

IVANISE MARIA TRATZ MARTINS

**A TUTELA INIBITÓRIA CONTRA
AS CLÁUSULAS ABUSIVAS
NOS CONTRATOS DE CONSUMO**

Dissertação apresentada à Banca
Examinadora da Universidade
Federal do Paraná, como exigência
parcial para obtenção do título de
Mestre em Direito (Direito das
Relações Sociais).
Orientador: Prof. Doutor Luiz
Guilherme Marinoni.

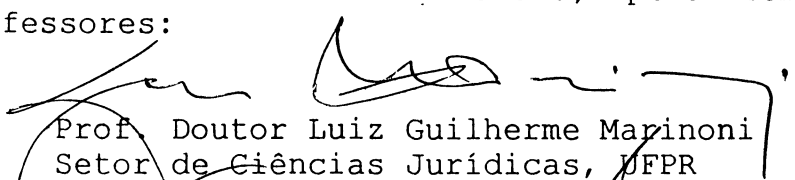
CURITIBA
2000

IVANISE MARIA TRATZ MARTINS

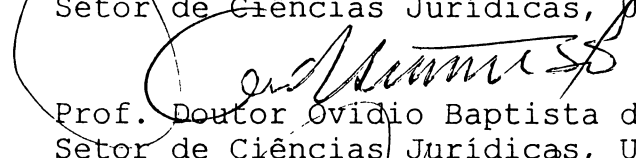
A TUTELA INIBITÓRIA CONTRA
AS CLÁUSULAS ABUSIVAS
NOS CONTRATOS DE CONSUMO

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre no Curso de Direito (Direito das Relações Sociais) da Universidade Federal do Paraná, pela Comissão formada pelos professores:

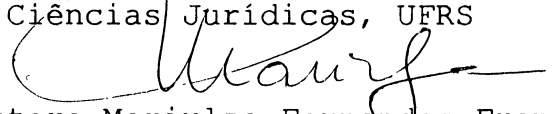
Orientador:



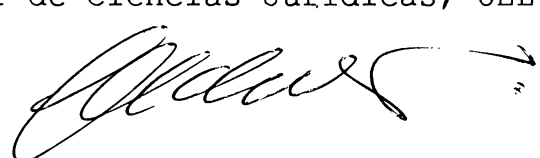
Prof. Doutor Luiz Guilherme Marinoni
Setor de Ciências Jurídicas, UFPR



Prof. Doutor Ovidio Baptista da Silva
Setor de Ciências Jurídicas, UFRS



Prof. Doutora Mariulza Fernandes Franco
Setor de Ciências Jurídicas, UEL



Curitiba,

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus queridos pais Estefano Tratz e Rosinês Tratz, que, na imensidão de seu amor, nunca mediram esforços e sacrifícios em propiciar aos filhos condições de buscarem a realização de seus ideais de vida.

À Inês Marli Pereira Martins e, também, a todos àqueles que, de alguma forma, contribuíram para a realização desta obra.

DEDICATÓRIA

Ao meu amor, Sandro, não só pela sua constante compreensão, dedicação e companheirismo, mas sobretudo pela significativa contribuição para a elaboração desta obra.

E ao nosso pequenino Enzo Augusto, por todas as horas dele tomadas, desde a gestação até os seus primeiros meses de vida.

Dedico a vocês dois, por tudo!

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
PARTE I - AS CLÁUSULAS ABUSIVAS E A PROTEÇÃO CONTRATUAL DO CONSUMIDOR NO BRASIL E NO DIREITO COMPARADO	7
1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES	8
2 O TRATAMENTO DAS CLÁUSULAS ABUSIVAS NO DIREITO COMPARADO	12
2.1 NA COMUNIDADE EUROPÉIA	12
2.1.1 A Diretiva 93/13/Cee	12
2.1.2 O Sistema Alemão	16
2.1.3 O Sistema Inglês	24
2.1.4.4 O Sistema Francês	27
2.1.5 O Sistema Português.....	30
2.1.6 O Sistema Italiano	36
2.2 NO MERCOSUL.....	44
2.2.1 O Sistema Argentino	45
2.2.2 O Sistema Paraguuaio	49
2.2.2 O Sistema Uruguaio	50
3 A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR CONTRA AS CLÁUSULAS ABUSIVAS NO SISTEMA BRASILEIRO	53
3.1 CLÁUSULAS ABUSIVAS, CONDIÇÕES GERAIS DOS CONTRATOS E CONTRATOS DE ADESÃO	55
3.2 O ART. 51 DO CDC : ABUSO DE DIREITO OU ATO ILÍCITO?	60
3.3 A SANÇÃO DE NULIDADE DAS CLÁUSULAS ABUSIVAS	70
3.4 A EXISTÊNCIA DE UMA CLÁUSULA GERAL CONTRA AS CLÁUSULAS ABUSIVAS	72
3.4.1 A utilização de conceitos vagos no CDC	75
3.5 O PRINCÍPIO DA CONSERVAÇÃO DO CONTRATO	77
3.6 A POSSIBILIDADE DE REVISÃO DO CONTRATO E MODIFICAÇÃO DAS CLÁUSULAS ABUSIVAS. A TEORIA DA IMPREVISÃO	79
3.7 FORMAS DE CONTROLE DAS CLÁUSULAS ABUSIVAS	83
3.7.1 O Controle Administrativo pelo Ministério Público	85
3.7.2 O Controle Judicial	89
PARTE II - TUTELA INIBITÓRIA	93
1 TUTELA JURISDICIONAL, TUTELA PREVENTIVA E TUTELA REPRESSIVA	94
1.1 TUTELA JURISDICIONAL	94
1.2 TUTELA JURISDICIONAL PREVENTIVA E REPRESSIVA	99
2 FUNDAMENTOS DA TUTELA PREVENTIVA DOS DIREITOS DOS CONSUMIDORES	105
3 A TUTELA INIBITÓRIA COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE PREVENTIVO DAS CLÁUSULAS ABUSIVAS NO DIREITO COMPARADO	112
3.1 PORTUGAL	112
3.2 ITÁLIA	118
3.3 INGLATERRA	125
3.4 ALEMANHA	132
3.5 FRANÇA	134
4 A TUTELA INIBITÓRIA COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE PREVENTIVO DAS CLÁUSULAS ABUSIVAS NO BRASIL	136
4.1 CARACTERÍSTICAS DA TUTELA INIBITÓRIA	138
5 PRESSUPOSTOS DA AÇÃO INIBITÓRIA. A QUESTÃO DO ILÍCITO. A IRRELEVÂNCIA	

DO DANO E DA CULPA	151
6 OS FUNDAMENTOS LEGAIS DA TUTELA INIBITÓRIA NO PLANO COLETIVO	155
7 O POSTULADO CHIOVENDIANO E A EFETIVIDADE DA TUTELA INIBITÓRIA	158
8 CONTEÚDO DA AÇÃO INIBITÓRIA : POSITIVO E NEGATIVO	163
9 OS LEGITIMADOS PARA A INIBITÓRIA COLETIVA E INDIVIDUAL	167
10 A TUTELA INIBITÓRIA ANTECIPADA	171
10.1 PRESSUPOSTOS DA TUTELA INIBITÓRIA ANTECIPADA	176
10.2 O PROBLEMA DA IRREVERSIBILIDADE DA MEDIDA	177
11 A IMPOSIÇÃO DE SANÇÃO PECUNIÁRIA COMO MEIO DE DAR EFETIVIDADE À TUTELA INIBITÓRIA	179
12 A SENTENÇA QUE PRESTA A TUTELA INIBITÓRIA	187
12.1 TUTELA ESPECÍFICA E TUTELA INIBITÓRIA.....	187
12.2 A ATUAÇÃO DO JUIZ FRENTE ÀS CLÁUSULAS ABUSIVAS E OS ARTS. 84 DO CDC E 461 DO CPC, NO PLANO INDIVIDUAL E COLETIVO	190
12.3 NATUREZA DA SENTENÇA QUE PRESTA A TUTELA INIBITÓRIA E A CLASSIFICAÇÃO DAS SENTENÇAS.....	192
12.4 SENTENÇA CONDENATÓRIA. SENTENÇA EXECUTIVA. SENTENÇA MANDAMENTAL O REGIME DA COISA JULGADA	196
12.5 TUTELA INIBITÓRIA. SENTENÇA MANDAMENTAL E SENTENÇA EXECUTIVA	204
CONCLUSÃO	212
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	215

INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende ser uma contribuição ao estudo dos direitos dos consumidores, notadamente no que se refere às relações obrigacionais das quais se originam instrumentos contratuais de massa que utilizem cláusulas abusivas. É sabido que, com o advento do Código de Defesa do Consumidor, houve um rompimento com o pensamento individualista e liberal, próprio da concepção clássica de que se originou o contrato. Novos conceitos foram delineados, os quais precisam ser interpretados de acordo com o momento atual e não com a mesma *ratio* do início do século, cujo modelo sócio-econômico e político era completamente diverso do atual.

Assim, do ponto de vista do direito material, foi necessária uma reconstrução de conceitos da relação contratual estabelecida entre fornecedor e consumidor, com base em uma visão social e não liberal do direito. Com isto, passou o Estado a tutelar e tratar como normas de ordem pública e interesse social aquelas que até então eram eminentemente de domínio da esfera privada, dando origem à regulação de novas situações e à intervenção estatal no instrumento contratual, como ocorreu com as cláusulas contratuais abusivas.

Se no plano do direito material as mudanças vêm se acentuando, no plano do direito processual, tais movimentos não são diferentes.

Assim como no plano do direito material hoje se busca relações jurídicas equilibradas, pautadas na confiança, transparência e na boa-fé das partes contratantes, não é menos certo que, na hipótese de os consumidores estarem sujeitos à iminência de estabelecer relações contratuais desequilibradas - ou, ainda, pior, de já se encontrarem obrigados -, o direito processual não pode quedar omissos.

Aliás, muito ao contrário, o direito processual tem sofrido significativas reformas no intuito de garantir a efetividade da tutela jurisdicional, que no plano das relações de consumo - seguindo o modelo constitucional traçado (CF, art. 5º, XXXV) - permite bem tutelar tanto o consumidor já lesado, como aquele que se encontra em perigo de vir a ser, caso seus direitos não sejam salvaguardados, podendo restar violados.

No plano processual, tais movimentos reformistas hoje decorrem da perspectiva denominada *instrumentalidade do processo*, em que se busca a utilização de meios aptos a garantir a prestação de direito material afirmada pelas partes, principalmente aqueles que possam prevenir ou assegurar direitos e que não sirvam tão somente como instrumentos de mero ressarcimento, utilizados para reparar o dano, em decorrência de um direito material já violado.

O escopo principal do processo, portanto, é a prestação da *efetiva tutela jurisdicional*, tendo como corolário a satisfação da pretensão no plano do direito material. É para o direito material que se presta o processo, pois de nada

serviria o processo pelo próprio processo.

É, por esse motivo, considerando esta nova visão de tutela de direitos em prol da efetiva prestação jurisdicional, que não se pode vislumbrar direito material e direito processual dissociados.

Portanto, cuida-se o presente, a partir da análise do direito material relativo aos contratos de consumo, de buscar a forma disponibilizada pelo ordenamento jurídico aos consumidores, para prevenir a inserção e utilização de cláusulas abusivas nesse tipo de contrato. Quando isso já não for mais possível, identificar ao menos como se pode obter a interrupção da utilização da cláusula tida como abusiva, com a garantia de que tal prática não venha a se repetir na relação jurídica de consumo individual ou coletiva. Para a obtenção desse fim, como se verá, existe no ordenamento jurídico um meio apto de natureza preventiva.

Mais que a reparação, o processo deve servir à prevenção de danos, sobretudo quando se tratar de sujeitos como o são os consumidores, vítimas da padronização dos contratos de massa, os quais atingem toda uma coletividade e não somente um contratante. Nesse sentido, diferem-se dos contratos próprios da concepção do direito civil clássico, denominados contratos negociados, individuais ou paritários.

Por tais razões, o presente trabalho foi desenvolvido procurando analisar como a tutela jurisdicional pode ser prestada para o fim de prevenir e impedir a utilização de

cláusulas abusivas nos contratos de consumo ou, em outras palavras, como esta tutela de prevenção, denominada tutela inibitória, pode ser prestada a fim de assegurar a prestação da tutela jurisdicional, consubstanciada na tutela de direito material buscado.

Buscar-se-á demonstrar que o direito processual e o direito material não são dois ramos do direito dissociados, mas, ao contrário, que o direito material precisa do direito processual para a garantia dos direitos subjetivos e, de outro lado, o direito processual não tem sentido de existir se não se prestar à realização dos direitos, à efetiva prestação da tutela jurisdicional, *máxime*, em seu fim maior, que é a tutela preventiva.

Para tanto, o trabalho foi dividido em duas partes. Na primeira parte é feita uma abordagem acerca do direito material, ou seja, como se dá, no ordenamento jurídico brasileiro e no estrangeiro, a tutela dos consumidores contra as cláusulas abusivas já inseridas ou que possam vir a ser inseridas nos contratos de consumo. Já a segunda parte do trabalho presta-se à análise da mesma questão, porém no plano processual, ou seja, como se dá o controle judicial das cláusulas abusivas, em especial o controle judicial abstrato e preventivo, para o que é feita a análise do sistema nacional e estrangeiro.

Vale ressaltar que a pesquisa bibliográfica foi muito trabalhosa em razão de se tratar de tema recente (a tutela

jurisdicional da proteção contratual dos consumidores contra as cláusulas abusivas), tendo sido empreendidos todos os esforços no sentido de obter material atualizado sobre o assunto. Veja-se, por exemplo, que, na Comunidade Européia, a proteção contra as cláusulas abusivas passou a ser obrigatória a partir de 1993 com a Diretiva 93/13/CEE e, portanto, todos os Estados-membros tiveram de adequar suas legislações a partir desta data. Por esse motivo, o material bibliográfico acerca das recentes alterações legislativas ocorridas na Europa ainda é escasso.

Dentre as adequações legislativas, havidas nos países da Comunidade Européia, observa-se um ponto comum, que é a utilização da ação inibitória, como instrumento de prevenção contra a utilização de cláusulas abusivas nos contratos firmados com consumidores. No Brasil, inexiste expressa previsão acerca da utilização da ação inibitória típica. Contudo, ao contrário do que se possa imaginar, o ordenamento jurídico pátrio contém todos os instrumentos legais necessários ao exercício da ação inibitória atípica. O que falta, em verdade, é deixar de lado a visão clássica de processo, como tem ocorrido com o direito material dos consumidores, e privilegiar uma visão mais objetiva, em busca da prevenção de direitos, utilizando-se os meios que o próprio sistema fornece. É necessário, ainda, abandonar o dogma da *ordinarização*, em que *tudo se resolve com uma sentença condenatória seguida de execução forçada*.

Se a partir das mudanças ocorridas no âmbito econômico e

das relações contratuais já foi possível, no plano do direito material, obter um sistema apto à proteção dos direitos dos consumidores, a situação não pode ser e não é diferente no do ponto de vista processual, pois os processualistas modernos têm conseguido demonstrar com veemência que o direito processual também encontra-se apto à garantia da prestação jurisdicional justa.

Diante deste quadro, necessário será fazer uma releitura dos dispositivos que já se encontram postos no ordenamento jurídico pátrio, bem como uma análise das experiências e reflexões do direito estrangeiro, de forma a poder dar vazão à efetiva tutela jurisdicional preventiva de que tanto se fala e que tanto se busca. Os meios para exercê-la são oferecidos pelo sistema, mas, talvez, o aplicador do direito ainda não tenha percebido, na prática, como utilizá-los.

PARTE I

AS CLÁUSULAS ABUSIVAS
E A PROTEÇÃO CONTRATUAL
DO CONSUMIDOR NO BRASIL
E NO DIREITO COMPARADO

1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Com o surgimento dos novos contratos que utilizam métodos de contratação de massa - normalmente sob a forma de contratos de adesão ou de condições gerais dos contratos -, desenvolvem-se relações jurídicas diferenciadas, complexas, que criam uma relação de dependência entre as partes envolvidas.¹

Os principais exemplos destes contratos são os contratos bancários, contratos de seguro, contratos de seguro-saúde, contratos de uso de cartão de crédito, entre outros, por alguns denominados de contratos *pós-modernos*.²

Trata-se de um período de mudanças que assola não só a sociedade brasileira, mas também diversos países, como decorrência de um capitalismo agressivo, de mudança de valores e ideais em toda a sociedade. Esta crise sociológica traz, também, grandes reflexos no contrato.³

¹ Claudia Lima MARQUES, **Contratos no código de defesa do consumidor**. São Paulo : RT, 1995, p. 57.

² *Idem*, p. 58 ; *Ibidem*, Contratos de time-sharing e a proteção dos consumidores: crítica ao direito civil em tempos pós-modernos in **Revista Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 22, p. 67, abr./jun. 1997 ; Carlos Alberto GHERSI, **La posmodernidad jurídica**, Buenos Aires, 1995, p. 13-27.

³ Na busca dos reflexos desta crise sociológica no contrato, Claudia Lima MARQUES, citando Erik Jayme, seu orientador francês acentua que a realidade denominada pós-moderna é a realidade da pós-industrialização, do pós-fordismo, da tóptica, do ceticismo quanto às ciências, quanto ao positivismo; época do caos, da multiplicidade de culturas e formas, do direito à diferença, da 'euforia do individualismo e do mercado, da globalização e da volta ao tribal. É realidade da substituição do Estado pelas empresas particulares, de privatizações, de neo-liberalismo, de terceirizações, de comunicação irrestrita, de informatização e de um neo-conservadorismo. Realidade da cumulação de bens não materiais, de desemprego massivo, de ceticismo sobre o geral, da coexistência de muitas meta-narrativas simultâneas e contraditórias, da perda dos valores modernos esculpidos pela revolução burguesa e substituídos por uma ética meramente

A nova estrutura da ordem econômica na sociedade e o fenômeno de massificação dos contratos trouxeram grandes modificações à economia, massificando as relações sociais, principalmente as relações contratuais.

Estas alterações sofridas na sociedade nada mais são que o surgimento de um novo paradigma. Thomas KUHN propõe a noção de paradigma como forma de explicar o desenvolvimento da ciência moderna.⁴

Pode-se entender por paradigma o conjunto de valores, crenças, conceitos, teorias e técnicas que são partilhados sem discussão por uma dada comunidade científica, em que o desenvolvimento científico abrangeria duas fases distintas: a fase da ciência *normal* e a fase da ciência *revolucionária*.

O acúmulo de problemas a resolver pode fazer com que a ciência, que até então era tida como normal, entre num processo de crise, começando a se delimitar outro paradigma, cujo processo de sua imposição pode ser designado como revolução científica.

discursiva e argumentativa, de legitimação pela linguagem, pelo consenso momentâneo e não mais pela lógica, pela razão ou somente pelos valores que apresenta. É uma época de vazio, de individualismo nas soluções e de insegurança jurídica onde as antinomias são inevitáveis e a regulamentação do sistema convive com pluralismo de fontes legislativas e uma forte internacionalidade das relações. É a condição pós-moderna que, com a pós-industrialização e a globalização das economias, já atinge a América Latina e tem reflexos importantes na ciência do direito. É a crise do Estado do Bem Estar Social.' (MARQUES, Contratos bancários em tempos pós-modernos - primeiras reflexões in **Revista Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 25, p. 22-23, jan./mar. 1998).

⁴ KUHN, Thomas, **A estrutura das revoluções científicas**. 3. ed., São Paulo : Perspectiva, 1992, *passim* ; SANTOS, Boaventura, **Introdução a uma ciência pós-moderna**. Rio de Janeiro : Graal, 1989, *passim* ; HABERMAS, Jürgen, **Pensamento pós-metafísico**. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 1990; Antônio Junqueira de AZEVEDO, O direito pós-moderno e a codificação. **Revista Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 33, p. 125, jan./mar. 2000.

É o novo paradigma que dará solução aos problemas antes considerados insolúveis pelo paradigma superado, havendo, de consequência, uma lenta imposição do novo paradigma à comunidade científica. Este novo paradigma, quando aceito, dá início novamente ao período da ciência *normal*. Apesar de desenvolvida no seio das ciências físicas e biológicas, a concepção de paradigma de KUHN pode ser aplicada ao Direito.

Aplicando a concepção de paradigma de KUHN ao direito contratual, é facilmente perceptível a mudança de paradigma em nossa sociedade no decorrer deste século. Se antes a concepção liberal do contrato, pautada nos dogmas da autonomia da vontade privada e da liberdade contratual, evidenciavam o modelo contratual intangível do *pacta sunt servanda*, nos dias de hoje tal modelo não se sustenta frente à nova estrutura da ordem econômica na sociedade - com o fenômeno de massificação dos contratos -, trazendo grandes modificações, principalmente às relações contratuais.

É na busca de um modelo obrigacional diferenciado, que atenda os anseios da sociedade pós-moderna, que se verifica a mudança de paradigma. É com base neste novo paradigma, já encampado pelo Código de Defesa do Consumidor, que o presente trabalho é desenvolvido.

O contrato tradicional, clássico, individualista, decorrente do modelo liberalista, tornou-se inviável ou ineficaz para dar conta das novas necessidades advindas do

sistema de massa, fazendo surgir, para atender esta diferenciada demanda, os contratos estandarizados,⁵ mais conhecidos como contratos de adesão, os quais são completamente diversos dos contratos tradicionais.

Nos contratos de consumo, os dogmas próprios dos contratos clássicos são *relativizados*, na medida em que a autonomia da vontade privada, a liberdade contratual e a força obrigatória dos contratos (*pacta sun servanda*) sofrem a intervenção do Estado, caso resultem em desequilíbrio entre as partes contratantes.

Esse é o motivo por que as cláusulas contratuais favorecedoras a apenas uma das partes, via de regra a parte mais forte na relação contratual (e que no contrato tradicional subsistiam em razão do dogma da autonomia da vontade privada), recebem outro tratamento no âmbito das relações de consumo, as quais devem obedecer às disposições do Código de Defesa do Consumidor, sob pena de serem cominadas de sanção de nulidade.

Portanto, antes de adentrar ao tratamento dado às cláusulas abusivas no Brasil, é importante verificar o tratamento no direito estrangeiro, até porque a experiência decorrente dos sistemas de proteção do consumidor estrangeiros, notadamente o europeu, mostra que estes muito inspiraram a criação do sistema brasileiro vigente.

⁵Ou *standard contract*. Ver ARRUDA ALVIM, Cláusulas Abusivas e seu controle no direito brasileiro. **Revista Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 20, p. 26, out./dez. 1996.

2 O TRATAMENTO DAS CLÁUSULAS ABUSIVAS NO DIREITO COMPARADO

2.1. NA COMUNIDADE EUROPÉIA

2.1.1 A Diretiva 93/13/CEE

A diretiva do Conselho da Comunidade Européia de 13 de abril de 1993 - Diretiva 93/13/CEE⁶ - concernente "às cláusulas abusivas nos contratos estipulados com os consumidores" tem por escopo prover uma harmonização (ainda que parcial) entre os ordenamentos dos Estados-membros, em relação à matéria. É um marco na ação política da Comunidade Européia no que respeita aos consumidores.

As *diretivas* são leis flexíveis, espécies de modelos supra-nacionais,⁷ sendo obrigatória a incorporação no ordenamento jurídico dos países da União Européia.

A diretiva traz amplo programa comunitário de defesa ao consumidor, o qual é tutelado pela situação de inferioridade em que se encontra em relação à outra parte, sobretudo no momento da formação do vínculo contratual.⁸

⁶O texto definitivo da diretiva (93/13/CEE), de 05 de abril de 1993 foi publicado na Gazeta Oficial da Comunidade Européia n. 95 de 21 de abril de 1993. Segundo a doutrina, a disciplinada diretiva foi inspirada, em parte na legislação germânica - AGB-Gesetz de 9 de dezembro de 1976.

⁷Assim designadas por Cláudia Lima MARQUES no texto *União Européia legisla sobre cláusulas abusivas: um exemplo para o Mercosul. Revista Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 21, p. 300, jan./mar. 1997.

⁸**Ver** Adriano MANESCHI, *La Difesa del Consumatore dalle Clausole Vesorie*. Milano : Giuffré, 1997, p. 1.

A intervenção do legislador comunitário teve por fim superar as divergências nas legislações dos Estados-membros sobre a disciplina das cláusulas abusivas, porque, conforme consta dos *considerandos* da Diretiva, tais divergências determinam o *resultado que os mercados relativos à venda de bens e a oferta dos serviços aos consumidores diferem uns dos outros e podem manifestar distorções de concorrência entre os vendedores e bens e prestadores de serviços, sobretudo no caso de comercialização em outros Estados-membros (considerando n. 2 da diretiva)*.

Em verdade, o escopo de tal intervenção é a adoção de medidas destinadas a atingir gradativamente um mercado único, sem fronteiras entre os Estados-membros, estimulando a concorrência e prevenindo as divergências legislativas quanto às cláusulas abusivas nos contratos firmados com consumidores.

A Diretiva 93/13/CEE traz uma série de princípios implícitos, referentes à tutela dos consumidores, como: um princípio geral da tutela dos consumidores, o princípio da boa-fé, o princípio do equilíbrio contratual, o princípio da transparência do contrato, o princípio da *interpretatio contra proferentem*, o princípio da conservação do contrato, o princípio da escolha de aplicação da lei mais favorável ao consumidor.⁹

O âmbito de aplicação da diretiva vem dado pelo artigo

⁹Cf. Guido ALPA, *Il diritto dei consumatori*. Roma : Laterza, 1995, p. 174-179.

