

O ARTIGO 515, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

*Ricardo de Carvalho Aprigliano**

SUMÁRIO: 1. Considerações iniciais: os objetivos da alteração legislativa; 2. Exame do § 4º à luz do princípio da instrumentalidade do processo; 3. Exame do § 4º à luz do *caput* do artigo 515; 4. A escolha do sistema em relação às “nulidades sanáveis”: princípio da instrumentalidade das formas; 5. Âmbito de aplicação da nova disciplina; a) Irregularidades ocorridas no primeiro grau (inclusive na sentença); b) Preparo; c) Regularidade formal (inclusive perante os Tribunais Superiores); d) Hipóteses em que se exclui a aplicação do §4º; 6. Conclusões; 7. Bibliografia.

1. Considerações iniciais: os objetivos da alteração legislativa

A Lei nº 11.276/2006 acrescentou o parágrafo quarto ao artigo 515 do Código de Processo Civil, segundo o qual, “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”.

As reformas do Código de Processo Civil já duram muitos anos, e permanecem sendo elaborados outros projetos, para que outros aspectos da legislação processual sejam modificados. Como objetivo geral, tais reformas visam ao aprimoramento da legislação, à eliminação dos seus pontos de estrangulamento e pretendem atribuir ao processo maior celeridade e efetividade.

Justamente porque foram muitas mudanças em intervalo de tempo relativamente curto, o momento pelo qual passamos é um tanto ambíguo, pois os novos conceitos demoram a se sedimentar, a coerência sistemática do Código foi praticamente eliminada, o que faz surgir inúmeros problemas interpretativos, que vão sendo resolvidos com a experimentação prática dos novos institutos, a consolidação dos entendimentos jurisprudenciais e a contribuição da doutrina.

* Mestre e Doutorando em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FD-USP). Professor do curso de especialização do Centro de Extensão Universitária. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Advogado em São Paulo.

Neste particular, a despeito deste parágrafo quarto ter sido adicionado ao artigo 515 no início de 2006, poucas foram as obras que realizaram uma análise mais detida do assunto, razão pela qual este tema foi escolhido para as considerações que serão feitas em seguida.

Antes, porém, cumpre tecer breve comentário sobre o objetivo específico da mudança legislativa em comento. Com efeito, o parecer do Senador Aluisio Mercadante acerca do projeto de lei assim considerou a então proposta: *“Já a proposta de adicionar um § 4º ao artigo 515, grata inovação para o nosso ordenamento jurídico, tem como objetivo permitir aos tribunais que determinem a realização ou a renovação do ato processual necessário para sanar eventual nulidade do processo. Na sistemática atual, uma vez detectada a nulidade, o processo é remetido ao juízo de primeira instância, que fica incumbido de realizar os atos necessários para sanar a nulidade e, somente após tê-lo feito, remete o processo de volta ao tribunal para que retorne o seu andamento normal. A aprovação do projeto evitará tal remessa, permitindo que a nulidade seja sanada diretamente pelo tribunal, assegurando maior celeridade à tramitação da ação”*¹.

Nesta justificativa, o aspecto essencial é que a celeridade processual foi objetivo declarado da inovação legislativa². E de fato, contribui para a celeridade do processo a possibilidade trazida pela lei, de aproveitamento do julgamento do recurso, sempre que o vício identificado puder ser regularizado, evitando a anulação do julgamento e o retorno dos autos ao primeiro grau, para que nova decisão seja proferida, e só em caso de outro recurso, ser novamente remetido o processo ao tribunal, muitos meses ou anos depois.

De se louvar também que esta alteração efetivamente vem em possível benefício do jurisdicionado, que efetivamente poderá se beneficiar de medida que amplia a possibilidade de se atingir o julgamento de mérito, sem os rigores excessivos que, infelizmente, ainda são traços característicos da aplicação das normais processuais, na obstante a existência de inúmeros outros dispositivos legais presentes no Código de Processo Civil já em sua versão original, de 1973, em especial a disciplina das nulidades, contida nos artigos 243 a 250 do Código.

Raras têm sido as mudanças legislativas recentes – em matéria recursal – que não tenham por destinatário o próprio Judiciário, e em especial os tribunais. No plano das reformas, podemos constatar uma certa incoerência do legislador, pois ao mesmo tempo em que declaradamente visa assegurar a efetividade e a celeridade do processo – com crescente mitigação da segurança jurídica que também deve decorrer do processo – mui-

¹ Parecer 58/2006, *Diário Oficial da União*, 25/01/2006.

² Flávio Cheim Jorge, Fredie Didier Jr. e Marcelo Abelha Rodrigues, *A terceira etapa da reforma processual civil*, p. 209.

tas reformas tiveram caráter marcadamente restritivo, ampliaram o rigor na aplicação de regras meramente processuais, tornaram a admissibilidade dos recursos mais restrita, pela ampliação de exigências puramente formais.

A essência desta modificação parece ser exatamente o resultado oposto. Imagine-se uma situação em que se constate um determinado vício ou irregularidade, que geraria a decretação da nulidade do julgamento anterior e dos demais atos eivados de irregularidade. O processo deveria então ser remetido ao primeiro grau, para o refazimento de todos os atos declarados nulos, para que nova sentença fosse proferida. Se houvesse novo recurso contra esta nova sentença, então o tribunal analisaria o mérito do recurso, o que certamente demoraria muitos anos, em relação ao primeiro julgamento do caso.

Sob a premissa de que o sistema não dispunha de outros mecanismos para evitar esta anulação do processo, mesmo diante de “nulidades sanáveis”, o legislador acrescentou este novo parágrafo ao artigo 515, medida que sem dúvida nenhuma deve ser aplaudida, não porque constitua efetivamente uma novidade absoluta em nosso sistema, ou que o mesmo resultado já não pudesse ser obtido pela aplicação de outras normas, mas especialmente porque a introdução deste dispositivo certamente servirá para coibir abusos interpretativos que vinham sendo desenvolvidos, especialmente em matéria recursal.

Espera-se, assim, que inúmeras situações concretas, que até então vinham sendo tratadas com rigor desmedido e em completa dissonância da moderna metodologia e visão do fenômeno processual – que cada vez mais se concebe como mero instrumento para a realização do direito material – passem a ser interpretadas corretamente, permitindo-se o aproveitamento de atos processuais que, não obstante marcados por algum tipo de irregularidade, possam ser corrigidos e não causem prejuízo às partes envolvidas.

2. Exame do § 4º à luz do princípio da instrumentalidade do processo

O enfoque que se tem procurado dar ao direito processual como simples instrumento técnico, um meio pelo qual se realiza o direito substancial, já há tempos não pode ser chamado nem sequer de novidade. A perspectiva instrumentalista do fenômeno processual é manifestação da evolução da ciência processual, caracteriza a sua terceira fase evolutiva³.

³ Candido Rangel Dinamarco discorre, ainda que brevemente, sobre a evolução da ciência processual, que experimentou as fases de sincrismo (completa confusão entre os planos do direito substancial e processual), autonomia como ciência com objeto e escopos próprios, até se atingir a fase da instrumentalidade, que corresponde à maturidade desta ciência. *A instrumentalidade do processo*, pp. 18-24.

É bem verdade que a expressão instrumentalidade do processo tem servido a objetivos que nada têm a ver com a sua conformação original, nem tampouco com a sistematização que foi dada ao tema por Candido Dinamarco. Não raro, toda e qualquer deformação ou flexibilização excessiva do processo são justificados por uma suposta natureza instrumental do processo, quando na verdade a correta visão do fenômeno nada tem a ver com esta circunstância. A instrumentalidade não serve para eliminar toda e qualquer regra, ou permitir violações ao sistema, mas sim para conferir o necessário equilíbrio entre a forma inerente aos atos do processo e a obtenção dos resultados desejáveis por este instrumento.

