

Artigo publicado em:

Revista nacional de direito e jurisprudência, v. 9, n. 99, p. 26–33, mar., 2008.

Saneamento de Defeitos pelo Tribunal (art. 515, §4º, do CPC)¹

Antonio Janyr Dall’Agnol Junior

Advogado. Desembargador (aposentado) do TJ do RS.
Professor na Escola Superior da Magistratura da RS.

1. Do sistema de invalidades no CPC. 2. Das providências de saneamento. 2.1. O art. 560, parágrafo único, do CPC. 3. O art. 515, § 4º, do CPC. 3.1. Pequeno histórico da norma. 3.2. Exegese da “nova” regra.

1. **Do sistema de invalidades no CPC.** O Código de Processo Civil de 1973, à semelhança do que lhe antecederam, exibe uma regulamentação relativamente harmônica das invalidades (do processo ou dos atos processuais), segundo uma ótica que pressupõe consideração para com os planos de projeção dos atos jurídicos em geral: existência, validade e eficácia². Disso já cuidamos, em outras oportunidades³, atentos a lições doutrinárias consistentes⁴.

De qualquer modo, ainda que se não aceite a concepção adotada por esta parcela da doutrina, de que se há de distinguir as espécies *anulabilidade*, *nulidade relativa* e *nulidade absoluta*, o que parece indiscutível é a existência de distinção operada pela própria lei entre *nulidades sanáveis* (*supríveis*, di-lo às vezes) e *nulidades insanáveis*⁵. Basta – para não fixar apenas no que será objeto de exame neste trabalho (art. 515, § 4º) – a leitura de dispositivo como o do art. 327, regra geral em termos de providências judiciais de saneamento, ou o do art. 560, parágrafo único, norma especialmente dirigida aos tribunais⁶.

De rigor, o ser sanável não diz respeito à invalidade propriamente, que mais não é do que denominação de conceito, senão que ao defeito, ao vício. Este é que é, *em realidade*, o que eventualmente possível de saneamento.

¹ O presente trabalho foi composto especialmente para publicação de obra coletiva em homenagem ao magistrado e professor ARAKEN DE ASSIS, jurista que inquestionavelmente abrilhanta tanto o mundo forense quanto o acadêmico.

² O modo de exame é uma constante na obra de Pontes de Miranda: cf., v.g., *Tratado de Direito Privado*. SP: RT, t. IV, 4ª ed., p. 6.

³ Cf., do autor, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Porto Alegre: LeJur, 1985, v. 3; *Invalidades Processuais*. Porto Alegre, LeJur, 1989; “Para um conceito de irregularidade processual”, em *Saneamento do Processo: Estudos em Homenagem ao Prof. Galeno Lacerda*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1989, p. 83.

⁴ Galeno Lacerda, *Despacho Saneador*. Porto Alegre: Livraria Sulina Editora, 1953; José Joaquim Calmon de Passos. *A Nulidade no Processo Civil*. Imprensa Oficial da Bahia, 1959 (V., hoje, *Esboço de uma Teoria das Nulidades Aplicada às Nulidades Processuais*. RJ: Forense, 2002).

⁵ Pontes de Miranda, por exemplo, assenta: “As confusões que resultam do emprego das expressões ‘nulidades absolutas’ e ‘nulidades relativas’, no direito processual civil, levam-nos a evitar o emprego delas, convindo só aludirmos à sanabilidade e à insanabilidade”. Mas é o mesmo jurista quem, pouco antes, dissera: “As nulidades ditas absolutas são insanáveis; as relativas, sanáveis. Só assim se pode admitir a distinção no direito processual brasileiro” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, III, 3ª ed.. RJ: Forense, 1996, p. 156).

⁶ O art. 327 registra “nulidades sanáveis” e o art. 560, parágrafo, “nulidade suprível”.

Artigo publicado em:

Revista nacional de direito e jurisprudência, v. 9, n. 99, p. 26–33, mar., 2008.

Não obstante a circunstância de que dominam, no processo, espécies que permitem a superação do defeito – denominadas, no mais das vezes, de nulidades sanáveis ou supríveis –, as há também em que esta possibilidade não se dá. Recordemos, apenas exemplificativamente, hipóteses de incompetência absoluta, de ausência de intimação (e de intervenção) do Ministério Público em casos em que atração tem por suporte interesse público ou de deficiência na constituição de juízo colegiado. Nestas espécies, é inviável pensar-se em saneamento; aliás, é justamente a sua impossibilidade que conduz à distinção; não fora isso, uma só espécie de invalidade se exibiria no processo, dispensada classificação⁷.

