

PARA UM CONCEITO DE IRREGULARIDADE PROCESSUAL

1. INTRODUÇÃO

1. Foi a partir das lições de Francesco Carnelutti¹ que GALENO LACERDA, em seu já clássico “Despacho Saneador”,² extraiu das regras abrigadas pelo Código de Processo Civil de 1939 um sistema (positivo) das invalidades.

Com efeito, Carnelutti ensinava que não se identificavam todos os requisitos do ato processual: os havia *necessários*, uns, e meramente *úteis*, outros. Nem todos tinham a mesma “importância”, para usarmos a própria terminologia do processualista.³ Aqueles – os requisitos *necessários* – são os essenciais, “os necessários”, segundo a técnica, para conseguir a finalidade prática do ato”.⁴

Sem prejuízo de eventual censura à linguagem do legislador (italiano, de 1865), ao falar em “essência” em tema de forma, no art. 56 do CPC, sua intenção pareceu a Carnelutti manifesta: “se quer negar efeito jurídico ao ato a que falte algo que seja necessário para o cumprimento de sua função técnica”. E, de imediato, prossegue: “A relação entre Direito e técnica, fundamental para a teoria dos atos, é a que tem que orientar a interpretação do art. 56: O Direito não é mais do que um instrumento ou uma garantia da técnica processual: não existe, pois, razão para negar efeito a um ato que seja tecnicamente idôneo para alcançar sua finalidade. Existem casos em que essa idoneidade é apreciada *a priori* pela lei, tendo em vista determinados requisitos; em outros, ao contrário, a lei difere à apreciação que se possa fazer dos mesmos em cada caso”.⁵

¹ - *Sistema de Derecho Procesal Civil*, vol. III.

² - Cap. IV, 6, p. 68 e *segs.*; cap. V, 8, p. 124 e *segs.*

³ - *Sistema*, cit., p. 561.

⁴ - Ob. e loc. cit., p. 214.

⁵ - Ob., loc. e p. cit.

Artigo publicado em:

Revista de processo / Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), v. 15, n. 60, p. 15–30, out./dez., 1990

A partir dessa constatação, Carnelutti distingue: a nulidade é estabelecida como conseqüência apenas da omissão dos requisitos *necessários*, mas não da omissão dos requisitos meramente *úteis*. “A distinção entre requisitos *necessários* e *úteis* corresponde, por conseguinte, a distinção entre vícios *essenciais* ou *não-essenciais* ou *acidentais*; esses últimos são os vícios relativos a requisitos simplesmente úteis”.⁶

Fixado nessas lições, pois, bem como em outras do mesmo autor italiano, GALENO LACERDA construiu, como dissemos ao início, um verdadeiro sistema de invalidades processuais, olhos postos no Código de 1939. O trabalho de GALENO LACERDA foi reputado como “definitivo” por José Frederico Marques,⁷ merecendo apoio de então para cá.⁸

O processualista gaúcho reconhece que a matéria, naquele Código, foi refundida “com rara felicidade, dentro dos princípios gerais e elásticos, em que predominam as idéias de finalidade, conversão, prejuízo e repressão ao dolo processual. Outorgaram-se ao juiz poderes inquisitórios e arvorou-se o suprimento como norma de conduta, tanto para casos de nulidade como de anulabilidade. Excetuaram-se, porém, os casos insanáveis, insupríveis por definição”.⁹

A admiração procede, se não esquecermos que o anteprojeto Batista Martins, na linha do direito positivo luso-brasileiro, discriminava hipóteses de nulidades e termos essenciais ao processo.

⁶ - Ob. e loc. cits., p. 561.

⁷ - Cf. artigo publicado em *O Estado de São Paulo*, de 10 de setembro de 1958.

⁸ - V.g., E. D. MONIZ DE ARAGÃO, *Comentários ao Código de Processo Civil*, II, p. 276; EDSON RIBAS MALACHINI, Das Nulidades no Processo Civil, in *Revista Brasileira de Direito Processual*, 12/13; OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, *Curso de Processo Civil*, I, p. 166; VICENTE GRECO FILHO, *Direito Processual Civil Brasileiro*, vol. 2, p. 38; ANTONIO JANYR DALL'AGNOL JUNIOR, *Comentários ao Código de Processo Civil*, III, p. 418.

⁹ - *Despacho Saneador*, P. 69.

Artigo publicado em:

Revista de processo / Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), v. 15, n. 60, p. 15–30, out./dez., 1990

E GALENO assenta: “É inteiramente dispensável a discriminação casuística, por isto que a matéria das nulidades processuais comporta sistematização geral, segundo categorias invariáveis e constantes”.¹⁰

Destarte, embora nascendo do tronco comum da teoria geral do direito, como o reconhece a doutrina, “autônomas se apresentam as nulidades processuais, em relação às de direito privado”.¹¹

Regidas por princípios gerais de direito, assumem esses, por certo, “aspectos particulares, ao se integrarem no direito processual”.¹²

A sistematização geral da matéria busca-a, como já referido em Carnelutti, terminando por lembrar que os denominados vícios essenciais – os que dizem com os requisitos necessários – classificam-se, por sua vez, “em vícios insanáveis, constituídos pelas nulidades absolutas, e vícios sanáveis, onde se distinguem as nulidades relativas e as anulabilidades”.¹³

Mas essa classificação, adverte GALENO LACERDA, situa-se ainda no campo da teoria geral do direito, aplicando-se, pois a qualquer dos ramos da ciência jurídica. Dela não se extrai o “que singularize as nulidades processuais das que se verificam em outros setores do direito”.¹⁴

É nesta oportunidade, exatamente, que o processualista formula a fundamental questão, para, de imediato, lapidarmente, respondê-la:

“Em que consistirá essa nota diferencial?”

Em nosso entender, o que caracteriza o sistema das nulidades processuais é que elas se distinguem em razão da natureza da norma violada, em se aspecto teleológico”.¹⁵

A partir da solução, preconiza:

¹⁰ - Ob. cit., p. 70.

¹¹ - *Ibidem*.

¹² - *Ibid.*

¹³ - Ob. cit., p. 71.

¹⁴ - Ob. cit., p. 72.

¹⁵ - *Ibid.*

Artigo publicado em:

Revista de processo / Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), v. 15, n. 60, p. 15–30, out./dez., 1990

(a) se na norma “prevalecerem fins ditados pelo interesse público, a violação prova a nulidade absoluta, insanável do ato”; merece declaração de ofício qualquer das partes a podendo invocar;

(b) se, porém, “a norma desrespeitada tutelar, de preferência, o interesse da parte, o vício do ato é sanável”, surgindo daí “as figuras da nulidade relativa e da anulabilidade”;

(b.1) tratando-se de norma cogente, “a violação produzirá nulidade relativa”; o juiz tem a faculdade de proceder de ofício, “ordenando o saneamento, pela repetição ou ratificação do ato, ou pelo suprimento da omissão”;

(b.2) cuidando-se de norma dispositiva, a resultante¹⁶ poderá ser a anulabilidade; “como o ato permanece na esfera de disposição da parte a sua anulação só pode ocorrer mediante reação do interessado, vedada ao juiz qualquer provisão de-ofício”; “ao contrário do que ocorre com a nulidade relativa, em todos estes casos o saneamento depende pura e simplesmente de omissão do interessado”.¹⁷

Exposta a teoria das invalidades processuais, GALENO LACERDA cuidou de examiná-la à luz dos dispositivos legais então vigentes, obviamente voltado para o estudo do instituto que dá título à sua obra. Salvo pela referência à classificação carneluttiana, distintiva dos vícios essenciais e não-essenciais, importando apenas os primeiros para a sistematização das invalidades processuais, o jurista não desenvolveu maiores considerações a respeito dos efeitos não essenciais, vale dizer, sobre as irregularidades processuais.