3º, que dispõe sobre a noção de cláusulas abusivas.¹⁰ A disciplina incorporada pela diretiva é de aplicação às cláusulas contratuais prévia e unilateralmente redigidas pelo contratante, com relação às quais o consumidor não pode exercer nenhuma influência, justamente porque nestas não existe possibilidade de negociação. Pela redação do artigo, pode-se concluir que a diretiva não tem aplicação somente sobre condições gerais dos contratos ou contratos de adesão, mas, também, aos contratos de caráter individual, cujas cláusulas tenham sido preconcebidas para uma pluralidade de casos e que não tenham sido objeto de negociação entre as partes (item "2" do art. 3º da diretiva).¹¹

A diretiva regula o tratamento judicial dado às cláusulas

¹⁰ Observe-se a redação do artigo 3º da diretiva:

"Artigo 3º.

1. Uma cláusula contratual que não tenha sido objeto de negociação individual é considerada abusiva quando, a contrário da exigência de boa-fé, der origem a um desequilíbrio significativo em detrimento do consumidor, entre direitos e obrigações das partes decorrentes do contrato.

2. Considera-se que uma cláusula não foi objeto de negociação individual sempre que a mesma tenha sido redigida previamente e, consequentemente, o consumidor não tenha podido influir no seu conteúdo, em especial no âmbito de um contrato de adesão. O facto de alguns elementos de uma cláusula isolada terem sido objeto de negociação individual não exclui a aplicação do presente artigo ao resto de um contrato se a apreciação global revelar que, apesar disso, se trata de um contrato de adesão. Se o profissional sustar que uma cláusula normalizada foi objecto de negociação individual, caber-lhe-á o ônus da prova.

3. O anexo contém uma lista indicativa e não exaustiva de cláusulas que podem ser consideradas abusivas."

(Extraído da íntegra já traduzida publicada na **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 21, p. 303, denominado *Conselho Directiva 93/13/CEE do Conselho de 5 de abril de 1993, referente às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores*. Tradução constante, também, da obra de Nelson NERY JUNIOR e outros, **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**, 5. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1998, p. 435).

¹¹ Javier Pagador LOPEZ, **La directiva comunitaria sobre cláusulas contractuales abusivas**. Barcelona : Marcial Pons, 1998, p. 32.

abusivas nos artigos 6 e 7.¹² No primeiro, são previstas as consequências do controle concreto, ou seja, naquele contrato em que já se encontram incluídas as cláusulas predispostas, no âmbito de aplicação da diretiva. No segundo, ficam obrigados os Estados-membros a incorporar em seus ordenamentos o denominado procedimento de *controle abstrato*, ou seja, o objeto desse controle de legalidade não se trata de cláusulas já integrantes em um contrato concreto, mas de predisposições que possam vir a compor um contrato a ser firmado.¹³

¹² Artigo 6º.

1. Os Estados-membros estipularão que, nas condições fixadas pelos respectivos direitos nacionais, as cláusulas abusivas constantes de um contrato celebrado com um consumidor por um profissional não vinculem o consumidor e que o contrato continue a vincular as partes nos mesmos termos, se puder subsistir sem as cláusulas abusivas.

2. Os Estados-membros tomarão as medidas necessárias para que o consumidor não seja privado da proteção concedida pela presente directiva pelo facto de ter sido escolhido o direito de um país terceiro como direito aplicável ao contrato, desde que o contrato apresente uma relação estreita com o território dos Estados-membros.

Artigo 7º.

1. Os Estados-membros providenciarão para que, no interesse dos consumidores e dos profissionais concorrentes, existam meios adequados e eficazes para pôr termo à utilização das cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores por um profissional.

2. Os meios a que se refere o n. 1 incluirão as disposições que habilitem as pessoas ou organizações que, segundo a legislação, tem um interesse legítimo na defesa do consumidor, a recorrer, segundo o direito nacional, aos tribunais ou aos órgãos administrativos competentes para decidir se determinadas cláusulas contratuais, redigidas com vista a uma utilização generalizada, têm ou não um carácter abusivo e para aplicar os meios adequados e eficazes para pôr termo à utilização dessas cláusulas.

3. Respeitando a legislação nacional, os recursos previstos no n. 2 podem ser interpostos, individualmente ou em conjunto, contra vários profissionais do mesmo setor económico ou respectivas associações que utilizem ou recomendem a utilização das mesmas cláusulas contratuais gerais ou de cláusulas semelhantes."

(Extraído da íntegra publicada na **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 21, p. 303, denominado *Conselho Directiva 93/13/CEE do Conselho de 5 de abril de 1993, referente às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores*. Tradução constante, também, da obra de Nelson NERY JUNIOR e outros, **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 5. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1998, p. 435).

¹³ LOPEZ, *op. cit.*, p. 107.

Assim, em decorrência das exigências constantes da Diretiva 93/13/CEE do Conselho da Comunidade Européia, os Estados-membros passaram a adequar os seus sistemas a fim de recepcionar e dar atuação às suas disposições, o que será analisado nos tópicos seguintes.

2.1.2 O Sistema Alemão

A Alemanha pode ser considerada pioneira no que se refere à proteção contra cláusulas abusivas em contratos de adesão, em razão da publicação, em data de 9 de dezembro de 1976,¹⁴ da chamada *Lei sobre a regulamentação das condições gerais de contratação (Gesetz zur Regelung des Rechets der Allgemeinem Geschäftsbedingunngen - AGB-Gesetz)*, que se constituiu em importante contribuição para a doutrina das relações contratuais, tendo influenciado as legislações posteriores acerca da matéria, inclusive, a Diretiva 93/13/CEE.¹⁵

¹⁴Com entrada em vigor a partir de 1º de abril de 1977.

¹⁵Carlos Ferreira de ALMEIDA, **Os direitos dos consumidores**. Coimbra : Almedina, 1982, p. 32. No mesmo sentido, para Cláudia Lima MARQUES, a lei alemã de 1976, inaugurou nova técnica legislativa quanto ao combate das cláusulas abusivas (**Contratos no código de defesa do consumidor**. 3. ed. São Paulo : RT, 1999, p. 410). Para Salvatore PATTI e Guido ALPA, "Tra i vari interventi legislative una menzione particolare merita quello dela Repubblica Federale di Germania. La legge de 1976 (AGB-Gesetz) è infatti considerata una pietra miliare nella storia del diritto privato moderno perché con essa, per la prima volta, è stato disciplinato in termini generali e con soluzioni innovative rispetto alla tradizione codicista il fenomeno dei contratti do massa. Tal legge, inoltre, há costituito il principale modello della direttiva comunitaria e, di conseguenza, sia pure indirettamente, dei nuovi articoli del codice civile italiano, che bem poche innovazioni contengono rispetto al testo di cui rappresentano l'attuazione." (ALPA ; PATTI {Coord.}. **Le clausole vessatorie nei contratti**

Segundo DE NOVA, o Código Civil Alemão de 1900 (BGB) não atendia mais as exigências do mundo dos negócios, fazendo surgir a AGB-Gesetz, como resultado de uma profunda discussão de teoria e de política do direito que durou quarenta anos. O legislador alemão teria preferido criar uma nova lei a modificar e integrar o Código Civil. Tal lei, entretanto, não tinha como finalidade a defesa dos consumidores, mas a regulamentação do fenômeno econômico das condições gerais dos contratos.¹⁶

A AGB-Gesetz não é, pois, um instrumento para eliminar diferenças de poder econômico, não é uma lei para tutelar o consumidor; é uma lei que disciplina o fenômeno do contrato padronizado, abstração feita - em linha de princípio - das diferenças de poder contratual das partes. Deve-se aplicar, portanto, indistintamente, aos consumidores e aos comerciantes. Existe, entretanto, normas genéricas, aplicáveis a consumidores e comerciantes, e normas específicas, aplicáveis especificamente aos consumidores.¹⁷

A AGB-Gesetz prevê duas listas de cláusulas: uma chamada lista negra do parágrafo 11, cujas cláusulas são sempre

com i consumatori. Milão : Giuffrè, 1997, p. 48, t. 1, e, também, t. 1, p. 153, 325 e t. 2, p. 1377. **Ver,** ainda, Vito RIZZO, **Le Clausole abusive nell esperienza tedesca, francese, italiana e nella prospettiva comunitaria.** Napoli, 1994, p. 50, 103 e ss. ; João Bosco Leopoldino da FONSECA, **Cláusulas abusivas nos contratos.** 2. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1995, p. 144 e ss. ; Paulo Luiz Neto LOBO, **Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas.** São Paulo : Saraiva, 1991, p. 27-28, 96.

¹⁶Giorgio DE NOVA, La legge tedesca sulle condizioni generali di contratto (AGB-Gesetz). **Rivista di Diritto Civile**, Padova, n. 11, p. 106 ss., jan./mar. 1978.

¹⁷*Idem*, p. 107.

consideradas ineficazes; e a outra chamada de lista cinza do parágrafo 10, em que as cláusulas podem, a critério do juiz, ser consideradas ineficazes. A lei alemã prevê, ainda, para os casos não previstos expressamente nas listas, no parágrafo 9º, uma cláusula geral de proibição de cláusulas contrárias à boa-fé e que criem uma desvantagem exagerada.¹⁸

No parágrafo 9º do AGB-Gesetz¹⁹ o legislador estabelece dois critérios para aferir a justiça do contrato: os *imperativos da boa-fé e uma desvantagem não-razoável*. O próprio legislador diz existir uma desvantagem não razoável quando uma das cláusulas das condições gerais do contrato *não é compatível com as idéias fundamentais da regulamentação legal de que ela se afasta*.²⁰

¹⁸Cfe MARQUES, **Contratos no código de defesa do consumidor**. 3. ed. São Paulo : RT, 1999, p. 410. João Bosco Leopoldino da FONSECA, destaca que as normas foram divididas em três grupos: "há uma cláusula geral que declara ineficazes as condições gerais que prejudiquem de maneira desmedida ao aderente; há uma lista negra de cláusulas absolutamente ineficazes; e há, finalmente, uma lista de cláusulas suspeitas, cuja ineficácia dependerá da análise do caso concreto" (*Op. cit.*, p. 145). Paulo Luiz Neto LÔBO denomina as listas como condições absolutamente proibidas e condições relativamente proibidas (**Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas**. São Paulo : Saraiva, 1991, p. 96).

¹⁹O inteiro teor do artigo: "Parágrafo 9º. (*Generalklausel*) As disposições das condições gerais de negócios são ineficazes quando, contrariamente aos imperativos da boa-fé, desfavorecem o parceiro contratual do estipulante de maneira desproporcionada. Na dúvida, deve-se supor uma desvantagem desproporcionada quando uma disposição: 1) não é compatível com as idéias fundamentais da regulamentação legal que derogou, ou, 2) limita direitos e obrigações essenciais decorrentes da natureza do contrato, de forma tal a por em perigo a realização da finalidade contratual." (Cfe. FONSECA, *op. cit.*, p. 147).

²⁰João Bosco da FONSECA, citando Rieg, explica que "parece que esta formulação se refere a dois princípios estabelecidos pela jurisprudência. A Corte Federal de Justiça, já tinha decidido que uma cláusula das condições gerais de negócios era ineficaz quando modificava a imagem diretriz (*Leitbild*) que o direito supletivo dá do tipo de contrato considerado. [...] Os tribunais haviam igualmente estabelecido o princípio segundo o qual na medida em que as disposições de direito supletivo repousam sobre uma prescrição de justiça (*Gerechtigkeitsgebot*), não pode haver derrogação por uma cláusula das condições gerais de negócios senão

É considerada, ainda, desvantagem não razoável quando uma cláusula das condições gerais limita direitos e obrigações resultantes da natureza do contrato, de modo que ameace a realização da finalidade contratual.

Não havendo um critério *suficientemente objetivo* para a fixação de limites de abusividade de uma cláusula contratual, o legislador estipulou, como mencionado, duas listas de cláusulas consideradas ineficazes no parágrafo 10, com cláusulas tidas como relativamente ineficazes,²¹ pois exigem a intervenção

por motivos particulares justificadores." (FONSECA, *op. cit.* p. 147 ss. Apud A. RIEG, "Le contrôle des clauses abusives dans l'intérêt du consommateur dans les pays de la CEE" - République Fédérale d'Allemagne -. Revue Internationale de Droit Comparé, n. 333, 1982, p. 927).

²¹Parágrafo 10. (*klauselverbote mit wertungsmöglichkeit*) Nas condições gerais de contrato é especificamente ineficaz:

- 1) (termo de aceitação e entrega) toda disposição mediante a qual o estipulante se reserva termos desproporcionalmente longos ou não suficientemente determinados para aceitação ou a recusa de uma posposta ou para a execução de uma prestação;
- 2) (termo de mora) toda disposição mediante a qual o estipulante se reserva para a execução de sua própria prestação um prazo suplementar excessivamente longo ou insuficientemente determinado, contrariamente às previsões do parágrafo 236 al. 1 do Código Civil alemão;
- 3) (reserva do direito de rescisão) toda cláusula que reserve ao estipulante o direito de ser liberar de sua obrigação de execução sem razão objetivamente justificada e indicada no contrato; isto não vale para os contratos de execução sucessiva;
- 4) (reserva do direito de alteração) toda cláusula que dê ao estipulante o direito de modificar a prestação prometida ou de se liberar, a menos que a cláusula que prevê a modificação ou a derrogação seja, considerados os interesses do estipulante, razoável para a outra parte;
- 5) (declarações fictícias) toda disposição segundo a qual uma declaração do co-contratante do estipulante é reputada ter sido feita por ele, ou não ter sido, conforme tenha ou não cumprido um determinado ato, a menos: a) que seja concedido ao co-contratante um prazo apropriado para fazer uma declaração expressa, e; b) que o estipulante se comprometa a chamar especialmente a atenção do co-contratante, no momento em que o prazo comece a fluir, sobre o significado dado a seu comportamento;
- 6) (ficção de notificação) toda disposição a prever que uma declaração do estipulante de uma peculiar importância se considere recebida pela outra parte;
- 7) (liquidação dos contratos) toda disposição segundo a qual o estipulante pode exigir para o caso em que uma parte resolve ou resile o contrato: a) uma indenização exageradamente elevada para o uso ou utilização de uma coisa ou de um direito ou pelas prestações efetuadas, ou; b) uma indenização exageradamente elevada pelas despesas ocorridas.
- 8) (escolha do direito aplicável) toda convenção a prever a aplicação de um

jurisdicional para fixar-lhes a vinculação com o caso concreto e sua decretação de eficácia ou ineficácia; e, no parágrafo 11, as cláusulas consideradas absolutamente ineficazes,²² em que

direito alienígena ou da República Democrática Alemã, nos casos em que não exista interesse digno a ser reconhecido."

²²"Parágrafo 11. (Interdição de cláusulas sem possibilidade de apreciação)

Nas condições gerais é ineficaz:

- 1) (aumento do preço a curto prazo) toda disposição que preveja o aumento do preço de mercadorias ou de prestações que devem ser entregues ou executadas num prazo de quatro meses após a conclusão do contrato; isto não vale para mercadorias ou prestações que devem ser entregues ou executadas no quadro de contratos de execução sucessiva, como também no caso de prestações cujos preços estão submetidos ao parágrafo 99, al. 1 ou al. 2, n. 1, da lei contra as restrições de concorrência;
- 2) (direitos de recusar a execução da prestação) toda disposição segundo a qual: a) é excluído ou limitado o direito de recusa de prestação, que compete ao co-contratante do estipulante segundo o parágrafo 320 do BGB; b) um direito de retenção pertencente ao co-contratante do estipulante, fundado sobre o mesmo liame contratual, é excluído ou limitado, e notadamente é subordinado ao reconhecimento de vícios por parte do estipulante;
- 3) (proibição de compensação) toda disposição segundo a qual o co-contratante do estipulante é privado da faculdade de proceder à compensação de débitos com crédito incontestado ou ainda estabelecido com força de coisa julgada;
- 4) (constituição em mora, fixação de termo) toda disposição segundo a qual o estipulante é liberado da obrigação legal de exigir o cumprimento da outra parte, ou de lhe fixar um prazo suplementar;
- 5) (crédito aleatório de perdas e danos) toda fixação de um crédito aleatório do estipulante relativo à perdas e danos ou à indenização por uma perda de valor quando: a) nos casos regulamentados o crédito aleatório ultrapassa o dano previsível de acordo com o andamento habitual dos negócios ou a perda de valor habitual; ou, b) a outra parte é privada do direito de provar que não houve dano ou perda de valor ou que são muito inferiores ao crédito aleatório;
- 6) (cláusula penal) toda disposição segundo a qual o pagamento de uma penalidade contratual é garantido ao estipulante em caso de não recebimento ou de recebimento tardio da prestação, em caso de atraso de pagamento, ou ainda para ao caso em que a outra parte resile o contrato;
- 7) (responsabilidade por falta grave) toda exclusão ou uma limitação da responsabilidade por um dano resultante de uma violação do contrato devido a uma falta grave do estipulante ou ainda uma falta intencional de um representante legal ou de um proposto do estipulante, isto vale igualmente para os danos resultantes da violação de obrigações quando das negociações contratuais;
- 8) (atraso, impossibilidade) toda disposição segundo a qual em caso de atraso na execução da prestação do estipulante ou em caso de impossibilidade de executar esta prestação, a ele imputável: a) é excluído ou restringido o direito da outra parte de resilir o contrato; ou b) é excluído ou restringido, contrariamente às previsões do n. 7, o direito da outra parte de exigir perdas e danos;
- 9) (atraso parcial, impossibilidade parcial) toda disposição segundo a qual, em caso de atraso parcial na execução da prestação do estipulante

- ou em caso de impossibilidade parcial, a ele imputável de executar esta prestação, é excluído o direito da outra parte de exigir perdas e danos pela não execução do conjunto da obrigação, ou de resilir o contrato por inteiro se a execução parcial do contrato sem interesse para ela;
- 10) (garantia) toda disposição segundo a qual nos contratos que tem por objeto o fornecimento de coisas novas ou que se refiram a prestações: a) (exclusão e transferência a terceiro) os créditos de garantia perante o estipulante, aí compreendidos eventuais direitos de reparação ou de substituição, são excluídos por inteiro ou com referência a certas partes, são limitados à cessão de créditos para com terceiro, ou são tornadas dependentes do prévio ajuizamento de ação contra terceiros; b) (limitação ao direito à reparação) os créditos de garantia perante o estipulante são limitados por inteiro ou relativamente a certas partes, a um direito de reparação ou a um direito a uma substituição, na medida em que não esteja reservada à outra parte em caso de insucesso na reparação ou da substituição o direito de exigir, a sua escolha, uma diminuição do preço ou, se a garantia não tem por objeto uma construção imobiliária, a resolução do contrato; c) (despesas para reparação) é excluída ou limitada a obrigação do estipulante vinculado à garantia de suportar as despesas necessárias à reparação, e em particular a despesas de transporte, de deslocamento, de mão de obra e de material; d) (condições preliminares para a eliminação dos vícios) o estipulante faz depender a eliminação de um vício ou o fornecimento substitutivo de uma coisa imune de vícios do prévio pagamento da integralidade do preço ou ainda de uma parte do preço exageradamente elevada em relação ao vício; e) (termo de decadência para a denúncia de vícios) o estipulante fixa à outra parte um prazo de decadência para a denúncia dos vícios não aparentes que é mais curto do que o prazo de prescrição da garantia legal; f) limitação dos prazos de garantia) os prazos legais de garantia são reduzidos;
 - 11) (responsabilidade por qualidades prometidas) toda disposição que exclua ou restrinja, num contrato de venda, de empreitada, ou de empreitada com materiais fornecidos pelo empreiteiro, os direitos a perdas e danos perante o estipulante, previstos nos parágrafos 463, 480, al. 2, 635 do BGB, por ausência das qualidades prometidas;
 - 12) (duração dos contratos de trato sucessivo) num contrato que tenha por objeto a entrega regular de mercadorias ou o fornecimento regular de prestação de serviços pelo estipulante: a) toda disposição que vincule a outra parte, por um período superior a dois anos; b) toda disposição que vincule contratualmente a outra parte, em virtude de uma prorrogação tácita do contrato, por um período de duração superior a um ano, ou; c) toda disposição, segundo a qual a outra parte deve respeitar um prazo para resilição que comece a correr mais de três meses antes da expiração da duração inicialmente prevista ou tacitamente prorrogada.
 - 13) (substituição de contratante) toda disposição pela qual num contrato de venda, de locação de serviço ou de empreitada, um terceiro substitua ou possa substituir o estipulante nos direitos e obrigações resultantes do contratos, exceto se na disposição: a) o terceiro está nomeadamente designado; ou b) um direito de resilir o contrato é acordado à outra parte.
 - 14) (responsabilidade do representante que estipula) toda disposição pela qual o estipulante coloca a cargo de um representante que conclui o contrato por conta da outra parte: a) uma responsabilidade pessoal ou por outrem sem uma declaração expressa e separada nesse sentido; ou, b) uma responsabilidade que, em caso de representação, sem poder, vai além daquela prevista no parágrafo 179 do BGB;
 - 15) (ônus da prova) toda disposição pela qual o estipulante modifica o ônus da prova em detrimento da outra parte, notadamente: a) impondo a esta o encargo de provar circunstâncias que pertencem ao âmbito de responsabilidade do estipulante; b) fazendo confirmar certos fatos pela outra parte. A letra "b" não se aplica às declarações de recebimento que foram feitas por meio de assinatura à parte;

caberá ao juiz tão somente aplicar a sanção de nulidade, caso as características de determinada cláusula se achem presentes na hipótese legal.

A Alemanha recepcionou a Diretiva 91/13/CEE por meio da *Gesetz zur Änderung des AGB-Gesetzes und der Insolvenzordnung*, de 19 de julho de 1996, fazendo críticas à técnica legislativa da diretiva, porque trouxe alterações em um sistema que já funcionava bem e cuja jurisprudência já se encontrava pacificada.

Com a nova lei, a AGB-Gesetz de 1976 sofreu pouquíssimas alterações (somente em alguns pontos), mas não propõe nenhuma modificação das disposições de critérios de valoração concernente à eficácia das cláusulas, previstas nos parágrafos 9, 10 e 11.

O artigo 1, n. 1 contém modificação relativa à disciplina dos vínculos que apresentam elementos de internacionalidade. Na nova formulação, o parágrafo 12 substitui a parte referente ao âmbito territorial de vigência da AGB-Gesetz, referindo-se à área de um Estado-membro da União Européia ou do espaço econômico europeu.²³

Por fim, com relação ao *controle preventivo* ao qual o

16) (forma de denúncias e declarações) todas disposição pela qual as declarações que devam ser feitas ao estipulante são submetidas a uma forma mais estrita do que a forma escrita ou a exigências particulares de recebimento.

²³ Ver Alessandro SOMMA, *Il contratti del consumatore nell'esperienza tedesca: il recepimento della direttiva 93/13*. In: Salvatore PATTI ; Guido ALPA [Coord.]. **Le clausole vessatorie nei contratti com i consumatori**. Milano : Giuffrè, 1997, p. 1412. E, também, Ugo RUFFOLO **Clausole "vessatorie" e "abusive"**. Milano : Giuffrè, 1997, p. 389.

artigo 6, parágrafo 1º e artigo 7 da Diretiva 93/13 da CEE refere-se, em que o consumidor possa reagir contra as cláusulas abusivas utilizando um remédio de caráter geral preventivo²⁴, pode-se observar que na AGB-Gesetz de 1976 já havia disposição a respeito, pioneira, frise-se, no parágrafo 13, por meio da utilização da ação inibitória.²⁵

Pela ação inibitória, determinados entes coletivos podem obter a cessação das práticas contratuais ineficazes e eventualmente a revogação concernente ao uso de determinados formulários. A diretiva deixa ampla liberdade aos estados membros quanto a legislar acerca do controle judicial e administrativo nas relações entre predisponente e aderente,

²⁴Há que se ressaltar a divergência existente entre alguns autores alienígenas (principalmente os italianos) quanto ao fato de o art. 6º da diretiva tratar-se de controle preventivo ou simplesmente de controle represivo, sendo que, em sua maioria, entendem tratar-se de controle preventivo, visto que um dos "considerandos" precedente à redação da norma, expressamente consta a intenção do legislador: "*considerando que os Estados-membros devem tomar as medidas necessárias para evitar a presença de cláusulas abusivas em contratos celebrados entre profissionais e consumidores; que, se apesar de tudo essas cláusulas constarem dos contratos, os consumidores não serão por ela vinculados, continuando o contrato a vincular as partes nos mesmos termos, desde que possa subsistir sem as cláusulas abusivas;*" (Extraído da íntegra publicada na **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 21, p. 303, denominado *Conselho Directiva 93/13/CEE do Conselho de 5 de abril de 1993, referente às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores*. Tradução constante, também, da obra de Nelson NERY JUNIOR e outros, **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**, 5. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1998, p. 435).

²⁵§ 13. (Ação inibitória e de retratação)

1) Quem quer que, nas condições gerais do contrato, utiliza ou recomenda para o intercâmbio negocial cláusulas que são ineficazes em conformidade com os §§ 9º ao 11 desta lei, fica sujeito à ação inibitória e, no caso de recomendação, à ação de retratação.