De fato, o processo é instrumento eminentemente técnico, método de solução de conflitos adotado pelo Estado, e por ele se realiza o direito material, por ele atua a jurisdição, daí porque Candido Dinamarco, já na introdução da clássica obra sobre a instrumentalidade do processo afirmava que a ciência processual deve se integrar no quadro das instituições sociais, do poder e do Estado, combatendo-se a natural propensão do direito processual ao formalismo e ao isolamento, que “não vai diretamente à realidade da vida, nem fala a linguagem do homem comum”⁴.

O processo deve proporcionar resultado idêntico, formal e substancialmente, àquele resultante da atuação do direito material, o que motivou a advertência da doutrina de que, diante desta premissa, é lamentável que ainda hoje estejamos presos a fórmulas e formas, que acabam se tornando mais importantes, em detrimento dos fins do próprio processo⁵.

E esta tendência vai perigosamente se difundindo, como uma paradoxal reação dos operadores do direito às reformas processuais que visaram justamente reforçar o processo como mera ferramenta em favor do direito material.

A questão a ser examinada é se a introdução deste § 4º se insere no contexto aqui descrito, de gradativo predomínio das regras que assegurem o direito material, em detrimento dos aspectos técnicos do processo que conduzem a resultado inverso. E a resposta afirmativa se impõe.

Afinal, trata-se de um mecanismo pelo qual o tribunal, nas situações ali contempladas, adotará meios para contornar possíveis vícios do procedimento, como forma de salvar os atos já praticados e permitir que o resultado final do processo – a relação de direito material ali deduzida – seja atingido sem decretação de qualquer nulidade, cas-

⁴ Candido Rangel Dinamarco, *A instrumentalidade do processo*, p. 11

⁵ José Roberto dos Santos Bedaque, *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 34 e nota 28.

sação da decisão proferida em primeiro grau e todas as demoradas providências que daí decorreriam normalmente – como a devolução dos autos ao primeiro grau para retomar o procedimento a partir do ato declarado nulo, prolação de nova decisão de mérito ou interposição eventual de novo recurso.

Como bem observa uma vez mais José Roberto dos Santos Bedaque, “nada mais frustrante para o estudioso do direito processual e mais prejudicial ao que necessita da tutela jurisdicional do que, após longos anos, depois de praticados inúmeros atos e despendida enorme energia, a extinção do processo sem eliminação da crise de direito material”⁶. No mesmo sentido, Barbosa Moreira pondera que é causa de frustração a “atividade judicial que deixe de conduzir à decisão do mérito (da causa ou do recurso)”, para em seguida complementar, com seu traço de humor característico, que a decisão de não-conhecimento lembra refeição em que, “após os aperitivos e os *hors d’oeuvre*, se despedissem os convidados sem o anunciado prato principal”⁷.

O grande desafio da moderna ciência processual é justamente o de criar um novo modelo processual que possibilite o equilíbrio entre as regras eminentemente técnicas do processo e o objetivo final desta ferramenta. Não é mais tolerável que o processo seja encarado e utilizado como simples mecanismo para evitar a concretização do direito substancial, que haja a aplicação exacerbada de ritos e rotinas sem qualquer sentido e, o que é muito mais grave, que o bem da vida nele discutido deixe de ser atribuído a quem de direito – segundo os resultados obtidos neste mesmo processo, em amplo contraditório e com todos os instrumentos que permitam a legitimação da decisão judicial.

No plano recursal esta exacerbação do formalismo é particularmente sentida, sendo notórias a atuação dos juízes de segundo grau e dos tribunais superiores em grande parte voltadas para a identificação de irregularidades nos recursos, que justifiquem o seu não conhecimento. Por fatores que nada têm a ver com a busca da justiça no caso concreto, com a obtenção do resultado mais justo entre as alternativas possíveis em cada conflito deduzido em juízo, processos são encerrados e concluídos sem que esta crise do direito material seja resolvida, ou adequadamente resolvida.

A tática de adotar critério excessivamente rigoroso no exame dos pressupostos recursais, se pode até ser considerada útil na medida em que de fato diminui o número de recursos e de processos, é inadmissível e deve ser repudiada com veemência, pois este objetivo não pode ser utilizado como critério de decidir. Como mecanismo estatal para a solução dos conflitos e atuação da função jurisdicional do Estado, o processo deve ser

⁶ José Roberto dos Santos Bedaque, *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 43.

⁷ José Carlos Barbosa Moreira, *Restrições ilegítimas ao conhecimento dos recursos*. *Temas de direito processual*, Nona série, p. 270.

considerado sob o prisma do jurisdicionado, que pretende resolver a crise de direito material, ainda que em sentido desfavorável aos seus interesses⁸.

Como será visto adiante, não se pode considerar que o artigo 515, § 4º, constitua novidade absoluta em nosso diploma processual, ou mesmo que as mesmas soluções não pudessem ser obtidas por outras vias, mas a inegável vantagem deste dispositivo consiste em fazer ver a todos os operadores do sistema que o legislador brasileiro de fato optou pelo menor rigor formal, determinou que a escolha política do Estado é (mais uma vez) pelo caráter instrumental do processo, que deve ser “salvo” e deve caminhar para a solução da crise de direito material, e não extinto sem julgamento do mérito, ou que os recursos deixem de ser admitidos por aspectos puramente formais, que nenhum prejuízo trazem, bastando que se permita a sua regularização pelas partes⁹.

Neste contexto, o dispositivo assume grande importância pois reforça o princípio da instrumentalidade das formas, também e especialmente no âmbito recursal. A doutrina já se posicionava majoritariamente no sentido de que determinados rigores verificados em concreto careciam de sentido, violavam a razão de ser do processo e tinham origem (mas não justificativa) no objetivo de diminuir a carga de trabalho dos tribunais. A partir da Lei nº 11.276/06 e do novo 515, § 4º, deixa de ser justificável a postura de simplesmente indeferir recursos diante de irregularidades menores, pois agora há dispositivo expresso que determina a tentativa de regularização de todos os vícios passíveis de ser sanados, e que o Código impropriamente chama de nulidades sanáveis¹⁰.

É preciso insistir que é absolutamente ilegítimo suprimir ou negar o direito das partes a um julgamento completo, que permita solucionar a crise de direito material, em função de problemas de excesso de processos, de sobrecarga de recurso em nossos tribunais. É óbvio que em um Estado que respeitasse minimamente os direitos dos cidadãos, este problema (inegável, comum a muitos países e de difícil solução) não deve ser resolvido a dano do jurisdicionado, mas com medidas de organização, estruturação física e humana.

Espera-se que, assim considerado, o dispositivo revele-se efetivamente útil e adequado aos fins a que se destina, contribuindo para que a “efetividade do processo”, a “celeridade” e o “processo de resultados” sejam expressões que passem efetivamente ao campo da realidade.

⁸ Com bastante propriedade, Dinamarco afirma que “psicologicamente, às vezes, a privação consumada é menos incômoda que o conflito pendente: eliminado este desaparecem as angústias inerentes ao estado de insatisfação e esta, se perdurar, estará desativada de boa parte de sua potencialidade anti-social”. *A instrumentalidade do processo*, p. 161.

⁹ Segundo Rodrigo da Cunha Lime Freire, o dispositivo traz um recado aos aplicadores do direito, de que o magistrado deve sanear os atos processuais e o próprio processo não apenas em primeiro grau, mas também em segundo grau. Cf. *Reforma do CPC*, p. 349

¹⁰ Como será visto mais adiante na exposição, o artigo 560, parágrafo único do CPC já continha disciplina que, juntamente com a disciplina das nulidades dos artigos 243 a 250, permitiam que se chegasse ao mesmo resultado prático, que é ora introduzido de modo claro pelo legislador por este § 4º do artigo 515.

3. Exame do § 4º à luz do caput do artigo 515

Questão mais complexa é analisar se a alteração de que aqui se cogita foi adequadamente inserida como um novo parágrafo do artigo 515, o que procuraremos fazer a seguir. De toda forma, pode-se adiantar a conclusão, no sentido de que o dispositivo, não obstante sua extrema relevância e utilidade, não guarda relação direta com o efeito devolutivo da apelação, daí porque a alteração legislativa deveria ter ocorrido pela inserção de um novo artigo ao Código, e não um simples parágrafo ao artigo 515.