Difilmente se há de saber que influência teve tal conduta sobre a doutrina posterior, na medida em que a maior parte dela, favorável ou desfavorável à sistematização apresentada, silenciou quanto à *natureza* dos vícios não-essenciais.

¹⁶ - GALENO LACERDA fala sempre em violação, como, v.g., se verifica à página 73, do *Despacho Saneador*. Rigorosamente, no entanto, parece existir violação da norma jurídica apenas após sua incidência; e em se cuidando de normas meramente dispositivas, a vontade das partes é suficiente para afastá-la. Por isso mesmo, também se as denomina de supletivas.

¹⁷ - Ob. cit., p. 72 e 73.

Artigo publicado em:

Revista de processo / Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), v. 15, n. 60, p. 15–30, out./dez., 1990

Em GALENO LACERDA se poderia explicar o descaso, pois, para o fim a que se propunha – o objeto do despacho saneador – de relevância menor o estudo de tais defeitos.

Quanto à doutrina em geral, contemporânea ou não ao autor, difícil encontrar-se justificativa, não apenas porque havia previsão já no Código de 1939 (art. 294, IV), repetida no vigente (art. 327), como pela circunstância de que a doutrina italiana, onde ordinariamente abeberava-se a nacional, tratara do assunto, e dele ainda tem cuidado.

Por questão de justiça, devem ser ressaltados ao menos três nomes. João Bonumá, em seu “Direito Processual Civil” e José Frederico Marques,¹⁸ em suas “Instituições de Direito Processual Civil”, já ensaiaram alguma distinção, mas foi Calmon de Passos que, em tese de concurso – e por isso, talvez, de restrita circulação – buscou evidenciar, com mais cuidado, a natureza do ato irregular (*stricto sensu*).^{18a}

2. A DOCTRINA BRASILEIRA NA VIGÊNCIA DO CÓDIGO DE 1939

Rigorosamente, sob a vigência do código processual pretérito, poucos foram os autores que se abalçaram à análise, ainda que ligeira, do tema das irregularidades processuais.

Dele não cuidaram os comentadores Pontes de Miranda¹⁹ ou Pedro Baptista Martins.²⁰ Tampouco, de Plácido e Silva²¹ ou Jorge Americano,²² ambos tão subservientes às soluções do direito privado. A exceção única, talvez, terá sido Borges da Rosa,²³ embora, além da subserviência referida, da irregularidade no processo tenha exposto noção restritíssima, presa à forma dos atos asseverando que

¹⁸ - Cf. vol. II, § 97, 486, p. 312.

^{18 a} – *A nulidade no Processo Civil*, cap. IV, 20, p. 74.

¹⁹ - *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. III.

²⁰ *Comentários ao Código de Processo Civil*, III, 2º.

²¹ - *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 1º.

²² - *Comentários ao Código de Processo Civil do Brasil*, vol. 2º.

Artigo publicado em:

Revista de processo / Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), v. 15, n. 60, p. 15–30, out./dez., 1990

“Hoje, pelo moderno sistema da *finalidade da lei*, distinguem-se também: 1) a *nulidade*, que se dá quando o prejuízo é *visível* ou *evidente*. 2) a *anulabilidade*, que ocorre quando o prejuízo é alegado e precisa ser demonstrado; 3) a *irregularidade*, que se dá quando ocorre *somente violação de forma* do texto legal, e não violação de fundo”.

Dos autores de obras didáticas ou, de qualquer sorte, com intenção de maior sistemática na exposição, ignoraram a matéria concernente ao ato meramente irregular Gabriel de Rezende Filho²⁴ ou Lopes da Costa.²⁵ Igual comportamento não tiveram João Bonumá,²⁶ José Frederico Marques²⁷ e José Joaquim Calmon de Passos,²⁸ esse último, como já mencionado, em estudo especificamente voltado para o tema d’*A Nulidade no Processo Civil*, tese que apresentou, na Faculdade de Direito da Universidade da Bahia, para concurso à livre docência, publicada no ano de 1959.

Bonumá, no segundo volume de seu *Direito Processual Civil*, sob a epígrafe “grau de intensidade dos defeitos dos atos processuais”, leciona que “quanto à gravidade do defeito, os atos poderão ser meramente *irregulares, anuláveis, nulos relativa ou absolutamente e inexistentes*”, adiantando já, observe-se, o caminho que viria a ser trilhado por GALENO LACERDA, seu sucessor na Cátedra de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito de Porto Alegre, Universidade do Rio Grande do Sul.

No que se refere ao defeito de “menor gravidade”, para utilizarmos a terminologia do processualista gaúcho, escreve:

“Simplesmente *irregulares* são aqueles cuja imperfeição não lhes afeta a essência, nem lhes desnatura a forma ao ponto de lhes acarretar a perda da eficácia. É o vício mínimo. Um termo viciado em ponto substancial com rasura ou emenda, com espaços em branco, ou entrelinhas não ressalvadas, estará eivado de

²³ - *Processo Civil e Comercial Brasileiro*, I.

²⁴ - *Direito Processual Civil*, vol. 2º.

²⁵ - *Manual Elementar de Direito Processual Civil*, 3ª ed.

²⁶ - *Direito Processual Civil*, vol. 2º

²⁷ - *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. II.

²⁸ - *A Nulidade no Processo Civil*, p. 74.

Artigo publicado em:

Revista de processo / Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), v. 15, n. 60, p. 15–30, out./dez., 1990

uma simples irregularidade, que lhe não tolhe por inteiro a eficácia, mas que constitui um defeito”.

É notável observar que, da lição, permaneceu praticamente apenas a idéia do “vício mínimo”, que, no futuro, repetir-se-á um sem-número de vezes ou a simplesmente funcionalista de que não corta a eficácia do ato. Ambas as idéias, independentemente de sua veracidade, no entanto, não respondem, isoladamente, sobre a razão de distinguirem-se esses defeitos daqueles outros capazes de levar à invalidade do ato.