2) As ações inibitórias e de retratação podem ser ajuizadas somente: 1. Por associações capazes juridicamente, entre cujas finalidades estatutárias figura a de tutelar os consumidores mediante informações e consultas, se tiverem como membros associações que operam neste âmbito de finalidade ou, pelo menos, setenta e cinco pessoas físicas; (...)" (Tradução conforme João Bosco Leopoldino FONSECA, **Cláusulas ...**, p. 209-210).

enquanto que na lei alemã existe um sistema de controle judicial sobre o vínculo contratual das partes, como previsto no parágrafo 13.²⁶

2.1.3 O Sistema Inglês

A recepção da Diretiva comunitária 93/13/CEE, em matéria de cláusulas abusivas nos contratos firmados entre fornecedores e consumidores, insere-se num contexto normativo já fortemente caracterizado na Inglaterra, denominado *Unfair Contract Terms Act 1977 (UCTA)*, relativo à disciplina de cláusulas exonerativas ou limitativas de responsabilidade em contratos *standard*.

Entretanto, a fim de dar atuação às determinações da diretiva, foi elaborada a *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1994*.²⁷ A diferença é que a *Unfair Contract Terms Act 1977* se refere somente às cláusulas que *excluem ou limitam a responsabilidade* (refere-se às *exemption clauses* e não às *unfair clauses*),²⁸ e a *Unfair Contract Regulations 1994*, que

²⁶SOMMA, *op. cit.*, p. 1400 ; Vito RIZZO, **Le "clausole abusive nell'esperienza tedesca, francese, italiana e nella prospettiva comunitaria**. Napoli : Edizioni Scientifiche Italiane, 1994, p. 302.

²⁷Deve-se considerar como pressuposto do direito inglês a presunção de liberdade de escolha tanto na conclusão do contrato, como em relação às suas condições (Sabine KOLKMANN, **Unfair Contract terms in Inghilterra in Le clausole vesatorie nei contratti com i consumatori**. Milão : Giuffrè, 1997, p.1323).

²⁸O adjetivo *unfair* na "Unfair Contract Terms Act 1977" não foi devidamente empregado (injusto, incorreto), já que deve ser entendido como iníqua, abusiva (a cláusula).

entrou em vigor em 1º de julho de 1995, refere-se a quaisquer condições *unfair*.²⁹

As *Unfair Contract Regulations 1994* se aplicam aos contratos concluídos entre vendedores ou fornecedores e um consumidor, sempre que a cláusula não tenha sido negociada individualmente,³⁰ ou seja, aquelas cláusulas pré-redigidas em que o consumidor não pode influir no conteúdo. São excluídas das *Unfair Contract Regulations 1994* as cláusulas que definem o conteúdo principal e a adequação do preço ou das remunerações, desde que redigidas em linguagem clara e compreensível. O ônus de provar que uma cláusula foi individualmente negociada é do vendedor ou fornecedor.³¹

É considerada cláusula iníqua (*unfair terms*) se "*contrary to the requirement of good faith causes a significant imbalance in the parties' rights and obligations under the contract to*

²⁹Hugh COLLINS, Le Clausole vessatorie nel Regno Unito, **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milão, p. 455 ss., 1997 ; Gordon BORRIE, Controlli Giudiziali, Legislative ed Amministrativi sui contratti standard nel diritto inglese. In: C. Massimo BIANCA [COORD]. **Le condizioni generali do contrato**. Milão : Giuffrè, 1981, p. 325 ; Enzo ROPPO, **Contratti standard**. Milão : Giuffrè, 1989, p. 251 ; ALPA e PATTI, **Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori**. Milão : Giuffrè, 1997, p.1322. Ver, também, CESÀRO, *op. cit.*, p. 845 ; FONSECA, *op. cit.*, p. 152 ; LÔBO, *op. cit.*, p. 97 ; Chiara ALVISI, Alcune riflessioni sul recepimento della direttiva 93/13/CEE del consiglio del 5 aprile 1993 nel regno unito ad opera dell'unfair terms in consumer contracts regulations 1994, SI 1994/31599 del 14.12.94, entrata in vigore il 1º luglio 1995. In: RUFFOLO, Ugo [Coord.]. **Clausole vessatorie e abusive**. Milano : Giuffrè, 1997, p. 269 ss.

³⁰Regs 3 (1): "Subject to the provisions of Schedule 1, these Regulations apply any term in a contract concluded between a seller or supplier and a consumer where the said term has not been individually negotiated."

³¹Cf. Regs 3 (2), (3), (4) e (5).

the detriment of the consumer".³² No *schedule 3* consta uma lista de cláusulas que podem ser tidas como *unfair*, v.g., a cláusula que confere ao fornecedor ou vendedor o poder de modificar unilateralmente o contrato.

Há, ainda, a previsão de que as cláusulas devem ser redigidas em inglês claro e, em caso de dúvida, a interpretação deverá ser mais favorável ao consumidor.³³ Ainda estipula que os *unfair terms* não vinculam os consumidores e recepciona o princípio da conservação do contrato, ou seja, embora a cláusula seja iníqua, abusiva, preza-se pela manutenção do vínculo contratual entre as partes (*Regs 5*).

Assim, a *Unfair Contract Terms Act 1977* se refere principalmente a cláusulas de exclusão eliminação de direitos; já as *Unfair Contract Regulations 1994* referem-se a todas as cláusulas contratuais; a *Unfair Contract Terms Act 1977* pode referir-se a todos os tipos de contratos, ao passo que as *Unfair Contract Regulations 1994* referem-se somente aos contratos standard; na *Unfair Contract Terms Act 1977* são tutelados tanto os empreendedores quanto os consumidores; nas *Unfair Contract Regulations 1994* são tutelados somente os consumidores pessoas físicas.

³²*Regs 4 (1)*.

³³*Regs 6*.

2.1.4 O Sistema Francês

No ano de 1992 foi promulgado o chamado "Code de la Consommation", por meio da Lei 92-80, de 18 de janeiro de 1992, a qual se tratava de compilação de textos de defesa do consumidor, revogando as conhecidas e muito citadas leis francesas de 1978 e 1988.³⁴

Como a Diretiva 93/13 estipulava prazo até dezembro de 1994 para que os países da Comunidade incluíssem em seus sistemas regras acerca das cláusulas abusivas, o *Code de La Consommation* teve de ser revisto para poder atender a determinação da Diretiva.

Em 1995, portanto três anos após o a promulgação do *code de la consommation*, o legislador francês voltou ao tema, agora para modificar e complementar a Lei de 92 em atenção à Diretiva 93/13 da Comunidade Européia (União Européia). Como resultado foi promulgada a Lei 95-96 de 1 de fevereiro de 1995, relativa às cláusulas abusivas e à apresentação dos contratos, além de regular diversas atividades de ordem econômica e comercial e alterar diversos artigos do *Code de la Consommation*.

A nova lei francesa cuidou da Diretiva 93/13 no título I no anexo, trouxe novas regras sobre venda a domicílio no título

³⁴A Lei 78-23, de 10 de janeiro de 1978, trata no seu capítulo IV, acerca da proteção dos consumidores contra cláusula abusiva, especialmente no artigo 35 em que tinha elementos essenciais para a caracterização da abusividade nos contratos firmados com consumidores. Sobre a Lei de 10 de janeiro de 1978 e Lei de 5 de janeiro de 1988. **Ver Jacques GHESTIN, Les Clauses abusives dans les contrats types en France et en Europe.** Paris : LGDJ, 1991, p. 116 e ss.

II, marcas no título III, práticas comerciais ilícitas no título V, concorrência e contratos de transporte no título IV.

Conforme Cláudia Lima MARQUES,³⁵ uma das modificações mais importantes ocorridas foi quanto à definição de cláusula abusiva. Pelo novo artigo L 132.1 do *Code de la Consommation* (c.consomm.), abusiva é a cláusula que tem por objetivo ou por efeito criar, em detrimento do não profissional ou consumidor, um desequilíbrio significativo entre os direitos e obrigações das partes no contrato, sendo, portanto, mais abrangente esta definição do que a anterior.³⁶

A adaptação francesa da Diretiva, como ensina Cláudia Lima MARQUES, não menciona o caráter "contrário às exigências da boa-fé" para caracterizar a abusividade da cláusula, ficando a caracterização da cláusula abusiva adstrita a um só critério: o significativo desequilíbrio das partes no contrato.³⁷ Esse desequilíbrio se verifica em momento certo de apreciação, conforme prevê o artigo L 132.1, ou seja, no momento da conclusão do contrato, necessitando uma apreciação global de todas as cláusulas e circunstâncias de um mesmo contrato ou de contratos conexos, como o são os de crédito, financiamento, etc. Já o artigo L 133.2³⁸ dispõe sobre a apresentação clara e

³⁵MARQUES, Nova Lei Francesa sobre Defesa do Consumidor - A Transformação da Diretiva Comunitária sobre Cláusulas Abusivas. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 17, p 362, jan./mar. 1996.

³⁶A lei anterior, Lei 78-23 de 10 de janeiro de 1978 e o reformado artigo L 1.312.1, previam critério de abuso do poder econômico pelo profissional.

³⁷MARQUES, **Nova lei francesa ...**, p. 363.

³⁸"L. 133-2. (L. n. 95-96 du 1 févr. 1995) *Les clauses des contrats proposés par les professionnels aux consommateurs ou aux non-professionnels*

compreensível dos contratos de consumo sobre sua interpretação sempre a favor do consumidor ou não profissional.³⁹

Diferentemente do sistema brasileiro, o campo de aplicação se dá somente entre profissionais e não profissionais, mas amplia o campo de aplicação da Diretiva ao contemplar não só os contratos de adesão, mas também os contratos individuais.⁴⁰

doivent être présentées et rédigées de façon claire et compréhensible.

Elles s'interprètent en cas de doute dans le sens le plus favorable au consommateur ou au non-professionnel. Le présent alinéa n'est toutefois pas applicable aux procédures engagées sur le fondement de l'article L. 421-6."

³⁹ Ainda sobre a proteção do consumidor na França ver Ernesto CESÀRO (a cura di), **Cláusole Vessatorie e Contrato del Consumatore**. Padova : Cedam, 1997, p. 776 e ss. ; RIZZO, *op. cit.*, p. 311 e ss. ; ALPA ; PATTI, *op. cit.*, p. 1345-1376 ; FONSECA, *op. cit.*, p. 156 ; LOBO, *op. cit.*, p. 98.

⁴⁰ Observe-se o inteiro teor do artigo 132-1 da Lei Francesa sobre a proteção dos consumidores contra as cláusulas abusivas:

"L. 132-1. (L. n. 95-96 du 1 févr. 1995) *Dans les contrats conclus entre professionnels et non professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat.*

Des Décrets en conseil d'État, pris après avis de la commission instituée à l'article L. 132-2, peuvent déterminer des types de clauses qui doivent être regardées comme abusives au sens du premier alinéa.

Une annexe au présent code comprend une liste indicative et non exhaustive de clauses qui peuvent être regardées comme abusives si elles satisfont aux conditions posées au premier alinéa. En cas de litige concernant un contrat comportant une telle clause, le demandeur n'est pas dispensé d'apporter la preuve du caractère abusif de cette clause.

Ces dispositions sont applicables quels que soient la forme ou le support du contrat. Il en est ainsi notamment des bons de commande, a factures, bons de garantie, bordereaux ou bons de livraison, billets ou tickets, content des stipulations négociées librement ou non ou des références à des conditions générales préétablies.

Sans préjudice des règles d'interprétation prévues aux articles 1156 à 1161, 1163 et 1164 du Code Civil, le caractère abusif d'une clause s'apprécie en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat. Il s'apprécie également au regard de celles contenues dans un autre contrat lorsque la conclusion ou l'exécution de ces deux contrats dépendent juridiquement l'une de l'autre.

Les clauses abusives sont réputées non écrites.

L'appréciation du caractère abusif des clauses au sens du premier alinéa ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur

Com relação à sanção prevista, a lei francesa dispõe que as cláusulas abusivas serão consideradas não escritas e que suas normas são de ordem pública.

Quanto ao controle das cláusulas abusivas, a nova lei prevê a autonomia do juiz quanto ao controle do conteúdo dos contratos de consumo, podendo decretar o caráter abusivo de uma cláusula ainda que nenhum decreto regulamentador o faça.

Os Decretos Regulamentadores,⁴¹ vale lembrar, eram previstos na Lei de 1978 e eram os únicos que poderiam determinar o caráter abusivo das cláusulas, da interpretação e aplicação jurisprudencial.⁴²

2.1.5 O Sistema Português

A Lei portuguesa n. 29/81, de 22 de agosto de 1981, foi revogada pela Lei 24/96 de 31 de julho de 1996, a qual estabelece o regime legal aplicável à defesa dos

l'adequation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert.

Le contrat restera applicable dans toutes ses dispositions autres que celles jugées abusives s'il peut subsister sans lesdites clauses.

Les dispositions du présent article sont d'ordre public."

⁴¹No controle administrativo francês, inicialmente só poderiam ser contestadas as cláusulas previamente interditas por decreto do Conselho do Estado. Não estava prevista qualquer cláusula geral de aplicação direta pelos tribunais, servindo a noção de cláusula abusiva, e a indicação de sua área de incidência, as constantes do artigo 35 da lei n. 78-23, de 10 de Janeiro de 1978.

⁴²Sobre os Decretos Regulamentadores **ver** GHESTIN, *op. cit.* ; Joaquim de SOUSA RIBEIRO, **Responsabilidade e garantia em cláusulas contratuais gerais**. Coimbra : Almedina, 1992, p. 4. Segundo Guido ALPA, a Lei 78-23 de 1978 previa um controle do tipo administrativo sobre as cláusulas abusivas. (ALPA, **Il diritto dei consumatori**. Roma : Laterza, 1995).

consumidores.⁴³

Além da vigente Lei 24/96, há ainda legislação específica quanto às cláusulas contratuais gerais consubstanciada no Decreto-lei 446/85 de 25 de outubro de 1985, que teve sua redação alterada pelo Dec-lei 220/95, de 31 de agosto de 1995, e, muito recentemente, pelo Dec.-Lei n. 249/99 de 7 de julho de 1999.

No artigo 9º da Lei 24/96 estão elencadas situações de proteção dos interesses econômicos do consumidor em nove itens, sendo um deles a igualdade material das partes, a lealdade e a boa-fé que devem estar presentes na fase preliminar, de formação e de vigência do contrato (art. 9º, 1).⁴⁴

⁴³Sobre a legislação portuguesa de defesa do consumidor e cláusulas gerais dos contratos **ver:** Carlos Ferreira de ALMEIDA, **Os direitos dos consumidores**. Coimbra : Almedina, 1982 ; Mário Júlio de ALMEIDA COSTA e Antonio Menezes CORDEIRO, **Cláusulas contratuais gerais**. Coimbra : Almedina, 1995 ; Joaquim de Souza RIBEIRO, **Responsabilidade e garantia em cláusulas contratuais gerais**. Coimbra : Almedina, 1992 ; Mário FROTA, Por uma Política de Promoção dos interesses e de Protecção dos Direitos dos Consumidores: um modelo para Portugal. **Revista Direitos do Consumidor**, n. 8, p. 7; Almeno de SÁ, **Cláusulas contratuais gerais e directiva sobre cláusulas abusivas**. Coimbra : Almedina, 1999, *passim*.

⁴⁴Lei 24/96 - de 31.07.96

"Art. 9º. Direito à protecção dos interesses económicos:

1. O consumidor tem direito à protecção dos seus interesses económicos, impondo-se nas relações jurídicas de consumo a igualdade material dos intervenientes, na formação e a boa-fé, nos preliminares, na formação e ainda, na vigência dos contratos.

2. Com vistas à prevenção de abusos resultantes de contratos pré-elaborados, o fornecedor de bens e o prestador de serviços estão obrigados:

a) À redacção clara e precisa, em caracteres facilmente legíveis, das cláusulas contratuais gerais, incluindo as inseridas em contratos singulares;

b) À não inclusão de cláusulas em contratos singulares que originem significativo desequilíbrio em detrimento do consumidor

3. A inobservância do disposto no número anterior fica sujeita ao regime das cláusulas contratuais gerais.

4. O consumidor não fica obrigado ao pagamento de bens ou serviços que não tenha prévia e expressamente encomendado ou solicitado, ou que não constitua cumprimento do contrato válido, não lhe cabendo, do mesmo modo, o encargo da sua devolução ou compensação, nem a responsabilidade pelo risco de perecimento ou deterioração da coisa.

Outra importante exigência é a de que nos contratos pré-elaborados a redação deve ser clara e precisa, com caracteres facilmente legíveis das cláusulas contratuais gerais (art. 9º, 2, a), sendo que a regra se aplica também aos contratos singulares. Não se permite, também, que os contratos individuais (*singulares*) contenham cláusulas que levem ao desequilíbrio do contrato em detrimento do consumidor (art. 9º, 2, b). Caso não sejam observadas estas regras do n. 2 do artigo 9º, sujeita o contrato ao regime das cláusulas contratuais gerais, as quais são regidas pelo Decreto-lei 446/85 de 25 de outubro de 1985, que teve sua redação alterada pelo Dec-lei 220/95, de 31 de agosto de 1995.

As cláusulas abusivas são tratadas no Capítulo V do Decreto-lei 446/85 alterado pelo Decreto-lei 220/95, sob a denominação de "cláusulas contratuais gerais proibidas".

Conforme o artigo 1º do Dec.-Lei 446/85, as cláusulas contratuais gerais elaboradas sem prévia negociação individual,

5. O consumidor tem direito à assistência após a venda, com incidência no fornecimento de peças e acessórios pelo período de duração média normal dos produtos fornecidos.

6. É vedado ao fornecedor ou prestador de serviços fazer depender o fornecimento de um bem ou a prestação de um serviço da aquisição ou da prestação de um outro ou outros.

7. Sem prejuízo de regimes mais favoráveis nos contratos que resultem da iniciativa do fornecedor de bens ou do prestador de serviços fora do estabelecimento comercial, por meio de correspondência ou outros equivalentes, é assegurado ao consumidor o direito de retractação, no prazo de sete dias úteis a contar da data da recepção do bem ou da conclusão do contrato de prestação de serviços.

8. Incumbe ao Governo adotar medidas adequadas a assegurar o equilíbrio das relações jurídicas que tenham por objecto bens e serviços essenciais, designadamente água, energia eléctrica, gás, telecomunicações e transportes públicos.

9. Incumbe ao Governo adoptar medidas tendentes a prevenir a lesão dos interesses dos consumidores nos domínio dos métodos de venda que prejudiquem a avaliação consciente das cláusulas apostas em contratos singulares e a formação livre, esclarecida e ponderada da decisão de se

que proponentes ou destinatários indeterminados se limitem, respectivamente, a subscrever ou aceitar, regem-se pela referida lei.

No artigo 15º está o princípio geral (assim denominado na própria lei) constando expressamente que são proibidas as cláusulas contratuais gerais contrárias à boa-fé, sendo que a própria lei, no artigo 16º, estabelece critérios de aplicação do princípio da boa-fé, ou seja, a confiança das partes pelo sentido das cláusulas contratuais em causa, pelo processo de formação do contrato singular celebrado, pelo seu teor ou outros elementos (art. 16º, a).⁴⁵

ALMEIDA COSTA e CORDEIRO, comentando o artigo, mencionam que o princípio da boa-fé é o princípio geral orientador das cláusulas contratuais gerais, e que a boa-fé no âmbito da lei civil pode assumir um sentido duplo, pois ora significa a consciência ou convicção justificada do sujeito de ter um comportamento de conformidade ao direito (boa-fé subjetiva) e ora traduz uma regra de conduta (boa-fé objetiva). Especificamente com relação às cláusulas contratuais gerais, trata-se de boa-fé objetiva por tratar-se de uma cláusula geral

vincularem.”

⁴⁵“**Artigo 15º. (Princípio Geral).** São proibidas as cláusulas contratuais gerais contrárias à boa-fé”.

“**Artigo 16º. (Concretização).** Na aplicação da norma anterior devem ponderar-se os valores fundamentais do direito, relevantes em face da situação considerada, especialmente:

a) A confiança suscitada, nas partes, pelo sentido global das cláusulas contratuais em causa, pelo processo de formação do contrato singular celebrado, pelo teor deste e ainda por quaisquer outros elementos atendíveis;

b) O objectivo que as partes visam atingir negocialmente, procurando-se a sua efectivação à luz do tipo de contrato utilizado.”

que exprime um princípio normativo. A diferença está que esta não fornece de imediato ao julgador uma regra pronta para aplicação, mas, ao contrário, deixa-se aberta, deste modo, a possibilidade de atingir todas as situações carecidas de uma intervenção postulada por exigências fundamentais de justiça.⁴⁶

Desta forma, procurando fixar limites aos conteúdos das cláusulas contratuais gerais, o Decreto-Lei n. 446/85 consagrou a boa-fé como princípio geral de controle (art. 15º) enumerando, em seguida, um extenso rol de cláusulas absolutamente ou relativamente proibidas (arts. 18º, 19º, 21º e 22º), de caráter exemplificativo.

Portugal optou, portanto, por um sistema misto de normas, utilizando a cláusula geral e contornos mais precisos, semelhantemente ao sistema alemão, a *AGB - Gesetz*, de 1976.⁴⁷ A utilização conjunta de dois tipos de dispositivos legais, em complementação recíproca, permite combater os abusos mais variados, o que não se obteria com a fixação de um sistema fechado (*numerus clausus*).⁴⁸

Como bem frisa Joaquim de Sousa RIBEIRO, a principal

⁴⁶Mário Júlio de ALMEIDA COSTA e Antonio Mezes CORDEIRO, **Cláusulas contratuais gerais**. Coimbra : Almedina, 1995, p. 38-39.

⁴⁷RIBEIRO, *op. cit.*, p. 4.

⁴⁸"Se a previsão, em exclusivo, de uma cláusula geral pode ser considerada insuficiente e uma forma potencial de incertezas aplicativas, menos apropriada se revelaria ainda a fixação de um *numerus clausus* de estatuições proibidas. Permitindo apenas combater os abusos mais típicos e frequentes, uma proibição dessa natureza seria facilmente torneada pelo engenho dos predisponentes para além de rapidamente ultrapassada pelas inovações nos processos de fabrico e de venda. Daí que a tutela só fique completa com a utilização cumulativa de uma cláusulas geral e de previsões específicas." (*Idem*, p. 5.)

fonte inspiradora do Dec.-Lei n. 446/885 foi a lei alemã AGB - Gesetz, distinguindo-se basicamente pelo fato de que a lei portuguesa apresenta quatro grupos regulamentadores de proibição (arts. 18º, 19º, 21º e 22º), enquanto que a lei alemã apresenta apenas dois grupos (§ 10 e 11).⁴⁹

Os artigos 18º e 19º da lei portuguesa são de alcance geral, destinados às relações entre empresários ou aos que exerçam profissões liberais, singulares ou coletivos (artigo 17º), dividindo-se em cláusulas absolutamente proibidas (art. 18º) e cláusulas relativamente proibidas (19º).

Os artigos 21º e 22º vigoram apenas nas relações com *consumidores finais* e as não abrangidas pelo artigo 17º (de aplicação geral), sendo que as disposições dos artigos 18º e 19º se aplicam aos consumidores finais (art. 20º). O artigo 21º prevê cláusulas absolutamente proibidas e o artigo 22º cláusulas relativamente proibidas.

As cláusulas contratuais gerais são reputadas nulas (art. 12º), sendo que a nulidade é invocável nos termos gerais (art. 24º), ou seja, da lei civil.

O controle, portanto, poderá ser concreto e, também, abstrato, nos termos do artigo 25º, com a previsão de utilização da ação inibitória.⁵⁰ A ação inibitória, além de ter previsão expressa no artigo 25º do DL n. 446/85 (alterado pelo

⁴⁹Op. Cit., p. 8.

⁵⁰"Artigo 25. As cláusulas contratuais gerais, elaboradas para utilização futura, quando contrariem o disposto nos artigos 15º, 16º, 18º, 19º, 21º, 22º, podem ser proibidas por decisão judicial, independentemente de sua inclusão efectiva em contratos singulares."

Dec. 220/95), é prevista, também, no artigo 10º da Lei 24/96,⁵¹ a qual estabelece o regime legal geral aplicável à defesa dos consumidores.

2.1.6 O Sistema Italiano

Por meio da Lei n. 52 de 6 de fevereiro de 1996, sob o título *Disposizioni per l'adempimento di obbligazioni derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità Europea - Legge Comunitaria 1994*, a Itália recepcionou a diretiva 93/13/CEE do Conselho Económico Europeu, concernente às cláusulas abusivas nos contratos estipulados com os consumidores, que a lei italiana denomina de *clausole vessatorie*.⁵²

A referida lei inseriu, entre as normas gerais dos contratos do Código Civil, no Título Segundo do Livro das Obrigações, no Capítulo XIV-bis denominado *Dei contratti del consumatore*, a disciplina relativa às cláusulas abusivas nos contratos de consumo, especificamente no artigo 1469 *bis/sexies*.

⁵¹Artigo 10. Direito à prevenção e ação inibitória:

1. É assegurado o direito à acção inibitória destinada a prevenir, corrigir ou fazer cessar práticas lesivas dos direitos do consumidor consignados na presente lei, que nomeadamente: a) Atentem contra sua saúde e segurança física; b) Se traduzam no uso de cláusulas gerais proibidas; c) Consistam em práticas comerciais expressamente proibidas por lei.