Este artigo do Código de Processo Civil contém a disciplina legislativa do efeito devolutivo da apelação, o qual já tivemos a oportunidade de definir como “o efeito responsável por transferir ao órgão responsável pelo julgamento do recurso, nos limites da impugnação, o conhecimento de toda a matéria decidida em grau inferior de jurisdição – seja ela de mérito, seja relativa a uma simples questão processual”¹¹.

Quando se analisa a redação original do artigo 515 e seus dois primeiros parágrafos, constata-se que o efeito devolutivo, tal qual positivado em nosso ordenamento, adequava-se à conformação teórica deste instituto e à expressão latina com que se costumava defini-lo, *tantum devolutum quantum appellatum*.

A extensão do efeito devolutivo é determinada pelo recorrente, que pode limitar o objeto do seu recurso, nos termos do *caput* do artigo. Contudo, dentro dos capítulos da decisão que sejam efetivamente objeto da impugnação, opera-se a ampla profundidade prevista nos parágrafos primeiro e segundo deste mesmo artigo 515.

O âmbito de devolutividade do recurso é, pois, determinado pela atividade do recorrente, que define por meio do recurso a extensão da matéria que pretende ver reexaminada em segundo grau. Ao condicionar a transferência ao conhecimento do tribunal apenas da matéria impugnada, a lei determina uma restrição à atividade do tribunal, pois não ocorre a devolução da matéria que não houver sido pedida pelo apelante. Por essa razão, Dinamarco, corretamente, afirma que “o disposto no art. 515 é, *mutatis mutandi*, similar à regra de que juiz algum decidirá sobre matéria que não houver sido incluída no pedido formulado em petição inicial. O juiz julga nos limites desse pedido (arts. 128 e 460) e o tribunal nos limites do pedido recursal (art. 515, *caput*)”¹².

Portanto, é a regra contida no *caput* do artigo 515 que limita a atividade do tribunal. Segundo Barbosa Moreira, “podem variar, de recurso para recurso, a extensão e a profundidade do efeito devolutivo; aquela, porém, não ultrapassará os limites da própria

¹¹ Ricardo de Carvalho Aprigliano, *A apelação e seus efeitos*, p. 118.

¹² Dinamarco, *A reforma da reforma*, p. 159.

impugnação: no recurso parcial, a parte não impugnada pelo recorrente escapa ao conhecimento do órgão *ad quem*¹³. Isso quer dizer que, do ponto de vista da atividade do tribunal, o seu limite é justamente a impugnação oferecida. Da mesma forma que o recorrente não possui interesse em recorrer dos capítulos da decisão que lhe foram favoráveis, também o tribunal não pode analisar questões que não lhe tenham sido trazidas, ou que fujam ao âmbito do processo, tal qual deduzido em primeiro grau. Nesse contexto, vale lembrar que o sistema brasileiro é particularmente rígido com a admissão de novas provas e novos fatos em segundo grau, e veda completamente a dedução de novos pedidos. Aliás, a ampliação do objeto da demanda só é possível em primeiro grau até o saneamento do processo. Após essa oportunidade, não é possível ampliá-lo, mesmo com a concordância da parte contrária.

Já em relação à reforma processual anterior, operada pela Lei nº 10.352/2001, foi dito que a circunstância de ter sido apenas incluído um parágrafo ao artigo 515 do Código de Processo Civil revela que, do ponto de vista sistemático, não se pretendeu modificar substancialmente as regras gerais do sistema recursal. E se é fora de dúvida que a lei instituiu uma exceção ao sistema do duplo grau e ao funcionamento da apelação, parece também inequívoco que referida exceção deveria ser interpretada restritivamente¹⁴.

Não é essa a opinião que tem prevalecido na doutrina e jurisprudência, que vêm conferindo ao § 3º do referido artigo 515 interpretação bastante ampla. Contudo, se a atividade do tribunal de prosseguir o exame do mérito não estivesse subordinada ao brocardo *tantum devolutum quantum appellatum*, a técnica legislativa correta deveria então ser a de criar novo artigo no Código, e não o de subordinar esta nova regra ao *caput* do artigo 515, que claramente confere às partes o poder de limitar a atividade do tribunal, proibindo-o de realizar atividades não expressamente requeridas pelo recurso.

Não se nega que o tribunal possua poderes outros, que extrapolam a disposição das partes. Mas tais poderes decorrem de outros dispositivos legais, nos quais não há dúvidas acerca de tais atribuições, como em especial o artigo 267, § 3º, que autoriza o exame a qualquer tempo e grau de jurisdição, mesmo sem requerimento, das matérias tratadas nos incisos IV, V e VI do mesmo artigo.

O mesmo se diga em relação ao novo § 4º, que permite ao tribunal corrigir vícios verificados e, uma vez sanados, prosseguir o julgamento do recurso.

As hipóteses concretas em que tal regra pode ser aplicada estão mais bem descritas no item a seguir, mas de um modo geral deve-se considerar como ampla a

¹³ Barbosa Moreira, *O novo processo civil brasileiro*, p. 123.

¹⁴ Ricardo de Carvalho Aprigliano, *A apelação e seus efeitos*, p. 158.

possível aplicação do dispositivo. As denominadas nulidades sanáveis podem dizer respeito ao processo como um todo, aos requisitos de admissibilidade do recurso em si e à própria decisão recorrida.

Vê-se, portanto, que se trata de dispositivo voltado à regularização do processo, já em fase de recurso. Tais deveres do órgão jurisdicional – diz-se deveres, porque a expressão ‘poderá’ do dispositivo obviamente deve ser interpretada como um poder-dever – decorrem da sua atividade jurisdicional, são atribuições que lhe são ínsitas, e que nem sequer foram criadas apenas agora, com a introdução deste § 4º. Poderá alguém duvidar que a disciplina das nulidades e sua respectiva sanatória, previstas nos artigos 243 a 250 do CPC já se aplicavam em segundo grau de jurisdição?

Sem maiores hesitações, podemos afirmar que a novidade legislativa é mera reiteração de deveres do órgão jurisdicional que já existiam, que tais deveres guardam relação com a busca pela regularidade geral do processo, para que a sua extinção normal se dê pelo julgamento da controvérsia propriamente dita, e não pela extinção do processo sem julgamento de mérito. Se podemos também afirmar que esta atividade jurisdicional nada tem a ver com a iniciativa da parte, pois decorre do dever de bem conduzir o processo (art. 125), e portanto que tais medidas de aproveitamento dos atos processuais e convalidação de irregularidades devem, sempre, ser tomadas pelo órgão jurisdicional mesmo sem qualquer requerimento, surge então a inexorável conclusão de que a hipótese ora tratada não poderia ter sido introduzida como mero parágrafo do artigo 515 do Código de Processo Civil.

Ao tratar dos efeitos dos recursos, Candido Dinamarco refere-se ao que ele denomina ‘efeito de abertura do procedimento recursal’, ponderando que assim como a propositura da demanda gera ao Estado-juiz o dever de processar a causa e decidir afinal, “a demanda recursal gera o dever de processar o recurso e julgá-lo”¹⁵.

A partir do que ensina o eminente professor, pode-se afirmar que o controle sobre as nulidades e sua regularização são muito mais uma decorrência do procedimento recursal do que uma manifestação do efeito devolutivo, como sugere o § 4º do artigo 515.

Em suma, o efeito devolutivo da apelação – aplicável a todos os demais recursos, como uma disciplina recursal geral – significa justamente a manifestação, em segundo grau, do princípio dispositivo, pois é a parte recorrente que determina o âmbito de atuação do órgão de segundo grau. Qualquer atividade jurisdicional que possa e deva ser exercitada sem depender da provocação e delimitação feita pelas partes não se enquadra no conceito do efeito devolutivo, daí porque se mostra tecnicamente incorreta a alteração legislativa.