Àquele compromissado com o direito posto, porém, inviável ignorar o que explicitamente disposto em regras como as, há pouco, lembradas.

2. Das providências de saneamento. A sistemática das nulidades no CPC demonstra, de modo inequívoco, que o objetivo do legislador é, acima de tudo, obviar decretos de invalidação.

Disse-o, de modo preciso, Pontes de Miranda, ao iniciar o exame da matéria, em seus *Comentários*: “*O que logo surpreende o leitor do Código de Processo Civil é que, no Título V, onde se trata das nulidades, a lei mais se preocupasse com regras jurídicas contrárias à nulidade, ou à sua decretação. O legislador traduziu bem o seu propósito político de salvar os processos*”⁸.

E, de efeito, assim o é.

Diríamos que até é mais abrangente o projeto do legislador, pois de superação de deficiências cuida desde o início da regulação do procedimento, conforme se pode observar de regra como a do art. 284, que impõe dever ao juiz de examinar a petição inicial, a fim de afastar, de logo, “*defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento do mérito*”.

No momento reputado ideal pela doutrina, na denominada *fase de saneamento*, insere-se a já recordada regra que o art. 327 abriga.

E, nos tribunais, a também lembrada norma do art. 560, parágrafo único – todas elas veiculadoras de uma só e mesma proposição, qual seja, a de superação das deficiências de um procedimento que se desenvolve, tendo por norte o que estabelecido previamente pelo modelo legal, como próprio de sistema da legalidade (art. 125, *caput*, c/c o art. 127).

2.1. O art. 560, parágrafo único, do CPC. Dispõe este artigo, em regra que permanece íntegra: “*Qualquer questão preliminar suscitada no julgamento será decidida antes do mérito, deste não se conhecendo se incompatível com a decisão daquela. Parágrafo único. Versando a preliminar sobre nulidade suprível, o tribunal, havendo necessidade, converterá o julgamento em diligência, ordenando a remessa dos autos ao juiz, a fim de ser sanado o vício*”⁹.

⁷ Classificações, ocioso dizê-lo, têm em vista a mais completa apreensão da realidade. Se há fenômenos que se distinguem, merecem expressão conceitual diversa, a fim de melhor compreensão. Por que é para isso que classificamos: para melhor conhecer.

⁸ *Comentários ao CPC*, t. III. RJ: Forense, 1996, p. 353.

⁹ Esta é a redação que efetivamente entrou em vigor, atendendo redação da Lei nº. 5.925, de 1º.10.73. Na redação original do parágrafo, a oração “havendo necessidade” não estava prevista, circunstância que conduziu à crítica do Professor Alcides de Mendonça Lima: “Como o Código não fala ‘se houver necessidade’, se o juiz for formalista, vão começar a baixar processos inutilmente, sem vantagem para as partes e para o próprio Tribunal, que podia aliviar-se em seguida do caso” (“Sistema de

Artigo publicado em:

Revista nacional de direito e jurisprudência, v. 9, n. 99, p. 26–33, mar., 2008.

No artigo, como se vê, sobre estabelecer-se regra ínsita à própria lógica do julgamento¹⁰ – há de se examinar, antecedentemente ao mérito, as questões preliminares – assenta-se preceito de caráter inegavelmente saneador: o da *conversão em diligência*, quando se esteja a cuidar de vício sanável.

Em outros termos, diante de espécie que se enquadre no conceito de “nulidade suprível”, o tribunal – entenda-se o órgão colegiado ou, antes mesmo, o relator¹¹ – não se realiza o exame da questão preliminar sem antes envidarem-se esforços para a própria superação da causa do defeito.

O modo como se pode sobrepujar a específica questão preliminar, respeitante à regularidade formal do procedimento¹², não dispensa o exame do caso concreto, por isso que não necessariamente a conversão em diligência implicará em retorno dos autos ao juiz.

O fundamental é a idéia de saneamento, quando superável (= sanável) o defeito, podendo realizar-se (a) de pronto, no tribunal (por providência do relator ou do colegiado) ou (b) “havendo necessidade”, com a determinação que o faça o juízo *a quo*.

Pontes de Miranda, depois de registrar que o Código de 1973, “*como o de 1939*”, adotou a *técnica* da absorção da querela de nulidade pelo recurso de apelação, complementava, em entendimento que parece não encontrar dissonância entre nossos comentadores: “*Se há incompatibilidade entre a resolução da preliminar ou da prejudicial e a do mérito, a causa ou desce ao juízo do primeiro grau, ou no mesmo juízo recursal se procede à sanção ou suprimento, ou está finda a causa, sem decisão sobre o mérito*”¹³.