2. A sentença proferida na acção inibitória pode ser acompanhada de sanção pecuniária compulsória, prevista no artigo 829º-A do C.C., sem prejuízo da indenização a que houver lugar." (grifos nossos)

⁵²Adriano MANESCHI, *La difesa del consumatore dalle clausole vessatorie*. Milão : Giuffrè, 1997, p. 2 ; Ugo RUFFOLO, *Clausole*

A diretiva 93/13 menciona a necessidade de os Estados-membros legislarem em favor da proteção do consumidor contra as *cláusulas abusivas*; a legislação italiana utilizou, porém, a denominação *clausole vessatorie* (cláusula vexatória), contrariando, assim, a terminologia empregada pelos demais países.⁵³

Como bem explica Gianfranco TROVATORE, aparentemente não há distinção entre a *clausole vessatorie* e *clausole abusiva*, o que ocorre é que o termo *vessatorio* é mais utilizado do que o termo *abusivo* no sistema italiano. Aliás, em relação a este último, deve-se considerar que o abuso de direito é de regra associado a comportamento penalmente sancionado na Itália.⁵⁴

No entendimento de UGO RUFFOLO, a legislação italiana utilizou termos concebidos e maturados em outros países, incluídos na Diretiva 93/13, os quais são estranhos ao sistema do Código Civil italiano, sobretudo termos como *abusividade* e *ineficácia*, empregados como *inefficacia delle clausole* (art. 1469 *quinquies* do Código Civil) e *accertamento della*

"vessatorie" e "abusive". Milão : Giuffrè, 1997, p. 7.

⁵³Apesar de no artigo 1469-*quinquies* e *sexies* terem sido empregadas as expressões "*clausole dichiarate abusive*" e "*accertamento dell'abusività*", o que é mencionado por TROVATORE como mais uma das numerosas incongruências lexicais que caracterizam a norma de recente introdução na Itália. (Gianfranco TROVATORE, La definizione atipica delle "clausole abusive" tra controllo giudiziale e trattativa individuale. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, p. 970, dez. 1997).

⁵⁴"Sembra allora opportuno introdurre la distinzione tra 'vessatorietà' ed 'abusività': com la prima espressione andrebbe qualificata una clausola che al suo interno racchiude un piano normativo squilibrato che si riflette sull'intero contratto, com la seconda andrebbe espresso il disvalore che l'ordinamento giuridico annette alla circostanza che l'assetto squilibrato indotto da tale clausola non si giustifica in base all'autonomia dei contraenti e contrasta com il principio di correttezza

vessatorietà (art. 1469, *ter.* do Código Civil), pois a norma não é clara se tal ineficácia significa nulidade, anulabilidade ou rescisão e também se tal ineficácia tem efeito automático na forma da lei ou se depende de um pronunciamento judicial constitutivo.⁵⁵

O que muito se questiona entre os doutrinadores italianos, é que se o *inserimento* dos novos artigos 1469-*bis* à 1469-*sexies* no Código Civil teria completado a disciplina geral dos contratos ou se criou uma segunda parte geral, causando uma *fratura* na regulamentação, pois a norma do Código Civil de 1942 era destinada à aplicação a todos os contratos, ao passo que os artigos 1460-*bis* e seguintes se referem unicamente aos contratos concluídos entre *professionisti*⁵⁶ e *consumatori*.⁵⁷

Os artigos 1.341 e 1.342 do Código Civil, denominados respectivamente de *condições gerais dos contratos* e *contrato concluído mediante módulos ou formulários*, referem-se à disciplina dos contratos de adesão ou contratos *standard*, cujas cláusulas sempre foram doutrinariamente tratadas como *vessatorie* e cujo aderente recebia a denominação de *contraente debole*, aplicando-se indistintamente a todos os contratos de

contrattuale." (TROVATORE, *op. cit.*, p. 970-971).

⁵⁵Ugo RUFFOLO, *op. cit.*, p. 7-10.

⁵⁶Em tradução de "*professionnel*" da França, conforme Antonio TULIO, **Il contratto per adesione** - tra il diritto comune dei contratti e la novella sui contratti dei consumatori. Milão : Giuffrè, 1997, p. 19.

⁵⁷ALPA e PATTI, *op. cit.*, p. 52 ; TULIO, *op. cit.*, p. 8, bem acentua: "[...] Evidente è quindi la *fratura* che la novella in commento há determinato nella disciplina generale dei contratti si che, giova ripeterlo, meglio sarebbe stato ricorrere alla legge speciale, piuttosto che inserire nel condice civile un '*corpus ad esso*' di fatto, estraneo."

adesão. Conforme Antonio TULLIO, o fato de o artigo 1469-*bis* e seguintes terem sido inseridos no mesmo Título Segundo - *Dos Contratos em Geral*, regulando as relações entre fornecedores (denominados *professionisti*) e consumidores, não impede que os artigos 1.341 e 1.342 continuem a ser aplicados, desde que não se trate de uma relação de consumo, como na hipótese de contratos firmados entre fornecedores ou entre consumidores.⁵⁸

No Capítulo XIV-*bis*, estão inseridos os artigos 1469-*bis*, 1469-*ter*, 1469-*quarter*, 1469-*quinqüies* e 1469-*sexies*, todos relativos aos contratos firmados entre fornecedores e consumidores.

As cláusulas abusivas (*vexatórias*) no direito italiano são previstas na regra de caráter geral do artigo 1469-*bis*, 1º *comma*, mencionando o significativo desequilíbrio e boa-fé, e, ainda, em cláusulas específicas, como o elenco de cláusulas presumivelmente abusivas, até prova em *contrário* (art. 1469-*bis*, 3º *comma*, 1-20) e o elenco de cláusulas tidas como abusivas, apesar de negociadas (art. 1469-*quinqüies*).

O caráter abusivo (*vessatorio*) de uma cláusula resulta da combinação das previsões de caráter geral (significativo desequilíbrio e boa-fé), combinado com previsões específicas (rol de cláusulas presumivelmente abusivas ou rol de cláusulas

⁵⁸“Sotto il profilo poi attinente alla qualità soggettiva dei contraenti, si è già rilevato che la novella non trova applicazione nell’ipotesi di contratti in cui entrambe le parti sono professionisti, ovvero consumatori, per le quali ipotesi continueranno così ad applicarsi, ove si sia in presenza di un contratto standard, le sole regole dettate dagli artt. 1341 e 1342 cod. Civ.” (TULLIO, *op. cit.*, p. 98).

taxativamente abusivas).⁵⁹

Melhor especificando, o artigo 1469-*bis*, denominado *clausole vessatorie nel contratto tra professionista e consumatore*, em seu 1º *comma*, prevê a cláusula geral relativa ao desequilíbrio contratual, pelo qual são consideradas vexatórias as cláusulas que, não obstante a boa-fé,⁶⁰ determinam um significativo desequilíbrio para o consumidor, dos direitos e obrigações previstos no contrato. Já o 2º *comma* define consumidor e fornecedor.⁶¹

Pelo 3º *comma* do mesmo artigo 1469-*bis*, encontra-se uma lista de vinte cláusulas consideradas presumivelmente vexatórias,⁶² até prova em contrário, estando, entre elas, a título de exemplo, as cláusulas de exclusão ou limitação de responsabilidade do fornecedor por morte deste ou dano a este, de direitos ou ações em caso de inadimplemento, de oponibilidade de compensação (itens 1, 2 e 3); fixação de outras cláusulas excessivamente onerosas somente ao consumidor como estipulação de cláusula penal excessiva ou outra equivalente, em caso de inadimplemento do consumidor, estabelecimento de adesão do consumidor a cláusulas de que não teve conhecimento ou a que não teve acesso; modificação

⁵⁹ *Idem*, p.34.

⁶⁰ Apesar da redação original *malgrado la buona fede*, a boa-fé prevista no artigo 1469-*bis* c.c é considerado cláusula geral. **Ver** ALPA e PATTI, *op. cit.*, p. 63-91 ; CESARO, *op. cit.*, p. 55 e ss.

⁶¹ **Ver** TULIO, *op. cit.*, p. 19 e ss. ; ALPA e PATTI, *op. cit.*, p. 94 e ss.

⁶² Até prova em contrário ou quando não ocorram as hipóteses do 3º e 4º *comma*.

unilateral do contrato pelo fornecedor; estipulação de questões de cunho processual como decadência, limitação da faculdade de opor exceções, derrogação de competência, limitação à alegação de provas, inversões ou modificações do ônus da prova, restrição às relações contratuais com terceiros; estabelecimento de foro diversos daquele onde reside o consumidor; entre outras.⁶³ Tem-se, ainda, no 4º *comma*, algumas previsões com relação aos contratos financeiros.⁶⁴

Adriano MANESCHI propõe uma tipologia de cláusulas abusivas, dividindo-as em quatro hipóteses: a) *cláusulas vexatórias-absolutamente abusivas*, as quais são taxativamente elencadas no artigo 1569-*quinquies*, 2º *comma*, tratando-se de três *fattispecie* e que, quando inseridas no contrato, são consideradas absolutamente abusivas; b) *cláusulas vexatórias-relativamente abusivas*, as quais são indicadas exemplificativamente em vinte hipóteses no artigo 1469-bis, 3º *comma*, que assim se presumem até prova em contrário; c) *cláusulas ditas vexatórias* na doutrina e na jurisprudência, taxativamente previstas no artigo 1341, 2º *comma*; d) *outras hipóteses de cláusulas consideradas substancialmente abusivas nas relações entre bancos e clientes ou consumidores, segundo a lei n. 385/1993*.⁶⁵

⁶³Como o rol é bastante extenso, optamos por citar algumas das hipóteses previstas entre os vinte itens da lista, visto tratar-se de rol exemplificativo.

⁶⁴ALPA e PATTI, *Op. cit.*, p. 451 e ss. CESARO, *op. cit.*, p. 304 e ss.

⁶⁵MANESCHI, *op. cit.*, p. 11.

A lei italiana expressamente prevê as hipóteses excludentes da abusividade no artigo 1469-ter, denominado *accertamento della vessatorietà delle clausole*, segundo a qual não são consideradas vexatórias as cláusulas que reproduzem disposições de lei (3° comma), nem as cláusulas ou elementos das cláusulas que tenham sido objeto de negociação individual (4° comma) e, por fim, que nos contratos de adesão (módulos ou formulários) incumbe ao fornecedor o ônus da prova de que as cláusulas ou os elementos da cláusula tenham sido objeto de específica negociação com os consumidores (5° comma).

Pelo artigo 1469-quarter, denominado *forma e interpretazione*, as cláusulas nos contratos firmados com consumidores devem ser redigidas de modo claro e compreensível (1° comma) e, em caso de dúvida acerca do sentido de uma cláusula, prevalece a interpretação mais favorável ao consumidor (2° comma).

De muita relevância é o artigo 1469-quinquies, denominado *inefficacia*, o qual prevê que as cláusulas consideradas vexatórias, de acordo com o alcance dos artigos 1469-bis e 1469-ter, são ineficazes, permanecendo a eficácia do restante do contrato (1° comma). A mesma cláusula, em rol taxativo, elenca três hipóteses em que as cláusulas são ineficazes, ainda que tenham sido objeto de tratativa; são elas as mesmas previstas nos números 1, 2, e 10 das hipóteses constantes da lista do artigo 1469-bis: 1) excluir ou limitar as responsabilidades do fornecedor em caso de morte ou dano à

pessoa do consumidor, resultante de fato ou omissão do fornecedor; 2) excluir ou limitar as ações do consumidor nos confrontos com o fornecedor ou com outra parte no caso de inadimplemento total ou parcial ou do inadimplemento inexato por parte do fornecedor; 3) prever a adesão do consumidor extensivo à cláusula de que ele não teve oportunidade de tomar conhecimento antes da conclusão do contrato. A ineficácia somente pode operar em favor do consumidor, mas pode ser relevada de ofício pelo juiz.⁶⁶

Tem-se, por fim, o artigo 1469-sexies,⁶⁷ o qual recebe a

⁶⁶Observe-se o inteiro teor deste artigo:

"1469 quinquies. Inefficacia. - Le calausole considerate vessatorie ai sensi degli articoli 1469 bis e 1469 ter, sono inefficaci mentre il contratto rimane efficace per il resto.

Sono inefficaci le calusole che, quantunque oggetto di trattativa, abbiano per oggetto o per effetto di:

- 1) escludere o limitare la responsabilità del professionista in caso di morte o danno alla persona del consumatore, risultante da un fatto o da un'omissione del professionista;
- 2) escludere o limitare le azione del consumatore nei confronti del professionista o di un'altra parte in casi di inadempimento inesatto da parte del professionista;
- 3) prevedere l'adesione del consumatore come estesa clausole che non ha avuto, di fatto, la possibilità di conoscere prima della conclusione del contratto.

L'inefficacia opera soltanto a vantaggio del consumatore e può essere rilevata d'ufficio dal giudice.

Il venditore ha diritto di regresso nei confronti del fornitore per i danni che há subito in conseguenza della declaratoria d'inefficacia delle clausole dichiarate abusive.

È inefficace ogni clausola contrattuale che, prevedendo l'applicabilità al contratto di una legislazione di un Paese extracomunitario, abbia l'effeto di privare il consumatore della protezione assicurata dal presente articolo, laddove il contratto presenti un collegamento più stretto com il territorio di uno Stato membro dell'Unione europea.

⁶⁷**"1469 sexies. Azione inibitoria.** Le associazione rappresentative dei consumatori e dei professionisti e le camere do commmercio, industria, artigianato e agricoltura, possono convenire in giudizio il professionisti che utilizzano condizioni generali di contratto e richiedere al giudice competente che inibisca l'uso delle condizioni di cui sai accertata l'abusività ai sensi del presente capo.

L'inibitoria può essere concessa, quando ricorrono giusti motivi di urgenza, ai sensi degli artigo 669 bis e sequento del codice di procedura

denominação *azione inhibitoria*, segundo o qual as associações representativas de consumidores e de profissionais e a câmara do comércio, indústria, artesanato e agricultura podem ir a juízo contra o fornecedor ou associação de fornecedores que utilizam condições gerais de contrato e requerer ao juiz competente para que *iniba* o uso de tais condições que seja certa a sua abusividade (1º *comma*). Nesse caso, poderá ser concedida provisoriamente quando ocorrer justos motivos de urgência, no sentido do artigo 669-bis e seguintes do Código de Processo Civil italiano - ação cautelar (2º *comma*). O juiz poderá, ainda, determinar que o procedimento seja publicado em um ou mais jornais, sendo um ao menos de difusão nacional. A ação inibitória será objeto de análise em capítulo próprio neste trabalho.

2.2 NO MERCOSUL

Tendo em vista que inexiste uma norma comum aos países do MERCOSUL destinada à proteção dos consumidores, serão abordadas as legislações da Argetina, Paraguai, Uruguai e Brasil.

civille.

Il giudice può ordinare che il provvedimento sia pubblicato in uno o più giornali, di cui uno almeno a diffusione nazionale."

2.2.1 O Sistema Argentino

O sistema legal argentino era carente de disposições referentes à proteção contratual contra cláusulas abusivas nos contratos de adesão, o que fez surgir a necessidade de incorporar essas questões ao Código Civil e, ainda, unificá-lo ao Código Comercial. Tal perspectiva deu origem ao *frustrado Proyecto de Código Único del año 1987*, o qual trazia critérios interpretativos para os contratos de conteúdo predisposto, mas foi vetado pelo Poder Executivo.

Surge, então, o *Proyecto de Código Unico Civil Y Comercial de la Cámara dos Diputados de 1993*,⁶⁸ o qual respeitou e ampliou o Projeto de 1987 no que se refere à proteção contra cláusulas abusivas inseridas nos contratos de adesão, sendo os artigos mais importantes: o artigo 1.157, que menciona a ineficácia de cláusulas que limitam a responsabilidade por danos, a renúncia ou restrição a direitos e a obrigatoriedade de a redação ser clara e facilmente legível; o artigo 1.198, que menciona a interpretação literal dos termos utilizados e, em outros casos, a obrigação de serem usadas regras descritas

⁶⁸Atilio Anibal ALTERINI, Las condiciones generales de la contratacion y clausulas abusivas (Argentina-Paraguay). In: Luis DíEZ-PICAZO y PONCE DE LEON et alii [Coord.]. **Las condiciones generales de la contratacion y abusivas**. Madrid : Civitas, 1996, p. 82 e ss. Ver, também, Gabriel A. STIGLITZ, Las acciones colectivas en proteccion del consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 15, p. 220 ss., jul./set. 1995 ; Roberto M. López CABANA, La contratación en la ley de defensa del consumidor. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 727, p. 11, maio 1996 ; Ariel ARIZA, Aspectos contractuales de la defensa del consumidor. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 726, p. 24. abr. 1996. Ricardo Luis LORENZETTI, **Fundamentos de direito privado**. São Paulo : RT, 1998, p. 215,

no próprio artigo, como levar em conta o contexto em que as cláusulas estão inseridas, a finalidade do contrato, as tratativas preliminares, a conduta das partes após a conclusão do contrato, que cláusulas dúbias devem ser interpretadas no sentido de conservação do contrato e não de sua nulidade, etc..

Interessante é a previsão do mesmo artigo (1.198, 3º) com relação à interpretação dos contratos de adesão, em que as cláusulas especiais devem prevalecer sobre as gerais; as cláusulas incorporadas prevalecem sobre as preexistentes, as ambíguas são interpretadas contra o predisponente, sobretudo se se tratar de pessoa física e que, quando houver dúvidas sobre o alcance das obrigações, prevalecerá a menos gravosa.

De acordo com Atilio Anibal ALTERINI, o *Proyecto de Código Único Civil e Comercial del Poder Ejecutivo* do mesmo ano de 1993 seguiu a mesma linha de idéias, mas excluiu a disposição proibitiva de limitação de responsabilidade do predisponente (art. 870), não obstante no direito argentino a renúncia antecipada a reclamar danos seja inválida por se tratar de direito indisponível (arts. 21 e 872 do Código Civil).⁶⁹

Entretanto, a grande novidade em termos de regulamentação a direitos do consumidor foi a Lei 24.240, chamada de *Ley de Defensa del Consumidor*. Esta lei regula, na Argentina, a proteção dos consumidores. Promulgada em 13.10.93, em seu capítulo IX, denominado *De los términos abusivos y cláusulas*

336 e 342.

⁶⁹ALTERINI, *op. cit.*, p. 82.

ineficazes, traz singelas previsões com relação à proteção do consumidor contra cláusulas abusivas.⁷⁰

O capítulo IX é composto pelos artigos 37, 38 e 39, nos quais estão contempladas as condições gerais e cláusulas abusivas nos contratos de adesão.

No artigo 37, as cláusulas abusivas são divididas em três grupos: a) aquelas que desnaturem as obrigações ou limitem a responsabilidade por danos; b) as que importem em renúncia ou restrição de direitos do consumidor ou que apresentem majoração somente dos direitos da outra parte; c) as que imponham a inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor, devendo, ainda, em caso de dúvidas quanto ao alcance da obrigação, optar pela forma menos gravosa ao consumidor. Prevê, ainda, que em caso de violação ao dever de boa-fé, o consumidor poderá demandar a nulidade total do contrato ou a nulidade parcial (de uma ou mais cláusulas), devendo, na segunda hipótese, o juiz fazer a integração do contrato, caso seja necessário.

Os artigos 38 e 39 cuidam do controle administrativo dos contratos de adesão, inclusive com a possibilidade de modificação do conteúdo do contrato.

Para VÁZQUES FERREYRA e ROMERA, o artigo 37 da lei segue as recomendações da doutrina nacional e estrangeira, imitando a solução legislativa do direito comparado quando enumera uma série de cláusulas abusivas tidas como *no convenidas*, com a

⁷⁰Sobre, ver Roberto A. VÁZQUES FERREYRA e Oscar E. ROMERA, **Protección y defensa del consumidor - Ley 24.240**. Buenos Aires : Depalma, 1994, p. 101 e ss.

nulidade parcial do contrato sempre que possível, respeitando-se sempre o princípio da conservação do contrato.⁷¹

A lei de defesa do consumidor argentina vale-se da ineficácia resultante da teoria das nulidades nas cláusulas abusivas, mas é alheia a questões problemáticas atinentes a esta, como a previsão de ação própria, a legitimação ativa, enfim, a necessidade de articulação que dê eficácia e agilidade na declaração de nulidade das cláusulas abusivas.⁷²

Segundo Sergio Cruz ARENHART, há previsão legislativa quanto à tutela inibitória na Argentina no Código processual Constitucional da província de Tucumán. Segundo o autor, "a previsão legal estabelece a proteção preventiva para pretensões vinculadas à higidez do meio ambiente e da qualidade de vida, à proteção do consumidor contra produtos nocivos à integridade pessoal ou patrimonial ao usuário e à proteção contra práticas de abuso do poder econômico e dominação de mercado".⁷³ Nenhuma referência é feita, entretanto, quanto à possibilidade de utilização da referida tutela inibitória argentina contra as cláusulas abusivas.

⁷¹VÁZQUES FERREYRA ; ROMERA, *op. cit.*, p. 103.

⁷²ALTERINI, *op. cit.*, p. 84.

⁷³ Sergio Cruz ARENHART, A tutela inibitória e o 'amparo de protección colectivo' no código processual constitucional da província de Tucumán - Argentina. **Genesis Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, n. 14, p.

2.2.2 O Sistema Paraguaio

No Paraguai a proteção com relação aos contratos de adesão e cláusulas abusivas tem previsão no Código Civil, pois a legislação específica do consumidor encontra-se em trâmite legislativo.

O Código Civil paraguaio, em seu artigo 713, dispõe que *"las cláusulas insertas en las condiciones generales de los contratos así como los formularios disputados por uno de los contratantes, se interpretarán, en caso de duda, en favor do otro"*.

Ao contrário de cláusulas abusivas, o Código Civil paraguaio utiliza a expressão *cláusulas restrictivas de carácter leonino*, entre as quais estão elencadas: a) as que excluem ou limitam a responsabilidade; b) as que facultam a dissolução dos contrato ou a alteração unilateral das sua condições; c) as que condicionam ao consentimento da outra parte o exercício de algum direito contratual do aderente; d) as que obrigam o aderente a recorrer ao outro contratante ou a um terceiro em caso de necessidade; e) as que impõem ao aderente a renúncia antecipada a qualquer direito que se poderia fundar o contrato; f) as que autorizam a outra parte a proceder em nome do aderente ou em sua substituição para obter a realização de um direito; g) as que impõem ao aderente os meios ou a carga probatória; h) as que sujeitam a prazo ou condição os direitos

do aderente de valer-se das ações legais; i) as que permitem a eleição unilateral do foro.

O consumidor (aderente), diante de cláusulas desta natureza, poderá ser dispensado de cumpri-las ou pedir a sua modificação por um juiz (art. 691). Os atos afetados pela nulidade produzem efeitos quando a parte prejudicada opta por mantê-los (art. 365).

O *Proyecto de Ley* do Consumidor apresentado à *Cámara de Senadores* paraguaia em 3 de junho de 1991 se sustentou em critérios como os do *Proyecto de Código Único* argentino de 1987, em que os contratos deveriam ser completos, claros, legíveis e conter cláusulas eqüitativas e que os juizes poderiam invalidar ou atenuar o rigor das cláusulas contratuais abusivas ou danosas, sempre com interpretação a favor do consumidor (*favor debitoris*).⁷⁴

2.2.3 O Sistema Uruguaio

A lei relativa à proteção do consumidor no Uruguai é bastante recente - Lei 17.189 de 20.9.99-, denominada "Dictanse normas relativas a las relaciones de consumo".⁷⁵

A proteção legal do consumidor no Uruguai tem alguma semelhança com a lei brasileira, possuindo uma parte geral que

⁷⁴*Idem*, p. 86.

⁷⁵Ver íntegra da Lei 17.189 na **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 33, p. 262-270, jan./mar. 2000

compreende conceitos e direitos básicos, e uma parte especial, onde situa-se, entre outras, a proteção contratual contra as cláusulas abusivas.

É considerada abusiva, conforme o art. 30, a cláusula que gere claro e injustificado desequilíbrio entre os direitos e obrigações das partes, assim como as cláusulas que violem o princípio da boa-fé.⁷⁶

O art. 31 prevê um rol exemplificativo de cláusulas consideradas abusivas,⁷⁷ podendo o consumidor pleitear a declaração de sua nulidade, momento em que o juiz deverá

⁷⁶ **"Artículo 30.** Es abusiva, por su contenido o por su forma, toda cláusula que determine claros e injustificados desequilibrios entre los derechos y obligaciones de los contratantes en perjuicio de los consumidores, así como toda aquella que viole la obligación de actuar de buena fe. La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no referirá al producto o servicio ni al precio o contraprestación del contrato, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible."

⁷⁷ **"Artículo 31.** Son consideradas cláusulas abusivas, sin perjuicio de otras, las siguientes:

- A) Las que exoneren o limitem la responsabilidad del proveedor por vicios de cualquier naturaleza de los productos o servicios, salvo que una norma de derecho lo habilite o por otra causa justificada.
- B) Las que impliquen renuncia de los derechos del consumidor.
- C) Las que autoricen al proveedor a modificar los términos del contrato.
- D) La cláusula resolutoria pactada exclusivamente en favor del proveedor. La inclusión de la misma deja a salvo la opción por el cumplimiento del contrato.
- E) Las que contengan cualquier precepto que imponga la carga de la prueba en perjuicio del consumidor cuando legalmente no corresponda .
- F) Las que impongan representantes al consumidor.
- G) Las que impliquen renuncia del consumidor al derecho a ser resarcido o reembolsado de cualquier erogación que sea legalmente de cargo del proveedor.
- H) Las que establezcan que el silencio del consumidor se tendrá por aceptación de cualquier modificación, restricción o ampliación de lo pactado en el contrato.

La inclusión de cláusulas abusivas da derecho al consumidor a exigir la nulidad de las mismas y en tal caso el Juez integrará el contrato. Si hecho esto, el Juez apreciará que con el contenido integrado del contrato este careciera de causa podrá declarar la nulidad del mismo."

integrar o contrato.