Bonumá, porém, não se contentara com tão pouco. Está no excerto, com a linguagem própria das influências da época (A ausência de uma mais cuidada referência bibliográfica pelo Autor impede deduzir-se, com um mínimo de precisão, a influência da doutrina italiana particularmente Carnelutti, embora esse jurista seja freqüentemente citado no texto), a noção que se haveria de extrair, ainda que residualmente (como veremos, pouco adiante, não são poucos os doutrinadores, inclusive estrangeiros, que vêem na irregularidade processual uma qualificação em sentido apenas negativo, residual): o defeito consistente da irregularidade não afeta a essência do ato nem lhe desnatura a forma.

Anos mais tarde,²⁹ Frederico Marques, em suas apreciadíssimas Instituições de Direito Processual Civil, ao final do § 97, que trata das “nulidades absolutas e nulidades relativas”, abre um item, sob a denominação de “ato processual irregular”. Nesse, resumido a quatro pequenos parágrafos, depois da referência indispensável à origem legislativa – art. 294, IV, do CPC de 1939 – assenta o ínclito processualista:

“Ato processual irregular é aquele afetado por pequenos vícios de forma que em absoluto afetam a sua validade”.³⁰

Logo a seguir, lembra o exemplo da infração ao art. 15 (CPC de 1939), consistente na ausência de ressalva a “espaços em branco” ou “entrelinhas”,

²⁹ - Lamentavelmente, o exame que realizamos já se opera na terceira edição, que é de 1966, sendo a primeira de 1958.

Artigo publicado em:

Revista de processo / Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), v. 15, n. 60, p. 15–30, out./dez., 1990

“rasuras ou emendas“, para concluir que há irregularidades passíveis de reparação, inclusive de ofício, como as há “de todo incapazes de serem reparadas. É o que acontece, por exemplo, com aquelas consistentes na violação do art. 164 do Cód. De Proc. Civil.³¹ Quando isso ocorre, o juiz poderá aplicar sanções disciplinares previstas nas leis de organização judiciária.”

Foi Calmon de Passos, porém, quem mais cuidadosamente tratou do tema.

O processualista baiano, na tese lembrada, adotada a distinção dos planos de existência e de validade, cuida, em capítulo específico dos “atos processuais imperfeitos”, não os confundindo *tout court* com os atos inválidos, pois “o vício, a imperfeição do ato é um estado anterior ao estado de nulo”,³² “O estado de nulo é um estado posterior ao pronunciamento judicial, é o estado do ato após a aplicação da sanção, que é a nulidade”.³³ Por isso, não vacila em ensinar mesmo não ocorrendo com os atos (processuais) existentes. Esses últimos são todos eficazes, “e a eficácia própria deles somente pode ser retirada com a aplicação, pelo juiz, da sanção legal da nulidade”. Reconhece mesmo o jurista que “muitos são, no processo, os atos atípicos e eficazes”.³⁴

A imperfeição do ato – que não é apenas forma, pois “o direito processual é mais que regulamentação de forma, é regulamentação de atividade” – nem sempre leva à invalidade ou à ineficácia. “(...) se os tipos estabelecidos como tutela ao direito de liberdade, cumpre atender-se antes a este fim que àqueles meios, e se esta tutela se fez, em que pese a atipicidade do ato, sua ineficácia não deve ser pronunciada, produzindo efeitos o ato imperfeito (atípico)”,

Esses são os atos meramente irregulares.

E prossegue o processualista: “Ato irregular é o ato atípico eficaz, o ato defeituoso que não sofreu a sanção da ineficácia. Tem de comum como ato

³⁰ - Ob. e loc. cit., p. 312.

³¹ - O art. 164 do Código de 1939 equivale ao art. 217 do vigente.

³² - *A Nulidade cit.*, p. 71.

³³ - Ob. cit., p. 72.

³⁴ - *Ibid.*, p. 72.

Artigo publicado em:

Revista de processo / Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), v. 15, n. 60, p. 15–30, out./dez., 1990

regular a produção de efeitos que lhe são próprios. Dele se distancia do ponto de vista de sua estrutura executiva, porque ato defeituoso, viciado, desviado do modelo legal, do tipo, e porque susceptível de impugnação, para fins de decretação de sua ineficácia (*sic* – compreensível, entretanto, que se deva ler *insusceptível* onde está susceptível).

Não se trata – escreve – propriamente, como em geral pretendido, de maior ou menor intensidade do defeito, sim do defeito que mereça ou não mereça a sanção de invalidade, por terem sido ou não terem sido atingidos os fins tutelados pelo ato, na sua especificidade”.

Afinal, repudia a distinção de Carnelutti – entre vícios essenciais e não-essenciais – por entender que tal posicionamento “deixaria a falsa impressão da possibilidade ou ainda da necessidade de fixarem-se, de antemão, quais os defeitos merecedores de um ou outro dos qualificativos”, quando apenas diante do caso concreto se pode estimar o alcance ou não do fim tutelado. Para Calmon de Passos, “a fixação dos vícios essenciais ou não-essenciais representaria um esforço desprovido de utilidade”.³⁵

Mais adiante, acreditamos, se há de evidenciar que a solução preconizada pelo ilustre autor baiano, embora trazendo luz ao problema, não é integralmente satisfatória. A análise dos casos demonstra, amiúde, que hipóteses existem de vícios “invalidantes”, isto é, reputados necessários, mas não suficientes, ao reconhecimento (e desconstituição) judicial de invalidade, que não merecem o decreto judicial por outra (a mais comum, incidência do princípio do prejuízo – art. 249, § 1º, do CPC).

Calmon de Passos esteve perto, quando negou constituírem-se as irregularidades processuais em defeito de mínima gravidade ou quando asseverou que se distancia do ato regular “do ponto de vista de sua estrutura executiva”, mas resolver-se, afinal e simplesmente, que irregular é o ato que, *in concreto*, demonstrar-se inofensivo aos fins previstos em lei – ou, de qualquer modo, não

³⁵ - *Ibid.*, p. 75.

Artigo publicado em:

Revista de processo / Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), v. 15, n. 60, p. 15–30, out./dez., 1990

prejudicial – é, *data maxima venia*, confundir defeituosidade (ou viciosidade) com irregularidade. Não apenas o ato irregular (no sentido estrito do termo) logra, independentemente de seu defeito, atingir a finalidade; outros atos viciados – que se não confundem com os irregulares porque, dependendo das circunstâncias, podem ser tachados de inválidos – podem assim permanecer no processo por não desviada, em concreto, a finalidade da lei. A citação que se faz defeituosamente não é, no sentido estrito – e adequado – do termo uma irregularidade processual. É ato viciado, sim, e que imperfeito permanecerá se, independentemente dessa circunstância, defende-se o réu, nada alegando ou na provando no sentido de ter sido prejudicado pelo déficit da comunicação. Essa hipótese de nulidade (relativa, a meu juízo, por isso que sanável) não merecerá a consideração do juiz porque, no caso concreto, demonstrado restou a ausência de prejuízo por parte do citado (ou, o que dá no mesmo, do ponto de vista do legislador, a finalidade – ciência e chamamento – foi atingida).