Acertadamente, recorda o Professor Barbosa Moreira que “*a conversão em diligência não tem lugar apenas no caso de nulidade suprível*”, passando a consignar exemplos pertinentes, entre os quais releva os que dizem com providência para melhor esclarecimento e o da realização de atividade instrutória suplementar¹⁴.

Menos verdade não é, porém, que a providência não se viabiliza diante de *nulidade insanável*¹⁵, que, por definição, não admite providência de superação.

Normas Gerais dos Recursos Cíveis”, em *Revista do IAB*, Ano VII, nº 31, p. 79 – *apud* Sergio Bermudes, *Comentários ao Código de Processo Civil*. SP: RT, v. VII, p. 403, nota 45).

¹⁰ Como o diz Sergio Bermudes, “seria inconcebível, ilógico, irracional, que, primeiro, se decidisse o mérito, para, só depois, apreciar-se questão preliminar, cuja decisão poderia ser incompatível com a anteriormente solucionada. Ainda que inexistisse a norma consagrada no caput do artigo, que agora se comenta, qualquer questão preliminar, suscitada no julgamento, haveria de ser decidida, antes do mérito, dele não se conhecendo, se incompatível com a decisão daquela” (Ob. e loc. cit., p. 402).

¹¹ Neste sentido, Nelson Nery Junior & Rosa Maria de Andrade Nery, *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. SP: RT, 2006, 9ª ed., p. 743.

¹² Em obra clássica, Galeno Lacerda situa entre os “pressupostos (processuais) objetivos, desta vez internos, a subordinação do procedimento às normas legais. Esta subordinação se traduz na ausência de nulidades e vícios em geral dos atos processuais, em seu aspecto objetivo” (Ob. cit., p. 69).

¹³ *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. VIII. RJ:Forense, 1975, p. 17. No mesmo sentido, José Carlos Barbosa Moreira, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. V. RJ: Forense, 2005, 12ª ed., p. 687, n. 373; Sergio Bermudes, *Comentários* cit., p. 403, n. 306.

¹⁴ Ob. e loc. cit., p. 688.

É célebre, no Estado do Rio Grande do Sul, perícia determinada pelo extinto Tribunal de Alçada, em causa em que se discutia a ocorrência, ou não, de excesso de perda de grãos em transporte marítimo. A diligência praticamente pôs fim às inúmeras querelas, algumas claramente de aventura.

¹⁵ Barbosa Moreira, depois de examinar a hipótese de nulidade suprível, faz registrar que o prosseguimento da atividade cognitiva, com discussão e votação do mérito, apenas acontecerá, “se não houver nulidade insanável que deva ser pronunciada” (*Comentários* cit., p. 687, n. 373). A lição é apropriada, porquanto, em se cuidando de invalidade desta última espécie, é dever do juiz o pronunciamento, independentemente de instância de parte.

Exemplo saliente de nulidade insanável (= absoluta), tendo presente o momento processual de que estamos a cuidar, é o da ausência de intimação (e intervenção) do Ministério Público, quando sua presença se impõe em razão do interesse público¹⁶. Não há como, no grau revisional, averiguar-se sobre a tutela do interesse a ser protegido, se quem o devesse fazer jamais tenha sido cientificado (e participado) do processo. A solução dos tribunais de superação daquela falta pela presença do órgão no juízo *ad quem*, é boa quando a atração se dá em razão de uma das partes (incapaz, por exemplo) ou quando se esteja a cuidar de interesses secundários, como os meramente patrimoniais, posto públicos.

Cuidando-se de incompetência absoluta, igualmente, não há opção alguma de superação: diante do défice, ao tribunal cumpre não mais do que enunciar o provimento de invalidação, ao efeito de desconstituição da sentença, quiçá do próprio processo¹⁷.