3 A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR CONTRA AS CLÁUSULAS ABUSIVAS NO SISTEMA BRASILEIRO

A Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 - Código de Defesa do Consumidor -, representa uma verdadeira mudança com relação à proteção dos direitos dos consumidores, pois, de uma visão clássica, liberal, individualista do direito privado tradicional, representado pelo Código Civil de 1917 e pelo Código Comercial de 1850, cujas normas relativas à autonomia da vontade privada e à força vinculativa da vontade (*pacta sunt servanda*) norteavam a os contratos, evoluímos para uma visão social que valoriza a função do Direito como garantidor do equilíbrio contratual.

Assim, o Código de Defesa do Consumidor inovou consideravelmente no direito de obrigações, sobretudo quanto aos contratos.

A nova lei reduz o espaço reservado à autonomia da vontade das partes impondo normas imperativas que visam proteger o consumidor e manter o equilíbrio do contrato. Desta forma, o Estado intervém nas relações de consumo criando normas proibitórias da utilização de cláusulas abusivas, entre outras, as quais são normas de ordem pública, imperativas e inafastáveis pela vontade das partes, conforme expressamente explicitado no artigo 1º do Código de Defesa do Consumidor, em consonância com os ditames da justiça social, previstos na

Constituição da República.⁷⁸

Estas normas limitam o exercício dos direitos, bem como relativizam⁷⁹ a aplicação dos contratos de consumo, os dogmas da autonomia da vontade privada e da liberdade contratual e, de consequência, a máxima *pacta sunt servanda*, priorizando a função social do contrato preconizada constitucionalmente, tudo com vistas a restabelecer o equilíbrio na relação de consumo⁸⁰.

O consumidor é tido como vulnerável⁸¹ na relação de consumo, conforme previsão do art. 4º, I, do Código de Defesa do Consumidor. Daí a intervenção do Estado a fim de dar às partes tratamento isonômico, entendido como tratar *desigualmente os desiguais* e na exata medida de sua desigualdade.

Serão indicadas, sucintamente as cláusulas contratuais consideradas abusivas pelo Código de Defesa do Consumidor:

a)cláusula de não indenizar, aí incluídas as cláusulas que impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor (art. 51, I);

⁷⁸Arts. 5º, XXXV e 170, V, da Constituição Federal.

⁷⁹"Na revisão contratual, a aplicação dos princípios jurídicos que regem as políticas públicas mandatórias de proteção ao consumidor relativizam o princípio do *pacta sunt servanda* e autorizam a revisão judicial dos contratos como meio de aplicação dos direitos." (STJ - 3ª Turma - Agravo 271024/RS, Rel.Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 03.02.2000, DJ 18.02.2000) - grifo nosso.

⁸⁰Observe-se o conceito de relação de consumo apresentado por Claudio BONATTO e Paulo Valério dal Pai MORAES: "Relação jurídica de consumo é o vínculo que se estabelece entre um consumidor, destinatário final, e entes a ele equiparados, e um fornecedor profissional, decorrente de um ato de consumo ou como reflexo de um acidente de consumo, a qual sofre a incidência da norma jurídica específica, com o objetivo de harmonizar as interações naturalmente desiguais da sociedade moderna." (Claudio BONATTO e Paulo Valério dal Pai MORAES, **Questões controvertidas no Código de Defesa do Consumidor**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p.63).

⁸¹Paulo Valério Dal Pai MORAES, **Código de Defesa do Consumidor** : o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade e nas demais práticas comerciais. Porto Alegre : Síntese, 1999, *passim*.

- b) cláusulas que subtraíam ao consumidor a opção de reembolso de quantia já paga (art. 51, II);
- c) cláusulas de transferência de responsabilidade a terceiros (art. 51, III);
- d) cláusulas iníquas, abusivas ou exageradas, incompatíveis com a boa-fé ou com a equidade (art. 51, IV);
- e) cláusulas que estabeleçam a inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor (art. 51, VI);
- f) cláusulas que determinem a utilização compulsória da arbitragem (art. 51, VII);
- g) cláusulas de imposição de representante/mandatário (art. 51, VIII);
- h) cláusulas que deixem ao fornecedor a opção de conclusão ou não do contrato (art. 51, IX);
- i) cláusulas que permitam ao fornecedor proceder a variação unilateral de preço (art. 51, X);
- j) cláusulas que autorizem ao fornecedor cancelar unilateralmente o contrato (art. 51, XI);
- l) cláusulas que obriguem ao consumidor ressarcir os custos com a cobrança, sem que igual direito lhe seja assegurado contra o fornecedor (art. 51, XII);
- m) cláusulas que autorizem ao fornecedor modificar unilateralmente o conteúdo do contrato (art. 51, XIII);
- n) cláusulas que infrinjam ou possibilitem a violação de normas ambientais (art. 51, XIV);
- o) cláusulas que estejam em desacordo com o sistema de proteção do consumidor (art. 51, XV);
- p) cláusulas que possibilitem a renúncia do direito à indenização por benfeitorias necessárias (art. 51, XVI);
- q) cláusulas que estipulem multa moratória superior a 2% do valor da prestação (art. 52, § 1º);
- r) cláusulas que estejam em desacordo com o direito do consumidor à liquidação antecipada de seu débito com a redução proporcional de juros e encargos (art. 52, § 2º).⁸²

3.1 CLÁUSULAS ABUSIVAS, CONDIÇÕES GERAIS DOS CONTRATOS E CONTRATOS DE ADESÃO

Na sociedade de massa em que vivemos, a empresa,

⁸² Além das cláusulas abusivas previstas em rol exemplificativo no art. 51, a Secretaria de Direito Econômico divulga anualmente elenco complementar de cláusulas contratuais abusivas, de acordo com a determinação do art. 56 do Decreto n. 2.181, de 20 de março de 1997. Este elenco publicado anualmente é meramente exemplificativo e tem como objetivo orientar os órgãos integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. Já foram divulgados 2 elencos: o primeiro por meio da Portaria n. 4, de 13 de março de 1998, do Secretário de Direito Econômico, publicado no DJU de 16 de março de 1998; o segundo em 19 de março de 1999 por meio da Portaria n. 3 da Secretaria de Direito Econômico, publicada no DJU de 22 de março de 1999.

detentora dos meios de produção e distribuição de bens ou serviços, desenvolveu técnicas e métodos de contratação de massa ou *standardizados*, chamados de *contratos de massa*, *contratos de adesão*, *condições gerais dos contratos* ou *cláusulas gerais dos contratos*. Estas técnicas de redação de contratos de massa são utilizadas por questão de economia, praticidade e racionalização.

Tais formas de contratação importam, via de regra, em documentos pré-redigidos pelo uso de um complexo uniforme de cláusulas, sendo utilizados indistintamente em um número indeterminado de futuras relações contratuais, não cabendo, na maioria dos casos, a negociação deles por parte dos consumidores. Trata-se, portanto, de verdadeira oposição aos contratos tipicamente tutelados pelo direito civil, chamados de *contratos individuais*, negociados, *paritários*⁸³ ou *gré a gré*.⁸⁴

Na doutrina estrangeira, a terminologia utilizada para os contratos de massa é variável. Tanto que prefere o legislador de Portugal chamar *cláusulas contratuais gerais*, na Alemanha de *condições gerais dos contratos*, na França de *contratos de adesão* e na Itália como *condições gerais dos contratos*.

Tanto os contratos de adesão⁸⁵ como as chamadas condições

⁸³MARQUES, **Contratos no código de defesa do consumidor**. 3. ed. São Paulo : RT, 1999, *passim*.

⁸⁴Maria Antonieta ZANARDO, **Proteção ao consumidor**. São Paulo : RT, 1994, p. 239 ; Nelson NERY JR., **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado**, 5. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1998, p. 365, 370.

⁸⁵(MARQUES, *op. cit.*, p. 55 e NERY JR., *op. cit.*, p. 358) explicam que a expressão *contrats d'adhesion* foi dada pelo professor francês Raymond Saleilles, na obra "*De la declaration de volonté (Contribution à l'étude*

gerais dos contratos são, em verdade, técnicas de redação dos contratos, comumente tratadas como sinonímias, quando, na verdade, são distintas.

O Código de Defesa do Consumidor definiu contrato de adesão no artigo 54 como *aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo*. De outro lado, silenciou com relação a cláusulas ou condições gerais dos contratos.

Claudia Lima MARQUES, procurando dar clareza à distinção entre contratos de adesão e condições gerais dos contratos, apresenta a diferenciação feita pela Comissão das Comunidades Européias,⁸⁶ definindo contratos de adesão como "os contratos por escrito, preparados e impressos com anterioridade pelo fornecedor, nos quais só resta preencher os espaços referentes à identificação do comprador e do bem ou serviços, objeto do contrato" e por condições gerais dos contratos "aqueles escritos ou não escritos, em que o comprador aceita, tácita ou expressamente, que cláusulas pré-elaboradas unilateral e uniformemente pelo fornecedor para um número indeterminado de relações contratuais venham a disciplinar o seu contrato

de l'acte juridique dans de code civil allemand - art. 116 à 144), Paris, Librairie Générale de droit et de Jurisprudence, nova tiragem, 1929 (a primeira é de 1901), p. 229-230".

⁸⁶MARQUES, *op. cit.*, p. 52; apud *Bulletin des Communautés Européennes Supplément* 1/84, p. 6, item 10.

específico”.⁸⁷

O contrato de adesão, portanto, é, via de regra, um modelo uniforme e impresso, pré-elaborado pelo fornecedor, em que faltam apenas preencherem-se dados como a identificação do consumidor, objeto e preço, cabendo ao consumidor aceitar em bloco todas as cláusulas. Já as condições gerais dos contratos são listas de cláusulas contratuais pré-elaboradas unilateralmente para um número indefinido de contratos, qualquer que seja o tipo de contrato, podendo ou não estar inseridas no documento contratual (este pode ser escrito ou verbal) e que irá reger a relação contratual no momento de sua celebração. As condições gerais dos contratos podem fazer parte de um contrato de adesão.

A distinção apresentada por Nelson NERY JUNIOR é de que as *cláusulas gerais dos contratos* “são o conjunto de regras ou normas (regulamento interno, estatutos, normas de serviços, etc), disciplinadas unilateralmente pelos fornecedores a fim de que, com base nelas, sejam realizados contratos e operações comerciais, industriais ou de prestação de serviços desses fornecedores” e os contratos de adesão são “a concretização das *cláusulas contratuais gerais*, que enquanto não aceitas pelo aderente são abstratas e estáticas e, portanto, não se configuram, ainda, como contrato. As *cláusulas gerais de contratação* tornar-se-ão contrato de adesão, dinâmicas,

⁸⁷MARQUES, *op. cit.*, p. 52.

portanto, se e quando, forem aceitas pelo aderente".⁸⁸

Note-se que, na definição, Nelson NERY JUNIOR utiliza a expressão *cláusulas contratuais gerais* e não *condições gerais dos contratos*. O autor justifica sua opção explicando que no Brasil o termo *condição* tem significado próprio no Código Civil, como elemento accidental do negócio jurídico que subordina sua eficácia a acontecimento futuro e incerto (art. 114 do Código Civil), não sendo, pois, adequado tecnicamente utilizar o termo *condição* para significar *cláusula*.⁸⁹

No texto do Código de Defesa do Consumidor, aprovado pelo Congresso Nacional, foi utilizada a expressão *cláusulas contratuais gerais* no artigo 51, parágrafo 3º e *cláusulas gerais dos contratos* no artigo 54, parágrafo 5º, tendo sido ambos vetados pelo Sr. Presidente da República, porque diziam respeito ao controle administrativo dessas cláusulas, o que seria realizado pelo Ministério Público.

Esse é o motivo por que os *contratos de adesão* passaram a ter tratamento legal expresso no Código de Defesa do Consumidor (art. 54). Todavia, as *condições gerais dos contratos* ou *cláusulas gerais dos contratos* (qualquer que seja a denominação dada) permanecem sem previsão no ordenamento jurídico, apesar de ambas as técnicas continuarem existindo e sendo praticadas,

⁸⁸NERY JR., *op. cit.*, p. 361.

⁸⁹*Idem*, p. 363, explica o autor que originariamente no Anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor utilizou a expressão "condições gerais dos contratos" e que após vários debates entendeu por bem passar a adotar a expressão "cláusulas gerais dos contratos" por ser de maior precisão científica, o que foi recepcionado no Anteprojeto nos arts. 51 e 54, tendo sido posteriormente vetados.

sobretudo no âmbito dos contratos bancários, de seguros, consórcios, planos de saúde, etc..

Os contratos de massa, sejam por meio de contrato de adesão ou de condições gerais dos contratos, podem conter cláusulas abusivas. Mas não só estes: os contratos negociados ou de comum acordo (*contrat de gré à gré*) têm a proteção contra cláusulas abusivas; basta, para tanto, que se esteja diante de uma relação de consumo.⁹⁰

3.2 ARTIGO 51 DO CDC : ABUSO DE DIREITO OU ATO ILÍCITO?

O legislador, ao adotar a denominação *cláusulas abusivas*, não se preocupou em conceituar a expressão; preferiu, sim, deixar sua determinação para a jurisprudência, o que é feito por cláusulas gerais como a do art. 51, IV ou, ainda, indicar a abusividade em alguns casos e práticas (lista do art. 39 e 51).⁹¹

Logo, ante a ausência de conceituação de cláusula abusiva pelo legislador, faz-se necessária uma breve análise da questão, aliás bastante controvertida na doutrina, quanto à abusividade tratar-se de abuso de direito e/ou de ilicitude.

Para que se possa aproximar da definição de cláusula abusiva, é necessário analisar os conceitos de abuso de direito

⁹⁰Sobre relação de consumo, ver Claudio BONATTO e Paulo Valério dal Pai MORAES, **Questões controvertidas no código de defesa do consumidor**. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1998, p.59 ss.

e de ato ilícito, já que os doutrinadores que têm procurado enfrentar o tema (e não são muitos) apresentam distintos posicionamentos.⁹² Entretanto, o tema não será objeto de vasta exposição, posto que o presente trabalho apresenta objeto diverso.

Carlos Alberto BITTAR,⁹³ citando Luis Josserand,⁹⁴ evidencia que quando algum empresário, utilizando da liberdade de contratar, impõe aos consumidores cláusulas extremamente onerosas, está ele praticando ato abusivo e que todos os contratos, inclusive e principalmente os de adesão, são permeáveis ao abuso do direito, podendo tal deformação intencional do direito manifestar-se em qualquer de suas fases.⁹⁵

Nelson NERY JUNIOR,⁹⁶ em sentido oposto, ensina que o instituto das cláusulas abusivas não se confunde com o de abuso

⁹¹MARQUES, *op. cit.*, p. 402.

⁹²**Ver**, em ampla exposição sobre o abuso de direito e ato ilícito, Heloísa Carpena Vieira de MELLO, Seguro saúde e abuso de direito. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 26, p. 98-104, abr./jun. 1998 ; Luiz Renato Ferreira da SILVA, Cláusulas abusivas: natureza do vício e decretação de ofício. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 23-24, p. 123-125, jul./dez. 1997.

⁹³Carlos Alberto BITTAR [Coord.]. **Os contratos de adesão e as cláusulas abusivas**. São Paulo : Saraiva, 1991, p. 78.

⁹⁴"A cláusula abusiva é a manifestação por excelência do abuso do direito no contrato, pois abusa-se do seu direito quando, apesar de permanecer dentro de seus limites, se visa um fim diferente daquele que o legislador objetivava". Conforme BITTAR, *op. cit.*, p. 77.

⁹⁵No mesmo sentido, para João Bosco Leopoldino da FONSECA, "uma cláusula contratual poderá ser tida como abusiva quando se constitui num abuso de direito, como o faz o predisponente num contrato de adesão quando comete abusos a redigir a cláusula, de forma a causar dano ao aderente". (*Op. cit.*, p. 127-128).

⁹⁶NERY JUNIOR, *op. cit.*, p. 400.

de direito do parágrafo único do artigo 160 do Código Civil,⁹⁷ pois deve-se tomar a expressão *cláusulas abusivas* como sinônima de **cláusulas opressivas, cláusulas onerosas, cláusulas excessivas**. A seu ver, a cláusula abusiva é aquela notoriamente desfavorável à parte mais fraca da relação contratual. No mesmo sentido, Maria Antonieta ZANARDO entende que "as cláusulas abusivas não podem ser entendidas como abuso de direito, mas sim como cláusulas excessivas, muito onerosas, que comportam uma vantagem indiscriminada em favor de um contraente em detrimento do outro".⁹⁸

Em uma discussão entre juristas italianos acerca da natureza jurídica do termo "cláusula abusiva", Guido ALPA⁹⁹ questiona:

Sai la legge che il decreto parlano di "clausole abusive". Questa terminologia non si riscontra in altre legislazioni recenti, come nella svedese, in quella israeliana, oppure in quella tedesca, anche se, specialmente in Germania, la dottrina dell'abuso del diritto há avuto in sicuro sviluppo e sono numerose le applicazioni giurisprudenziali. Ora, mi chiedo se l'uso del termine "abusivo" risponde soltanto alla tradizione culturale francese della teoria dell'abuso del diritto oppure se questa particolare terminologia svolge un ruolo effettivo nell'applicazione della legge e, in particolare, se è possibile prevedere una applicazione a seconda delle diverse teorie soggettive ed oggettive.

⁹⁷"**Artigo 160.** Não constituem atos ilícitos:

I - Os atos praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido.

II- A deterioração ou destruição da coisa alheia, a fim de remover perigo iminente (art. 1.519 e 1.520);

Parágrafo único. Neste último caso, o ato será legítimo, somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo."

⁹⁸ZANARDO, *op. cit.*, p. 239.

⁹⁹ C. Massimo BIANCA, **Le condizioni generali di contratto**. Milão : Giuffrè, 1981, p. 437. v. 2.

Philippe MALINVAUD,¹⁰⁰ em resposta a Guido ALPA, é categórico:

*Io non penso che la formula "clausole abusive" si riferisca alla teoria dell'abuso del diritto. Credo, piuttosto, che bisogna interpretare l'espressione secondo il linguaggio corrente francese, cioè come **clausola eccessiva, troppo onerosa**, che comporta un vantaggio indiscriminato a favore di uno dei contraenti e a discapito dell'altro.*

E, arremata C. Massimo BIANCA:¹⁰¹

Questo, però lascia un largo margine di discrezionalità nello stabilire quando una clausola è abusiva e quando invece non lo è.

Para Alesandra BELLELLI, as dúvidas manifestadas pela doutrina italiana no passado, quanto a tratar-se ou não de ilícito a utilização do remédio inibitório em matéria de condições gerais dos contratos, é questão já superada que, devido ao tratamento legal, podendo qualificar-se como ilícita.¹⁰²

Ruy Rosado Aguiar JUNIOR¹⁰³ entende que o Código não tentou definir abusividade usando um enunciado, mas estabeleceu duas cláusulas gerais para identificar as situações abusivas: a **cláusula da lesão enorme** e a **cláusula da boa-fé**. O autor caracteriza a cláusula geral da lesão enorme como aquela que ocorre quando houver vantagem exagerada e a cláusula ameaça o

¹⁰⁰ *Idem, loc.cit.*

¹⁰¹ *Idem, loc.cit.*

¹⁰² A. BELLELLI, La tutela inibitoria. In: C.M. BIANCA ; F.D. BUSNELLI [Coord.]. **Comentario al capo XIV bis del codice civile** : dei contratti del consumatore. Padova : CEDAM, 1999, p. 936.

¹⁰³ AGUIAR JR., Cláusulas abusivas no código do consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima [Coord.]. **A proteção do consumidor no Brasil e no Mercosul**. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1994, p. 14.

desequilíbrio contratual ou impõe onerosidade excessiva (art. 51.par. 1º); e define a cláusula geral de boa-fé objetiva como aquela em que devem as partes comportar-se de acordo com um padrão ético de confiança e de lealdade (art. 4º, III e art. 51, IV do Código).¹⁰⁴

Como se percebe, a doutrina é bastante divergente em abordar a natureza das cláusulas abusivas. Faz-se necessário, por isso, analisar os conceitos de abuso de direito e ato ilícito. O *abuso de direito* tem como significado um uso mau, reprovável ou reprovado, ilegítimo ou tido como tal, de um direito de que alguém é titular.¹⁰⁵

O *ato abusivo* só se revela pela sua disformidade valorativa em relação à prerrogativa exercida e não pela sua contraditoriedade a específicas obrigações normativas, enquanto que o *ilícito* é o comportamento negador de específicas orientações axiológico-normativas, é a conduta que contradiz concretas proibições de ação ou omissão, como reflexo do juízo de valor na norma, conforme ensina CUNHA DE SÁ.¹⁰⁶

Assim como no abuso de direito não se pressupõe necessariamente a ilicitude, no ato ilícito não há exercício de um direito subjetivo, porque inexistente o direito.¹⁰⁷

¹⁰⁴ *Idem*, p. 17-18.

¹⁰⁵ M. ROTONDDI, L'Abuso di diritto. *Rivista di Diritto Civile*, a. 15, 1923, p. 109, citado por João Bosco Leopoldino da Fonseca, **Cláusulas abusivas nos contratos**, 2. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1995, p. 111.

¹⁰⁶ Fernando Augusto CUNHA DE SÁ, **Abuso de direito**. Coimbra : Almedina, 1997, p. 499.

¹⁰⁷ Paulo Luiz Neto LÔBO, **Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas**. São Paulo : Saraiva, 1991, p. 159 ; AGUIAR JR., *op. cit.*, p. 22 ;

Segundo Claudia Lima MARQUES, para definir abusividade existem dois caminhos: uma aproximação **subjetiva** da abusividade com a figura do abuso do direito, entendido como uso malicioso ou desviado de suas finalidades de um direito concedido a um agente; ou uma aproximação **objetiva**, conectando a abusividade a outros paradigmas como a boa-fé ou a lesão enorme, tendo como elemento principal o resultado, o prejuízo objetivamente sofrido pelo consumidor, o prejuízo resultante da cláusula, a falta de razoabilidade ou comutatividade do exigido no contrato.¹⁰⁸

Para Alcides TOMASETTI JÚNIOR, o conceito de cláusula abusiva é muito mais amplo do que o conceito de cláusula ilícita, podendo haver cláusulas lícitas que sejam ao mesmo tempo abusivas na exata medida em que concretamente provoquem um desequilíbrio contratual em desvantagem exclusiva de uma das partes.¹⁰⁹

O português João de Matos ANTUNES VARELA, por seu lado, entende que há abuso de direito sempre que o titular o exerce

MARQUES, **Contratos no código de defesa do consumidor**. 3. ed. São Paulo : RT, 1999, p. 405 ; Renata MANDELBAUM, **Contratos de adesão e contratos de consumo**. São Paulo : RT, 1996, p. 208.

¹⁰⁸MARQUES, *op. cit.*, p. 402-403.

¹⁰⁹Para o autor "se a Constituição explicitamente alicerçou princípios de direito, à sua luz terão de ser apreciadas as normas constantes das leis infraconstitucionais. Todas as regras incompatíveis com os princípios constitucionais devem considerar-se implicitamente revogadas, total ou parcialmente. Da mesma forma, todos os negócios jurídicos, ou cláusulas deles, que contrariem aqueles princípios devem ser já considerados **ilícitos**, com as consequências de direito comum ordenadas à nulidade superveniente, ou à oportuna ineficacização daqueles negócios e cláusulas". (Alcides TOMASETTI JR., Aspectos da proteção contratual do consumidor no mercado imobiliário urbano. Rejeição das Cláusulas Abusivas pelo Direito Comum. **Revista Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 2, p. 65, 1992).

com manifesto excesso dos limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim econômico ou social desse direito, não sendo necessária a consciência do agente, mas bastando apenas que objetivamente se excedam tais limites, em termos contrários à justiça.¹¹⁰

De acordo com o Projeto de Código Civil de 1975, já aprovado pelo Senado, o abuso do direito foi incluído na categoria dos atos ilícitos. Observe-se: "Art. 186. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos costumes".¹¹¹ Veja-se, portanto, que no próprio projeto o ato abusivo, ou seja, o ato praticado com abuso de direito é tido como um ato ilícito.

Guilherme FERNANDES NETO, em obra específica sobre a questão, entende que o Código de Defesa do Consumidor utilizou-se da teoria do abuso do direito "por intermédio do conceito de abuso (abusivo ou abusividade), para tratar indistintamente determinadas cláusulas, práticas comerciais, publicidades e, por fim, do abuso de direito perpetrado através da pessoa jurídica".¹¹²

¹¹⁰ João de Matos ANTUNES VARELA, **Das obrigações em geral**. 9. ed. Coimbra : Almedina, 1998, p. 564, 565. O mesmo autor cita VAZ SERRA na nota 2 da p. 566, em sentido oposto ao seu pensamento: "Quem abusa do seu direito, escreve VAZ SERRA (est. cit. n. 5), utiliza-o fora das condições em que a lei permite, e o efeito deve ser, portanto, em princípio, o que resultaria do exercício de um direito só aparente, isto é, da falta do direito."

¹¹¹ "Tal artigo, aliás, é reprodução do artigo 334º do Código Civil português que prevê: "Artigo 334º. É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito."

¹¹² Guilherme FERNANDES NETO, **O abuso do direito no código de defesa**

Entende o mesmo autor, que deve ser dada a devida autonomia à teoria do abuso do direito, sem tratar ato abusivo como modalidade do ato ilícito, como o fez a doutrina clássica. Em seu entendimento, a diferença entre ambos é de que o ilícito exige a prova do dano, elemento objetivo que pode inexistir no abuso do direito. "Sem prejuízo não há que se falar em ilícito." Há, entretanto, igualdade entre ambos quando à sanção de nulidade no plano contratual, pois o ilícito e o abusivo implicam em nulidade.¹¹³

Em que pese a coerência havida no raciocínio do autor, este não parece ser o melhor entendimento.

