

Lucas Buril de Macêdo

LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ

Prefácio: Cândido Rangel Dinamarco

3ª
Edição

Revista e
atualizada

2025

 **EDITORA**
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

3. SISTEMATIZAÇÃO DOS ILÍCITOS PROCESSUAIS

1. Relevância do *distinguo*

A preocupação com a repressão à má-fé processual das partes está presente, absolutamente, em todo sistema jurídico ocidental.¹ Não se conhece qualquer sistema jurídico desprovido de algum mecanismo para sancionar a deslealdade processual.² A forma como os vários sistemas jurídicos regem o tema, porém, varia significativamente, dependendo de sua formação histórica, de características culturais e da formatação do seu processo civil.³

Eis, aqui, proposta de sistematização dos ilícitos processuais como regulados pelo sistema processual brasileiro.

-
1. TARUFFO, Michele. “L’abuso del processo: profili comparatistici”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1999, n. 97, p. 150.
 2. “Há uma constante na legislação de todos os povos e que se tem manifestado em todos os momentos históricos: a preocupação de prevenir ou reprimir a atividade maliciosa ou fraudulenta dos litigantes” (MARTINS, Pedro Baptista. *O abuso do direito e o ato ilícito*. 3ª ed. (com notas de atualização por José da Silva Pacheco sobre a 2ª edição, de 1941). Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 65).
 3. VINCENZI, Brunela Vieira. *A boa-fé no processo civil*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 121-122.

Essa sistematização é relevante para bem compreender os ilícitos processuais e seus distintos pressupostos e efeitos. Mostra-se falha particularmente grave da doutrina processual: não compreender as diferentes espécies de ilícitos processuais e suas distintas funções, ou, ainda, tratar as diversas espécies de ilícitos indiscriminadamente, sem perceber suas diferenças.⁴

Ambas as falhas tendem a ensejar erros na aplicação dos institutos. Realmente, a falta de uma percepção analítica pode ser particularmente grave, pois ou se reduz os ilícitos processuais a uma de suas espécies, empobrecendo significativamente o con-

-
4. Traço muito comum na doutrina, que costuma tratar todos os ilícitos como “litigância de má-fé” ou “abuso de direito”. Isso ocorre mesmo na doutrina especializada, como se vê em: BERALDO, Maria Carolina Silveira. *O comportamento dos sujeitos processuais como obstáculo à razoável duração do processo*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 92. Veja-se essa significativa passagem: “Cabe, outrossim, adscrever que o elenco de condutas predefinidas como desleais é ampliado por outras disposições espalhadas pelo Código brasileiro em vigor, como, por exemplo, as dos artigos 233 (citação por edital) e 600 (atos atentatórios à dignidade da Justiça), que embora pudessem ser abarcadas pelos deveres de conteúdo genérico (artigo 14), ou mesmo pelas condutas típicas (artigo 17), são individuadas, o que, no entanto, não lhes retira a condição de espécie da figura mais genérica da litigância de má-fé, submetidas que estão ao mesmo tratamento normativo que a esta o direito positivo brasileiro dispensa, inclusive quanto à necessidade de caracterização do elemento subjetivo (dolo)” (ANDRADE, Valentino Aparecido de. *Litigância de má-fé*. São Paulo: Dialética, 2004, p. 81). Semelhantemente: VINCENZI, Brunela Vieira de. *A boa-fé no processo civil*, cit., p. 22. ANGHER, Anne Joyce. *Litigância de má-fé no processo civil*. São Paulo: Rideel, 2005, p. 79. WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica do processo civil*. São Paulo: RT, 2019, p. 568. Mais recentemente, embora tenha visualizado diferentes ilícitos processuais, não chega a apresentar os elementos distintivos com clareza, incidindo em confusão: “o abuso ilícito do direito processual, o qual é possível identificar como híbrido, uma vez que ora está relacionado à litigância de má-fé ou aos atos atentatórios à dignidade da justiça, ora pode ser identificado independentemente da existência de elementos indicadores de qualquer intenção maliciosa” (LIBARDONI, Carolina Uzeda. *Boa-fé no processo civil*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2023, p. 153).

trole de lealdade processual, ou se lê uma espécie de ilícito através de outra, o que descamba em exigir pressupostos descabidos ou deixar de exigir elemento essencial à aplicação da sanção.