¹⁵ Candido Rangel Dinamarco, Os efeitos dos recursos, in *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*, volume V, p. 29-30

Vale ainda ponderar que o parágrafo quarto realmente comporta um fenômeno processual que, em nenhuma hipótese, pode depender da iniciativa das partes ou que, a contrário senso, pode ser excluída da atuação jurisdicional por determinação das partes. Ora, se não há qualquer disponibilidade no exame de vícios processuais e na sua consideração pelo órgão julgador – seja para determinar a regularização, seja para declarar a nulidade daí decorrente – não haveria sentido em atrelar esta atividade à extensão do efeito devolutivo prevista no *caput* do artigo 515, pois são fenômenos completamente distintos.

Assim como o exame de questões de ordem pública é uma atividade que compete ao tribunal – mas que não o realiza por força do efeito devolutivo do recurso – também a sanatória de nulidades é atribuição do órgão julgador, independentemente de qualquer requerimento, atividade, ou até mesmo de qualquer oposição das partes. Na sua função de atuar a jurisdição, o órgão jurisdicional averigua e controla a regularidade do procedimento, elimina seus vícios ou os declara, se esta providência for mesmo inevitável.

Por tudo isso, melhor seria que o legislador tivesse se valido de técnica legislativa já conhecida e, por exemplo, introduzisse um novo artigo *XXX-A* ao Código (ou simplesmente adicionasse um parágrafo ao artigo 560, que já regula matéria semelhante), seja para destacar esta importante disposição, seja ainda para fazer o mesmo com o § 3º do mesmo artigo, assim justificando a interpretação extensiva que lhe tem sido dada e que, a nosso ver, viola frontalmente o próprio artigo 515, *caput*, e a sistemática recursal vigente em nosso sistema.

Por fim, é também fora de dúvida que o artigo 515, que originalmente regulava o efeito devolutivo da apelação, tem aplicação a todos os demais recursos, ou seja, representa a disciplina legislativa geral em matéria recursal.

4. A escolha do sistema em relação às “nulidades sanáveis”: princípio da instrumentalidade das formas

O dispositivo em comento faz referência à nulidade sanável, que se constatada pelo tribunal, poderá determinar a renovação ou realização do ato processual. Importante, nesta sede, tecer breve comentário sobre as nulidades, em especiais as ditas nulidades sanáveis.

Primeiro, cumpre reiterar o que já foi dito acima, no sentido de que este novo parágrafo quarto do artigo 515 não representa novidade alguma em nosso sistema. A disciplina das nulidades encontra-se regulada nos artigos 243 a 250 do Código de Processo Civil, e obviamente que se aplica a todos os tipos de processo e procedimento, assim como em sede recursal.

De toda forma, o artigo 560, § único do Código já continha uma primeira redundância, na medida em que apenas reforça a disciplina geral contida no artigo 244 do Código, de que *quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade*. Sendo necessário, em caso de recurso, ordena o órgão *ad quem* a remessa dos autos ao juízo de grau inferior; se viável, o suprimento perante o próprio tribunal, ai se procede a ele, v.g., mediante a abertura de vista (que deveria ter havido, e não houvera) a alguma das partes, para arrazoar. Suspende-se o julgamento, que se reinicia depois de eliminado o vício¹⁶.

Redação do novo dispositivo não prima pela precisão técnica. Ainda que se possa verificar o uso da expressão “nulidade sanável” em outros dispositivos legais e em especial em inúmeros julgados, não são as nulidades que são sanáveis, mas os atos processuais irregulares ou viciados, que justamente por serem sanados, permitem que se evite a decretação da nulidade. Como adverte a doutrina, a nulidade consiste justamente em uma sanção, decretada pelo juiz em virtude da constatação de vícios insanáveis¹⁷.

De toda forma, a disciplina das nulidades no sistema processual brasileiro é toda baseada no princípio da instrumentalidade das formas, segundo o qual o ato será sempre válido, independentemente de como foi praticado, se suficiente para atingir o fim.

Assim, se por ocasião do julgamento de um recurso, o tribunal constatar algum vício ou irregularidade que possa comprometer o próprio julgamento, deverá examinar em cada caso a natureza e a gravidade desta irregularidade e, concluindo que se trata de providência que pode ser objeto de regularização, deverá determiná-la, obedecendo ao preceito maior do princípio do contraditório. Ocorrerá aqui autêntica conversão do julgamento em diligência, para que haja a manifestação sobre a possível nulidade, a sua eventual regularização e, somente depois, se retomar o julgamento do recurso original.

Esta perspectiva de aproveitamento dos atos processuais é essencial, para que se possa por fim ao que a doutrina classifica como formalismo inócuo, “sobrevivente de fases superadas do direito processual”¹⁸. Candido Dinamarco, em sua obra sobre a instrumentalidade do processo já advertia, em 1986, que “não é enrijecendo as exigências formais, num fetichismo à forma, que se asseguram direitos; ao contrário, o formalismo obcecado e irracional é fator de empobrecimento do processo e cegueira

¹⁶ José Carlos Barbosa Moreira. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 687.

¹⁷ Flávio Cheim Jorge, Fredie Didier Jr. e Marcelo Abella Rodrigues, *A terceira etapa da reforma processual civil*, p. 206.

¹⁸ José Roberto dos Santos Bedaque, *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 415.

para os seus fins"¹⁹. Da mesma forma, Leonardo Greco pondera que muitas formas sobrevivem como corpo sem alma que o legislador respeita pela força do hábito, não obstante tenham se modificado inteiramente as necessidades que as determinaram²⁰.

Se o juiz é o condutor do processo, se cabe a ele zelar pela correta utilização do instrumento, permitindo sempre que possível que se atinja o seu final desejado, que é a solução do conflito trazido pelas partes e a atribuição do bem da vida ao seu titular, é natural que este mesmo juiz deva orientar sua atividade não para identificar vícios e encerrar excepcionalmente o processo, mas para superar tais vícios, identificando os atos efetivamente atingidos pela irregularidade e determinando a retificação do erro imediatamente.

5. Âmbito de aplicação da nova disciplina

Os comentários que se seguiram à nova lei trazem poucas hipóteses em que a nova disposição poderá ser aplicada. Alguns autores inclusive sustentaram a aplicação restrita da novidade, em virtude do controle sobre as nulidades que já se realiza até a sentença, aliado ao fato de que o novo §4º do artigo 515 se aplica exclusivamente a defeitos de atos processuais existentes no processo em primeiro grau de jurisdição, não sendo possível a sua aplicação para suprir possíveis irregularidades nos requisitos de admissibilidade dos recursos em si²¹.

Salvo melhor juízo, semelhante interpretação virtualmente anula as vantagens do dispositivo, tornando-o praticamente inútil ou, quando muito, mera redundância do que já previa o artigo 560, § único do Código de Processo Civil.

Mais apropriado considerar que o novo dispositivo tenha um espectro mais amplo de aplicação, para permitir a regularização de vícios ocorridos ao longo do processo, na própria sentença (ou outra decisão recorrida) e também no recurso, o que abrange os seus requisitos de admissibilidade.

Como já dito e como se extrai da exposição de motivos antes referida, pode-se deduzir que o legislador ampliou os mecanismos da técnica processual com vistas à celeridade e à efetividade, considerando, na esteira das reflexões mais atuais da ciência

¹⁹ Candido Rangel Dinamarco. *A instrumentalidade do processo*, p. 155.

²⁰ Leonardo Greco, As invalidades processuais e a execução, *Revista de Ciências Sociais* 2-5, Rio de Janeiro, dezembro/1999, citado em José Roberto dos Santos Bedaque, *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 414.

²¹ Flávio Cheim Jorge, Fredie Didier Jr. e Marcelo Abelha Rodrigues, *A terceira etapa da reforma processual civil*, p. 212.

processual, que a extinção do processo pelo reconhecimento de nulidades é solução absolutamente excepcional, que deve ser evitada sempre que possível²².