O atrelamento do ato ilícito ao elemento dano é próprio da doutrina clássica, a qual vem sofrendo modificações, sobretudo em razão de sistema como o é o Código de Defesa do Consumidor. Resta superado o necessário atrelamento entre ato ilícito e dano, entendendo-se ser possível haver o ilícito sem dano, como ocorre com relação à infração às normas de trânsito, que pode ou não gerar dano, e como ocorre, também, com as cláusulas abusivas, que embora tenha ocorrido o ilícito, entendido como a inserção de cláusulas abusivas em instrumento contratual, pode ainda não se ter verificado o dano.

Assim, rechaçamos o elemento dano ou prejuízo como elemento intrínseco ao ato ilícito, discordando, portanto do elemento apontado pelo autor como diferenciador entre ato

do consumidor : cláusulas, práticas e publicidades abusivas. Brasília : Brasília Jurídica, 1999, p. 112.

¹¹³ *Op cit.*, p. 200-201.

ilícito e ato abusivo.

Fazendo uma análise de todos os conceitos apresentados, parece-nos mais acertado concluir que, conceitualmente, ato abusivo e ato ilícito são distintos. O *ilícito* é a conduta que contradiz concretas proibições de ação ou omissão - no ato ilícito não há exercício de um direito subjetivo, porque inexistente o direito. O ato abusivo é o ato praticado pelo titular do direito, logo, em princípio, é ato lícito; porém, praticado excedendo os limites do direito. É, portanto, o *exceder os limites do direito* que caracterizará o ato como abusivo e, também, que poderá levar à ilicitude, havendo ou não a possibilidade de causar danos a terceiros e nascer a obrigação de reparação, já que a figura do dano não está necessariamente associada à de ato ilícito.

A questão é, no plano do Código de Defesa do Consumidor - notadamente em relação às cláusulas abusivas -, identificar quais são estes limites. É preciso buscar os limites no âmbito do próprio sistema de proteção ao consumidor, em seus princípios orientadores das relações de consumo, sobretudo a boa-fé, a equidade, o equilíbrio das partes no contrato, consubstanciados nos artigos 4º, III, 51, IV e parágrafo 1º.

Se no Projeto de Código Civil o ato praticado com excesso de *limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos costumes (ato abusivo)* é ato ilícito, tendo ambos a mesma sanção, a nulidade, analogicamente, a situação não é diferente no âmbito do Código de Defesa do Consumidor. Assim, a

cláusula abusiva constante de um contrato, violadora de princípios do Código de Defesa do Consumidor, será, também, uma cláusula ilícita. E não só por isto, pois no sistema do Código de Defesa do Consumidor uma cláusula só será abusiva se estiver em desacordo com as previsões das disposições legais do sistema, motivo pelo qual as cláusulas reputadas abusivas serão também ilícitas, porque violadoras do direito - na hipótese em análise, violadoras das normas do Código de Defesa do Consumidor.¹¹⁴

Portanto, embora conceitualmente abusividade e ilicitude sejam figuras distintas, no sistema do Código de Defesa do Consumidor, uma cláusula tida como abusiva será sempre uma cláusula ilícita, porque violadora de seus princípios e de suas normas, estas de ordem pública e de interesse social nos termos da Constituição Federal e do Código de Defesa do Consumidor.¹¹⁵

¹¹⁴Não se pode esquecer, como bem frisou Paulo Luiz Neto LOBO, que a qualidade da cláusula abusiva não pode ser extraída somente de seu texto, à simples leitura ou interpretação, pois o abuso deflui do contexto, no quadro de circunstâncias considerado pelo direito. (**Condições gerais dos contratos ...**, p. 159).

¹¹⁵**Ver** FONSECA, *op. cit.*, p. 130. Tal conclusão, de certa forma, coincide com a posição adotada por Paulo Luiz Neto LÔBO (*Op. cit.*, p. 160) de que nos efeitos e na sanção, a consequência jurídica imputada à abusividade e à ilicitude é a mesma: a nulidade e, que, sob este plano, ambas são ilícitas, em sentido lato, além de mencionar uma possível ilicitude material "em que se enquadram as cláusulas abusivas por gerarem uma quebra intolerável do equilíbrio contratual, vulnerando princípios fundamentais do sistema jurídico, como a ordem pública, a equidade e a boa-fé." Veja-se, também, a conclusão de Claudia Lima MARQUES (**Contratos no código de defesa do consumidor**, p. 405) de que as cláusulas abusivas são também contrárias ao direito, ilícitas, se compreendermos o direito não só como um conjunto de leis e normas, mas como seus princípios gerais, nos quais se inclui o da boa-fé objetiva. Ruy Rosado de AGUIAR JR. (**Cláusulas abusivas no código do consumidor**, p. 22) conclui que as cláusulas abusivas são também cláusulas ilícitas, porque contrárias ao Direito, não apenas como um conjunto de leis, mas um sistema também integrado por princípios gerais de moralidade e de interesse público. E, ainda, Heloísa Carpena Vieira de MELLO (Seguro saúde e abuso de direito. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 26, p. 102, jun. 1998): "desta forma, abusiva

3.3 A SANÇÃO DE NULIDADE DAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

Entre os direitos básicos do consumidor está elencada a proteção contra as cláusulas abusivas, conforme expressa disposição do artigo 6º, IV do Código de Defesa do Consumidor.¹¹⁶

Além de dar às cláusulas abusivas o tratamento de direito básico, o Código de Defesa do Consumidor enumerou uma lista de cláusulas consideradas abusivas, em rol não taxativo, no artigo 51, cominando-lhes de *nulidade de pleno direito*.

Tal lista, portanto, é *numerus apertus* e não *numerus clausus*, até porque o próprio artigo 51 menciona serem aquelas hipóteses nulas "entre outras". Nesta lista encontram-se descritas inúmeras situações colhidas da jurisprudência, que comumente se encontram nos contratos de consumo e que o legislador considerou abusivas. Entretanto, além destas existe, nos incisos IV, XV e parágrafo 1º, a possibilidade de vir a serem consideradas abusivas outras cláusulas que contrariem a sistemática e os princípios do Código.

Como se observa do artigo 51, o rol de cláusulas abusivas foi instituído em uma única lista, cujas cláusulas são sempre nulas, diferentemente de outros sistemas, como o alemão (1976), em que existem duas listas: a chamada lista negra (§ 11), cujas

será qualquer estipulação que atente contra esta função <proteção da confiança>, abusiva e, portanto, ilícita".

¹¹⁶"Artigo 6º. São direitos básicos do consumidor: [...] IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou

cláusulas são consideradas ineficazes; e a chamada lista cinza (§ 10), as quais, a critério do juiz, podem ser consideradas ineficazes.¹¹⁷

No sistema português, o Decreto-lei 446/85, alterado pelo Decreto-Lei 220/95, que regula especificamente as cláusulas contratuais gerais, dividiu as cláusulas abusivas em absolutas e relativas, específicas para dois grupos distintos de contratantes: a) nas relações entre empresários e entidades equiparadas (art. 17º), estipulou uma lista de cláusulas absolutamente proibidas (art. 18º) e outra de cláusulas relativamente proibidas (art. 19º); b) nas relações com consumidores finais - não abrangidas pelo artigo 17º (art. 20º) -, estipulou uma lista de cláusulas absolutamente proibidas (art. 21º) e outra lista de cláusulas relativamente proibidas (art. 22º). As cláusulas contratuais gerais são nulas nos termos do Decreto-lei (art. 12º) e não se pode esquecer que o sistema português tem seu princípio geral previsto no artigo 15º, em que são proibidas as cláusulas contratuais gerais contrárias à boa-fé. Além disto, a Lei 24/96 portuguesa, aplicável à defesa dos consumidores em geral e em seu artigo 16, estipula que "sem prejuízo do regime das cláusulas contratuais gerais, qualquer convenção ou disposição contratual que exclua ou restrinja os direitos atribuídos pela presente lei é nula".

impostas no fornecimento de produtos e serviços."

¹¹⁷MARQUES, Novas Regras sobre a Proteção do Consumidor nas Relações Contratuais. *Revista Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 1, p. 45, mar.

Também no sistema italiano, o artigo 1469-bis prevê uma lista de cláusulas presumivelmente vexatórias até prova em contrário, tidas como ineficazes (1469-*quinquies*, 1º *comma*) e sendo tratado na doutrina como hipóteses de ineficácia relativa e a outra lista no artigo 1469-*quinquies*, 2º *comma*, prevê uma lista de cláusulas tratadas como absolutamente ineficazes.

Vê-se, portanto, que de modo geral os sistemas de outros países adotaram listas de cláusulas consideradas abusivas, às quais é cominada a sanção de nulidade absoluta ou de nulidade relativa, sem prejuízo, é claro, da adoção do princípio da conservação do contrato, sempre que possível, encampado por quase todos os sistemas já analisados. O Código de Defesa do Consumidor brasileiro, a *contrario sensu*, inovou quando estipulou uma só lista, cominando a sanção de nulidade de pleno direito (art. 51).

3.4 A EXISTÊNCIA DE UMA CLÁUSULA GERAL CONTRA AS CLÁUSULAS ABUSIVAS

Como já mencionado anteriormente, diversos sistemas legais de proteção ao consumidor estabelecem uma *cláusula geral* de boa-fé e/ou de equilíbrio das obrigações das partes, segundo os quais, as cláusulas contrárias a esses princípios gerais seriam consideradas abusivas, ineficazes.

No sistema brasileiro não se adotou a denominação

cláusula geral, mas inseriram-se direitos básicos (art. 6º) e princípios norteadores (art. 4º) das relações de consumo, entre os quais encontramos o princípio máximo da boa-fé (art. 4º, III e art. 51, IV) e do equilíbrio das partes (art. 4º, III, 51, IV e § 1º), sendo que tais princípios são expressamente tratados dentro do rol do artigo 51, donde se pode tranqüilamente concluir que o Código de Defesa do Consumidor tem uma cláusula geral, embora não tratada explicitamente desta forma pelo legislador.

Assim, pode-se chamar de cláusula geral¹¹⁸ aquela em que sua hipótese de incidência seja bastante subjetiva, devendo ser analisada pelo aplicador do direito, caso a caso, já que não traz a descrição objetiva, como ocorre em diversas hipóteses do artigo 51.

Nos sistemas francês, português e alemão, existe uma cláusula geral de boa-fé, a qual não foi adotada nos mesmos termos, mas pode-se dizer que, ainda que implícita nos artigos 4º e 51, o sistema brasileiro tem uma cláusula geral de boa-fé.

Paulo Luiz Neto LÔBO entende que

a cláusula geral da lei brasileira é uma das mais amplas. Constitui os princípios da boa-fé e da equidade e o princípio inominado de vedação de "vantagem exagerada". Sua localização na lei é confusa. Ao contrário das leis alemã, israelita e portuguesa que a destacaram antes dos tipos de cláusulas abusivas, na lei brasileira figura como elemento estranho entre os tipos da lista (inciso IV) e num parágrafo do artigo

¹¹⁸Ver Thierry BOURGOIGNIE, O conceito de abusividade em relação aos consumidores e a necessidade de seu controle por meio de uma cláusula geral. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 6, p. 7-16, abr./jun. 1993. MARQUES, *Contratos no código de defesa do consumidor*, p. 421: "O inciso IV do artigo 51 combinado com o parágrafo 1º deste mesmo artigo constitui, no sistema do CDC, a cláusula geral proibitória de utilização de cláusulas abusivas nos contratos de consumo."

51 (§ 1º). Seu conteúdo é indeterminado e em geral não se compatibiliza com os demais tipos específicos.¹¹⁹

Assim como a boa-fé,¹²⁰ existem outras hipóteses de incidências subjetivas, pelas quais uma cláusula poderá ser reputada como abusiva: a) quando seja incompatível com a boa-fé ou equidade (art. 51, IV, art. 4º, III); b) quando esteja em desacordo com o sistema de proteção do consumidor (art. 51, XV); c) quando estabelecer obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada (art. 51, IV), aqui estando compreendidas as hipóteses de presunção de vantagem exagerada previstas no parágrafo 1º: c.1) a vantagem presumivelmente exagerada por ofender os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence (art. 51, §1º, I); c.2) a vantagem presumivelmente exagerada por restringir direitos ou obrigações inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual (art. 51, §1º, II); c.3) a vantagem presumivelmente exagerada por se mostrar excessivamente onerosa ao consumidor, considerando-se a

¹¹⁹LÔBO, *op. cit.*, p. 163.

¹²⁰ A boa-fé a que refere-se o Código de Defesa do Consumidor é a boa-fé objetiva. Sobre **ver**: Antônio Junqueira de AZEVEDO, A boa-fé na formação dos contratos. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 3, p. 78-87, set./dez. 1992 ; Alberto do AMARAL JUNIOR, A boa-fé e o controle das cláusulas contratuais abusivas nas relações de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 6, p.27, abr./jun. 1993 ; Ruy Rosado de AGUIAR JUNIOR, A boa-fé na relação de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 14, p. 20-27, abr./jun. 1995 ; AGUIAR JUNIOR, **Cláusulas abusivas** ..., p. 18 ; Agathe E. Schmidt da SILVA, Cláusula geral de boa-fé nos contratos de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 17, p. 146-161, jan./mar. 1996 ; Maria Cristina Cereser PEZZELLA, O princípio da boa-fé objetiva no direito privado alemão e brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 23-24, p. 199-224, jul./set. 1997 ; Nelson NERY JUNIOR, **Código brasileiro de defesa do consumidor**, p. 350 ; MARQUES, **Contratos no código** ..., p. 342 ss.

natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso (art. 51, §1º, III).

3.4.1 A utilização de Conceitos Vagos no CDC

Existem, no âmbito do Código de Defesa do Consumidor, diversos conceitos subjetivos, que dependem do critério do julgador para alcançar a objetividade quando da análise de um caso concreto. Estes termos ou expressões pouco precisos são denominados *vagos*,¹²¹ imprecisos, indeterminados,¹²² como por exemplo *vantagem exagerada*, *desvantagem exagerada*, *cláusulas incompatíveis com a boa-fé ou equidade*, *obrigações iníquas* ou *abusivas*, entre outros. Assim, cabe ao juiz identificar o substrato da justiça contido na própria norma.

Ao contrário do que se possa imaginar, não se pretende dificultar, mas facilitar a tarefa do julgador e acompanhar a

¹²¹"O artigo 51, IV do CDC, sinal indelével da atuação da boa-fé na execução contratual, pelo seu tipo vago, ao centrar-se nas obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada constitui fecundo oásis onde a função jurisdicional haure inspiração para a solução das lides que lhe são carreadas, visualizar no mundo dos fatos comportamentos caracterizadores de abuso no contratar, cuja criação dada a fertilidade do engenho humano no campo obrigacional, tem-se multiplicado sob as mais diversas facetas, sendo escusável a sua não completa previsão pelo legislador." (Edilson Pereira NOBRE JUNIOR, A proteção contratual no código do consumidor e o âmbito de sua aplicação. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 27, p. 64, jul./set. 1998).

¹²²BARBOSA MOREIRA utiliza a denominação "conceitos juridicamente indeterminados", veja-se: "Na fixação dos conceitos juridicamente indeterminados, abre-se ao aplicador da norma, como é intuitivo, certa margem de liberdade. Algo de subjetivo quase sempre haverá nessa operação concretizadora, sobretudo quando ela envolva, conforme ocorre com frequência, a formulação de juízos de valor." (José Carlos BARBOSA MOREIRA, Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. In: _____ [Coord.]. **Temas de direito processual** - Segunda série, São Paulo: Saraiva,

dinâmica da sociedade atual quando se utiliza conceito vago. Assim, o legislador vem optando em utilizar de técnica bastante afeiçoada à intensa mobilidade de nossos dias, notadamente no que diz respeito às relações de consumo, inserindo expressões que dêem ao juiz certa dose de flexibilidade para decidir, o que se convencionou chamar, na doutrina, de *conceitos vagos*. Percebe-se, pois, que é o próprio legislador, em certas circunstâncias, quem propicia a *criatividade judicial*.

Teresa Arruda ALVIM WAMBIER aborda com muita propriedade os conceitos vagos:

A função do conceito vago é a de driblar a complexidade das relações sociais do mundo contemporâneo e a de fazer com que haja certa flexibilização adaptativa na construção e na aplicação da norma jurídica. Eles se constituem na resposta adequada à permanente e frequentíssima mobilidade da realidade objetiva abrangida pela previsão normativa, permitindo "uma aplicação atualista e individualizada da norma, ajustada às peculiaridades de cada situação concreta".¹²³

O Código de Defesa do Consumidor se valeu da utilização de *cláusula geral* em seu sistema, de caráter tipicamente de *conceito vago* ou *conceito juridicamente indeterminado*, como o é a *boa-fé objetiva*, a *equidade* e a *vantagem exagerada*, como mencionado em tópico anterior.

As demais hipóteses previstas no artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor são descritivas de cláusulas expressamente consideradas nulas e, sendo o rol não taxativo, quaisquer

1980, p.61 ss.

¹²³Teresa Arruda ALVIM WAMBIER, Da liberdade do juiz na concessão de liminares. In: _____ [Coord.]. **Aspectos polêmicos da antecipação da tutela**. São Paulo : RT, 1997, p. 516-517.

outras cláusulas que se insiram nas situações aqui denominadas de cláusula geral, indicadas acima, serão também abusivas e, portanto, nulas de pleno direito.

Veja-se, em sentido semelhante quanto à utilização da cláusula geral, a feliz exposição de Paulo Luiz Neto LÔBO, mencionando que

quando o sistema jurídico admite o recurso a cláusulas gerais, a tipicidade da lista é aberta. Não se confunda, todavia, com a tipicidade contratual. Nesta, o espaço em branco deixado pelo legislador pode ser ocupado livremente pelas partes, desde que observadas as regras gerais e os princípios de ordem pública e dos bons costumes. Na tipicidade aberta das cláusulas abusivas existe um limite intransponível, que não é deixado ao líbido do intérprete: a cláusula geral, cujo conteúdo é ditado por valores típico-sociais. A rigor, pode-se dizer que é uma tipicidade relativamente aberta, composta de tipos explicitados na lei e de um tipo geral que se define com a mediação concretizadora do juiz.

Sob a perspectiva do predisponente, a tipicidade aberta é-lhe desfavorável, porque não está de todo livre a predispor como entender as condições gerais que respeitam exclusivamente os tipos da lista de cláusulas abusivas. Hipóteses não previstas expressamente podem estar sujeitas à cláusula geral, tornando as condições gerais correspondentes abusivas e nulas. O campo fica aberto à construção jurisprudencial que possui um modelo dúctil de adaptação social.¹²⁴

3.5 O PRINCÍPIO DA CONSERVAÇÃO DO CONTRATO

Muito embora o Código de Defesa do Consumidor tenha cuidado somente de nulidade absoluta ("de pleno direito") - já que não albergou a nulidade relativa -, tal sistema parece assemelhar-se ao sistema do Código Civil, em que o artigo 145, V, *considera nulo o ato jurídico quando a lei taxativamente*

¹²⁴LÔBO, *op. cit.*, p. 163.

assim o declarar. Desse modo, pelo regime do Código Civil, o ato, como um todo, é considerado nulo.

No regime do Código de Defesa do Consumidor as norma são de *ordem pública e interesse social* (art. 1º), devendo a nulidade de que se trata ser pronunciada judicialmente quer por provocação da parte ou de ofício, a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição, sendo que para tal declaração não ocorre a preclusão.¹²⁵

Embora haja certa semelhança, o sistema de nulidades do Código de Defesa do Consumidor se afastou do sistema clássico das nulidades no Direito Civil, quando, pelo artigo 51, parágrafo 2º, estipulou que *"a nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes"*. Portanto, embora seja considerada inválida a cláusula, não o será o contrato em decorrência da expressa adoção do princípio da conservação do negócio jurídico, diferentemente do sistema clássico das nulidades, em que todo o negócio jurídico estaria maculado pela nulidade absoluta.

Alberto do AMARAL JUNIOR bem acentua que

o legislador optou pela adoção do princípio da conservação dos contratos ao determinar que somente a cláusula abusiva é nula, permanecendo válidas as demais cláusulas contratuais. A nulidade parcial é a solução que melhor atende aos interesses do consumidor, pois, do contrário estaria ele

¹²⁵Antonio Janyr DALL'AGNOL JUNIOR, Cláusulas abusivas : a opção brasileira. MARQUES, Claudia Lima [Coord.]. **A proteção do consumidor no Brasil e no Mercosul**. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1994, p. 39 ; NOBRE JUNIOR, *op. cit.*, p. 64.

privado dos produtos e serviços de que necessita para a sobrevivência.¹²⁶

Para Paulo Luiz Neto LÔBO, "o princípio da conservação serve também para a nulidade parcial de cláusula, quando for possível dar sentido útil à parte restante. Invalida-se a cláusula apenas na parte incompatível com a lista de cláusulas abusivas ou com a cláusula geral de boa-fé e equidade".¹²⁷

Ademais, sendo a vontade do legislador a finalidade da conservação do contrato, deve-se admitir que possam as partes renegociar a cláusula abusiva, modificando o seu conteúdo ou o contexto contratual em que a mesma encontra-se inserida, a fim de eliminar o caráter abusivo. Também por meio da renegociação será possível remover o desequilíbrio contratual verificado assim como manter o contrato com as modificações operadas de conformidade com o entendimento das partes e em observância à prescrição legal.¹²⁸

3.6 A POSSIBILIDADE DE REVISÃO DO CONTRATO E MODIFICAÇÃO DAS CLÁUSULAS ABUSIVAS. A TEORIA DA IMPREVISÃO

Já foi abordado o direito básico do consumidor de

¹²⁶Alberto do AMARAL JUNIOR ; Juarez de OLIVEIRA [Coord.] et alii. **Comentários ao código de proteção do consumidor**. São Paulo : Saraiva, 1991, p. 198.

¹²⁷LOBO, *op. cit.*, p. 179. **Ver**, também, Luiz Renato Ferreira da SILVA, Cláusulas abusivas : natureza do vício e decretação de ofício. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 23-24, p. 134, jul./dez. 1996.

¹²⁸A. BELLELLI. Art. 1469-TER. 3ºCOMMA. In: Salvatore PATTI e Guido ALPA [Coord.]. **Le clausole vessatorie nei contratti com i consumatori**. Milão : Giuffrè, 1997, p. 704. t. 1.

proteção contra as cláusulas contratuais abusivas, expressamente adotado no Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 6º, IV. Mas, no artigo 6º, V, o legislador instituiu, também, como direito básico do consumidor, "a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas".

Em razão desta previsão, abre-se uma exceção no sistema de nulidade absoluta das cláusulas. Isso permite que o juiz revise ou modifique cláusulas que acarretem desequilíbrio do contrato, assim como dos direitos e obrigações das partes contratantes, intervindo o Estado na relação de consumo e sobrepondo-se à vontade das partes.

Assim, com base no inciso V do artigo 6º, o Código parece claro que são passíveis de revisão ou modificação as cláusulas cujas prestações sejam "desproporcionais" ou "excessivamente onerosas"¹²⁹ ao consumidor, entendendo-se aí as cláusulas referentes a preço, encargos e obrigações. O consumidor poderá requerer em juízo a revisão do contrato com a modificação da cláusula abusiva (com a manutenção do vínculo contratual), ou, de outro lado, poderá pleitear a decretação da nulidade da cláusula abusiva e/ou a rescisão do contrato (término do vínculo contratual).¹³⁰

¹²⁹Aqui estamos novamente diante dos chamados "conceitos vagos", antes mencionado.

¹³⁰Para João Batista de Almeida, o dispositivo legal (art. 6º, V do CDC) sugere a possibilidade revisão do contratos em dois momentos: a) a revisão decorrente de causas concomitantes à formação do contrato; b) a revisão decorrente de causas supervenientes à formação do contrato. (João

O direito básico à modificação de cláusula ou revisão do contrato (art. 6º, V) trouxe alterações significativas em relação ao sistema do direito privado tradicional, relativizando o dogma da intangibilidade do contrato, consubstanciado na máxima *pacta sunt servanda*.

Entretanto, muito se questiona acerca da aplicabilidade ou não da Teoria da Imprevisão ao direito básico do art. 6º, V do Código de Defesa do Consumidor, já que há expressa referência aos “fatos supervenientes” e à “onerosidade excessiva”.

A Teoria da Imprevisão do Direito Civil (cláusula *rebus sic stantibus*) é aplicada de acordo com os pressupostos construídos pela doutrina e pela jurisprudência, os quais, segundo Rogério Ferraz DINNINI, seriam, sinteticamente: a) vigência de um contrato comutativo de execução continuada; b) alteração radical das condições no momento de sua execução em relação ao momento de sua formação; c) a onerosidade excessiva do contrato para uma parte e o benefício injusto e exagerado de outra; d) a imprevisibilidade e a extraordinariedade da modificação ocorrida.¹³¹

Evidencia-se, pois, que, muito embora o art. 6º, V do Código de Defesa do Consumidor, que autoriza a revisão ou modificação do vínculo contratual, tenha mencionado como

Batista de ALMEIDA, A revisão dos contratos no código do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 33, p. 144-148, jan./mar. 2000). E, também, João Batista de ALMEIDA, **A proteção jurídica do consumidor**, São Paulo: Saraiva, 2. ed., 2000, p. 159 ss.

¹³¹Rogério Ferraz DONNINI, **A revisão dos contratos no Código Civil e**

pressupostos a ocorrência de *atos supervenientes* que tornem as prestações *excessivamente onerosas*, nada se mencionou acerca da *imprevisibilidade* e da *extraordinariedade*, os quais são requisitos da Teoria da Imprevisão no Direito Civil.