Cotejando o *princípio da restituibilidade* (“o juiz recorrido há de retomar os autos desde a parte cuja nulidade se decretou”) com o *princípio da devolução irreversível* (“o tribunal, para que se recorreu, não mais pode perder a cognição, que se lhe abriu com o recurso ‘devolutivo’ de toda a causa”), concluiu Pontes de Miranda no sentido que de o sistema positivo brasileiro inclinou-se por aquele, se a nulidade é insuprível. “(...) a favor daquele milita a resposta cabal: a apelação, em nosso sistema jurídico, contém a impugnativa fundada em nulidade e a impugnativa fundada em injustiça da sentença, de modo que é inevitável, no terreno da eficácia da sentença proferida no recurso de apelação, essa dualidade. Encobriu-se, com o nome único e o mesmo trato de interposição e competência, a fusão dos recursos, porém, aqui e ali, os fósseis reaparecem à flor da terra, em sua inabluível dualidade histórica. Ora, a decretação da nulidade acarreta a invalidação de todos os atos posteriores que do ato nulo dependam ou sejam conseqüência (art. 248), e não haveria outro caminho que o de se sacrificar o princípio da devolução irreversível à exigência do refazimento processual na instância inferior, ou o de se sacrificar o princípio da restituibilidade por decretação de nulidade”¹⁸.

3. O art. 515, § 4º, do CPC. O exame que acaba de realizar-se do art. 560, parágrafo único, que se insere no capítulo referente à “ordem dos processos no tribunal” – e, portanto, aplicável a toda e qualquer espécie de remédio jurídico que no tribunal tenha curso – faz emergir alguma dúvida sobre a necessidade de inserção da norma

¹⁶ Cf., v.g., Egas Dirceu Moniz de Aragão. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. II. RJ: Forense, 1998, 9ª ed., p. 282, n. 361.

¹⁷ Em matéria de procedimento (“*forma do processo*” – registra o art. 250), a solução é diversa apenas porque há explícita previsão legislativa, que adota a *doutrina da reduzibilidade do nulo*. Não fora a regra, seguramente a flexibilização do procedimento não seria admissível.

Os civilistas bem conhecem a “figura”. Rubén S. Stiglitz e Gabriel A. Stiglitz recordam: “En consonancia con la tesis de principio que sostenemos, una tendencia legislativa universal circunscribe y limita los efectos de la nulidad, a fin de mantener la vida del negocio, em consideración a transcendentales razones economico-sociales y jurídicas” (*Contatos por Adhesión, Cláusulas Abusiva y Protección al Consumidor*. Buenos Aires: Depalma, 1985, p. 236). *Mutatis mutandis*, a “figura de la reducibilidad”, compreensiva de “uma nulidade parcial em sus efectos” (AA., ob. e loc. cit.) acomoda-se também no campo do processo civil, como bem exemplifica o recordado art. 250 do CPC.

¹⁸ *Comentários cit.*, t. VIII, pp. 263-263. Atente-se, porém, que, no que respeita às conseqüências, diferentemente não ocorre se e quando decretada a nulidade sanável (porque, quem tinha de fazê-lo não o fez, por exemplo, como se dá com a hipótese do art. 13, I). A previsão do art. 248, primeira parte, que consagra o princípio da contaminação (ou contágio) do nulo, alcança todas as espécies de nulidade, desde que decretada.

Artigo publicado em:

Revista nacional de direito e jurisprudência, v. 9, n. 99, p. 26–33, mar., 2008.

jurídica que, hoje, por força da Lei nº 11.276, de 07.02.06 (DOU de 08.02.06), encontra-se nele expressa, nestes exatos termos: “*Constatando a ocorrência de nulidade sanável, o tribunal poderá determinar a realização ou renovação do ato processual, intimadas as partes; cumprida a diligência, sempre que possível prosseguirá o julgamento da apelação*”.

Deste modo, não fora por sua própria existência, a circunstância faz impositiva averiguação que não se reduza ao exame dos elementos que a compõe, buscando-se a sua origem.

3.1. Pequeno histórico da norma. O parágrafo que veio a ser acrescentado ao art. 515 do CPC¹⁹, conforme o registra o próprio relatório do Deputado Aloysio Nunes Ferreira que o teria apresentado²⁰, encontra sua origem em proposição oferecida pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar Junior ao Conselho da Justiça Federal²¹, que exhibe o seguinte texto: “*Ao declarar a nulidade na apelação, o tribunal determinará a realização ou a renovação do ato; cumprida a diligência e intimadas as partes, sempre que possível prosseguirá o julgamento da apelação*”.

A proposta exibia a justificativa: “*A necessidade de suprir defeito na instrução do processo pode ser atendida com ato a ser cumprido na própria instância recursal ou na origem, com aproveitamento dos atos posteriores, cabendo ao tribunal apreciar o feito à luz do que foi produzido por sua ordem, oportunizada a manifestação das partes*”.