Para cumprir o árduo propósito desta pesquisa, traz-se, inicialmente, a *definição* dos ilícitos processuais. O conceito de ilícito processual é lógico-jurídico, servível à Teoria Geral do Processo.⁵ Em seguida, serão expostas as classificações dos ilícitos que levam em conta o direito positivo brasileiro e os atos das partes – campo de maior incidência da boa-fé objetiva –,⁶ pondo às claras os critérios de distinção relevantes. Aborda-se, por fim, a noção de responsabilidade por dano processual.

2. Fatos jurídicos processuais ilícitos⁷

O conceito essencial para o funcionamento do direito é o de “fato jurídico”.⁸ Fato jurídico é o resultado do fato concreto da vida que, mediante a incidência da norma jurídica, em razão de sua previsão em hipótese normativa, ingressa no mundo jurídico, sendo-lhe atribuídos determinados efeitos. Nas palavras de PONTES DE MIRANDA, “para que os fatos sejam jurídicos, é preciso que as regras jurídicas – isto é, as normas abstratas – *incidam*

-
5. BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Teoria dos ilícitos civis*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 71-73.
 6. Nesse sentido, indicando, inclusive, que o princípio da probidade foi concebido para refrear os impulsos dos litigantes e seus procuradores: MENDONÇA LIMA, Alcides de. *Probidade processual e finalidade do processo*. Uberaba: Editora Vitória, 1978, p. 43.
 7. Duas obras fundamentais verdadeiramente permeiam as ideias desenvolvidas neste capítulo: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. 4ª ed. São Paulo: RT, 1983, tomo II, p. 193 e ss. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 259-300.
 8. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 4ª ed. São Paulo: RT, 1983, tomo I, p. XVI.

sôbre êles, desçam e encontrem os fatos, colorindo-os, fazendo-os ‘jurídicos’. Algo como a prancha da máquina de impressão, incidindo sôbre fatos que se passam no mundo, posto que aí os classifique segundo discriminações conceptuais”.⁹ Assim, o fato social, diante da incidência normativa, pode ser perspectivado como jurídico, que detém eficácias próprias.¹⁰

Os fatos jurídicos podem ser lícitos ou ilícitos. Ambos são juridicizados, isto é, ingressam e são tratados pelo mundo jurídico, ordenando-os.

Não é tecnicamente correto referir-se à “antijuridicidade” do ilícito;¹¹ é a própria juridicidade que imputa ilicitude a certo fato, com o que o torna relevante para o ordenamento jurídico. É o Direito que determina a ilicitude do fato, sendo a classificação lícito/ilícito aplicável aos fatos jurídicos. A ilicitude é abordada pela norma jurídica assim como a licitude, pelo que a norma jurídica incide tanto sobre fatos conformes quanto sobre fatos contrários a direito, sendo essencial juridicizar estes como método de adequadamente controlá-los.¹²

Atribuem-se efeitos jurídicos ao fato ilícito como política para evitá-los e sancioná-los. É erro grave afastar a ilicitude do

9. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, cit., t. I, p. 6.

10. Afirmo, nesse sentido, Marcos Bernardes de Mello que “a norma jurídica atua sobre os fatos relevantes que compõem o mundo para atribuir-lhes a função de gerar consequências específicas (= efeitos jurídicos) relativamente ao comportamento dos homens no meio social, constituindo um *plus* quanto à sua natureza peculiar. A norma jurídica, desse modo, adjectiva os fatos do mundo, conferindo-lhes uma característica que os torna espécie distinta dentre os demais fatos – o ser fato jurídico” (MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 39).

11. Tratando da “antijuridicidade” como elemento essencial, por exemplo: SOARES, Fernando Luso. *A responsabilidade processual civil*. Coimbra: Almedina, 1987, p. 216.

12. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. 4ª ed. São Paulo: RT, 1983, tomo II, p. 208.

mundo jurídico, pois atribuir ilicitude a um fato é já tratá-lo juridicamente. Assim como não só o belo permeia o juízo estético, pois o feio é também estético, o ilícito é, igualmente, jurídico. O ilícito é, enfim, um fato jurídico.¹³

Ilicidade é contrariedade a direito. Quem comete ilícito, contraria direito, ou, por outra perspectiva, descumpre dever. Deixa de agir em conformidade a situação jurídica. A pessoa que ofende a integridade física de terceiro contraria direito da personalidade, praticando ilícito. O sujeito que não paga o valor contratualmente devido no vencimento, descumpre seu dever, e, assim, comete ilícito. Da mesma forma, quem celebra negócio jurídico desrespeitando requisito legal de forma (como, por exemplo, faz pacto antenupcial por documento particular), pratica ilícito.