3. A DOUTRINA BRASILEIRA ATUAL

É notável que os esforços levados a efeito por Calmon de Passos ou a solução ao menos intuída por João Bonumá não tenham merecido cuidado maior da doutrina posterior. Apenas a circunstância de ter sido restrito o âmbito de circulação da tese do primeiro e a mais acentuada influência regional do segundo poderiam explicar, mas pouco justificariam.

Entre os comentadores do vigente diploma processual, ignoraram o tema Pontes de Miranda,³⁶ Hélio Tornaghi,³⁷ Marcos Afonso Borges.³⁸ Sérgio Sahione Fadel³⁹ e Wellington Moreira Pimentel.⁴⁰ Ligeira referência faz Edson Prata, para situar a irregularidade entre os vícios dos atos processuais, escrevendo que “pode

³⁶ - *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. III.

³⁷ - *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. II.

³⁸ - *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 1º.

³⁹ - *Código de processo Civil Comentado*, vol. 1º.

⁴⁰ - *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. III.

Artigo publicado em:

Revista de processo / Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), v. 15, n. 60, p. 15–30, out./dez., 1990

ser sanada a qualquer tempo (art. 463, I) ou prescinde mesmo de ser corrigida”.⁴¹ Maior atenção mereceu a matéria de Moniz de Aragão,⁴² do autor deste trabalho⁴³ e, naturalmente, de Calmon de Passos.⁴⁴ A ênfase, no entanto, é dada no grau de intensidade, repetindo-se a idéia de vício “de mínima importância”, “de pequena monta” e quejandos. É verdade que em Moniz de Aragão ou nos nossos Comentários, rigorosamente, há já reconhecimento de que não se cuidam de defeitos da mesma, natureza, pois as irregularidades, como o ensina o primeiro, “tampouco afetam a estrutura do ato a ponto de torná-lo inábil à produção dos efeitos a que é destinado”⁴⁵ ou, como assentado pelo segundo, vícios que não atingem a “qualidade do ato”.⁴⁶

O panorama não é diverso entre os autores de obras didáticas, Moacir Amaral Santos,⁴⁷ Arruda Alvim,⁴⁸ Humberto Theodoro Júnior⁴⁹ e, surpreendentemente para quem dele já cuidara em outra oportunidade, ainda que ligeiramente, José Frederico Marques⁵⁰ não tocam no assunto. Mais recentemente, segue-lhes os passos Ovídio Baptista da Silva.⁵¹ Entre as obras de Teoria Geral do Processo, quando não se confunde simplesmente irregularidade com viciosidade, como o fazem Araújo Cintra, Grinover e Dinamarco⁵² e José de Albuquerque Rocha,⁵³ acentua-se a mínima gravidade e a característica de não afetar a produção de efeitos pelo ato viciado, como o faz Fábio Gomes.⁵⁴ De

⁴¹ - *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. II, t. I, p. 687.

⁴² - *Comentários ao C.P.C.*, vol. II, p. 271 e segs.

⁴³ *Comentários ao C.P.C.*, vol. III, p. 417 e segs.

⁴⁴ - *Comentários ao C.P.C.*, v. III, p. 442 e segs.

⁴⁵ - Ob. e loc. cit., p. 281.

⁴⁶ - Ob. e loc. cit., p. 427.

⁴⁷ - *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, vol. 2º, p. 47 e segs.

⁴⁸ - *Manual de Direito Processual Civil*, vol. I, p. 266 e segs.

⁴⁹ - *Processo de Conhecimento*, vol. 1º, p. 357 e segs.

⁵⁰ - *Manual de Direito Processual*, vol. 2º, p. 117 e segs.

⁵¹ - *Curso de Processo Civil*, vol. I, p. 164 e segs.

⁵² - *Teoria Geral do Processo*, p. 307.

⁵³ - *Teoria Geral do Processo*, p. 217.

⁵⁴ - *Teoria Geral do Processo Civil*, vários autores, p. 222,

Artigo publicado em:

Revista de processo / Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), v. 15, n. 60, p. 15–30, out./dez., 1990

resto, outro não é o entendimento de Vicente Greco Filho⁵⁵ ou de Ernane Fidélis dos Santos.⁵⁶

A confusão entre ato defeituoso e ato irregular (no sentido estrito e lídimo do termo) é uma constante, conforme se observa no “*Dicionário do Código de Processo Civil Brasileiro*”, do ilustre processualista Alcides de Mendonça Lima. Sob o verbete *irregularidades sanáveis*, localiza-se, *verbis*:

“Ainda que um processo não corra perfeitamente com todas as formalidades, nem por isso ocorre nulidade a ponto de extingui-lo. O Capítulo das “nulidades” é muito liberal, no sentido de preservar os atos praticados, salvo quando houver cominação expressa ou o vício não puder ser reparado. Mesmo assim, aproveita-se o que for possível “desde que não resulte prejuízo à defesa” (arts. 243 a 250). Portanto, tanto as nulidades, como, sobretudo, as irregularidades sanáveis devem ser supridas no prazo marcado pelo juiz, que não deve ser superior a 30 dias (art. 327), sob pena de ser proferida sentença extinguindo o processo sem julgamento do mérito (art. 267, III). O caso do art. 13 é típico da situação: irregularidade na representação da parte em face de sua incapacidade. O vício não deve permanecer, mas deve ser dada oportunidade de ser sanado, regularizando-se o processo”.⁵⁷

Entendimentos nessa linha têm merecido repercussão na jurisprudência, não sendo raras decisões no sentido de que se não decreta a invalidade do ato, por não prejudicial, permanecendo esse como meramente irregular (em realidade, o que permanece é o defeito, o déficit, o vício, a mácula, como acontece em qualquer hipótese de deficiência do suporte fático em concreto, possível de invalidade ou não).

Das obras mais recentes, que tenham como tema primordial as nulidades ou os vícios dos atos processuais, as de Teresa Arruda Alvim Pinto, por preocupada a autora, naturalmente, com os defeitos essenciais, não fazem maior

⁵⁵ - *Direito Processual Civil Brasileiro*, vol. 1º, p. 298.

⁵⁶ - *Manual de Direito Processual Civil*, vol. 1º, p. 298.

⁵⁷ - Ob. cit., p. 342.