Não havendo previsão legal, não há, no Código de Defesa do Consumidor, a necessidade de o acontecimento (fato superveniente) ser *imprevisível* ou *extraordinário*. Basta, para a modificação ou revisão de cláusula contratual, que a prestação seja desproporcional ou excessivamente onerosa, gerando desequilíbrio contratual.

Afirmar, portanto, que o Código de Defesa do Consumidor acolheu a Teoria da Imprevisão, seria correr o risco de dar margem à interpretação que pode vir em desfavor do consumidor,¹³² não só pela divergência nos pressupostos, mas, também, porque no Código Civil a aplicação da teoria da Imprevisão leva à resolução do contrato, diferentemente do Código de Defesa do Consumidor, em que deve ser observado o *princípio da conservação do contrato* (art. 51, § 2º, do CDC).¹³³

no **Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 59 ss.

¹³²DONNINI, *op. cit.*, p. 173 ss, 206. Cláudia Lima MARQUES, **Contratos do código de defesa do consumidor**. 3. ed. São Paulo: RT, 1999, p. 412 ss. Nelson NERY JUNIOR, **Código brasileiro ...**, p. 466-467.

¹³³Cláudia Lima MARQUES, **Contratos no código de defesa do consumidor**, ..., p. 415.

3.7 FORMAS DE CONTROLE DAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

Como já mencionado, a predeterminação das cláusulas contratuais, seja por meio de cláusulas contratuais gerais e/ou contratos de adesão, pode implicar na prática de abusos por parte do fornecedor, v.g., a limitação ou exclusão da responsabilidade do fornecedor, renovação compulsória, derrogação de competência, eleição de foro, etc. É em razão de abusos desta natureza que os sistemas jurídicos contemporâneos vêm procurando instituir formas de controle dos contratos ou cláusulas sob três modelos: a) controle judicial; b) controle administrativo; e, c) controle legislativo.¹³⁴

O termo *controle* é utilizado com o sentido de exame ou verificação da licitude das cláusulas contratuais pela intervenção de órgãos jurisdicionais ou administrativos com o fim de modificar ou corrigir o instrumento contratual.

O chamado *controle das condições gerais de contrato* ou dos contratos de adesão é muito utilizado no direito estrangeiro, em que, nos últimos anos, diversos países passaram a estabelecer diferentes formas de controle. Veja-se, por exemplo, que o controle judicial se faz pela atividade de

¹³⁴Ver Rodolfo de Camargo MANCUSO e Juarez de Oliveira [Coord.], **Comentários ao código de proteção do consumidor**. São Paulo : Saraiva, 1991, p. 292 ; FONSECA, *op. cit.*, p. 193 ; Alberto do AMARAL JUNIOR, **Proteção do consumidor no contrato de compra e venda**. São Paulo : RT, 1993, p. 116, 246 ss.; MANDELBAUM, *op. cit.*, p. 231 ; Carlos Alberto BITTAR [Coord.], **Os contratos de adesão e o controle de cláusulas abusivas**. São Paulo : Saraiva, 1991, p. 89 ; Enzo ROPPO, **Contratti standard**. Milão : Giuffrè, 1989, p. 155 ss. ; BIANCA, *op. cit.*, *passim* ; Rosario FERRARA, **Contributo allo studio della tutela del consumatore**. Milão : Giuffrè, 1983, p. 84 ss.

aplicação das regras gerais e princípios ao caso concreto, como se dá nas experiências francesa, alemã e inglesa.¹³⁵ No controle administrativo, em que são exemplos o direito israelita e sueco,¹³⁶ são utilizados órgãos ou agências governamentais que têm competência legal para coibir os abusos nas redações dos contratos. O controle legislativo trata-se de uma normatização, ou seja, a fixação de regras e critérios dirigidos ao juiz ou aos órgãos administrativos.

Os controles administrativo e judicial podem ser, ainda, concreto ou abstrato, tendo em vista o momento em que o contrato é firmado. O controle concreto se dá com relação às cláusulas abusivas inseridas em contratos já firmados entre consumidores e fornecedores; o controle abstrato se dá com relação às cláusulas contratuais constantes de modelos contratuais ou condições gerais de contrato ainda não firmados

¹³⁵Martin POSCH, *Le Condizioni generali di contratto secondo il diritto della repubblica democratica tedesca*. In: C. Massimo BIANCA [Coord.]. **Le condizioni generali di contratto**. Milão : Giuffrè, 1981, p. 481 ss.; Gordon BORRIE, *Controlli giudiziali, legislativi ed amministrativi sui contratti standard nel diritto inglese*. In: C. Massimo BIANCA [Coord.]. **Le condizioni generali di contratto**. Milão : Giuffrè, 1981, p. 325 ss.; Giorgio DE NOVA, *Le legge tedesca sulle condizioni generali di contratto (AGB-Gesetz)*. **Rivista di Diritto Civile**, Padova, n. 1, p. 107, jan./mar. 1978 ; Enzo ROPPO, *op. cit., passim* ; *Ibidem*, *Tutela degli interessi diffusi e modelli di controllo sociale dei contratti standard*. **Rivista Trimestrale di diritto pubblico**, p. 307, 1976 ; Jacques GHESTIN, **Les clauses abusives dans les contrats types en France et en Europe**. Paris : LGDJ, 1991, p. 63 ss ; FERRARA, *op. cit.*, p. 102 ss.

¹³⁶L. D'AMBROSIO, *Tecniche e strumenti di controllo sulle condizioni generali di contratto: il modelo israeliano*. In: C. Massimo BIANCA [Coord.]. **Le condizioni generali di contratto**. Milão : Giuffrè, 1981, p. 343 ss ; S. PATTI, *Aspetti del controllo delle condizioni generali di contratto nell'ordinamento svedese : il Consumer Ombudsman*. In: C. Massimo BIANCA [Coord.]. **Le condizioni generali di contratto**. Milão : Giuffrè, 1981, p. 443 ss ; Alessandra BELLELLI, *Aspetti del controllo delle condizioni generali di contratto nell'ordinamento svedese: il Tribunale de Mercato*. In: C. Massimo BIANCA [Coord.]. **Le condizioni generali di contratto**. Milão : Giuffrè, 1981, p. 361 ss ; FERRARA, *op. cit.*, p. 112.

entre as partes ou que estejam na iminência de sê-lo. No Brasil, o Código de Defesa do Consumidor adotou o sistema de controle judicial concreto e abstrato das cláusulas abusivas.¹³⁷

Entretanto, alguns autores mantêm o posicionamento de que permanece o controle administrativo preventivo e abstrato, por meio da utilização do inquérito civil, apesar de o veto presidencial ter excluído o controle administrativo por parte do Ministério Público, como previa o Código.¹³⁸

3.7.1 O Controle Administrativo pelo Ministério Público

Segundo Nelson NERY JUNIOR,¹³⁹ o controle das cláusulas contratuais nos contratos de massa, elaborados sob a técnica de contratos de adesão ou de condições gerais dos contratos, pode ser efetivado sob duas formas: pela via administrativa ou pela via judicial. O controle, seja sob uma forma ou outra, poderá ser abstrato ou concreto. O controle administrativo é aquele

¹³⁷“Note-se que o projeto original do CDC continha normas (art. 51, § 3º e art. 54, § 5º) prevendo a criação de um controle administrativo geral das cláusulas pré-elaboradas unilateralmente, a ser exercido pelo Ministério Público e cuja decisão teria caráter geral. Tais normas, porém, foram objeto de veto pelo presidente da República, **de maneira que a versão do CDC positivada em lei somente autoriza falarmos de um controle judicial dos contratos de consumo.**” (MARQUES, Contratos no código ..., p. 549 - grifo nosso).

¹³⁸Nelson NERY JUNIOR *et alii*, **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado**, 1998, p. 367 ; Luiz Renato TOPAN, Do controle prévio e abstrato dos contratos de adesão pelo ministério público. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 6, p. 156 ss., abr./jun. 1993 ; Cristiano Heineck SCHMITT, As cláusulas abusivas no código de defesa do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, nº 33, p.177, jan./março 2000.

¹³⁹NERY JUNIOR, *op. cit.*, p. 367.

realizado quando da instauração de inquérito civil pelo Ministério Público ou pela adoção de providências no âmbito da administração pública nos limites de seu poder de fiscalização e regulamentação (decretos, portarias, etc). O controle judicial é aquele exercido pelo Poder Judiciário. Ambos podem ser exercidos por controle concreto ou abstrato, conforme se trate de controle de instrumentos já firmados com os consumidores ou não.

Até a aprovação pelo Congresso Nacional, o Ministério Público, no Código de Defesa do Consumidor, tinha expressa autorização legal para fazer o controle administrativo, abstrato das cláusulas contratuais gerais, o que foi vetado pelo Presidente da República. No parágrafo 3º do artigo 51, tinha-se a seguinte redação: "O Ministério Público, mediante inquérito civil, pode efetuar o controle administrativo, abstrato e preventivo das cláusulas contratuais gerais cuja decisão terá caráter geral." E pelo parágrafo 5º do artigo 54, vetado: "Cópia do formulário-padrão será remetida ao Ministério Público que, mediante inquérito civil, poderá efetuar o controle preventivo das cláusulas gerais dos contratos de adesão".¹⁴⁰

Todavia, em que pese ao veto ter extirpado do Código a previsão de controle administrativo das *cláusulas contratuais gerais* pelo Ministério Público, autores como Nelson NERY

¹⁴⁰ Como já mencionado, nos artigos vetados o Código havia adotado a nomenclatura "cláusulas contratuais gerais" e "cláusulas gerais dos contratos" por entender ser mais preciso tecnicamente utilizar o termo *cláusulas* do que *condições*.

JUNIOR¹⁴¹ e Luiz Renato TOPAN entendem que tal controle permanece não exatamente da mesma forma, mas com amparo no artigo 8º, parágrafo 1º, da Lei n. 7.347/85 (ação civil pública) e artigo 90 do Código de Defesa do Consumidor, por ser atribuição institucional exclusiva do Ministério Público a instauração do inquérito civil, conforme artigo 129, III da Constituição Federal.¹⁴²

Explica TOPAN que, se as normas fossem mantidas,

o Ministério Público por meio do inquérito civil, analisaria as cláusulas gerais dos contratos, notadamente nos de adesão (art. 54, § 5º, vetado). Análise esta que redundando na conclusão de abusividade de alguma cláusula, importaria em decisão de cunho administrativo, visando a prevenção do dano ao consumidor, em que se decretaria nulidade, das respectivas cláusulas em caráter geral. Ou seja, na esfera administrativa haveria uma solução tutelando *erga omnes* os consumidores vinculado àquela relação contratual específica, independentemente de dado efetivo e individual.

Assim, independentemente do veto, entende Nelson NERY JUNIOR¹⁴³ que é perfeitamente possível a atuação do Ministério Público no controle administrativo das *cláusulas gerais de contratação*, tanto do ponto de vista abstrato como concreto.

¹⁴¹“O veto não tem nenhum efeito prático, pois continuam em vigor as disposições sobre o inquérito civil, poderoso instrumento de prevenção e de composição de conflitos de consumo, que continuará sendo utilizado pelo Ministério Público no desempenho de seus interesses institucionais.” (NERY JR., *op. cit.*, p. 368).

¹⁴²*Idem*, p. 367 ; TOPAN, *op. cit.*, p. 161-162. TOPAN faz severas críticas ao veto presidencial ao artigo 51, parágrafo 3º do CDC, que teve como fundamentos: “Tais dispositivos transgridem o artigo 128, parágrafo 5º, da CF, que reserva à lei complementar a regulação inicial das atribuições do Ministério Público. O controle amplo e geral da legitimidade de atos jurídicos somente pode ser confiado ao Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV). Portanto, a outorga de competência ao Ministério Público para proceder ao controle abstrato de cláusulas contratuais desfigura o perfil que constituinte imprimiu a essa constituição (CF, arts. 127 e 129). O controle abstrato de cláusulas contratuais está adequadamente disciplinado artigo 51, parágrafo 4º do Projeto. (Diário Oficial, suplemento ao n. 176, p. 10, 12.9.90)”, (TOPAN, p. 161).

O único ponto de veto presidencial que produziu algum efeito é o relativo ao caráter da decisão do Ministério Público, no inquérito civil, quanto às cláusulas gerais objeto de controle. O dispositivo vetado (art. 51, § 3º) previa que a decisão administrativa do Ministério Público sobre as cláusulas submetidas a exame tivesse caráter geral, atingindo o universo contratual do fornecedor em toda a sua extensão.¹⁴⁴

Ainda que se procure entender existente no sistema brasileiro o controle administrativo das cláusulas abusivas, não se poderia reputá-lo totalmente eficaz, seja porque a decisão do Ministério Público não terá caráter geral, em razão do veto ao § 3º do art. 51 do CDC, seja porque inexiste um tribunal a nível administrativo para cumprir a contento tal finalidade, como ocorre na Suécia, ou, ainda, seja pelo simples fato de que, no Brasil, toda e qualquer decisão administrativa é passível de revisão na via judicial.

A segurança jurídica, portanto, que tanto almeja o consumidor em termos de controle das cláusulas abusivas nos contratos, somente é eficazmente garantida por meio do controle judicial.

Assim, por todas as razões expostas, é de se concluir que o controle das cláusulas abusivas¹⁴⁵ no Brasil é exclusivamente judicial.¹⁴⁶

¹⁴³NERY JR., *op. cit.*, p. 368.

¹⁴⁴*Idem*, p. 433.

¹⁴⁵Sobre o controle das cláusulas abusivas **ver**: DALL'AGNOL JUNIOR, *op. cit.*, p. 41 ss. ; AMARAL JUNIOR ; OLIVEIRA, **Comentários ao código de proteção** ..., p. 193 ; MARQUES, **Contratos no código** ..., p. 548 ; ARRUDA ALVIM, Cláusulas abusivas e seu controle no direito brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 20, p. 47 ss., out./dez. 1996 ; NERY JUNIOR, *op. cit.*, p. 367 ; AMARAL JUNIOR, **Proteção do consumidor** ..., p. 116, 246 ; TOPAN, *op. cit.*, p. 156 ss.

¹⁴⁶AMARAL JUNIOR ; OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 193 e, na p. 247: "Com a

3.7.2 O Controle Judicial

Com relação ao controle judicial das cláusulas abusivas, muitos doutrinadores¹⁴⁷ apontam o artigo 51, parágrafo 4º do CDC, como o dispositivo que autoriza o Ministério Público a fazer o controle judicial das cláusulas abusivas, seja a pedido do consumidor ou a pedido de alguma entidade que o represente. Esse dispositivo, entretanto, prevê somente a **tutela repressiva** por parte do Ministério Público, visto que menciona acerca do pedido judicial de declaração de nulidade da cláusula abusiva:

É facultado a qualquer consumidor ou entidade que o represente requerer ao Ministério Público que ajuíze a competente ação para ser declarada a nulidade de cláusula contratual que contrarie o disposto neste Código ou de qualquer forma, não assegure o justo equilíbrio entre os direitos e obrigações das partes. (art. 51, § 4º).

A declaração de nulidade de que trata o referido artigo diz respeito ao controle judicial concreto, ou seja, com

manutenção do veto presidencial, o sistema de controle das cláusulas contratuais gerais adotado pelo Código de Defesa do Consumidor passou a ser exclusivamente de natureza judicial.”. **Ver**, também, MARQUES, **Contratos no código de defesa do consumidor**. São Paulo : RT, 1998, p. 549: “Note-se que o projeto original do CDC continha normas (art. 51, § 3º e art. 54, § 5º) prevendo a criação de um controle administrativo geral das cláusulas pré-elaboradas unilateralmente, a ser exercido pelo Ministério Público e cuja decisão teria caráter geral. Tais normas, porém, foram objeto de veto pelo Presidente da República, de maneira que a versão do CDC positivada em lei somente autoriza falarmos de um controle judicial dos contratos de consumo.”

¹⁴⁷ NERY JUNIOR, *op. cit.*, p. 434 ; João Bosco Leopoldino da FONSECA: “Contrariando a Constituição e assumindo uma atitude retrógrada, violadora dos direitos garantidos aos consumidores e anulando todo o possível avanço trazido pelo Código de proteção e Defesa dos Consumidores, o veto presidencial eliminou o controle abstrato das cláusulas contratuais gerais, ou seja, a uma proteção posterior à concretização da lesão, e impediu a utilização da ação mandamental e do habeas data.” (*Op. cit.*, p. 215) ; MANCUSO, *op. cit.*, p. 293. Entendendo que o parágrafo 4º do artigo 51 autoriza o controle abstrato das cláusulas abusivas pelo Ministério Público, **ver** MARQUES, *op. cit.*, p. 549, 553 ; ARRUDA ALVIM, *op. cit.*, p. 47.

relação a contratos já firmados (tutela repressiva/sucessiva).

A questão é saber de que forma pode se dar controle judicial preventivo das cláusulas abusivas, já que, pela redação do artigo 51, parágrafo 4º, não parece ser este o adequado fundamento. Neste sentido, veja-se a posição de Kazuo WATANABE ao analisar o mesmo parágrafo: "A tutela prevista no § 3º (nova enumeração, em razão do veto do parágrafo anterior) do artigo 51 do Código, é de natureza repressiva, e que diz respeito aos consumidores que já celebraram o contrato, portanto, não consagra a mesma disposição do dispositivo vetado [art. 83, par. único]".¹⁴⁸

Outra forma de controle direto pelo Poder Judiciário é por meio das ações deduzidas em juízo por qualquer dos legitimados do artigo 82 ou mesmo por qualquer consumidor individualmente; ações estas em que foi o legislador do Código de Defesa do Consumidor bastante abrangente quando, por meio do artigo 83, deixou aberta a possibilidade de serem ajuizadas quaisquer espécies de ações para a defesa do consumidor em juízo, vale lembrar, entendendo-se perfeitamente aplicável a ações com a finalidade de prevenção, repressão ou ressarcimento do consumidor em razão da existência de cláusula abusiva no contrato de consumo. A exemplo, são comumente citadas ações declaratórias de nulidade, de rescisão de contrato, de revisão de contrato com modificação de cláusula ou ações

¹⁴⁸Kazuo WATANABE ; Nelson NERY JUNIOR e outros, **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 3. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1998, p. 652. Em sentido oposto, **ver** nota anterior.

ressarcitórias.

O que muito pouco se contempla no âmbito doutrinário é a utilização da tutela preventiva como forma de controle judicial das cláusulas abusivas em defesa dos direitos dos consumidores.

As tutelas repressivas, ou seja, posteriores à celebração do contrato, têm sido amplamente utilizadas na defesa dos direitos dos consumidores. Entretanto, entende-se que seja relevante analisar a possibilidade de utilização de tutelas preventivas - que possam prevenir/inibir o uso de cláusulas contratuais abusivas - pelo simples fato de que o Código de Defesa do Consumidor tutela a relação de consumo desde a fase pré-contratual¹⁴⁹ (que já vincula e obriga as partes) até o momento posterior à execução do contrato (v.g., a obrigação de manter peças de reposição a produtos, serviços autorizados de assistência técnica, etc.), podendo o consumidor ou a coletividade de consumidores proteger preventivamente seus direitos antes mesmo que sejam violados, seja porque o modelo contratual veiculado contém cláusulas abusivas, seja porque a abusividade já se encontra implícita na publicidade veiculada.

Além da fase pré-contratual do consumidor já assegurar o direito à tutela jurisdicional preventiva, outra circunstância relevante a considerar é que o "aguardar" a violação do direito pode importar em prejuízo que poderia ser evitado e que terá

¹⁴⁹Sobre contrato preliminar: Frederico Ferro-LUZZI, **L'imputazione precontrattuale: il preliminare, le trattative**. Padova: CEDAM, 1999, 102. Gianfranco PALLERMO, **Contratto preliminare**. Padova: CEDAM, 1991, passim. Raffaella De MATEIS, **La contrattazione preliminare ad effetti anticipati**. Padova : CEDAM, 1991, passim. Angelo LUMINOSO e Gianfranco PALERMO, **La trascrizione del contratto preliminare**. Padova : CEDAM, 1998.

que ser resolvido por meio da típica tutela repressiva - a tutela ressarcitória.

É preciso buscar uma tutela jurisdicional capaz de assegurar ao consumidor a efetiva proteção de seus direitos, não só com o uso dos tradicionais remédios sucessivos ou repressivos, que se prestam, quando muito, ao ressarcimento do consumidor, o que nem sempre tem o efeito prático pretendido ou que melhor resolveria a situação.

Para tanto, a segunda parte deste trabalho é dedicada à análise da tutela preventiva como principal instrumento de controle abstrato das cláusulas abusivas nos contratos de consumo.¹⁵⁰

¹⁵⁰ **Ver** notável obra a esse respeito, de Alessandra BELLELLI, *op. cit.*, p. 299.

PARTE II

TUTELA INIBITÓRIA

1 TUTELA JURISDICIONAL, TUTELA PREVENTIVA E TUTELA REPRESSIVA

1.1 TUTELA JURISDICIONAL

No direito processual moderno, provavelmente a noção mais importante que vem sendo desenvolvida seja a da *instrumentalidade*,¹⁵¹ no sentido de que o processo constitui instrumento para a tutela do direito substancial em busca da efetividade da tutela jurisdicional.¹⁵²

O processo está a serviço do direito material, a fim de garantir a sua efetividade, para o que é necessário fazer a adequação do instrumento (processo) ao seu objeto (direito material), e atuar como um processo civil de resultados.

Ovídio Baptista da SILVA foi muito feliz quando disse que se o Direito Processual Civil quiser cumprir sua função instrumental, a primeira regra que deve seguir é manter-se fiel

¹⁵¹ "Se a função do processo há de ser verdadeiramente *instrumental*, deverá ele ser concebido e organizado de tal modo que as pretensões de direito material encontrem, no plano jurisdicional, formas adequadas, capazes de assegurar-lhes realização específica, evitando-se, quanto possível, que os direitos subjetivos primeiro sejam violados para, só então, merecer tratamento jurisdicional, condenando-se seu titular, às mais das vezes, um precário e aleatório sucedâneo indenizatório." (Ovídio Baptista da SILVA, **Curso de processo civil**, 3. ed. Porto Alegre : Fabris, 1996, p. 104, v. 1). Candido Rangel DINAMARCO, **A instrumentalidade do processo**. 5. ed. São Paulo : Malheiros, 1996, *passim*.

¹⁵² Segundo Kazuo WATANABE, o processo deve ter "plena e total aderência à realidade sócio-jurídica a que se destina, cumprindo sua primordial vocação que é a de servir de instrumento à efetiva realização de direitos. É a tendência ao instrumentalismo que se denominaria substancial em contraposição ao instrumentalismo meramente formal." (**Da cognição no processo civil**. 2. ed. São Paulo: CEBEPEJ, 1999, p. 21).

ao direito material que lhe cabe tornar efetivo e realizado.¹⁵³

Com esta afirmação não se quer negar a tão discutida autonomia do direito processual.¹⁵⁴ Contudo, este não pode ser visto isoladamente, sem que se tenha em vista a função da tutela jurisdicional, que é atuar diretamente no plano das relações substanciais, ou seja, é o comprometimento com os resultados, em que o processualista deve procurar adequar os seus modelos ao objeto.

Assim, um dos escopos do processo é a própria tutela jurisdicional, consubstanciada no provimento jurisdicional que acolhe ou rejeita a pretensão de direito material deduzida por uma das partes. Com isto, não se quer dizer que só tenha direito à tutela jurisdicional aquele que efetivamente seja o titular do direito cuja pretensão é afirmada em juízo. Dessa forma é que se buscou a retomada de antigos conceitos, rechaçados pelo direito processual, como o é de tutela jurisdicional.¹⁵⁵

¹⁵³Ovídio Baptista da SILVA, O processo civil e sua recente reforma. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. [Coord.]. **Aspectos polêmicos da antecipação de tutela**. São Paulo : RT, 1997, p. 413.

¹⁵⁴É nesta esteira de raciocínio que ousamos discordar dos doutrinadores que ainda negam com veemência a relação entre o processo e o direito material, v.g., o seguinte posicionamento: "Combatendo a posição de alguns juristas, que pretendem atrelar o direito processual civil ao direito material, insistimos em que o direito processual tem autonomia jurídica há mais ou menos um século, estando, nos dias de hoje, absolutamente desvinculado do direito material." (Thereza Alvim, A tutela específica do artigo 461, do código de processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 80, p. 103, out./dez. 1995).

¹⁵⁵"A expressão 'tutela jurisdicional dos direitos' como se sabe, foi afastada do cogito científico do direito quando se concluiu que 'a tutela dos direitos' não deveria ser vista como escopo da jurisdição. A partir desse momento até bem pouco tempo, falar em tutela jurisdicional dos direitos poderia constituir um pecado quase que mortal para o processualista; tal fala poderia significar um compromisso com o imanentismo." (Conforme Luiz Guilherme MARINONI, **A efetividade do processo**

A conceituação de tutela jurisdicional enseja posicionamentos controvertidos entre os doutrinadores. De um lado, para Cândido Rangel DINAMARCO,

A tutela jurisdicional é o amparo que por obra dos juizes, o Estado ministra a quem tem razão num processo. A tutela é ajuda, proteção. É jurisdicional a proteção outorgada mediante o exercício da jurisdição, para que o sujeito beneficiado por ela obtenha, na realidade da vida e da relações com coisas ou com outras pessoas, uma situação mais favorável do que aquela em que antes se encontrava.