O ilícito, por ser contrariedade a direito, é fato jurídico valorado negativamente. O ordenamento jurídico faz juízo axiológico das condutas e proíbe a prática de algumas, ou, ainda, o negócio jurídico as proíbe, e, assim, praticado o ato contrário a direito, tem-se o ilícito. Justamente por haver essa valoração negativa, aquele que pratica ato ilícito sujeita-se a relação jurídica desfavorável.

A contrariedade a direito pode se dar também por omissão, quando é exigível de alguém a ação.¹⁴ Por exemplo, comete ilícito quem deixa de prestar socorro, desde que pudesse fazê-lo, o que o ordenamento exige em tais circunstâncias. Da mesma forma, aquele que deveria fazer algo na data pactuada pratica ilícito ao omitir-se.¹⁵

13. Abordando a discussão da juridicidade do ilícito: BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Teoria dos ilícitos civis*, cit., p. 82-86.

14. Nesses casos, o jurista alagoano menciona haver “dever de atividade”, cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Borsoi, 1958, tomo XXII, p. 193.

15. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*, cit., p. 281-282. Assim também: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, cit., t. II, p. 208-209.

Há, além da contrariedade a direito, outro elemento central para a caracterização da ilicitude: a imputabilidade. É essencial que o ilícito seja imputável a alguém, que deve arcar com (ou, simplesmente, suportar) os efeitos negativos advindos da contrariedade ao direito. A imputabilidade é uma espécie de capacidade delitual e assemelha-se à capacidade negocial.¹⁶ O ilícito, como fato jurídico, *precisa* ser capaz de atribuir a alguém imputável a sanção, de modo que, não havendo essa possibilidade, o fato não ingressa no mundo jurídico.¹⁷

Ilícito, portanto, é fato jurídico no qual se empreende conduta (ação ou omissão) contrária a direito e imputável a algum sujeito.¹⁸

Vale lembrar que as várias espécies de fatos jurídicos são classificadas conforme o seu *suporte fático*, ou seja, de acordo com os elementos necessários para a incidência da norma. Em apertada síntese, os fatos jurídicos lícitos podem ser classificados em: 1) fatos jurídicos *stricto sensu*, quando se tratar de fato não humano que possua efeitos jurídicos previstos (ex.: aluvião,

16. “Chama-se *imputabilidade* o poder-se atribuir a alguém, por seu estado psíquico, a culpa do ato. No direito privado brasileiro, ou a não-imputabilidade resulta da *idade*, ou da *interditabilidade*. Vale dizer que a capacidade negocial e a capacidade delitual se assemelham; porém o direito brasileiro não admitiu que, em matéria civil, se tivesse a imputabilidade como distinta da incapacidade” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, cit., t. II, p. 265).

17. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*, cit., p. 263-270.

18. “No caso do fato ilícito *lato sensu*, o cerne do seu suporte fático é constituído por dois dados: (a) um objetivo (porque relacionado ao fato), a contrariedade a direito, e (b) outro subjetivo (por dizer respeito à qualidade do sujeito), a imputabilidade (= capacidade de praticar ato ilícito, ou delitual). Assim, para que se possa considerar *ilícito* um fato, seja evento, seja conduta, é necessário que implique violação da ordem jurídica, negando os fins do direito, e seja praticado ou esteja vinculado a alguém imputável. Sem que concorram esses dois elementos, não há ilicitude” (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*, cit., p. 261).

art. 1.250 do Código Civil de 2002)¹⁹; 2) atos-fatos jurídicos, que são os atos humanos nos quais o sistema jurídico abstrai a presença da vontade, tornando-a irrelevante para o ingresso do ato no mundo jurídico, pelo que são perspectivados como fatos (ex.: revelia, art. 351, CPC);²⁰ 3) atos jurídicos *stricto sensu*, que são aqueles nos quais a vontade é relevante para sua existência, embora insignificante para a disciplina de seus efeitos, estabelecidos pelo ordenamento de modo invariável e inexcluível;²¹ e, finalmente, 4) os negócios jurídicos,²² conceituados como fatos