Artigo publicado em:

Revista de processo / Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), v. 15, n. 60, p. 15–30, out./dez., 1990
referência às irregularidades,⁵⁸ enquanto que a de Sálvio de Figueiredo Teixeira, que francamente se afasta da orientação adotada pela doutrina majoritária, após o “*Despacho Saneador*”, de GALENO LACERDA, classifica os atos processuais, “quanto à ofensa ao modelo legal”, em cinco espécies, a saber: a) atos inexistentes; b) atos nulos *pleno iure*; c) atos absolutamente nulos; d) atos relativamente nulos; e) atos meramente irregulares.⁵⁹

Logo após, conceitua a esses últimos o jurista mineiro: “São aqueles que, uma vez praticados, embora com violação, não proporcionam conseqüências processuais, mesmo que em alguns casos, ensejem sanções extraprocessuais”, passando a exemplificar com ofensas aos arts. 167 e 169, do CPC.⁶⁰

4. A QUESTÃO NA DOCTRINA ITALIANA

O tema da irregularidade processual mereceu da doutrina italiana cuidado maior, embora essa atitude não tenha contribuído para a fixação de uma noção de generalizado acolhimento – como bem o demonstra Crisanto Mandrioli em artigo de doutrina.⁶¹

Segundo esse jurista, “os autores que, mais recentemente, tiveram oportunidade de ocuparem-se com a noção de irregularidade no direito processual civil, não se têm de todo orientado, com respeito a essa, de maneira unívoca”.⁶² De um lado, se situariam os doutrinadores que vêem na noção em causa não mais do que um “significado marginal e residual”, relativamente ao conceito de invalidade, ressaltando, pois, “uma qualificação em sentido negativo, como deformidade do suporte fática não tão grave para dar lugar à invalidade”,⁶³ de outro, em estudos dedicados à irregularidade “fora do setor específico do direito processual civil ou, sem mais, em sede de teoria geral, sustentou-se que a

⁵⁸ - *Nulidades da Sentença* e, em colaboração com ARRUDA ALVIM, *Nulidades Processuais*.

⁵⁹ - *Prazos e Nulidades em processo Civil*, p. 40.

⁶⁰ - Ob. e loc. citis.

⁶¹ - Sulla nozione di “irregolarità” nel diritto processuale civile, in Studi in *Onore di Enrico Tulio Liebman*, vol. LI, p. 1.269.

⁶² - Ob. e loc. citis.

⁶³ - *Ibidem*, MANDRIOLI inclui entre os autores desse entendimento CARNELUTTI, SATTA, LA CHINA e ele próprio.

Artigo publicado em:

Revista de processo / Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), v. 15, n. 60, p. 15–30, out./dez., 1990

irregularidade é um defeito que concerne não tanto ao ato quanto ao seu cumprimento e se resolve, mais precisamente, na falta de um requisito estranho ao suporte fático próprio do ato, isto é, se resolve na violação de particulares obrigações, estranhas àquele suporte fático,⁶⁴ ou, quando menos, na falta de elementos que, mesmo pertencentes a tal suporte fático, são exigidos, não para o melhor funcionamento do instrumento processual, mas a fins diversos”.⁶⁵

Objetivando dar uma “noção positiva da irregularidade no direito processual civil”⁶⁶ – italiano, bem se entenda – Mandrioli termina por concluir, após exaustiva análise dos dispositivos legais do código processual civil peninsular onde utilizado o termo, direta ou indiretamente, pela escassa utilidade, no âmbito do direito processual civil, de “opinioni che riconducono le irregolarità a violazioni di elementi estranei alla fattispecie propria dell’atto o presi inconsiderazione per fini diversi”.⁶⁷

Prefere, assim, o jurista, fiel a anterior posicionamento, “as opiniões que se limitam genericamente a evidenciar o significado marginal e residual da irregularidade relativamente à nulidade”, embora essa orientação, justamente por sua generalidade, ofereça apenas algumas premissas, para as conclusões alcançadas no trabalho que vimos referindo.⁶⁸

Com efeito, assentara, anteriormente, Mandrioli:

“O *proprium* da noção de irregularidade parece, portanto, convergir para a individualização dos vícios que, não dando lugar a nulidade, venham, em alguns casos particulares, assimilados, sob particulares aspectos, aos vícios de nulidade, enquanto, nos restantes casos, se limitam a constituir a categoria residual das desconformidades com o modelo legal, que permanecem privados, ao menos de regra, de sanções ou outras conseqüências”.⁶⁹

⁶⁴ - É o entendimento de VITTORIO DENTI, por exemplo.

⁶⁵ - Recorda, aqui, MANDRIOLI o estudo de GRASSO inserido na Rivista di Diritto Civile, 1961, p. 319.

⁶⁶ - *Sulla nozione*, cit., p. 1.271.

⁶⁷ - *Ibid.*, p. 1.279.

⁶⁸ - *Ibid.*, p. 1.280.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 1.279.

Artigo publicado em:

Revista de processo / Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), v. 15, n. 60, p. 15–30, out./dez., 1990

Esse pálido resumo do pensamento de Mandrioli a respeito do tema dá bem a idéia da seriedade que a doutrina italiana vem dando ao tema, que em absoluto é desmerecedor de análise mais cuidadosa. Desnecessário acentuar que equívoco no conceituar, em se tratando de ato concreto, poderá importar em prejuízo à uma das partes, quando não a ambas. (*Remember*, na jurisprudência brasileira, a polêmica sobre o defeito que inquinaria sentença em desconformidade com a previsão do art. 459, parágrafo, do CPC. Os votos no sentido da invalidade – não raro qualificada de absoluta – importaram, quando vencedores, na desconstituição do ato sentencial, situação a impor às partes, no mínimo, perda de tempo. Fosse tratada como mera irregularidade – como, *data venia*, parece ser o caso – conseqüência alguma, de ordem processual, bem entendido, adviria. Cf. exemplar voto proferido pelo Des. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, *in RJTJRS* 116/174, onde faltou apenas expressar o conceito, pois reconheceu o magistrado que o parágrafo enunciava “regra impositiva dirigida ao Juiz”)

Deve-se indiscutivelmente a Carnelutti a advertência de que nem todos os requisitos dos atos processuais têm a mesma relevância. Os há *necessários*, por tecnicamente indispensáveis à consecução da finalidade prática do ato, ou, em outros termos, imprescindíveis à finalidade prática do ato, ou, em outros termos, imprescindíveis à realização da função para o qual previsto; como os há *úteis* tecnicamente. Aqueles – correspondentes ao conceito de *vícios essenciais* – têm sua perfeição estimulada pela conseqüência da invalidade,⁷⁰ dizendo respeito de regra a ônus das partes; esses – correspondentes aos *vícios não-essenciais* – têm sua conformidade com a precisão abstrata da lei estimulada “mediante uma sanção que recaia sobre o agente que os esqueça”,⁷¹ penetrando-se, aqui, no campo do ilícito.⁷²

⁷⁰ - *Sistema de Derecho Procesal Civil*, vol. LII, p. 561. Não é possível esquecer que CARNELUTTI tinha presente, por suposto, o sistema italiano, onde, ao lado do princípio da legalidade (“pas de nulité sans texte”), coexistia o do defeito essencial, nos termos do art. 56 do Código de 1865. No Brasil, hoje, aquele princípio não tem lugar.

⁷¹ - Ob. e loc. cit., p. 215.

⁷² - *Ibidem*, p. 562.