Tanto as situações em que já havia uma tentativa de atenuar rigores na admissibilidade dos recursos – como defeitos de representação do advogado subscritor do recurso – como naquelas outras em que vinha prevalecendo um rigor absoluto, cego e surdo aos reclamos de uma perspectiva mais moderna e instrumentalista do fenômeno processual, devem agora ser tratadas à luz do que dispõe este novo §4º.

Assim, problemas relacionados ao preparo dos recursos (insuficiência ou mesmo ausência de preparo), defeito na representação processual, falta de intimação de partes que deveriam integrar a relação jurídica, e tantas outras situações, deverão agora receber uma ulterior tentativa de regularização, de iniciativa dos tribunais (do próprio relator ou da turma julgadora), para somente então gerar a eventual declaração da nulidade ou reconhecimento do vício²³.

De se notar ainda que nem todo reconhecimento de vício processual conduz ao não conhecimento do recurso ou à anulação da decisão. Basta pensar no defeito da representação processual do recorrido, que deixa de regularizá-la mesmo depois de intimado. Naturalmente, não poderá ocorrer qualquer prejuízo ao regular exame do recurso interposto pela parte contrária.

a) Irregularidades ocorridas no primeiro grau (inclusive na sentença)

Além dos possíveis aspectos de forma não observados que tenham relação direta com os recursos, que serão examinados nos itens subseqüentes, convém referir algumas situações em que a nulidade é anterior à própria sentença, mas nela não foi constatada, nem portanto declarada ou sanada. Ou ainda, se é a sentença é o ato viciado que se deve regularizar.

É sabido, por exemplo, que no sistema dos Juizados Especiais não se admitem sentenças ilíquidas (conforme artigos 38, parágrafo único, e 52, I, da Lei nº 9.099/95²⁴).

²² Comentando sobre a extinção do processo sem julgamento de mérito, José Roberto dos Santos Bedaque firma que essa forma de extinção do processo só pode ser adotada se não houver alternativa, pois contraria o próprio fim do instrumento. E adiciona: “Esta é a premissa fundamental do processualista consciente do papel desempenhado pelo objeto do seu estudo”. *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 57.

²³ Escrevendo bem antes das últimas reformas, Araken de Assis já afirmava que falta de assinatura deveria ser passível de regularização “a qualquer tempo”, citando em nota o RESP 26.553-6 MG. A falta de procuração também é um vício que, segundo o autor, se deve permitir a regularização. “Condições de admissibilidade dos recursos cíveis”, *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei nº 9.756/98*, p. 44.

²⁴ “Art. 38, parágrafo único. Não se admitirá sentença condenatória por quantia ilíquida, ainda que genérico o pedido.” [...] “Art. 52. A execução da sentença processar-se-á no próprio Juizado, aplicando-se, no que couber, o disposto no Código de Processo Civil, com as seguintes alterações: I. as sentenças serão necessariamente líquidas, contendo a conversão em Bônus do Tesouro Nacional – BTN ou índice equivalente.”

Se, não obstante a vedação, uma sentença ilíquida chegar a ser proferida, o Colégio Recursal, ao se deparar com situação em que a sentença não tenha indicado desde logo o valor da condenação, poderá se valer do novo §4º para converter o julgamento em diligência, determinar ao juiz *a quo* que atribua valor à condenação e, a partir daí, retomar a análise do recurso como um todo.

Não seria mesmo razoável a anulação da decisão apenas por este motivo, impondo um desnecessário retorno dos autos ao primeiro grau para que nova decisão seja dada, e somente então, pela interposição de novo recurso, o órgão competente para o seu exame efetivamente analisar o caso. A regularização deste vício da sentença pode ser feito sem qualquer problema, com grande vantagem no tocante à celeridade do julgamento final da causa.

Hipótese relativamente comum na casuística forense diz respeito à nulidade do julgamento pela não-participação do Ministério Público, nos feitos em que deve atuar obrigatoriamente (CPC, art. 82). Aliás, trata-se de nulidade duplamente cominada, pois os artigos 84 e 266 determinam que se o Ministério Público não tiver sido intimado, todo o processo será considerado nulo. De toda forma, a doutrina e a jurisprudência já vinham abrandando o rigor desta norma, sempre que a falta de participação do MP não tiver causado prejuízo aos interesses públicos que referido órgão deve proteger.

Para José Roberto dos Santos Bedaque, não há qualquer razão em anular o processo em que, por exemplo, os interesses de um menor foram assegurados e o julgamento da ação o favoreceu, mesmo sem a intervenção do Ministério Público. Na lição do eminente professor, neste caso não pode haver anulação por violação a esta regra formal, porque a finalidade da norma, que é tutelar os interesses do menor, foi atingida mesmo sem a intervenção do Ministério Público²⁵.

E mesmo em situações concretas diversas, em que não seja tão nítido que a finalidade da norma – tutelar interesses socialmente relevantes, a cargo do Ministério Público – foi efetivamente atingida, é razoável supor que possa ser aplicado o artigo 515 §4º e dessa forma evitar a declaração de nulidade do processo, pois se da manifestação do órgão em grau recursal se extrair que não houve efetivo dano à tutela dos interesses públicos – por exemplo, porque o MP comparece e afirma que não teria recorrido da sentença – pode-se aceitar a sua manifestação posterior, assegurado o contraditório às demais partes, e prosseguir no julgamento do recurso.

²⁵ *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 438. O autor ressalva, porém, que há maior dificuldade para a convalidação quando o interesse da sociedade – defendido pelo MP – não estiver identificado com nenhuma das partes no litígio. Mas mesmo neste caso, exige que o representante do Ministério Público demonstre que houve dano decorrente da não atuação do órgão anteriormente, “apontando as providências concretas que, se adotadas, poderiam alterar o resultado”, p. 451.

Nesta situação concreta, a intimação do órgão para atuar em segundo grau possivelmente será suficiente para convalidar os atos antes praticados e eliminar o vício formal até então verificado.

Rigorosamente o mesmo se diga quanto ao cônjuge não citado em ação reivindicatória ou em quaisquer outras que versem sobre direitos reais imobiliários e demais hipóteses do artigo 10 do Código de Processo Civil. Se o julgamento em primeiro grau tiver sido favorável ao único cônjuge citado, o tribunal, ao invés de anular todo o processo, deverá citar o outro cônjuge para responder ao recurso e, *se o teor das contra-razões o permitir*, deverá julgar o próprio recurso, sem necessidade de retorno do processo ao primeiro grau.

Neste particular, a variável prática que pode ocorrer é que, da participação do terceiro apenas em sede recursal, pode sobressair a necessidade de realização de atividade instrutória, requerida pela parte, daí porque foi dito no parágrafo acima que o julgamento ocorrerá *se o teor das contra-razões o permitir*. Nestas situações, não obstante a irregularidade ter sido sanada, o prosseguimento do julgamento não poderá ocorrer para que não ocorra violação à ampla defesa, ou mesmo ao duplo grau de jurisdição. Vale lembrar que a alternativa excepcional do §3º só é aplicada se a questão for exclusivamente de direito. Voltaremos a tratar do tema, ao analisar as situações em que não pode ser aplicado o § 4º deste artigo 515.

b) O preparo

Em relação aos pressupostos de admissibilidade dos recursos, a utilização do novo dispositivo legal terá campo fértil, pois servirá como uma espécie de antídoto contra os ataques formalistas e excessivamente rigorosos desferidos contra os recursos.

De outro lado, é claro que não pretende este estudo justificar um completo abrandamento nas normas de caráter formal, ou autorizar as partes a ignorar os requisitos de admissibilidade dos recursos. A questão é pura e tão somente de buscar equilíbrio entre a finalidade das normas processuais (em especial as que contenham exigências de caráter formal) e a forma dos atos, evitando abusos de parte a parte.