-
19. Art. 1.250. Os acréscimos formados, sucessiva e imperceptivelmente, por depósitos e aterros naturais ao longo das margens das correntes, ou pelo desvio das águas destas, pertencem aos donos dos terrenos marginais, sem indenização. Parágrafo único. O terreno aluvial, que se formar em frente de prédios de proprietários diferentes, dividir-se-á entre eles, na proporção da testada de cada um sobre a antiga margem.
20. Sobre o tema, conferir: ALBUQUERQUE, Raul Cêzar de. “Do ato-fato jurídico (e da vontade posta entre parênteses)”. Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife, v. 92, n.1, 2020, p. 67-83. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/article/view/248400>. Particularmente no processo, conferir: CUNHA, Leonardo Carneiro da. “A contumácia das partes como ato-fato processual”. *Pontes de Miranda e o Direito Processual*. Fredie Didier Jr.; Pedro Henrique Pedrosa Nogueira; Roberto P. Campos Gouveia Filho (org.). Salvador: JusPodivm, 2013, p. 635-648. CAMPOS, Eduardo Luiz Cavalcanti. “Ato-fato processual: reconhecimento e consequências”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v. 254, 2016, p. 75-90.
21. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*, cit., p. 103-104.
22. “Diferentemente do ato jurídico *stricto sensu*, no negócio jurídico a vontade é manifestada para compor o suporte fático de certa categoria jurídica, à sua escolha, visando a obtenção de efeitos jurídicos, que tanto podem ser predefinidos pelo sistema, como deixados, livremente, a cada um. Assim é que, por exemplo, nos contratos –que são a mais importante espécie de negócio jurídico – em geral os figurantes podem ter a liberdade de estruturar o conteúdo de eficácia da relação jurídica resultante, aumentando ou diminuindo-lhe a intensidade, criando condições e termos, pactuando estipulações diversas que dão, ao negócio, o sentido próprio que pretendem” (MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico – plano da existência*, cit., p. 202).

jurídicos nos quais a vontade é relevante e a produção de efeitos, dentro de certos parâmetros, pode ser regulada pelos sujeitos, o que dá ensejo ao autorregramento da vontade.²³

Semelhantemente, os fatos ilícitos são divididos entre fatos ilícitos *stricto sensu*, atos-fatos ilícitos e atos ilícitos, replicando-se as noções acima, porém se referindo a fatos jurídicos contrários a direito.²⁴

Não há *negócios ilícitos*, ao menos não propriamente. O negócio é caracterizado por poderem os seus sujeitos estipular, conforme suas vontades, os efeitos provenientes do fato jurídico (negocial). A vontade não molda os efeitos do ilícito, pelo que não há tecnicamente negócios ilícitos. O que pode ocorrer é que os sujeitos, celebrando negócio jurídico, pratiquem *ato ilícito*, como acontece, por exemplo, ao celebrarem negócio sobre objeto ilícito. Nesse caso, por exemplo, a *nulidade do negócio jurídico* é o efeito jurídico, que não pode ser moldado pela vontade, tratando-se, pois, de *ato ilícito*. Ocorre, também, de o contrato estipular direitos, caracterizando como ilícita a conduta contrária a esses direitos; ou, igualmente, de o contrato expressamente proibir certas condutas, tornando-as ilícitas. Nessas hipóteses, como em qualquer outra na qual o ilícito ocorre em negócio jurídico, o ato contrário a direito (inadimplemento, por exemplo) é outro e distinto do negócio jurídico, sendo produzidos os efeitos pré-dispostos. Ao se falar em “negócio ilícito” quando se comete ato ilícito na celebração de negócio jurídico, há, na verdade, atecnia: não há ilícito de natureza negocial.

23. “Serão negócios processuais quando existir um poder de determinação e regramento da categoria jurídica e de seus resultados (com limites variados)” (BRAGA, Paula Sarno. “Primeiras Reflexões sobre uma Teoria do Fato Jurídico Processual: Plano de Existência”. *Revista de Processo*, n. 148, 2007, p. 312).

24. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, cit., t. II, p. 193.