Artigo publicado em:

Revista de processo / Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), v. 15, n. 60, p. 15–30, out./dez., 1990

Carnelutti observa que é equívoco falar-se em intranscendência do ato irregular, pois não é essa a regra.⁷³ Ademais, ensina, “a transcendência jurídica de um elemento do ato pode, em realidade, proceder, não da essencialidade, mas de sua *obligatoriedade*, no sentido de que realizar o ato de um determinado modo constitua o conteúdo de uma obrigação do agente e, por isso, sua responsabilidade derive de havê-lo realizado de modo diverso; então, o ato viciado, se bem não constitua um ato nulo, penetra no número dos atos ilícitos. Por outro lado, a figura do requisito *obligatório* não é incompatível com a do requisito *essencial*, porque com freqüência, quando o agente não tenha interesse no ato e, portanto, sua realização em forma que resulte eficaz não possa constituir o conteúdo de um ônus, a lei há de acudir para garanti-lo com a imposição de uma obrigação”.⁷⁴

Vitorio Denti,⁷⁵ entre outros, inclina-se por ver, como o recordou Mandrioli, nas irregularidades – na medida em que infração a regras dirigidas ao agente – não propriamente um vício, um defeito que afete o suporte fático do ato, mas violação a prescrições particulares dirigidas ao destinatário.

São estas as palavras de Denti, conforme consignadas no verbete *Nullità degli atti processuali civile*, no Novíssimo Digesto Italiano:

“Se, pois, se quer conservar um significado autônomo para “irregularidade”, é necessário referi-la, não ao suporte fático (*fattispecie processuale*) do ato, mas à prescrição de obrigações particulares, a cargo do sujeito agente, por normas diversas daquelas que regulam o mencionado suporte fático: por exemplo, originadas de normas fiscais”.⁷⁶

⁷³ - São estas as palavras do grande jurista peninsular: “No hace falta creer que la irregularidad sirva para designar un modo de ser del acto jurídicamente intranscendente, en el sentido de que el acto irregular tenga el mismo valor jurídico que el acto regular. Existen casos em que ello es cierto, pero no constituye la regla; precisamente, si el acto irregular determina los efectos del acto regular, produce también otros que sin el vicio no se habrían producido; portanto, entre *irregularidad* e *ineficacia* media casi una antítesis, puesto que, en el primer caso, el acto viciado produce un *plus* y no um *minus* de efectos em comparación con el acto no viciado” (Ob. e loc. cit., p. 562).

⁷⁴ - *Ibid.*

⁷⁵ - *Nullità degli atti processuali*, in *Novissimo Digesto italiano*, vol, p. 467.

⁷⁶ - Ob. e loc. cit., p. 478).

Artigo publicado em:

Revista de processo / Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), v. 15, n. 60, p. 15–30, out./dez., 1990

Nessa linha, a opinião de Giovanni Conso, para recordar um processualista penal, embora assevere que nem sempre se está em presença de uma obrigação:

“Mais precisamente, cuida-se não tanto de uma irregularidade do ato quanto uma irregularidade no cumprimento do ato, dado que a previsão de uma circunstância “útil” se resolve, no máximo, na imposição de uma obrigação à pessoa que realiza o ato. Não cumprindo a obrigação, o autor do ato será responsabilizado, mas a eficácia típica do ato permanecerá incomprometida. Em alguns casos, não se está sequer em presença de uma obrigação; nessas hipóteses, se tratará apenas de uma simples indicação, sem qualquer relevância (*lex imperfecta*)”.⁷⁷

Em outra de suas obras, Conso não vacila em afirmar que “a doutrina é quase unânime no julgar que a irregularidade não diz respeito aos elementos do ato e consiste, ao invés, na simples transgressão de um dever imposto à pessoa que executa o ato”.⁷⁸

Não obstante essas considerações, mesmo na Itália não falta quem, como Sergio La China,⁷⁹ embora reconhecendo distinção entre os fenômenos – há vícios invalidantes e outros não-invalidantes – termine por concluir, sem hesitação: “ressalvados os casos em que textualmente é prevista como motivo de oposição aos atos executivos, não pode haver qualquer relevância jurídica na teoria dos vícios dos atos executivos” a noção de irregularidade formal;⁸⁰ ou, como Giancarlo Giannozzi,⁸¹ conceituando-a como “semplici imperfezione”, incline-se por confundir irregularidade com a defeituosidade genérica do ato processual. A irregularidade, segundo esse processualista, ou é o ato defeituoso sujeito a regularização ou é defeito tão venial que nem regularização necessita, “porque o juiz tenha verificado que o ato, todavia, atingiu sua finalidade”.

⁷⁷ - In *Concetto e le Specie d'Invalidità*, p. 24.

⁷⁸ - *I Fatti Giuridici Processuali Penali*, p. 24.

⁷⁹ - *L'Esecuzione Forzata*, p. 489.

⁸⁰ - CRISANTO MANDRIOLI, no entanto, parece ter demonstrado, no artigo lembrado na nota 61, que o legislador italiano utilizou no termo irregularidade em sentido amplo, abrangendo tanto os vícios de nulidade como os de mera irregularidade (p. 1276).

⁸¹ - *Appunti per un Corso di Diritto Processuale Civile*, p. 204.

Já o referimos, mas não é demasiado insistir: equivocadamente raciocinar-se no sentido da *irrelevância* do ato irregular ou, de regra,⁸² não importar em qualquer consequência para o processo. Tal entendimento, que pode encontrar algum respaldo em sistemas que tenham adotado o princípio da taxatividade ou, como prefere Franco Cordero, analisando o italiano, em ordenamentos do tipo “fechado”,⁸³ embora não sem crítica,⁸⁴ não deve merecer guarida em sistemas que não se vinculem ao referido princípio. Ademais, não há confundir validade e eficácia ou invalidade e ineficácia. Conforme já ensinava Eduardo Couture o fenômeno da ineficácia do ato se vai produzindo “paralelamente” ao afastamento do modelo legal.⁸⁵ E, com efeito, a análise demonstra, à saciedade, que atos perfeitos (= válidos) podem não produzir efeitos no processo (v.g., edital que não vem aos autos) como imperfeitos (não necessariamente inválidos) podem produzi-los (v.g., citação ordenada por juiz incompetente, que ao menos alguns efeitos produz; qualquer ato defeituoso, sanável mas não sanado, que não cause prejuízo ao interessado).

Desse modo, embora verdadeiro que, de ordinário, as irregularidades não têm consequência processual – isto é, não são impeditivas de geração da eficácia própria dos atos que maculam – menos verdadeiro não é que isso também pode ocorrer com atos atingidos por defeitos de outra natureza, que não se hão de confundir com os primeiros pela só circunstância de sua eventual, circunstancial irrelevância.

No exame dessas questões não se evidencia suficiente uma perspectiva meramente funcionalística.⁸⁶ Indispensável verificar-se

⁸² - Por vezes, a *situação* de irregularidade pode trazer alguma consequência para o processo. Observe-se, por exemplo, o que ocorre com a avocação de processo e nomeação de outro juiz para a decisão da causa, nos termos do art. 198, do CPC, em razão de mora do competente. O prazo impróprio, aqui, como argutamente o ensina JOSÉ FREDERICO MARQUES, produz efeito processual (*Manual de Direito Processual Civil*, vol. 1º, p. 350).

⁸³ - *Procedura Penale*, p. 549/550.