Neste contexto, parece relevante tomar emprestadas algumas palavras da processualista Teresa Arruda Alvim Wambier, para quem “não se trata nem de pregar e tampouco legitimar soluções tomadas à margem do ordenamento jurídico. Trata-se, isso sim, de enxergar como possíveis, e como mais convenientes em determinados casos, soluções tomadas não com base na letra da lei, mas com base no sistema: lei, doutrina, jurisprudência, manejados criativamente”²⁶.

²⁶ Teresa Arruda Alvim Wambier. Fungibilidade de meios: uma outra dimensão do princípio da fungibilidade, in *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*, vol. 8, p. 1090.

Quanto aos requisitos de admissibilidade dos recursos, valem uma vez mais as lições bastante atuais de José Roberto dos Santos Bedaque. Para este autor, o problema dos vícios e nulidades processuais deve ser visto sob dois ângulos – *a priori* e *a posteriori*. Se a falta de pressuposto processual é verificada antes, em momento procedimental adequado, a solução correta é a extinção do processo (ou o não conhecimento do recurso, nas hipóteses aqui tratadas), evitando assim o desperdício de atividade jurisdicional inútil.

Contudo, se a irregularidade só foi constatada depois e o processo prosseguiu apesar do vício, será então preciso verificar que prejuízos foram gerados e quais atos foram efetivamente contaminados por aquela falta. “Muito provavelmente será possível ignorar o requisito faltante e extinguir o processo com a solução da controvérsia”²⁷. Esta lição, transportada para o universo específico da admissibilidade recursal, significa dizer que muito provavelmente será possível sanar o defeito de forma e analisar o mérito do recurso, valendo-se da técnica processual introduzida pelo novo §4º do artigo 515 do Código.

Especificamente sobre a questão do preparo, o novo §4º impõe ao órgão julgador uma ulterior intimação do recorrente para que regularize este requisito de admissibilidade recursal, que se mostra como típico e claro exemplo de uma nulidade sanável, pois basta que o valor seja recolhido para que se preserve o direito da parte ao exame do seu recurso.

Aliás, não obstante a legislação processual efetivamente elevar o requisito do preparo à condição de pressuposto de admissibilidade, prevendo sanção de deserção em caso de ausência ou insuficiência do preparo, a doutrina critica com bastante propriedade esta solução legislativa²⁸.

Também na doutrina podem se encontrar posições mais rigorosas, que na esteira do entendimento jurisprudencial majoritário, não admitem a comprovação posterior, ou o recolhimento depois da interposição, ainda que dentro do prazo, pela ocorrência da preclusão consumativa²⁹. A este respeito, já tivemos a oportunidade de ponderar que “também em relação ao preparo da apelação deve-se atentar para o princípio da instrumentalidade, a fim de que não seja obstado o processamento de recursos, quando, de forma inequívoca, for demonstrada a intenção da parte em cumprir o disposto no artigo 511 do Código”,

²⁷ *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 498.

²⁸ Para Paulo Roberto de Gouvêa Medina, “os atos de interposição devem cercar-se das mesmas garantias e ter asseguradas as mesmas oportunidades que se dão ao autor, na propositura das ações”, daí porque a sanção de deserção, então, “não se compadece com o caráter instrumental do processo”. Cf. O preparo dos recursos em face da instrumentalidade do processo, in *Aspectos polêmicos e atuais*, p. 910-913.

²⁹ Araken de Assis, Condições de admissibilidade dos recursos cíveis, in *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei nº9.756/98*, p. 45. Sobre a preclusão consumativa, tanto Heitor Sica como Fernando Fontoura da Silva Cais, em seus respectivos trabalhos sobre preclusão, consideram-na inexistente no ordenamento positivo brasileiro, além de ser incompatível com a idéia da instrumentalidade do processo, daí porque rejeitam esta categoria de preclusão. Heitor Sica, *Preclusão processual civil*, p. 153. Fernando Fontoura da Silva Cais, *Preclusão e instrumentalidade do processo*, pp. 53-54.

tal como ocorre nas situações em que a guia utilizada estava errada, ou se o expediente bancário se encerra antes do prazo do recurso e em muitas outras situações³⁰.

Escrevendo a respeito do preparo, porém antes da edição da Lei nº.11.276/2005, Barbosa Moreira já considerava criticável este rigor formal, admitindo que o preparo seja recolhido no prazo da interposição, não se justificando a restrição a que a simples comprovação venha depois³¹.

A questão da insuficiência do preparo foi resolvida com a introdução, pela Lei nº 9.756/98, do § 2º ao artigo 511, mas muitas situações cotidianas continuaram sendo resolvidas por critérios interpretativos excessivamente rigorosos, que não consideram a finalidade da norma. Tais polêmicas tendem a se resolver com a aplicação do novo §4º do artigo 515 do Código de Processo Civil³².

c) Regularidade formal (inclusive perante os Tribunais Superiores)

A partir da introdução deste novo parágrafo, não há mais que se falar em inadmissão de recursos por falhas na representação processual, ou por ausência de assinatura do advogado na petição do recurso, pois são claramente irregularidades que podem sim ser regularizadas, sem qualquer prejuízo ao regular desenvolvimento do processo³³.

Da mesma forma, imaginem-se situações relacionadas à regularidade formal do recurso, como a indicação das partes, do órgão competente, entre outras. Se o tribunal constatar alguma irregularidade em relação a isso, deverá interromper o julgamento, determinar à parte a regularização do ato e então prosseguir o julgamento.

Exemplo concreto e de aplicação prática relevante se dá nos casos de litisconsórcio, em que o recurso é interposto com a referência equivocada a apenas um dos litisconsortes, sendo que os demais litisconsortes foram sim abrangidos pelo recurso, seja

³⁰ Ricardo de Carvalho Aprigliano, *A apelação e seus efeitos*, p. 37.

³¹ José Carlos Barbosa Moreira, Restrições ilegítimas ao conhecimento dos recursos. *Temas de direito processual*, Nona série, p. 282.

³² Rodrigo da Cunha Lima Freire igualmente defende a aplicação do novo § 4º às hipóteses de ausência ou insuficiência de preparo, devendo o recorrente ser intimado antes de se lhe aplicar tal penalidade. *Reforma do CPC*, obra coletiva, p. 349. Do mesmo autor, ainda, artigo específico que sustenta esta posição. Cf. Ausência de preparo e o novo § 4º do art. 515 do CPC, *RePro* 137, em especial, pp. 90-94.

³³ Ainda que não se refira ao recorrido, nem tampouco esteja comentando este § 4º, José Roberto Bedaque faz uma afirmação que se encaixa à perfeição na perspectiva do texto, que bem explica porque não pode o recorrido alegar algum direito seu à inadmissão do recurso do oponente: "Não pode o réu ser beneficiado com a extinção do processo sem análise do mérito apenas porque não observada alguma regra relacionada à forma do instrumento. É preciso verificar em que medida seus interesses processuais foram prejudicados, bem como se não há possibilidade de reparar o dano. É importante ressaltar o caráter instrumentalista do processo, cuja técnica tem a função exclusiva de possibilitar seja o objetivo alcançado com segurança e celeridade". Cf. *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 499.

porque o litisconsórcio é unitário, seja porque foi esta a intenção do recorrente, extraída das razões do seu recurso.

Diante desta situação, o tribunal deverá interromper o julgamento, determinar a intimação do outro litisconsorte, permitindo o exercício do contraditório mediante apresentação das contra-razões ao recurso. Após, retoma e conclui o julgamento do recurso.

Outra destas situações refere-se à prova, em segundo grau, de que uma determinada parte sucedeu a parte original, o que justifica a sua legitimidade e interesse para recorrer. Imagine-se situação em que ocorreu esta substituição, a qual foi aceita pela parte contrária. No julgamento do recurso, se o tribunal notar alguma irregularidade, ou surgir alguma dúvida na condição jurídica da parte recorrente, ao invés de não conhecer o recurso, deverá converter o julgamento em diligência para permitir a comprovação desta sucessão entre as empresas.

