu a impugnação ao cumprimento de sentença, e portanto, recorrível mediante agravo de instrumento. Ademais, pugnou pelo levantamento da quantia depositada em juízo em favor do autor, conforme comprovante anexado à fl. 159.

Contrarrazões apresentadas pela parte apelada às fls. 198/207, alegando, preliminarmente, o não recebimento da apelação, por ser o recurso cabível o agravo de instrumento, e no mérito, aduziu a proporcionalidade do valor da multa e a obrigação de fazer e a inexistência de enriquecimento ilícito, a incidência de juros e atualização sobre o montante do valor da multa, bem como o cabimento dos honorários advocatícios não só em relação ao cumprimento de sentença, bem como em face da interposição do recurso de apelação interposto.

Instada a se pronunciar, a Douta Procuradoria de Justiça - alegando inexistir interesse jurídico do Órgão Ministerial - opinou pelo prosseguimento do recurso, sem manifestação sobre o mérito, à fl. 215.

É o suficiente a relatar.

DECIDO.

Inicialmente, ressalto que os requisitos de admissibilidade e a controvérsia do presente recurso serão analisados nos moldes da Lei nº 5.869/73, haja vista que, conforme preceitua o art. 14 da Lei nº 13.105/2015 (novo CPC), *“a norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada”*.

Sabe-se que a lei processual civil tem aplicação imediata, ou seja, produz efeitos imediatos, contudo, nos termos da teoria do isolamento, a lei nova somente deve atingir os atos ainda não

iniciados. Assim, os atos processuais praticados sob a égide a legislação anterior não podem sofrer efeitos em virtude do advento de nova Lei, sob pena de gerar insegurança jurídica.

Porquanto, se a sentença recorrida (ato processual) fora publicada quando vigente o anterior CPC, resta patente que sob a mesma legislação deve ser revisto, em atenção à segurança jurídica e à teoria do isolamento dos atos processuais.

Ademais, acerca a aplicação dos requisitos de admissibilidade, eis a orientação do Enunciado Administrativo nº 2 do Superior Tribunal de Justiça. Confira-se:

Enunciado Administrativo nº 2 - Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Dessa forma, faz-se mister analisar o cabimento do recurso de apelação.

Como se sabe, todo ato de postulação se submete a um duplo juízo a ser realizado pelo Magistrado. O primeiro, em relação à sua admissibilidade e, o segundo, se for o caso, em relação ao juízo de mérito. Essa dicotomia de juízos (admissibilidade e de mérito) vale para qualquer ato de postulação, inclusive para os recursos.

Dentre os diversos requisitos de admissibilidade recursal, importa aos autos, o **cabimento**, que, em suma, consiste em saber se o recurso interposto corresponde a previsão legal para determinada decisão judicial (princípio da adequação).

Como é cediço, o próprio Código de Processo Civil/1973 distingue sentença, decisões interlocutórias e despachos. Veja-se:

Art. 162. Os atos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos.

§ 1º Sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei.

§ 2º Decisão interlocutória é o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente.

§ 3º São despachos todos os demais atos do juiz praticados no processo, de ofício ou a requerimento da parte, a cujo respeito a lei não estabelece outra forma.

Assim, a sentença é o ato judicial que tem como efeito principal por fim ao processo. Decisões interlocutórias, como o próprio nome já antecipa, são decisões judiciais que são proferidas entre as locuções das partes e do juiz, ou seja, não põe fim ao processo, é concedida provisoriamente. Por possuir carga decisória é recorrível. Já os despachos são atos judiciais que não possuem carga decisória, por essa razão não são recorríveis.

A importância de se distinguir os atos do juiz se dá na medida em que há um recurso próprio para cada decisão (**princípio da adequação**). Desse modo, de sentença cabe apelação (art. 513); de decisão interlocutória cabe agravo (art. 522); e os despachos são irrecuríveis (art. 504). Caso seja interposto, p.ex., um agravo de instrumento de uma sentença, este recurso não poderá ser conhecido.