No projeto de lei anexo ao “Pacto de Estado em Favor de um Judiciário mais Rápido e Republicano” (ou, simplesmente, “Pacto Republicano”), documento firmado “pelos Chefes dos Três Poderes em 15/12/2004”²², a redação já era a que veio, a final, converter-se em lei:

“Constatando a ocorrência de nulidade sanável, o tribunal poderá determinar a realização ou renovação do ato processual, intimadas as partes; cumprida a diligência, sempre que possível prosseguirá o julgamento da apelação”.

Publicação do Instituto Brasileiro de Direito Processual²³ dá conta de que, no ponto, o projeto não mereceu a menor modificação, resultando definitiva, assim, a redação inicialmente sugerida.

O mesmo ocorreu no Senado Federal²⁴.

A linha justificativa que fora expressa pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar Junior manteve-se.

Desse modo, diz, antes de mais, a exposição de motivos, firmada pelo Ministro da Justiça Marcio Thomaz Bastos, depois de registrar que as alterações visavam “*conferir eficiência à tramitação de feitos e evitar a morosidade que atualmente*

¹⁹ Pelo art. 2º da Lei nº 11.276, de 07 de fevereiro de 2006 (DOU de 08.02.06).

²⁰ Cf. *Campanha pela Efetividade da Justiça* – Proposta da Comissão para a Efetividade da Justiça – AMB, Caderno I, março de 2004, p. 52.

²¹ As proposições ofertadas pelo ilustre magistrado e jurista encontram-se na publicação *Conselho da Justiça Federal – Propostas da Comissão de Altos Estudos da Justiça Federal*. Brasília, DF: CJF, 2003, v.1.

²² *Pacto de Estado em Favor de um Judiciário mais Rápido e Republicano* – Brasília – DF – 2005.

²³ *Reforma Infraconstitucional do Processo Civil* - Cadernos IBDP – Série Propostas Legislativas – vol. 4, setembro de 2005, pp. 87-96.

²⁴ No Senado Federal, o projeto foi relatado pelo Senador Aloizio Mercadante.

Artigo publicado em:

Revista nacional de direito e jurisprudência, v. 9, n. 99, p. 26–33, mar., 2008.

caracteriza a atividade em questão”: “A proposta ora analisada segue esta linha, ao procurar dirimir o problema que afeta o recurso de apelação, nos casos em que o tribunal identifica nulidade no processo, ocorrida no juízo de origem. Nestas hipóteses, em se tratando de vício sanável, o procedimento mais adequado ao princípio da economia processual é o proposto, qual seja, que o tribunal determine a realização ou renovação do ato processual anulado, ao invés de retornar os autos à origem. Desta forma, entendo adequada a redação apresentada ao § 4º do art. 515 do CPC”.

No parecer do relator²⁵ na Câmara Federal, acento dado ao objetivo de “*imprimir celeridade aos processos judiciais*”, colhe-se, no relativo ao ponto: “*Tal medida objetiva evitar que o tribunal se limite a declarar a nulidade processual e remeta o processo para o juiz de primeiro grau, com receito de que se alegasse supressão de instância. Na sistemática atual, uma vez sanada a nulidade, o processo retornaria ao tribunal para o julgamento do mérito do recurso. A autorização legal afasta tal óbice e segue na mesma linha do § 3º do mesmo art. 515 (introduzido pela Lei nº10.352/2001), que permitiu o imediato julgamento do mérito quando o tribunal reformasse sentença terminativa. A medida é, por isso mesmo, inegavelmente salutar*”.

Tal e qual sugerido desde o início, a norma jurídica foi alocada como quarto parágrafo do art. 515 do CPC.

3.2. Exegese da “nova” regra. Porque não exhibe cuidado com a terminologia, em campo fértil ao dissenso apenas nominal, é preciso algum cuidado na interpretação do dispositivo que veio de ser incluído no art. 515.

Antes de mais, atente-se para a circunstância de que tem ele vínculo – admitindo-se, em homenagem ao legislador da reforma de que se cuide de regra especial, e não de mera repetição – com o art. 560, parágrafo único, e não propriamente com o art. 249.

Não há confundir os momentos: o último dispositivo diz com orientação a ser tomada em razão da decretação da invalidade; os demais, em atividade tipicamente saneadora, respeitam a *providências* (no mais lídimo sentido do termo) que se efetivam para evitar o pronunciamento mesmo.

O verdadeiro “*dever*” previsto pelo art. 249, conforme bem o observou Helio Tornaghi, “*é consequência do disposto no artigo anterior*”²⁶.