Após a regularização, prosseguirá então o julgamento do mérito do recurso.

Ainda sobre este tema, mencione-se a exigência da apresentação das peças obrigatórias nos recursos de agravo, voltados contra decisões de primeiro grau (art. 522) ou que neguem seguimento a recursos aos tribunais superiores (art. 544). Com base em tudo que se expôs neste trabalho, em especial no item II, as interpretações formalistas de que a falta de peças facultativas – porém essenciais para a compreensão da controvérsia – importava no não conhecimento do recurso, já se mostravam completamente equivocadas, sem qualquer justificativa no ordenamento³⁴.

A partir do novo §4º do artigo 515, nenhum tribunal poderá preservar tais entendimentos, especialmente o Superior Tribunal de Justiça. Aliás, Barbosa Moreira já advertia que a distinção entre instâncias não encontra qualquer amparo na lei e que nenhum texto legal consagra, em termos explícitos ou implícitos, a diferença no tratamento³⁵. Não obstante, é este o argumento de que se vale o STJ para atribuir determinadas interpretações aos julgamentos até o segundo grau, mas não aplicar o mesmo entendimento aos próprios julgamentos. Em especial, a questão da representação processual e da falta de assinatura nas razões do recurso. A Súmula 115 do STJ deverá, portanto, ser cancelada, diante da alteração legislativa.

³⁴ Hugo Filardi sustenta que, em determinadas hipóteses, mesmo a ausência de peça obrigatória pode ser relevada, se a finalidade da apresentação daquele documento tiver sido suprida por outros elementos constantes do recurso. Em linhas gerais, a linha de raciocínio do autor enquadra-se exatamente nos conceitos defendidos neste texto. Vícios processuais e sanabilidade, *RePro* 141, pp. 191-196.

³⁵ José Carlos Barbosa Moreira, Restrições ilegítimas ao conhecimento dos recursos. *Temas de direito processual*, Nona série, pp. 278.

Como o artigo 515 do Código de Processo Civil é aplicável a todos os recursos, em todos os níveis, e como o próprio STJ tem entendido, por exemplo, que o §3º pode ser por ele aplicado, em todas as situações em que seja possível prosseguir o exame do mérito da causa, não há qualquer motivo para que também o §4º não lhe seja aplicável. Difícil será sustentar que um determinado artigo de lei é inteiramente aplicável às instâncias superiores, exceto o último dos seus parágrafos.

A propósito, chega a ser até curioso que o Regimento Interno do STJ já contivesse disposição em muito semelhante a este §4º, que praticamente copia a regra contida no Código de Processo Civil, artigo 560, § único. Determina o artigo 86 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça: *Se as nulidades ou irregularidades no processamento dos feitos forem sanáveis, proceder-se-á pelo modo menos oneroso para as partes e para o serviço do Tribunal.*

O § 2º do artigo 164 do mesmo Regimento Interno, por sua vez, assim dispõe: *Quando a preliminar versar nulidade suprível, converter-se-á o julgamento em diligência e o relator; se for necessário, ordenará a remessa dos autos à instância inferior; para os fins de direito.*

Podemos assim afirmar que também perante o STJ e o STF terá integral aplicação a nova regra, para que estes tribunais determinem a regularização de vícios e defeitos dos processos submetidos ao seu julgamento. Casos típicos são os exemplos de irregularidades aqui referidas, como de defeito de representação processual, falta de assinatura, preparo, além de outras específicas dos tribunais superiores, como as restrições impostas porque o carimbo do protocolo do recurso especial não se mostra legível, defeito que não pode ser imputado à parte, razão pela qual nenhum prejuízo lhe poderia ser imposto. O novo § 4º poderá também ser aplicado para permitir ao recorrente que demonstre a tempestividade do recurso especial, prosseguindo-se, logo após, o julgamento do próprio recurso ou do agravo.

Em relação ao cabimento, pressuposto intrínseco de admissibilidade dos recursos, pode-se cogitar de aplicar o §4º para sustentar a aplicação da fungibilidade recursal? Ainda que não se tenha notícia até este momento de comentários da doutrina associando um fenômeno ao outro, a questão não parece tão despropositada.

O princípio da fungibilidade recursal, a despeito de não ter previsão legal no Código de Processo Civil de 1973, sempre foi considerado como uma decorrência dos princípios aplicáveis aos recursos, especialmente porque continuaram existindo situações de dúvida objetiva acerca de qual o recurso cabível³⁶.

³⁶ Araken de Assis faz referência ao “princípio do tratamento mais favorável”. Afirma que a constatação de dúvida objetiva – que ocorre quando controvertem doutrina e jurisprudência sobre o recurso cabível contra determinada decisão – faz incidir o princípio da fungibilidade ou o do tratamento mais favorável. Cf. Condições de admissibilidade dos recursos cíveis, in *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*, p. 21.

Com a modificação do conceito de sentença, operada pela Lei nº.11.232/2005, ressurgiram os debates sobre a fungibilidade aplicada aos recursos, na medida em que o critério definidor do tipo de decisão voltou a ser o seu conteúdo (como no CPC de 1939), e não mais a sua aptidão para pôr ou não fim ao processo. Se de um lado há doutrinadores que sustentam não ter havido modificação substancial no conceito de sentença, há outros que a admitem, e em conseqüência afirmam que o sistema processual brasileiro passou a admitir que mais de uma sentença de mérito seja dada ao longo da relação processual.

Seja como for, é exatamente esta divergência que faz surgir o conceito de dúvida objetiva, autorizando a aplicação do referido princípio da fungibilidade recursal, que autoriza o recebimento e processamento de um recurso por outro. Como ensina Arruda Alvim, deve ser admitido o recurso “errado”, “pois em última *ratio*, a deficiência é do próprio sistema”³⁷. Isso significa que o tribunal, mesmo convicto de que para uma determinada situação o recurso correto deveria ser a apelação, admite e julga um agravo de instrumento, pois este foi o recurso interposto pela parte, amparado em entendimentos divergentes.

Contudo, se a aceitação da fungibilidade recursal depender de adaptação do recurso efetivamente interposto, o artigo 515 §4º também poderá ser usado para justificar os procedimentos necessários. Isto correrá nos casos em que o próprio órgão jurisdicional, não obstante autorizar a fungibilidade recursal, determine que o recurso efetivamente interposto seja convertido naquele que o tribunal considerava correto.

Se, por exemplo, houve interposição de agravo de instrumento e o tribunal considerava correta a apelação, poderá o órgão julgador determinar a remessa do instrumento ao órgão *a quo*, para que seja processado o recurso como apelação, recolhidas as diferenças de custas devidas, e então devolvido ao tribunal para o efetivo julgamento.

Na realidade, se o órgão judicial determina esta conversão, não se pode considerar que esteja acatando a fungibilidade recursal propriamente, pois o princípio significa justamente que o recurso tipo por errado sob a perspectiva do julgador será, ainda assim, admitido e julgado como tal, pois a escolha do recorrente foi razoável, fundada em dúvida objetiva.

De toda forma, no mínimo o artigo 515 §4º servirá para eliminar as últimas resistências daqueles que ainda não reconheciam a fungibilidade recursal, sob o argumento de que não se pode aproveitar recursos interpostos segundo condições procedimentais tão diferentes,

³⁷ Arruda Alvim. Anotações sobre a teoria geral dos recursos, in *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*, pág. 59. Contudo, a meu ver de forma equivocada, o autor considera que a fungibilidade só deve ser aplicada se for demonstrada a ausência de má-fé. Salvo melhor juízo, ou se trata de questão onde haja dúvida objetiva – e aplica-se a fungibilidade, ou não há esta dúvida – e portanto não se aplica a fungibilidade. Neste mesmo sentido, Luis Eduardo Sinardi Fernandes, para quem não há que se investigar a existência de má-fé. O princípio da fungibilidade recursal. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*, pp. 433 e 436 (em especial, nota 6).

pois não é possível a sua adaptação. Tal adaptação sempre foi possível, mas agora surge como um dever do tribunal, para que o agravante supostamente equivocado possa converter o seu recurso em apelação, ou vice-versa, sempre amparado neste novo dispositivo.

d) Hipóteses em que se exclui a aplicação do § 4º

Por fim, necessário um breve comentário sobre as hipóteses em que o tribunal, não obstante ser possível a regularização de um ato processual defeituoso (portanto, possível a aplicação do artigo 515, § 4º), não poderá retomar o julgamento do recurso, mas deverá remeter o processo à instância original, para que nela seja retomado o julgamento do processo.