É comum imaginar que apenas os *atos* podem ser ilícitos, o que significaria dizer que apenas *atos voluntários* poderiam ser reputados contrários a direito. Muito embora essa possa ser a categoria dos ilícitos mais frequente e relevante, há, também, fatos e atos-fatos ilícitos.²⁵

Os fatos ilícitos são eventos naturais danosos, optando o ordenamento jurídico por imputar as consequências do evento a alguém. É fato ilícito, por exemplo, a avulsão, quando dela decorrem danos ao imóvel vizinho. O ordenamento jurídico imputa esse fato ilícito ao proprietário. Responde, então, pelos danos ocasionados desse evento ilícito.²⁶ Não se vislumbra a existência de fatos *stricto sensu* ilícitos no Direito Processual Civil.

Há, outrossim, atos-fatos ilícitos. São condutas humanas nas quais a vontade é abstraída e, assim, o ordenamento jurídico lê esses atos como se fatos fossem.²⁷ Os ato-fatos ilícitos são normalmente danosos. Como exemplo, citam-se o mau uso da

25. “Em geral, a doutrina nega a existência de fato *stricto sensu* ilícito, argumentando que o fato da natureza não pode ser ilícito. Ilícitude seria valoração de ato humano e, portanto, não serviria para adjetivar fato natural, que é indisciplinável pelo homem e, conseqüentemente, pelo direito. Mas, (...) a juridicidade do fato (igualmente a ilicitude) decorre de sua vinculação a alguém, a quem são atribuídos efeitos no campo do relacionamento humano. O fato, em si, é indiferente às normas jurídicas, mas, se dele decorrem interferências na esfera jurídica de alguém, o direito o torna tal qual acontece e determina qual o comportamento que as pessoas por ele afetadas devem adotar. Assim, como o fato jurídico *stricto sensu* (lícito) atribui direitos às pessoas a ele vinculadas, o fato *stricto sensu* ilícito tem o efeito de criar obrigações a quem esteja a ele ligado como imputável” (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*, cit., p. 277-278).

26. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*, cit., p. 278.

27. Como bem se disse, “a operação tradutora que o ato-fato propõe entre o mundo dos fatos e do mundo do direito envolve um isolamento (estrutural e conjuntural) da vontade do agente, em ordem a tornar prevacente o fato do sujeito sobre o ato de sua vontade, embora ambos não passem de refrações distintas do

propriedade e os danos causados por incapazes, quando obrigam a indenizar.²⁸

Assim, os fatos ilícitos, como gênero, são divididos nas seguintes espécies: atos ilícitos, atos-fatos ilícitos e fatos ilícitos *stricto sensu*.

Antes de prosseguir, é fundamental afastar confusão muito comum ao tratar-se dos atos ilícitos, em especial no Direito Civil. Como já se destacou, os elementos centrais para caracterizar o ilícito são a contrariedade a direito e a imputabilidade. Isso significa que outros elementos são *desnecessários* para configurar ilícito. Em especial, *não é essencial a presença de culpa ou de dano*.²⁹

Há ilícitos que não são culposos, assim como há, também, aqueles que não são danosos. Por conta de uma redução dos ilícitos à responsabilidade civil, é muito comum ver definições de atos ilícitos que incorporem ao seu cerne esses elementos. De fato, para a responsabilidade civil é essencial o dano e a culpa é frequentemente exigida. Nem todo ilícito, porém, resulta em responsabilidade civil.³⁰

mesmo fenômeno” (ALBUQUERQUE, Raul Cézar de. Do ato-fato jurídico (e da vontade posta entre parênteses), cit., p. 68).

28. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, cit., t. II, p. 193.
29. “O ato de privar uma pessoa de um bem é a lesão; a carência do bem, ou seja o mal, é o dano. O dano é sempre modificação para pior, é a passagem de uma situação (*a quo*) para outra (*ad quem*) na qual o ser aparece privado de um bem que antes possuía. Se essa modificação atinge apenas a pessoa, existe dano moral; se alcança o patrimônio, dano patrimonial” (TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 1974, vol. 1, p. 149).
30. “É muito comum, em manifestações doutrinárias, o trato dos ilícitos em conjunto com a responsabilidade civil. Normalmente, nem se abre tópico específico para cada um dos assuntos. Inicia-se tratando dos ilícitos, passa-se à responsabilidade, ou vice-versa, como se fossem uma única realidade. A associação da eficácia dos ilícitos ao dever de indenizar é tão marcante que ofuscou os demais modos de eficácia. Não houve, em verdade, esforço de