Com efeito, adotado que foi o *princípio da contaminação do nulo* e fixada a regra da possibilidade de invalidação apenas parcial do ato (art. 248), impositivo, ao bom andamento (da retomada) do procedimento, que sejam indicados, pelo órgão julgador que decreta a invalidade, quais os atos (ou as partes do ato) atingidos pela manifestação judicial.

Diferentemente, o único parágrafo do art. 560, estabelece dever de atividade saneadora, com o objetivo de evitar a decretação da invalidade, conforme se infere, com clareza, de sua redação: “*Versando a preliminar sobre nulidade supável, o tribunal, havendo necessidade, converterá o julgamento em diligência, ordenando a remessa dos autos ao juiz, a fim de ser sanado o vício*”.

Não importa que, circunstancialmente, as atividades possam ser assemelhadas, conforme o permite inferir a letra do art. 515, § 4º, que registra verbos idênticos aos do art. 249.

²⁵ Relator, segundo a publicação lembrada na nota anterior, foi o Deputado Inaldo Leitão.

²⁶ *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. II. SP: RT, 1975, p. 240.

Artigo publicado em:

Revista nacional de direito e jurisprudência, v. 9, n. 99, p. 26–33, mar., 2008.

O art. 560, parágrafo, exhibe, do ponto de vista técnico, redação mais consentânea do que a que se encontra no art. 515, § 4º. Lá, a expressão “nulidade suprível” diz respeito à matéria versada na preliminar, mas a atividade de saneamento tem em vista “o vício” que a pode produzir; aqui, no art. 515, § 4º, a “nulidade sanável” (que se identifica com a outra expressão, não se queira encontrar distinção onde não há) aparece como “ocorrência” – o que, definitivamente, não se exhibe possível, na medida em que invalidades não são acontecimentos, senão que conceitos (ou, talvez ainda melhor, expressão de conceitos).

Não obstante isso, ambos os dispositivos expõem um só e mesmo pressuposto: o de o órgão julgador deparar-se com defeito capaz de gerar uma nulidade. E esta virtualidade que gera a atividade judicial de saneamento.

E em ambos os dispositivos cuida-se de superação dessa possibilidade. As providências são para que se obvие o pronunciamento que decorreria da circunstância fática²⁷.

É imprescindível que se faça a devida distinção, para que se não embaralhe o intérprete em terreno que sói ser confuso.

De qualquer sorte, as regras dos arts. 560, parágrafo, e 515, § 4º, encontram, sim, vínculo com dispositivo preferencialmente voltado para o procedimento no primeiro grau; e é este o do art. 327, segunda parte: “*Verificando a existência de irregularidades²⁸ ou nulidades sanáveis, o juiz mandará supri-las, fixando à parte prazo nunca superior a 30 (trinta) dias*”.

Embora a circunstância eventualmente não tenha demasiado relevo, a regra incluída no art. 515, § 4º, está inserida no capítulo que regula o recurso de apelação, a este dizendo respeito, pois²⁹.

O fato em si não traz maiores conseqüências, porque, quanto aos demais recursos (ou outro remédio jurídico), a norma prevista pelo art. 560, parágrafo único, parece satisfazer suficientemente.

O que é inquestionável é que se cuida, a abrigada pelo art. 515, § 4º, de regra jurídica que tem como destinatário o juízo *ad quem* ou, conforme a letra da lei, “o tribunal”, e tem em vista defeitos ocorridos, ordinariamente ao menos, em atos do procedimento do primeiro grau.

Nem a menção a “tribunal” nem a alusão ao prosseguimento do julgamento, porém, exibem-se bastantes para concluir-se cuidar-se de competência exclusiva do órgão colegiado. No sistema atual, alargou-se a competência do relator, admitido, inclusive, provimento seu, solitário, no sentido da inadmissão do recurso, quando não do exame do próprio mérito, dando pela procedência ou improcedência, desde que atendidos alguns pressupostos (art. 557). Não parece adequado assim, até porque este já era poder que se lhe reconhecia antecedentemente, inferir-se incompetente o relator para

²⁷ Humberto Theodoro Júnior realça o objetivo de “evitar a anulação de sentenças ou de recurso, quando o vício detectado na apreciação da apelação mostrar-se sanável” (*As Novas Reformas do Código de Processo Civil*. RJ: Forense, 2006, p. 9).

²⁸ O legislador, aqui, foi absolutamente preciso, distinguindo vícios que não se confundem: de um lado, os *não-essenciais*, que compreendem as irregularidades, e, de outro, os *essenciais*, estes os únicos capazes de gerarem invalidade. Cf., do autor deste trabalho, “Para um conceito de irregularidade processual”, em *Saneamento do Processo: Estudos em Homenagem ao Prof. Galeno Lacerda*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1989, p. 83.