⁸⁴ - V.g., GIOVANNI LEONE, *Trattato di Diritto Processuale Penale*, vol. I, p. 685.

⁸⁵ - *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, p. 376.

⁸⁶ - “El prestigio del precepto *nullum est quod nullum effectum producit*, parece no hacer decaído sensiblemente, a juzgar por su constante repetición. Pero es fácil advertir que definir la nulidad como lo que no produce efecto, significa, en todo caso, anotar sus consecuencias, pero no su naturaleza” – escreve COUTURE (ob. cit., p. 373).

também por um *approach* estruturalístico, a fim de alcançar a real natureza do fenômeno.

5.1. A valoração discricionária do legislador

Nesse tema, como no das invalidades em geral, prudente lembrar-se que, como o observa Carlo Peyron, “a pertinência de um vício a uma ou a outra categoria depende da valoração discricionária do legislador a respeito de sua gravidade”.⁸⁷

A observação também é encontrável em Couture, quando ensina o processualista uruguaio que “o direito processual tem, no que se refere às nulidades, a unidade genérica e os princípios específicos que caracterizam o amplo panorama deste fenômeno.

Enquanto a unidade genérica é comum a todo o direito, os princípios específicos são variáveis e contingentes. Mudam sem seu sentido e em sua técnica, em razão de circunstâncias, de lugar e de tempo”.⁸⁸

Depois de lembrar os diferentes modos de impugnar a nulidade – aqui, através de recurso específico; pouco além, através do recurso de apelação – recorda Couture que “em um mesmo país, a nulidade pode ser criada artificialmente pelo legislador para satisfazer determinados propósitos jurídicos”.⁸⁹ E exemplifica com as soluções dadas, ao longo do tempo, no Uruguai, para a denominada incompetência *ratione temporis*:

“Así en el nuestro (país), la demora del juez en dictar la sentencia dio lugar, hasta el año 1936, a una simple sanción disciplinaria, más teórica que real. Después de esa fecha y dentro de ciertas condiciones, aparejó la nulidad de la sentencia”.⁹⁰

⁸⁷ - Cf. verbete Invalidità, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXII, p. 613.

⁸⁸ - *Fundamentos* cit., p. 375.

⁸⁹ - Ob. e loc. citis.

⁹⁰ - *Ibidem*.

Se tal constatação nos conduz a fixar os olhos no ordenamento jurídico brasileiro, demasiado parece, entretanto, pretender-se comprimir as hipóteses de irregularidade àquelas onde tenha o legislador, direta ou indiretamente, empregado o termo, caminho trilhado por Mandrioli.⁹¹

Não se trata de verificar o que o legislador denomina de irregularidade, mas de averiguar a possibilidade de extrair, do sistema positivo, uma noção. Em outras palavras, examinar qual a noção de irregularidade acolhida, se não sempre, ao menos freqüentemente, pela vigente lei processual.

5.2. Sobre a importância de uma noção de irregularidade processual

O fenômeno da irregularidade não é específico do processo. Reconhece-o também o direito material. Basta lembrar os denominados impedimentos impediendo matrimoniais do direito canônico (e recolhidos pelo Código Civil pátrio no art. 183, XIII a XVI). Mas é indiscutivelmente o processual “o setor do ordenamento onde se manifestam, mais numerosos e evidentes, as várias hipóteses de irregularidade”.⁹²

Não pode haver dúvida de que o ordenamento jurídico, qualquer seja ele, almeja a perfeição. Os atos historicamente situados, em princípio, dever estar conformes com as hipóteses legais. É o que deflui, por exemplo, no nosso sistema positivo, do art. 2º, do Código de Processo Civil: “Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e *formas legais*”. (A relativização que se opera depois, com o art. 154 e os integrantes do capítulo das nulidades, não afastam o projeto. Adaptam-no apenas ao histórico.)

A desconformidade com o modelo legal, pois, exige, de regra, a sua regularização, embora, muitas vezes, por razões até de economia, desdenhe-se, em concreto, a deficiência.

⁹¹ - *Sulla nozione di “irregolarità en el diritto processuale civile, ob. cit.*

⁹² - Verbete (anônimo) irregolarità, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. IX, p. 167.

Artigo publicado em:

Revista de processo / Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), v. 15, n. 60, p. 15–30, out./dez., 1990

O defeito, porém, já o vimos, não se evidencia de uma só natureza, pois os há com “aptidão” a invalidar (vícios essenciais) ou incapazes de sustentarem decisão desconstitutiva do ato em qualquer hipótese (vícios não-essenciais).

A importância da noção de irregularidade situa-se justamente no discrimine, pois, tratando-se de defeito não-essencial, inviabiliza-se ao julgador qualquer conclusão no sentido do desfazimento do ato desconforme com a previsão legal.

Geralmente, se tem dado pouco relevo à espécie por que as hipóteses lembradas são as mais medíocres: infração aos arts. 167 (exigência de numeração e rubrica das folhas dos autos) ou 189 (determinação de uso de tinta escura e indelével).

O entendimento há de se modificar, por certo, se tivermos presentes não mais essas, mas as hipóteses de mora na realização dos atos processuais (de qualquer dos operadores, mas principalmente do juiz), erros materiais em resoluções judiciais, etc.

Mais recentemente, duas hipóteses têm-nos assaltado: de um lado, eventual infração ao art. 229, do CPC, e, de outro, infringência ao art. 459, parágrafo único, do mesmo Código.

O dissenso a respeito desses casos, sabidamente, não é pequeno, havendo desde quem opte por concluir pela mera irregularidade até quem pretenda ver nulidade absoluta.

Queremos crer, que nessas hipóteses, como em muitas outras, maior precisão dos diferentes conceitos com os quais trabalhamos no campo dos vícios dos atos permitiria solução mais adequada.

As observações realizadas pela doutrina italiana, desde Carnelutti, parecem encontrar respaldo no que ordinariamente se verifica em tema de irregularidade processual: o vício não-essencial diz respeito menos à estrutura essencial do ato do que a seu agente. Está melhor localizado em

infração a deveres; ou, havendo preferência, com Denti, infringência a prescrições particulares dirigidas ao sujeito agente.

Justamente aí – e não propriamente na circunstância de não trazer qualquer conseqüência para o processo, pois, eventualmente, o fenômeno também pode dar-se com vícios essenciais – residiria a diferença específica.

A questão terminológica, indiscutivelmente importante, parece, também aqui, prejudicar melhor análise. Denomina-se vício, mesmo à irregularidade, por tratar-se de desconformidade com a norma, não se resguardando o termo apenas àqueles casos de deficiência estrutural *stricto sensu*.

Desse modo, nas duas últimas hipóteses lembradas – infração ao art. 229 ou 459, parágrafo, do CPC – o intérprete deve colocar sua lente sobre o ato em seu concreto realizar. Observando, como parece o caso, que não há imperfeição estrutural – a citação já se operou, a sentença atende os requisitos próprios – mas desconformidade com norma que tem como destinatário o próprio agente, criando-lhe dever (e não simples ônus), de vício essencial não se cuidaria, senão que de defeito não-essencial, vale dizer, de mera irregularidade.