Nesse sentido, os insignes mestres **NELSON E ROSA NERY**¹ lecionam:

“Sentença. É o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa (CPC 267 e 269) (v. Coment. CPC162 § 1). Processo é o conjunto de ações cumuladas na mesma relação jurídica processual, quer em cumulo inicial, quer em cúmulo superveniente.

Por exemplo, embora possam estar cumuladas ação de separação judicial e ação de alimentos na mesma petição inicial, às quais se acresce ação de reconvenção ajuizada pelo réu, formando ao todo três ações, na verdade há um só processo, pois as três ações estão tramitando em simultaneus processus. Se o juiz extinguir uma só delas, isoladamente, o fará por meio de decisão interlocutória, pois o processo não terá sido extinto, mas, ao contrário continuará. V. coment. CPC 162”.

Adverta-se, outrossim, que **não é o “nomem juris” posto no ato judicial que irá determinar o tipo de decisão, mas sim sua própria essência.** a) se põe fim ao processo, é sentença; b) se possui carga decisória sem por fim ao processo, é decisão interlocutória; e c) se não possui carga decisória é despacho.

¹ In. Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor, 5 ed., RT, São Paulo, 2001, p. 991/992.

Diante disso, pode haver decisões interlocutórias sob o manto de despacho, e por isso podem ser recorríveis; não que se esteja recorrendo de um despacho, mas sim da verdadeira natureza do ato judicial, que fora uma decisão interlocutória.

Da mesma forma, existem decisões interlocutórias que se revestem de sentença. Exemplo típico fornecido pela doutrina era a antiga sentença declaratória de falência, que na verdade, era decisão interlocutória, pois não punha fim ao processo.

Destarte, não possui importância empírica o “*nomem juris*” que se dê ao ato praticado pelo Magistrado; o que se deve ter em foco é a essência do ato (sua natureza jurídica). **O “*nomem juris*” é apenas um nome.**

Para ilustrar, traz-se à baila trecho de uma das mais memoráveis obras de **SHAKESPEARE**², onde se questiona qual a importância do nome. Confira-se:

"Meu inimigo é apenas o teu nome. Continuará sendo o que és, se acaso Montecchio tu não fosses. Que é Montecchio? Não será mão, nem pé, nem braço ou rosto, nem parte alguma que pertença ao corpo. Sê outro nome. Que há num simples nome? O que chamamos rosa, sob uma outra designação teria igual perfume. Assim Romeu, se não tivesse o nome de Romeu, conservara a tão preciosa perfeição que dele é sem esse título. Romeu risca teu nome e, em troca dele, que não é parte alguma de ti mesmo, fica comigo inteiro."

NELSON E ROSA NERY³:

Não é outro o entendimento dos notáveis

*"Sentença. Forma e conteúdo. Para a caracterização do ato judicial como sentença, à luz do direito positivo brasileiro, não importa sua forma, nem conteúdo. **O dado discriminador é, efetivamente, a finalidade do ato e sua potencialidade para extinguir o processo, com ou sem exame de mérito. Mesmo que o juiz denomine o ato de 'sentença', ou pronuncie a expressão 'julgo por sentença', seu pronunciamento não será sentença, no sentido do CPC 162, § 1º e 513, se não extinguir o processo.** A recíproca é verdadeira: mesmo que o magistrado não aponha, no início de seu pronunciamento, a expressão 'vistos etc.', mesmo que não faça relatório nem fundamente o ato, mesmo que apenas uma linha diga 'indefiro' este ato será sentença*

² SHAKESPEARE, William, Romeu e Julieta, Ato II Cena II.

³ Op. Cit., 2001, p. 992.

se tiver por finalidade extinguir o processo. Nem a forma nem o conteúdo do ato importam para caracterizá-lo como sentença”.

Inclusive, esse entendimento fora, expressamente, ratificado pelo legislador ordinário na elaboração da reforma processual. Nesse sentido, confira-se o novel § 3º do art. 475-M do CPC, incluído pela Lei nº. 11.232, de 2005:

Art. 475-M. Omissis

(...)