Nos ilícitos não culposos, veda-se a prática de certo ato ou a própria omissão, imputando consequências ao sujeito sem a perquirição de elemento subjetivo.³¹ Muito embora a culpa seja essencial aos ditos ilícitos culposos, há uma série de ilícitos que prescindem dela, demonstrando que não se trata de característica essencial à juridicização do ilícito.³² Na verdade, chega-se a mencionar “o declínio da culpa no Direito Civil”, que se torna cada vez menos necessária para a caracterização do ilícito, mesmo nos casos de responsabilidade civil. Bom exemplo disso é visto no Direito do Consumidor, em que a responsabilidade se dá independente da presença de culpa, com exceção dos casos de profissionais liberais.³³

Igualmente, há ilícitos que não são danosos.³⁴ Muito embora parte significativa dos ilícitos resultem em danos, como consta na definição do art. 186 do CC/2002, não é exclusivamente isso que ocorre no fenômeno jurídico.³⁵ Ao longo da história, a soma do dogma da incolumidade da vontade individual à excessiva monetização dos direitos teve como produto a redução

investigação para buscar outras eficácias possíveis, decorrentes de ilícitos civis. Imaginou-se, sem análise crítica, que o ilícito se define pelo efeito, e o tema como que se esgotou” (BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Teoria dos ilícitos civis*, cit., p. 111-112). No mesmo sentido: ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 60-64.

31. Sobre o conceito de culpa: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, cit., t. II, p. 245-248. LIMA, Alvino. *Da culpa ao risco*. São Paulo: RT, 1938, p. 28-51.
32. Isso, no entanto, já foi alvo de resistência, chegando-se a afirmar: “Não existem ilicitudes inculpadãs; todos os atos ilícitos entroncam na culpabilidade” (LUNA, Everardo da Cunha. *Abuso de direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 106).
33. BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Teoria dos ilícitos civis*, cit., p. 117-119.
34. “A estrutura conceitual do ilícito civil, no direito brasileiro, prescinde do dano, satisfazendo-se com a configuração da contrariedade ao direito, que é o juízo de valor negativo que o sistema jurídico faz relativamente à determinada ação ou omissão” (BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Teoria dos ilícitos civis*, cit., p. 109).
35. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*, cit., p. 284-285.

do ilícito ao dano e, do ponto de vista processual, a redução da tutela jurisdicional à tutela ressarcitória pelo equivalente, como precisamente percebeu LUIZ GUILHERME MARINONI.³⁶ Assim, “uma das mais importantes conquistas da doutrina, para efeito de tutela jurisdicional adequada, está na distinção – elaborada, a partir de uma revisão do conceito de ilícito civil – entre ato ilícito e fato danoso”.³⁷ Como exemplos de ilícitos não necessariamente danosos, e que exigem tutela jurisdicional voltada contra o próprio ilícito, tem-se a concorrência desleal, a proteção da propriedade intelectual, a proteção de direitos da personalidade.³⁸ Outros bons exemplos são as condutas ilícitas do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa, que prescindem de qualquer dano.

Inclusive, o Código de Processo Civil tem previsão específica sobre a matéria no parágrafo único do art. 497, dissociando expressamente o ilícito do dano e da culpa, ao prever que “*Para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo*”.³⁹

Portanto, os elementos essenciais para ter-se um ilícito são a contrariedade a direito e a imputabilidade; quando ambos estive-

36. MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela contra o ilícito*. São Paulo: RT, 2015, p. 17-19.

37. MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela contra o ilícito*, cit., p. 19.

38. MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela contra o ilícito*, cit., p. 21-24.

39. As ideias de LUIZ GUILHERME MARINONI foram fundamentais para o dispositivo legal, em especial nas suas obras anteriores dedicadas à compreensão da tutela inibitória (MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2006, sendo a 1ª ed. de 1998) e à distinção entre técnica processual e tutela dos direitos (MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2010, sendo a 1ª ed. de 2004). Vale, ainda, consultar sua obra dedicada à compreensão do dispositivo legal mencionado, em continuidade à sua produção anterior, e aqui já antes referenciada: MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela contra o ilícito*. São Paulo: RT, 2015.

rem presentes, ter-se-á um ilícito. O dano e a culpa, assim como qualquer outro elemento, são acidentais, e podem ser exigidos em *espécies* de ilícitos.