²⁹ Contra, por entendê-la aplicável aos demais recursos, Cassio Scarpinella Bueno, *A Nova Etapa da Reforma do Código de Processo Civil*, v. 2. SP: Saraiva, 2006, p. 21.

Artigo publicado em:

Revista nacional de direito e jurisprudência, v. 9, n. 99, p. 26–33, mar., 2008.

a determinação de providências antes do julgamento, com o objetivo de evitar a decretação de invalidade³⁰.

Certo, competência *também* o tem o órgão colegiado, seja primariamente, porque o problema não fora anteriormente detectado pelo relator (ou porque entenda este diferentemente), seja em grau revisional (admitida que seja a qualificação de decisão interlocutória à manifestação solitária do relator no sentido do saneamento).

A “constatação” pode dar-se de ofício ou por iniciativa de parte³¹, pois, relativa embora, está-se aqui no campo das nulidades.

De qualquer modo, como já observado, *a constatação* – como próprio às comprovações por experiência – se opera na (e sobre) a realidade: a verificação que realiza o órgão julgador é de que o procedimento exhibe *ato defeituoso* capaz de conduzir a um pronunciamento de invalidade³².

Diante disso, a conduta que se exhibe consentânea, na expressão legal, é a de “determinar a realização ou renovação do ato processual”; em outras palavras, providência geradora de superação do vício ostentado pelo ato.

O pronunciamento merece qualificação de *decisão interlocutória*, na medida em que capaz de gerar prejuízo a alguma das partes. Não é por outra razão, aliás, que é prevista intimação (“intimadas as partes”).

A comunicação, no caso, é para dar ciência do provimento, assim como da “diligência” que se imputa.

Pode, no entanto, que o destinatário entenda ausente o vício apontado pelo órgão julgador ou inadequada a diligência determinada.

Como do sistema, contra esta resolução pode apresentar irrisignação a parte que se entenda prejudicada, postulando revisão pelo colegiado – o que o fará através de *agravo*³³.

O verbo “poder”, no art. 515, § 4º, do CPC, não merece ser interpretado como sinônimo de “facultar”. Há, aí, nitidamente, outorga de competência, implicando, pois, verdadeiro *dever*³⁴, acaso o suporte fático da norma jurídica se complete. Assim, se há defeito, que afete ato processual ou o próprio procedimento, e se cuide o vício da espécie sanável, deve o órgão julgador determinar providências que obviem o pronunciamento de invalidade.

³⁰ Neste sentido, Cassio Scarpinella Bueno, ob. cit., p. 26.; e, como já lembrado, Nery & Nery, ob. cit., p. 743.

Contra, porém, Flávio Cheim Jorge, posto reconheça o jurista que a regra “não se coaduna com a tendência (questionável) de aumentar os poderes do relator, em detrimento de julgamentos colegiados” (*A Terceira Etapa da Reforma Processual Civil*. SP: Saraiva, 2006, p. 211 e nota 181).

³¹ Do mesmo sentir, Humberto Theodoro Júnior., ob. cit., p. 10.

³² “A nulidade é consequência de dífice, dífice que diz respeito à entrada inidônea no mundo jurídico (...)” – ensina Pontes de Miranda (*Tratado de Direito Privado*, cit., § 380, p. 75). Nos *Comentários*, cit., p. 379, igualmente: “Qualquer nulidade, seja cominada ou não no seja, tem de ter a decretação do juiz porque todo o ato judicial a respeito é constitutivo negativo (...)”.

De sua parte, insistia Calmon de Passos, em sua apreciável monografia, que “a nulidade somente existe com o pronunciamento judicial” (*A Nulidade no Processo Civil*, cit., p. 87, n. 23).

Pessoalmente, com a adesão de Araken de Assis (*Manual da Execução*, 9ª ed. SP: RT, 2005, p. 388), também defendemos a idéia (*Invalidades Processuais*. Porto Alegre: LeJur, 1989, pp. 14 e 43).

³³ A recorribilidade das interlocutórias, como regra, “é característica do nosso sistema processual civil” – recorda, com razão, Cassio Scarpinella Bueno (Ob. cit., p. 27).

³⁴ É conclusão, também, de Cassio Scarpinella Bueno, ob. cit., pp. 17-18.

Artigo publicado em:

Revista nacional de direito e jurisprudência, v. 9, n. 99, p. 26–33, mar., 2008.