§ 3º A decisão que resolver a impugnação é recorrível mediante agravo de instrumento, salvo quando importar extinção da execução, caso em que caberá apelação. (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)

Com efeito, o recurso cabível dependerá "*secundum eventum litis*", de modo que, se acolhida a impugnação, extinguindo-se, por conseguinte, a execução (sentença), caberá apelação; caso contrário, ou seja, sendo rejeitado o incidente ou acatado-o parcialmente, prosseguindo-se, de toda sorte, a execução, percebe-se cristalinamente que se trata de decisão interlocutória, devendo o "*decisum*" ser atacado unicamente via agravo.

"*In casu subjecto*", a D. Magistrada de primeiro grau, rejeitou liminarmente a impugnação, com base no art. 475-L, § 2º, do CPC, não pondo fim a execução.

Outrossim, poder-se-ia pensar em aplicar o **princípio da fungibilidade recursal**. No entanto, a jurisprudência e a doutrina entendem que o referido princípio somente será aplicado quando presentes cumulativamente os seguintes requisitos: **a)** dúvida objetiva – não importa a dúvida subjetiva do advogado, mas, sim, o dissenso na doutrina e na jurisprudência sobre qual o recurso cabível a espécie; **b)** inexistência de erro grosseiro na interposição do recurso; e **c)** que o recurso tenha sido interposto no prazo daquele que seria correto para desafiar a decisão guerreada. Imperioso ressaltar, ainda, que a ausência de qualquer um desses pressupostos impedirá a aplicação da fungibilidade recursal.

Nesse norte, os insígnis mestres **MARINONI e ARENHART**⁴, ao comentarem os requisitos necessários para a aplicação do princípio da fungibilidade recursal, lecionam com precisão costumeira:

4 *in* Manual do processo de conhecimento, 4. ed., São Paulo, RT, 2005, p. 512.

“(…) A fungibilidade não se destina a legitimar o equivoco crasso, ou para chancelar o profissional inábil; serve, isto sim, para salvar o ato que, diante das circunstancias do caso concreto, decorreu dúvida objetiva.

Portanto, é preciso que haja dúvida fundada e objetiva, capaz de autorizar a interpretação inadequada do sistema processual e o seu uso equivocado. ‘A dúvida deve ser objetiva, e não subjetiva’. Deseja-se dizer, com isto, que a ‘dúvida não pode ter origem na insegurança pessoal do profissional que deve interpor o recurso ou mesmo sua falta de preparo intelectual, mas sim no próprio sistema recursal’.

Sobre o requisito da inexistência de **erro grosseiro** na interposição do recurso, asseveram os mestres:

“Inexistência de erro grosseiro na interposição do recurso. Outro dos pressupostos para utilização do princípio da fungibilidade é a ‘ausência de erro grosseiro’ na interposição do recurso. Não se pode aplicar o princípio em exame quando o recurso interposto evidentemente não tiver cabimento. Assim, embora em certas circunstâncias seja possível admitir a dúvida objetiva entre algumas espécies recursais (como agravo e apelação), não se pode admitir a incidência da fungibilidade, se o interessado se vale de recurso completamente incabível (...)

Como já dito, o princípio da fungibilidade não se presta a legitimar a atividade do advogado mal formado, incapaz de atuar com os mecanismos processuais adequados. Serve para tornar o sistema operacional, mediante a admissão do recurso inadequado ‘desde que a falta seja fundada em dúvida objetiva e não tenha origem em erro grosseiro.’⁵

O último pressuposto exigido é que o **recurso** tenha sido **interposto** no **prazo** daquele que seria **correto** para atacar a decisão guerreada, observe-se:

“Por fim, exige a jurisprudência nacional que o prazo em que foi interposto o recurso seja o correto para a interposição do recurso adequado. É dizer que, por hipótese, se o recurso adequado no caso tinha prazo de dez dias para a interposição, o recurso erroneamente oferecido somente poderá ser conhecido, por meio da aplicação do princípio da fungibilidade, se for oferecido também no prazo de dez dias.”⁶

5 Op. cit., 2005, p. 513.

6 Op. cit., 2005, p. 513.

já firmou entendimento que:

Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EFEITOS INFRINGENTES. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXTINÇÃO PARCIAL DA IMPUGNAÇÃO. DECISÃO.