Conseqüentemente, qualquer consideração com a validade ou invalidade do ato (de citação ou sentencial) se evidenciará despropositada. Estando diante de mera irregularidade, o processo nada sofre; desloca-se o problema para o campo disciplinar, eventualmente; do ilícito, portanto.⁹³

5.3. Algumas precisões

⁹³ - Cf. FRANCESCO CARNELUTTI, *Sistema cit.*, vol. III, p. 562. Interessante observar que, se vício de outra natureza a irregularidade, dispensável consideração com princípios próprios da disciplina das invalidades processuais, como os da finalidade ou do prejuízo. Em se tratando de irregularidade, invocável, eventualmente, o princípio da instrumentalidade, ou da relativa relevância das formas legais, por situar-se esse, não no campo das invalidades, mas no da forma dos atos processuais, logicamente anterior àquele.

Antes de mais nada cumpre afastar equívoco de certa constância na jurisprudência: irregularidade não se confunde com déficit. Dizer-se que um ato é “irregular” porque não se encontra em conformidade com as normas legais *tout court* é exprimir-se inadequadamente. Ato nessa circunstância é defeituoso, viciado, deficitário, imperfeito – mas, até aí, não suficientemente conceituado, pois tanto pode se tratar de ato *inválido* quanto de ato meramente *irregular*.

O termo *irregularidade* deve ser guardado para a estrita hipótese de vício não-essencial, para o caso de deficiência, ou falta, daquele requisito que Carnelutti denominou de simplesmente útil à técnica.

A mesma censura merece o doutrinador que, como Giancarlo Giannozzi,⁹⁴ conclua ser possível que a irregularidade conduza à invalidação do ato por não ocorrida “retificação ou regularização. A crítica calha, não apenas pela razão já exposta – são fenômenos de diversas naturezas a irregularidade e a invalidade – como por não ser inexorável a regularização (por vezes, inclusive, inviável, como na hipótese de desconsideração com os denominados prazos impróprios).

Irregularidade, portanto, é defeito que não diz respeito a requisito estrutural do ato (que não atinge a eficiência do suporte fático), mas tão-somente a conduta infringente de norma instituidora de dever ao sujeito agente.

Conservamos, como já asseverado, a denominação – adotada por Carnelutti e por GALENO LACERDA – de *vício não-essencial*, objetivando distinção com os defeitos – estes sim respeitantes a requisitos estruturais, indispensáveis à eficiência do ato – capazes de, em certas circunstâncias, invalidarem o ato.

O tempo dirá, porém, se, aqui, antes do que conservar já consagrados, como proflixa Couture,⁹⁵ melhor não será, em definitivo, pela

⁹⁴ - *Appunti per un Corso di Diritto Processuale Civile*, p. 204.

⁹⁵ - *Fundamentos* cit., p. 376. Cf., também, ALBERTO LUIS MAURINO, *Nulidades Procesales*, p. 14, e JORGE P. CAMUSSO, *Nulidades Procesales*, p. 13, ao efeito de constatação da importância que conferem os

distinta angulação, abandonar a denominação *vício* para as irregularidades.

5.4. *Espécies de irregularidades*

Ao contrário do que se poderia inferir da lição de Giannozzi, há pouco lembrada, nem todas as irregularidades são passíveis de regularização.

Em outros termos, como já o ensinava José Frederico Marques, na vigência do Código de Processo Civil de 1939, algumas irregularidades são reparáveis e outras não.⁹⁶

Com efeito, a análise das diferentes espécies permite distinguir as irregularidades, classificando-as em *corrigíveis* e *incorrigíveis*.

Corrigível, por exemplo, é a irregularidade consistente de ausência de rubrica ou numeração de folhas pelo escrivão; incorrigível e, de outro lado, a decorrente do desrespeito aos prazos impróprios (pelo juiz ou por seus auxiliares).

A distinção, por suposto, tem importância apenas na medida em que o ordenamento almeja a imperfeição ou na medida em útil ao melhor desenvolvimento do processo, pois, do ponto de vista funcional, nenhuma consequência para o processo, advirá: “Ad ogni modo un dato è costante: anche se irregolare, l’atto risulterà pur sempre impregiudicato nella sua efficacia tipica – e per questo bem può dirsi che l’irregolarità non produce conseguenze di sorta sul piano dei vizi dell’ato – e potrà comunque considerarsi valido”.⁹⁷

Evidentemente – pensamos poder tê-lo assinalado até com a escolha do título – não pretende este trabalho, em absoluto, concluir no sentido do exaurimento do conceito de irregularidade processual nas

processualistas à questão terminológica. Entre os civilistas, v.g., ERNESTO E. NIETO BLANC, *Nulidad en los Actos Jurídicos*, p. 18.

⁹⁶ - *Instituições CIT.*, VOL. LL, P. 313.

⁹⁷ - Verbete anônimo Irregolarità, *Novissimo Digesto Italiano*, vol. IX, p. 167.

Artigo publicado em:

Revista de processo / Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), v. 15, n. 60, p. 15–30, out./dez., 1990

hipótese de infração a obrigações dirigidas pelo ordenamento ao sujeito agente.⁹⁸

Conso, como lembrado (item 4, retro), reconhece a existência de hipóteses de “simples indicação, sem qualquer relevância”.

Parece-nos, no entanto, que, ao menos no direito positivo brasileiro, a noção, inicialmente desenvolvida por Carnelutti,⁹⁹ merece consideração – ao contrário do que supõe (e penso que de suposição não passa) Mandrioli para a legislação processual civil italiana.

Mandrioli fixou-se na utilização do termo irregularidade, direta ou indiretamente, pelo legislador; mas tal nominalismo não deve frutificar, pois, sabidamente, em tempos em que o processo criativo da lei é realizado também por leigos, a imprecisão terminológica não é incomum.

De qualquer sorte, é esta uma tentativa de melhor apreensão do fenômeno conceituado como ato irregular ou irregularidade processual, a exigir análise mais demorada da doutrina, quanto mais não fosse para que se não desconstituam atos portadores de defeitos não-essenciais; ou, em outros termos, para que se não os confunda com os vícios essenciais, esses sim, e apenas eles, capazes de conduzirem (necessária mas não suficientemente, em nosso sistema) à invalidação.

⁹⁸ - Motivo por que ainda resistimos ao abandono da inserção das irregularidades entre os *vícios* processuais.

⁹⁹ - O utilíssimo *Commentario Brevé al Codice di Procedura Civile*, de CARPI, COLESANTI e TARUFFO, prossegue na utilização da terminologia carneluttiana, consignando a desnecessidade de formal pronunciamento judicial, indispensável em se tratando de invalidade – quanto à *simplici irregolarità*, sendo suficiente a indicação, de parte do juiz, para que se opere a regularização do “requisito meramente útil, e não necessário, do ato” (ob. cit., p. 156).