É preciso atentar para o objetivo da regra, que é o de evitar decretos de nulidade de logo, quando, por circunstâncias apreciáveis no próprio processo, possível seja a superação da imperfeição.

Aliás, se recordamos a justificativa que se encontrava à base da proposta apresentada ao Conselho da Justiça Federal, constatar-se-á que se tinha em mente “defeito na instrução do processo” e se pretendia, quando menos, fixar a possibilidade de alternativa: superação “na própria instância recursal” ou “na origem”, com manifesta inclinação pela primeira opção³⁵.

Mais do que isso, no mesmo local, propugnava-se pelo “aproveitamento dos atos posteriores”, evitada, assim, a contaminação (o que, em verdade, porém, apenas ocorre em havendo pronunciamento judicial decretando a invalidade, conforme previsto pelo art. 249).

E se, não obstante o judicialmente determinado, o defeito não venha a ser superado, seja por inércia do interessado, seja por impossibilidade?

Outro caminho não haverá ao órgão julgador senão o da decretação da nulidade, do provimento decorrendo a eficácia própria ao caso.

Assim, ou parcela da instrução, a defeituosa, ter-se-á por não realizada; ou a representação inexistente, ou defeituosa, permanece; ou a ausência de comunicação mantem-se; etc.

Como se vê, nem sempre a decretação de nulidade implicará em extinção do procedimento (com o não-conhecimento do recurso de apelação), havendo hipóteses em que a invalidade se situará em apenas parcela do que se produziu no processo (como, exemplificativamente, uma prova defeituosamente colhida).

Só não escapa, porque não abrangida pelo dispositivo, hipótese de vício insanável³⁶ (por exemplo, o caso de incompetência absoluta do prolator da sentença).

Hipóteses há, no entanto, que, por exigirem o retorno dos autos ao primeiro grau, para a realização de atos omitidos (p. ex., não-realização de prova requerida e imediato julgamento da lide)³⁷, não compõem o suporte de incidência do art. 515, § 4º.

Este não dá “carta branca” ao tribunal, cuja função primordial é a de *revisão* de pronunciamentos judiciais, ainda que encontre abrigo, no direito positivo, regra como a do art. 515, § 3º.

Enfim, a regra hoje expressa no art. 515, evidencia-se como de aplicação específica à apelação, sem prejuízo da permanência da que prevista pelo art. 560, parágrafo único³⁸.

³⁵ Cf. *Conselho da Justiça Federal – Propostas da Comissão de Altos Estudos da Justiça Federal*. Brasília, DF: CJF, 2003, v.1. A justificativa encontra-se transcrita, no corpo do texto, no item 3.1, início.

³⁶ Neste sentido, Nery & Nery, ob. cit., p. 743: “A diligência autorizada pela norma comentada não poderá ser adotada no caso de nulidade insanável”.

³⁷ Cf. Luiz Rodrigues Wambier/Teresa Arruda Alvim Wambier/José Miguel Garcia Medina, *Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil*, 2. SP: RT, 2006, p. 224; Cassio Scarpinella Bueno, ob. cit., p. 20.

A hipótese lembrada configura, em realidade, verdadeira precipitação indevida do procedimento, porquanto os pressupostos de julgamento antecipado da lide (art. 330) não se fazem presentes. Merece, por isso, ser *cassada* a sentença, situando-se o procedimento no momento da produção da prova (tida por legítima, na ótica do órgão revisional).

Artigo publicado em:

Revista nacional de direito e jurisprudência, v. 9, n. 99, p. 26–33, mar., 2008.

Não é improvável que tenha merecido a atenção do legislador da reforma o comportamento de alguns tribunais, os quais, não obstante a previsão do art. 560, parágrafo único, insistiam – em hipóteses em que possível a superação do defeito no grau superior –, na remessa dos autos ao primeiro grau, para o saneamento da deficiência constatada.

³⁸ De outro sentir, Cassio Scarpinella Bueno, para quem teria ocorrido, senão revogação tácita, no mínimo derrogação (Ob. cit., p. 17). O ilustrado jurista, porém, dá uma interpretação demasiadamente restritiva ao art. 560, parágrafo, pois parece entender que sua aplicação importa necessariamente na remessa dos autos ao juízo de primeiro grau, quando, segundo se pretendeu demonstrar no texto (item 2.1), isso não ocorre. Em verdade, a remessa somente ocorrerá, “havendo necessidade” (para usar da expressão legal). Cf. Barbosa Moreira, *Comentários* cit., p. 687.