RESOLUÇÃO DE INCIDENTE DE IMPUGNAÇÃO. RECURSO CABÍVEL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTERPOSIÇÃO DE RECURSO DE APELAÇÃO. ERRO GROSSEIRO.

PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE NÃO APLICÁVEL.

1. A decisão que extingue parcialmente a execução, conquanto tenha conteúdo de sentença (art. 162, § 1º, do CPC), é também recorrível por agravo de instrumento.

2. A decisão que resolve a impugnação sem por fim à execução desafia o recurso de agravo de instrumento, caracterizando erro grosseiro a interposição de apelação, nos termos do art. 475-M, § 3º, do CPC.

3. Embargos de declaração acolhidos com efeitos infringentes.

(EDcl no AgRg no AREsp 209.349/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/03/2016, DJe 28/03/2016)

E:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL.

IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. JULGAMENTO. EXECUÇÃO NÃO EXTINTA. RECURSO CABÍVEL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ART. 475-M, § 3º, DO CPC. DECISÃO MANTIDA.

1. Nos termos do art. 475-M, § 3º, do CPC, a decisão que resolve a impugnação ao cumprimento de sentença sem extinção do processo de execução é recorrível por meio de agravo de instrumento. Constitui, portanto, falha inescusável interpor apelação, motivo pelo qual não há falar em aplicação do princípio da fungibilidade recursal.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 245.499/RJ, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 01/03/2016, DJe 04/03/2016)

Ainda:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. SUPOSTA VIOLAÇÃO AO ART. 20, § 3º, DO CPC. AUSÊNCIA DE

PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356, DO STF. IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. REJEIÇÃO. CONTINUIDADE DA EXECUÇÃO. RECURSO CABÍVEL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ART. 475-M, § 3º, DO CPC. INTERPOSIÇÃO DE APELAÇÃO. ERRO GROSSEIRO. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DE FUNGIBILIDADE RECURSAL. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. "A decisão que resolver a impugnação é recorrível mediante agravo de instrumento, salvo quando importar extinção da execução, caso em que caberá apelação" (art. 475-M, § 3º, do CPC). Todavia, no caso, a parte interpôs recurso de apelação.

2. "Afasta-se a aplicação do princípio da fungibilidade - previsto implicitamente no Código de Processo Civil em seu art. 250 e expressamente no art. 579 do Código de Processo Penal - nos casos de erro grosseiro, que se configura quando o recurso previsto para determinada decisão judicial encontra suas hipóteses de cabimento, explícita e claramente, delineadas na lei, e a parte interpõe recurso diverso". (AgRg no RMS 38.143/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 18/10/2012, DJe 24/10/2012).

3. O recurso especial não merece ser conhecido em relação a questão que não foi tratada no acórdão recorrido, sobre a qual nem sequer foram apresentados embargos de declaração, ante a ausência do indispensável prequestionamento (Súmulas 282 e 356 do STF, por analogia).

4. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1485710/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/12/2014, DJe 19/12/2014)

No caso em comento, houve erro grosseiro na interposição da apelação em face de uma decisão interlocutória.

Ademais disso, vê-se também o recurso não fora interposto no prazo daquele que seria correto para atacar a decisão objurgada.

Por tais razões, **NÃO CONHEÇO** do recurso de apelação cível interposto, com fundamento no artigo 932, III, do CPC/2015 e precedentes do STJ.

Publique-se. Intime-se.

João Pessoa, 09 de novembro de 2016.

Des. Abraham Lincoln da Cunha Ramos
Relator