No que toca à *atribuição de processualidade ao fato jurídico*, ou seja, o que define o fato jurídico como processual, não se deve observar a “sede” do ato, se praticado durante a cadeia de atos que forma o procedimento ou fora deste,⁴⁰ mas, sim, se houve a incidência de normas processuais. Dessa forma, não só os atos processuais em sentido estrito farão parte deste universo, mas todos aqueles relacionados ao processo, como, por exemplo, um negócio jurídico de alienação de direito litigioso, uma vez que, embora seja realizado fora do processo, produz efeito processual, criando a situação jurídica legitimante, em que o adquirente pode ingressar no processo como assistente.⁴¹

Os ilícitos processuais submetem-se a essa mesma lógica abrangente dos fatos jurídicos. Portanto, são ilícitos processuais aqueles cuja eficácia recai sobre processo judicial, seja existente ou eventual.

Não interessa se o fato em questão é relevante para o direito substancial, porque ser contemplado pelo direito material não impede o fato de sê-lo também por normas processuais. O mesmo fato do mundo, caso interesse ao Direito, pode corresponder a dois ou mais fatos jurídicos, uma vez que “o fato do mundo continua lá, com a sua determinação no espaço e no tempo, a despeito da sua entrada ou das suas entradas no mundo jurídico”.⁴² Por exem-

40. Em sentido contrário: PASSOS, Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 43-53.

41. DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria dos fatos jurídicos processuais*. Salvador: Juspodvim, 2011, p. 28-35.

42. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, cit., t. I., p. 52; ver também p. 6. Pontes de Miranda afirma, em exemplo, que “alguns negócios jurídicos privados são conteúdos de ato processual (...). Vistos pelo lado do direito processual, são atos processuais. Vistos pelo lado do direito material, são negócios jurídicos privados. Os dois ramos do direito enlaçam

plo, a morte de um sujeito é só um fato da vida, mas pode gerar vários fatos jurídicos: a abertura da sucessão, no campo civil; fato jurídico determinante da extinção do processo sem resolução do mérito, tratando-se de direito intransmissível, ou, caso contrário, da sucessão processual; o fim do regime administrativo do cargo em exercício etc. É dizer, muito embora haja um único fato, a incidência de diferentes normas jurídicas pode gerar, a partir dele, mais de um fato jurídico, cada um com suas respectivas eficácias.

3. Classificação dos atos processuais ilícitos

Os ilícitos – inclusive os processuais – podem ser classificados de diversas formas, variando de acordo com o critério classificatório.

Segundo classificação proposta por PONTES DE MIRANDA e bem esclarecida por MARCOS BERNARDES DE MELLO, o ilícito pode ser *absoluto* ou *relativo*, de acordo com o tipo de relação jurídica, ou, noutro sentido, de acordo com a prévia existência de relação jurídica específica entre os sujeitos.⁴³ É absoluto quando o ilícito se dá sem prévia relação jurídica, isto é, nos casos em que o *direito* ofendido é oponível ao *alter*: todos devem adotar certo comportamento por se tratar de direito absoluto, como ocorre nos direitos reais e nos direitos da personalidade – por exemplo, todos devem eximir-se de ofender a honra. Por sua vez, é relativo o ilícito quando o direito ofendido advém de relação jurídica prévia, como os ilícitos contratuais ou os ilícitos em relação jurídica de família.⁴⁴

o mesmo ato, submetendo-o às suas regras”. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao código de processo civil*. 5ª ed. Atualização legislativa de Sergio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. I, p. 88).

43. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, cit., t. II, p. 198-200.

44. “Se (a) o *dever* é daqueles que cabe a todos, porque corresponsivo de *direito absoluto* (= direito cujo sujeito passivo é o *alter*, ou seja, direito a sujeito pas-

No Direito Processual Civil, os ilícitos são, normalmente, relativos; afinal, o ilícito é praticado no decorrer do processo, existindo, portanto, relação jurídica processual prévia. Mesmo quando o ilícito for praticado em relação a negócio jurídico processual celebrado anteriormente ao processo, há relação jurídica prévia – ex., descumprimento de cláusula de eleição de foro. Por isso, frequentemente são relativos.

Há, excepcionalmente, ilícito absoluto: o descumprimento de ordem judicial direcionada a terceiro, por exemplo. Nesse caso, o ilícito decorre da contrariedade ao dever geral de colaborar com a jurisdição, imposto ao *alter*, tratando-se, portanto, de ilícito absoluto.