Imagine-se um caso em que o tribunal, reconhecendo a alegação de cerceamento do direito de defesa do recorrente, que se insurgiu contra o julgamento antecipado da lide, autorize a realização da prova inicialmente negada pelo juiz de primeiro grau. Ou ainda de conversão do julgamento em diligência para mera complementação da prova.

Ao tratar do vício da sentença que julgou antecipadamente o pedido, por violação à ampla defesa, Roberto Bedaque pondera que, uma vez reconhecida a necessidade de prova pelo tribunal, “mais compatível com a visão instrumentalista do processo é a conversão do julgamento em diligência, para que a prova seja produzida”. O autor conclui o seu raciocínio afirmando que “se em primeiro grau ela [a prova] já foi dispensada, é porque o juiz a considerou desnecessária. Caso entenda de forma diversa, deverá o tribunal determinar a instrução, e proferir julgamento à luz da nova realidade, invertendo o resultado, se for o caso. Desnecessária, parece, a anulação da sentença”³⁸.

Apesar de atraente, a idéia faz surgir conflito entre a convalidação de atos, o aproveitamento do processo, de um lado, e a observância do duplo grau de jurisdição, de outro. Afinal, se o próprio tribunal realiza a prova e julga com base nela, haverá um único julgamento de matéria fática perante o segundo grau, solução que viola o sistema recursal brasileiro, mesmo considerando a exceção contida no artigo 515, § 3º. Aliás, a ‘questão exclusivamente de direito’ a que alude este dispositivo legal serve justamente para reforçar a proibição de que causas sejam instruídas e julgadas pelo mérito diretamente em segundo grau.

A rigor, o processo deverá ser anulado para que o juiz *a quo* analise a prova. Na solução preconizada pelo ilustre processualista, haveria de fato um único julgamento sobre matéria de fato, o que, salvo melhor juízo, o sistema, como regra geral, veda. O juiz *a quo* que dispensou provas antes não pode ser eximido de analisá-las, se o tribunal reformou sua decisão e permitiu às partes o direito de produzi-las. Da mesma forma que

³⁸ José Roberto dos Santos Bedaque. *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 487-488.

o juiz não pode deixar de julgar o caso por desconhecer a lei aplicável (art. 126 do CPC), não pode ser dispensado de rejulgar a causa³⁹.

Ademais, não se pode descartar a hipótese de que este mesmo juiz se convença pela prova então realizada, modificando seu entendimento anterior. Aliás, se a prova em questão for oral, afigura-se ainda mais factível, pois é dado da experiência comum que a percepção imediata da prova pelo juiz de primeiro grau é muito importante e por vezes pode ser determinante para que ele decida pela prevalência de uma argumentação, no contexto geral das provas produzidas.

Outro aspecto relevante a amparar o argumento da impossibilidade de o tribunal prosseguir o julgamento, depois de ter ele próprio determinado a realização de provas antes negadas, é que a matéria de fato não poderá ser objeto de um ulterior recurso, por vedação específica à discussão fática perante os tribunais superiores. Assim, se for admitida a instrução e o julgamento diretamente perante o tribunal, a parte que teve cerceado o seu direito de defesa em primeiro grau, acabará, mesmo diante do provimento do seu recurso, recebendo um único julgamento quanto à matéria fática, feito diretamente pelo órgão de segundo grau. Tal solução parece não se harmonizar com o sistema processual em vigor, revelando um enfoque na celeridade e efetividade maior do que o sistema admite.

6. Conclusões

Este estudo teve como objetivo demonstrar que a introdução de um novo parágrafo ao artigo 515 do Código de Processo Civil, que trata do efeito devolutivo dos recursos, apresenta a inegável vantagem de tornar claro ao operador do direito que a disciplina das nulidades, informada pelo princípio da instrumentalidade das formas, tem integral aplicação no âmbito recursal.

Esta conclusão se estende aos órgãos de segundo grau de jurisdição e também aos tribunais superiores, que deverão reformular suas posturas de distinguir regras que se aplicam às instâncias ordinárias, mas não a eles próprios.

Apurou-se também que as nulidades a que se refere o § 4º não envolvem apenas os defeitos de forma verificados em primeiro grau, mas podem abranger a sentença (a

³⁹ Luis Guimerlhe Aidar Bondioli igualmente defende que o tribunal realize diretamente provas e continue o julgamento do mérito, opinião da qual não compartilhamos, pelos motivos expostos no texto. Cf. Nulidades processuais e mecanismos de controle, in *RePro* 145, p. 34.

decisão recorrida de um modo geral) e até o procedimento recursal, em especial os requisitos de admissibilidade dos recursos.

O campo de atuação prática da norma em comento é bastante vasto, mas somente a praxe forense poderá determinar o seu alcance. De toda forma, como última advertência, valemo-nos de mais uma pertinente observação do Professor José Roberto Bedaque, de que não bastam alterações legislativas se o aplicador das regras processuais mantiver-se apegado ao formalismo estéril⁴⁰.

7. Bibliografia

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *A apelação e seus efeitos*. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

ARRUDA ALVIM. Anotações sobre a teoria geral dos recursos, in *Aspectos polêmicos e atuais os recursos cíveis de acordo com a Lei nº 9.756/98*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

ASSIS, Araken de. Condições de admissibilidade dos recursos cíveis, in *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei nº 9.756/98*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, volume V, 12. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

_____. *O novo processo civil brasileiro*, 22. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

_____. Restrições ilegítimas ao conhecimento dos recursos, in *Temas de direito processual*. Nona série. Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 2007.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

BONDIOLI, Luis Guimerlhe Aidar. Nulidades processuais e mecanismos de controle, in *RePro* vol. 145, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, março de 2007, pp. 24-51.

⁴⁰ José Roberto dos Santos Bedaque. *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 53.

CAIS, Fernando Fontoura da Silva. *Preclusão e instrumentalidade do processo*, Dissertação de Mestrado - USP, São Paulo, 2005.

DINAMARCO, Candido Rangel. Os efeitos dos recursos, in *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*, volume 5. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *A instrumentalidade do processo*, 11. ed. São Paulo: Editora Malheiros, s/d.

_____. *A reforma da reforma*. São Paulo: Editora Malheiros, 2002.

FILARDI, HUGO. Vícios processuais e sanabilidade, in *RePro*, vol. 141, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, novembro de 2006, pp. 191-196.

FERNANDES, Luis Eduardo Sinardi. O princípio da fungibilidade recursal, in *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei nº 9.756/98*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. *Reforma do CPC*, co-autoria. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

_____. Ausência de preparo e o novo § 4º do art. 515 do CPC, *RePro*, vol. 137, Editora Revista dos Tribunais, julho de 2006, págs. 87-95.

GRECO, Leonardo. As invalidades processuais e a execução, *Revista de Ciências Sociais* 2-5, Rio de Janeiro, dezembro/1999.

JORGE, Flávio Cheim, DIDIER Jr., Fredie, ABELHA RODRIGUES, Marcelo. *A terceira etapa da reforma processual civil*. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. O preparo dos recursos em face da instrumentalidade do processo, in *Aspectos polêmicos e atuais*, pp. 910-913.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. São Paulo: Editora Atlas, 2006.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Fungibilidade de meios: uma outra dimensão do princípio da fungibilidade, in *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*, vol. 8. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.