O ilícito pode ser classificado, também, de acordo com a sua sanção, ou, mais propriamente, de acordo com o conteúdo da relação jurídica decorrente de sua eficácia. Também se deve a PONTES DE MIRANDA essa proposta classificatória, representada de forma didática por MARCOS BERNARDES DE MELLO. Este jurista divisa três espécies de ilícitos: indenizatórios; invalidantes; caducificantes.⁴⁵

sivo total), como os direitos reais ou os direitos da personalidade, ou se (b) se trata de *dever* correspectivo de *direito relativo* (= direito cujo sujeito passivo é *determinado, individuado*, como os direitos conteúdo de relações jurídicas de crédito (ditas também obrigacionais), de parentesco, de tutela, de curatela, e outras que resultam de negócio jurídico ou ato jurídico *stricto sensu*, somente importa para definir espécies particulares de ilicitude. Assim, se a infração é a direito absoluto, tem-se um *ilícito absoluto* que entra na classe dos *delitos*. Se, diferentemente, o direito violado é relativo, tem-se um *ilícito relativo* de que o ato ilícito relativo, o ato ilícito caducificante e ato ilícito invalidante são classes” (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*, cit., p. 262; vale conferir também p. 276-277).

45. Há proposta mais específica para o processo civil, como a apresentada por José Olympio de Castro Filho em sua importante obra, que divisa os ilícitos processuais, em suas palavras, de acordo com a gravidade: “a) nulidade do ato abusivo; b) multa, ou custas agravadas; c) condenação em perdas e danos; d)

Os *ilícitos indenizatórios* ou *indenizativos* são aqueles nos quais estaria presente o *dano*, gerando o respectivo dever de indenizar. A sanção do ilícito é o dever de torná-lo indene, isto é, de desfazer o dano causado à vítima. A responsabilidade civil é o grande exemplo, formada por ilícitos danosos que têm por sanção a indenização ou reparação.⁴⁶ Na “indenização”, na sua

responsabilidade criminal” (CASTRO FILHO, José Olympio de. *Abuso de direito no processo civil*. Belo Horizonte: Imprensa Oficial, 1955, p. 177). Seguindo essa classificação, embora lhe adicione outras sanções: MILMAN, Fabio. *Improbidade processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 212. Bem se percebe, porém, que essa classificação é insuficiente, pois sonega os ilícitos caducificantes, como se vê na proibição de falar nos autos até que se desfaça o atentado ou na preclusão da oposição de embargos de declaração após a interposição de dois sucessivos que tenham sido considerados protelatórios. Além disso, ela elege a gravidade do ilícito, assumindo critério axiológico, mas, na verdade, acaba por classificar sob critério da sanção atribuída, o que não necessariamente diz respeito à gravidade do ilícito. Deve ser mencionada, também, a proposta classificatória das sanções em compulsórias, reconstitutivas, compensatórias, preventivas e punitivas, do Professor José de Oliveira Ascensão, transportada para o Direito Processual Civil por Celso Iocohama. A sanção compulsória é a que “se destina a atuar sobre o infrator da regra, de maneira que o faça a adotar”; a reconstitutiva impõe a restauração natural do bem ofendido pelo ilícito; a compensatória gera uma consequência equitativa equivalente, por conta da ausência ou impossibilidade de reconstituir o bem devido, impondo compensação aproximada pelo prejuízo sofrido; a preventiva visa a antecipação da realização do comando normativo diante o perigo de ilícito ou de sua reiteração pelo infrator; a punitiva é uma pena imposta ao violador (IOCOHAMA, Celso Hiroshi. *Litigância de má-fé e lealdade processual*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 218-220). Cumpre mencionar, enfim, a classificação das “consequências” das incorreções dos atos da parte, que divide aqueles nos quais considera-se viciada a decisão proferida como seu resultado e aqueles nos quais se prevê sanções preventivas e eventualmente repressivas, divididas entre restrições de direito, multas processuais sem caráter penal, penas propriamente ditas e obrigação de reparar, cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Responsabilidade das partes por dano processual”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1978, n. 10, p. 17-18.

46. Não se ignora a discussão em torno da responsabilidade sem dano, mas se discorda da proposta. Para a exposição e crítica da teoria, conferir: ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. “Notas sobre a teoria da responsabilidade civil