E, prossegue:

o direito à tutela jurisdicional é mais que a mera faculdade de ingresso em juízo, mais que a ação em sua feição estática e mais, também, que o poder de exigir o provimento de mérito", pois, conclui, "só tem direito à tutela jurisdicional quem tiver razão perante o direito material."¹⁵⁶

Em sentido oposto, Ovidio A. Baptista da SILVA:

Quando se diz 'pretensão de tutela jurídica' e exercício efetivo desta pretensão, através da ação processual, quer-se significar que as partes têm direito a ambas as atividades [acolhimento ou rejeição], uma vez que também o litigante sem razão tem direito a esta primeira tutela.¹⁵⁷

Tem-se, também, o coerente posicionamento de Luiz Guilherme MARINONI, no sentido de que

quem parte da premissa de que só tem direito à adequada tutela jurisdicional aquele que tem razão perante o direito

e tutela de urgência. Porto Alegre : Fabris, 1994, p. 11; *Idem*, **A antecipação da tutela.** 3. ed. São Paulo : Malheiros, 1997, p. 27.

¹⁵⁶Cândido Rangel DINAMARCO, Tutela jurisdicional. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 81, p. 61, jan./mar. 1996. O autor segue o pensamento de LIEBMAN quando dizia que "só tem direito à tutela jurisdicional aquele que tem razão, não quem ostenta um direito existente" (Enrico Tulio LIEBMAN, **Manual de direito processual civil.** 2. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1985, p. 147 (trad. Cândido Rangel Dinamarco). No mesmo sentido, para José Roberto dos Santos BEDAQUE, "a tutela jurisdicional está reservada apenas para aqueles que efetivamente estejam amparados no plano do direito material." (**Direito e processo : influência do direito material sobre o processo.** 2. ed. São Paulo : Malheiros, 1997, p. 24).

¹⁵⁷Ovidio A. Baptista da SILVA, **Curso de processo civil**, 3. ed. Porto Alegre : Fabris, 1996, p. 73, v. 1.

material não consegue dar a amplitude necessária ao princípio da inafastabilidade, que garante a todos, estejam ou não amparados no plano do direito material, à adequada tutela jurisdicional. O direito de ação tem como corolário o direito ao procedimento adequado à tutela do direito afirmado, pouco importando se aquele que vai propor a ação tem, efetivamente, direito material. E conclui:

A toda afirmação de direito deve corresponder uma tutela jurisdicional adequada.¹⁵⁸

Em recentíssimo trabalho, Flávio Luiz YARSHELL conclui que tutela jurisdicional é

locução apta a designar não apenas o resultado do processo, mas igualmente os meios predispostos para a obtenção desse resultado. Nessa medida, portanto, o exercício da jurisdição, por meio do processo, é forma de tutela para o autor e para o réu, embora de formas distintas. Tanto os meios, quanto os resultados, relacionam-se a modelos estabelecidos pelo ordenamento e, sob essa ótica, ligam-se às idéias de tipo e à tipicidade.¹⁵⁹

O direito à adequada tutela jurisdicional é garantido constitucionalmente por meio do princípio da inafastabilidade previsto no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal de 1988,¹⁶⁰ e, também, no Código Civil, tem-se no artigo 75 verdadeira explicitação desta garantia. "A correta leitura do artigo 75 do Código Civil permite a conclusão de que a toda pretensão de direito material deve corresponder uma 'ação processual', obrigando o processualista a deixar de lado sua preocupação com

¹⁵⁸MARINONI, **Novas linhas do processo civil**. 2. ed. São Paulo : Malheiros, 1996, p. 122-123. Ver, também, PONTES DE MIRANDA, **Tratado das ações**. Campinas : Bookseller, 1998, p. 109-110. t. 1. (reedição atualizada por Vilson R. Alves).

¹⁵⁹Flávio Luiz YARSHELL, **Tutela jurisdicional**. São Paulo : Atlas, 1999, p. 189.

¹⁶⁰"Artigo 5º, XXXV. A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito".

"Artigo 75. A todo direito corresponde uma ação que o assegura."

o procedimento ordinário e a partir para o estudo das chamadas tutelas jurisdicionais diferenciadas".¹⁶¹

Independentemente do antagonismo de posicionamentos em relação ao direito material, o que se busca cada vez mais é um processo civil de resultados e, portanto, a efetividade da tutela jurisdicional.¹⁶² Do ponto de vista prático, não é necessário muito esforço para verificar-se que as modalidades de tutela jurisdicional tradicionalmente presentes em nosso sistema se revelam incapazes de garantir a efetividade da tutela jurisdicional, por se apresentarem na modalidade tipicamente repressiva, exercitada por meio de ação de condenação seguida de execução forçada para obter a reparação de uma lesão já consumada; quando deveria ser de modalidade *preventiva*, exercida antes ou na iminência da ocorrência da lesão.

¹⁶¹MARINONI, **A antecipação** ..., p. 25. Em 1984, BARBOSA MOREIRA já mencionava a necessidade de uma "releitura" do art. 75 do Código Civil. (José Carlos BARBOSA MOREIRA, Notas sobre o problema da "efetividade do processo". In: **Temas de direito processual** : terceira série, São Paulo: Saraiva, 1984, p. 32).

¹⁶²Observe-se a lição de Luiz Guilherme MARINONI: "É por isso que os processualistas modernos abandonaram a idéia de que o direito de acesso à justiça, ou o direito de ação, significa apenas direito à sentença de mérito. Este modo de ver o processo, se um dia foi importante para a concepção de um direito de ação independente do direito material, não se coaduna com as novas preocupações que pairam sobre as cabeças dos processualistas ligados ao tema da 'efetividade do processo', que traz em si a superação da ilusão de que o processo poderia ser estudados de maneira neutra e distante da realidade social e do direito material." (**Tutela**

1.2 TUTELA JURISDICIONAL PREVENTIVA E REPRESSIVA

No âmbito da tutela jurisdicional pode-se distinguir a tutela preventiva de tutela repressiva. Como ensina DINI e MAMMONE, a

*tutela giurisdizionale si distingue in tutela preventiva e repressiva. La prima si attua ante factum: presuppone un pericolo di danno, un diritto non ancora accertato e si realizza anche a mezzo di misure provvisorie; la seconda segue la violazione del diritto, si atua 'post factum', presuppone un diritto accertato e tende ad eliminare gli effetti del danno verificatosi.*¹⁶³

Ada Pellegrini GRINOVER, da mesma forma, menciona que a tutela processual pode revestir-se de duas modalidades: a repressiva ou sucessiva e a preventiva; sendo que a primeira, e mais comum, tem por fim eliminar o prejuízo produzido pela lesão do direito, enquanto que a segunda, a preventiva, opera-se *a priori*, para o fim de evitar o dano decorrente da ameaça de lesão a um direito, antes que esta se consume.¹⁶⁴

A tutela repressiva (ou sancionatória) tem em vista a já ocorrência da violação ao direito da parte ou à consumação da

inibitória. São Paulo : RT, 1998, p. 65).

¹⁶³ Enrico A. DINI ; Giovanni MAMMONE, **I provvedimenti d'urgenza nel diritto processuale civile e nel diritto del lavoro**. 7. ed. Milão : Giuffrè, 1997, p. 16. Os autores mencionam que o conteúdo da tutela preventiva é diferente do conteúdo da tutela repressiva: "a) *prevenire una lite, anziché reprimerla*; b) *porre in condizione una parte di non nuocere all'altra, in modo che questa possa esercitare il suo diritto*; c) *prevenire i danni che possano derivare dal ritardo del giudizio ordinario*." (p. 16). Piero CALAMANDREI também já mencionava a distinção entre a tutela sucesiva o repressiva" e tutela jurisdiccional preventiva" (**Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares**. Buenos Aires : El Foro, 1996, p. 41). Ainda sobre tutela preventiva ver Crisanto MANDRIOLI, **Corso di diritto processuale civile**. Torino : G. Giappichelli, 1995, p. 71.

¹⁶⁴ Ada Pellegrini GRINOVER, **O processo em sua unidade - II**. Rio de

lesão; já a tutela preventiva, é legitimada ante a ameaça de violação a direito ou na iminência de sua ocorrência.¹⁶⁵ Vitor A. A. Bonfim MARINS, entende existir uma tutela preventiva geral contemplada na Constituição Federal para todos os casos de ameaça a direito (art. 5º, XXXV),¹⁶⁶ a qual difere substancialmente da tutela cautelar.¹⁶⁷

Se o pronunciamento judicial condenatório e a conseqüente execução forçada (tutela repressiva ou sucessiva) revelam-se pouco satisfatórios como instrumentos de realização dos direitos, é necessário pensar em situações alternativas que possam dar efetividade à tutela jurisdicional, como a utilização de medidas coercitivas com o fim de compelir o vencido a não praticar o ilícito e, ainda, a ampliação dos meios de tutela preventiva destinados a impedir, ao máximo possível, o ilícito e a lesão iminente do direito.

Para BARBOSA MOREIRA, a melhor das possibilidades e maior das necessidades situa-se no campo da *tutela preventiva*, pois, como menciona, "mais vale prevenir que remediar". Para o autor,

O processo brasileiro dispõe de prestimoso instrumento desse tipo em se tratando de relações jurídicas de direito público: o mandado de segurança, constitucionalmente garantido e utilizável (e utilizado até com frequência) em caráter preventivo. [...] Contrasta com essa a situação das relações de direito privado, em cujo âmbito é pobre o receituário processual preventivo [...].¹⁶⁸

Janeiro : Forense, 1984, p. 71.

¹⁶⁵Ver BARBOSA MOREIRA, **Tutela sancionatória e tutela preventiva ...**, p. 25.

¹⁶⁶ Vitor A. A. Bonfim MARINS, **Comentários ao código de processo civil**, São Paulo : RT, 2000, p. 90. v. 12.

¹⁶⁷ *Idem*, p. 92.

¹⁶⁸José Carlos BARBOSA MOREIRA, Notas sobre o problema da efetividade

Se a tutela chamada *repressiva, sucessiva ou sancionatória* não é satisfatória - pois o resultado final de reparação ou ressarcimento (condenação seguida de execução forçada) nem sempre representa a adequada compensação para determinados tipos de danos como os danos não patrimoniais -, somente por meio de uma tutela preventiva, legitimada diante da ameaça de violação ou sinais inequívocos desta, como é o caso do mandado de segurança preventivo¹⁶⁹ e do interdito proibitório (para o possuidor que tenha justo receio de ser molestado em sua posse),¹⁷⁰ é que se poderá aproximar do ideal de efetividade da tutela jurisdicional.

A ação cominatória prevista no Código de Processo Civil de 1939, em seu artigo 302, iniciava-se por um preceito para que réu se abstinisse da prática de certo ato (ou o praticasse), "sob ameaça de pena", apresentando certo caráter preventivo. Entretanto, a jurisprudência à época entendeu, diversamente da melhor doutrina, que a pena somente deveria incidir após o trânsito em julgado da sentença, deixando de dar efetividade ao referido artigo.¹⁷¹ Já o Código de Processo Civil

do processo. In: **Temas de direito processual civil** (terceira série). São Paulo : Saraiva, 1984, p. 41.

¹⁶⁹Artigo 1º da Lei 1.533/51.

¹⁷⁰Previsto no artigo 932 do Código de Processo Civil/1973 e anteriormente previsto no artigo 377 do Código de Processo Civil/1939. Atualmente com a redação: "O possuidor direto ou indireto, que tenha justo receio de ser molestado na posse, poderá impetrar ao juiz que o assegure da turbação ou esbulho iminente, mediante mandado proibitório, em que se comine ao réu determinada pecúnia caso transgrida o preceito."

¹⁷¹MARINONI, **Tutela inibitória**, p. 51 ; JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, **Tutela sancionatória e tutela preventiva**. In: **Temas de direito processual** (segunda série). São Paulo : Saraiva, 1980, p. 28-29.

de 1973 trouxe, em seu artigo 287, o mesmo sentido dado pela jurisprudência quanto ao diploma anterior,¹⁷² pois só permite a cominação da multa após o trânsito em julgado da sentença. Como diz MARINONI: "O artigo 287 não viabiliza a tutela preventiva e, assim, até a recente reforma que introduziu o artigo 461 não havia uma ação adequada à prevenção do ilícito no Código de Processo Civil".¹⁷³

Como inexistia disposição legal que assegurasse ao tutelado o efetivo direito à prevenção, passou-se a fazer uso da tutela cautelar, o que atendia somente em parte e de forma não efetiva ao direito à prevenção. De certa forma, ante a distinção entre tutela cautelar e tutela preventiva, chegou-se à conclusão de que a tutela cautelar nunca foi capaz de propiciar uma tutela preventiva realmente útil.¹⁷⁴

Como muito bem explica Vitor A. A. Bonfim MARINS:

A tutela preventiva tem por objeto a proteção do direito

¹⁷² "Artigo 287. Se o autor pedir a condenação do réu a abster-se da prática de um ato, a tolerar alguma atividade, ou a prestar fato que não possa ser realizado por terceiro, constará da petição inicial a cominação de pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença."

¹⁷³ MARINONI, *Tutela inibitória*, p. 52.

¹⁷⁴ Muitos doutrinadores diferenciam a tutela preventiva da tutela cautelar, sendo que a primeira visa proteger a situação material em si, sem assumir a feição de provisoriedade, enquanto que a tutela cautelar visa assegurar a eficácia do processo e só indiretamente protege o direito substantivo litigioso. MARINONI, *Tutela inibitória* ..., p. 25. *Idem*, *Notas sobre o problema* ..., p. 39. Ainda sobre a distinção entre tutela preventiva e tutela cautelar, ver MARINONI, *Tutela inibitória, a tutela de prevenção do ilícito. Genesis - Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, n. 2, p. 252; *Ibidem*, *Tutela inibitória*. São Paulo : RT, 1988, p. 53 ; Roberto GOLDSCHMIDT, *L'Azione Preventiva. Rivista di Diritto Processuale*, 1959, p. 405 ; Gian Antonio MICHELI, *L'Azione Preventiva. Rivista di Diritto Processuale*. 1959. v. 202 : DINI : MAMMONE, op. cit., p. 18. Em sentido contrário, tratando as medidas preventivas como sinônimas de medida cautelar, ver, Alfredo de Araújo LOPES DA COSTA, *Medidas Preventivas - medidas preparatórias - medidas de conservação*. 2. ed. Belo Horizonte : B. Alvares, 1958, *passim*.

material; a tutela cautelar, por seu turno, visa assegurar a eficácia da atividade jurisdicional. A prevenção, portanto, jamais terá função acautelatória, visto como esta protege o processo e aquela o direito afirmado. Pode-se admitir, no entanto, que acautela, em sentido amplo, também previne; porém, é de notar que atua sobre realidade substancialmente diversa (processo) daquela compreendida pela tutela preventiva (direito substancial)."¹⁷⁵

A utilização da ação cautelar, de cognição sumária, não é adequada para prestar a tutela preventiva. De outro lado, a ação cominatória, apesar da cognição exauriente, nunca chegou a ser tomada como fundamento da tentativa de construção de uma verdadeira tutela preventiva, e nem poderia, já que a previsão contida na norma não é adequada à efetividade da tutela preventiva.

Apesar da existência no sistema nacional de ações preventivas, como a ação cominatória, o interdito proibitório e, também, o mandado de segurança preventivo, é de se perceber que estas se dirigem à tutela patrimonial e a tutela contra o Poder Público, restando, aparentemente e sem expressa previsão, a tutela preventiva dos direitos não patrimoniais, em especial àqueles que não se compadecem com a técnica ressarcitória.

Há, entretanto, todas as ferramentas disponíveis no sistema, a fundamentar e proceduralizar a tutela preventiva, notadamente as previsões do art. 5º, XXXV da Constituição Federal, art. 75 do Código Civil, arts. 83 e 84 do Código de Defesa do Consumidor e artigo 461 do Código de Processo Civil.

Tais dispositivos são ricos fundamentos para a construção

¹⁷⁵ Vitor A. A. B. MARINS, op. cit., p. 95. Ver, também, Alcides Alberto Munhoz da CUNHA, **A lide cautelar no processo civil**. Curitiba :

dogmática de uma tutela preventiva dos direitos, que denominamos, assim como nas legislações alienígenas, de tutela inibitória. Esta tutela - genuinamente preventiva - merece especial atenção, sobretudo quanto aos direitos não patrimoniais, os direitos da personalidade, do meio ambiente e do consumidor, os direitos difusos e coletivos.¹⁷⁶

Aliás, a tutela preventiva, por inibir a prática de um ilícito, a violação de um direito, compreende vários tipos de tutelas típicas, citadas a título de exemplo por DINI, no direito italiano: a inibitória em matéria de direitos da personalidade; a inibitória em matéria de propriedade, posse e direitos reais; a inibitória em matéria de cláusulas abusivas, a inibitória em matéria de direito societário; de concorrência desleal; de trabalho, etc..¹⁷⁷

Todos estes temas são de vasta amplitude, principalmente na legislação e doutrina estrangeira, motivo pelo qual, procurar-se-á ater, adiante, à tutela preventiva dos direitos do consumidor, em especial à proteção contra as cláusulas abusivas presentes nos contratos de consumo, e o seu controle judicial preventivo por meio da denominada tutela inibitória, por já receber tal tratamento em outros sistemas de proteção ao consumidor, como se verá.

Juruá, 1992, *passim*.

¹⁷⁶ BARBOSA MOREIRA, **Tutela sancionatória** ..., p. 24-27.

¹⁷⁷ DINI ; MAMMONE, *op. cit.*, p. 16-17. A tutela inibitória também é mencionada como preventiva por Andrea PROTO PISANI, **Lezioni di diritto processuale**. 2. ed. Napoli : Jovene, 1993, p. 841 ; MARINONI, **A antecipação** ..., *passim* ; *Ibidem*, **Tutela inibitória**, p. 2112 ... ; Carlos Ferreira de ALMEIDA, **Os direitos dos consumidores**. Coimbra : Almedina, 1982, p. 141.

2 FUNDAMENTOS DA TUTELA PREVENTIVA DOS DIREITOS DOS CONSUMIDORES

O Código de Defesa do Consumidor assegura aos consumidores, entre os direitos básicos, "a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas **abusivas** ou impostas no fornecimento de produtos ou serviços" (art. 6º, IV). Além da expressa previsão de que a proteção contra cláusulas abusivas é um direito básico do consumidor, também no artigo 4º, III, é expressamente adotado o princípio da boa-fé e equidade nas relações entre consumidores e fornecedores. Além destas disposições na parte geral, a proteção contratual do consumidor recebeu tratamento especial, disciplinada em capítulo próprio, no Capítulo VI do Código.

Não bastasse o legislador ter assegurado a proteção contratual do consumidor contra as cláusulas abusivas por meio de normas de caráter geral e específicas, não deixou de lado a garantia à tutela jurisdicional (preventiva e repressiva), dando o tratamento de direito básico do consumidor, como se pode verificar do teor do artigo 6º, VI, em que ficou enunciado o princípio da efetividade da "prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos"; e, também no inciso VII do mesmo artigo, o direito de "acesso aos órgãos judiciais e administrativos, com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais,

coletivos ou difusos".¹⁷⁸

O direito à proteção do consumidor é matéria constitucionalmente prevista nos artigos 5º, XXXII, 170, V, e, também, no art. 48 do Ato das Disposições Transitórias, e mereceu tutela, também, na legislação infraconstitucional, por meio de *normas de ordem pública e interesse social*.¹⁷⁹

No âmbito do Código de Defesa do Consumidor, além das disposições de caráter geral referentes à principiologia e direitos básicos, o legislador cuidou de normas de caráter instrumental.

Uma norma importantíssima é a do artigo 83, em que ficou explícito o princípio da *efetiva e adequada tutela jurídica processual* de todos os direitos consagrados no Código.

Diz o artigo 83: "*Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.*" Não só o artigo 83, mas também o art. 84 do mesmo Código, são fundamentais à tutela dos direitos dos consumidores.

Conforme diz Kazuo WATANABE, o artigo 84 do Código de

¹⁷⁸Veja a propósito, o comentário de Gabriel A. STIGLITZ: "A importancia del perfil preventivo lega al punto que el Código brasileiro de defensa del consumidor (1991), consagra explícitamente el derecho a la efectiva prevención de daños (art. 6, inc. 6 y 7) y complementariamente, reconoce como derecho basico, el acceso a los a los organos judiciales com vistas a la prevención (art. 6, inc.VIII). Y la ley ecuatoriana de defensa del consumidor, reconoce asimismo el derecho a la prevención (art. 4, inc. h). También en Argentina, el art. 52 de la ley jurisdiccionales de cariz preventivo, cuando los intereses de los consumidores y usuarios 'resultem amenazados' (art. 52)". (Las acciones coletivas en proteccion del consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 15, p. 22, jul./set. 1995).

¹⁷⁹Conforme prevê o artigo 1º do Código de Defesa do Consumidor.

Defesa do Consumidor, que disciplina ação especial para a execução das obrigações de fazer ou não fazer, complementa o enunciado do artigo 83, que não é um princípio vazio e inócuo, que dependa de outras normas para ser posto em prática, mas sim de uma norma auto-aplicável, e que deve ser entendido como "interpretação do sistema processual pátrio de modo a dele retirar a conclusão de que nele existe, sempre, uma ação capaz de propiciar, pela adequação de seu provimento, a tutela efetiva e completa de todos os direitos dos consumidores".¹⁸⁰

Como mencionado, o princípio constitucional da inafastabilidade, previsto no artigo 5º, XXXV, possibilita o acesso aos órgãos judiciários e também assegura a garantia efetiva contra qualquer forma de denegação da justiça.

Em complemento a esta garantia constitucional, o Código Civil possui norma de caráter geral que assegura a existência de instrumentos processuais adequados à concretização desta garantia, como se verifica do teor do artigo 75 do Código Civil: "A todo direito corresponde uma ação, que o assegura".

O artigo 75 do Código Civil deve ser lido no sentido de que a toda afirmação de direito (e não a um direito efetivamente existente) corresponde uma ação que o assegura.¹⁸¹ Este entendimento corresponde ao conceito de tutela jurisdicional.

Analisando-se todas estas disposições legais, é inegável

¹⁸⁰WATANABE ; NERY JUNIOR e outros, **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 3. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1998, p. 647-648.

a existência no sistema brasileiro de fundamentos que assegurem uma tutela preventiva dos interesses e direitos dos consumidores, bastando conjugar o preceito constitucional do artigo 5º, XXXV ao infraconstitucional do artigo 75 do Código Civil, e acrescentar os dispositivos específicos de tutela dos interesses e direitos do consumidor, o artigo 6º, VI e VII;¹⁸² 83 e 84 do Código de Defesa do Consumidor.¹⁸³

Desses fundamentos legais deriva a possibilidade de utilização de todas as ações capazes de propiciar o controle judicial preventivo das cláusulas abusivas.

Em especial, o artigo 84 assegura a eficácia do provimento judicial, permitindo a imposição de multa diária, bem como a adoção das providências necessárias ao atingimento do resultado prático pretendido, bastando, para tanto, que os legitimados à tutela coletiva do artigo 82 do Código proponham ação com pedido de tutela inibitória para o fim de prevenir o uso das cláusulas contratuais abusivas.¹⁸⁴

O artigo 83 do Código de Defesa do Consumidor teve seu parágrafo único vetado: "Poderá ser ajuizada, pelos legitimados no artigo anterior, ou por qualquer interessado, ação visando ao controle abstrato e preventivo das cláusulas contratuais gerais."

¹⁸¹BARBOSA MOREIRA, **Notas sobre o problema da "efetividade ...**, p. 32.

¹⁸²Os incisos VI e VII do art. 6º do CDC asseguram expressamente o direito à prevenção como direito básico do consumidor.

¹⁸³MARINONI, **Tutela inibitória**, *passim*.

¹⁸⁴**Ver** *idem*, p. 99, 236.

Com base neste veto, precipitadamente poder-se-ia alegar que teria sido suprimido do sistema de defesa do consumidor o controle judicial preventivo e abstrato contra as cláusulas abusivas (e não só estas, mas todos os direitos dos consumidores). Tal argumentação, entretanto, é insubsistente, já que foi mantido o *caput* do artigo 83 que assegura que "Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela."

Ora, se o *caput* do artigo 83 admite poder ser utilizada qualquer ação capaz de assegurar a tutela dos direitos dos consumidores e se o artigo 6º assegura o direito à prevenção, é correto concluir que o veto presidencial em nada mudou a possibilidade de realizar o controle judicial abstrato - por meio da tutela preventiva.

Ademais, como menciona Kazuo WATANABE, o *caput* do artigo 83 já possibilitava a propositura da ação mencionada no parágrafo único, o qual tinha, portanto, forma redundante.¹⁸⁵

¹⁸⁵WATANABE ; NERY JUNIOR, *op. cit.*, p. 652, observe o inteiro teor: "O parágrafo continha uma norma até redundante, pois o *caput* do artigo 83, com a amplitude acima indicada, já possibilitava a propositura da ação ali mencionada. O que se procurou deixar claro é que, relativamente às cláusulas contratuais gerais, cabe a tutela jurisdicional preventiva, na linha do princípio da efetiva prevenção de danos afirmado no inciso VI do artigo 6º do Código. Talvez o uso da expressão 'controle abstrato' tenha assustado o executivo. A expressão completa é 'controle abstrato e preventivo', o que significa que a tutela processual preventiva somente poderá ser postulada em relação a determinado contrato que um fornecedor esteja em vias de ofertar ou mesmo tenha já ofertado ao público. O escopo do processo preventivo será a proteção de todos os consumidores coletivamente considerados e que ainda não tenham concluído qualquer contrato com o fornecedor. A tutela prevista no parágrafo 3º (nova numeração, em razão do veto do parágrafo anterior) do artigo 51 do Código, é de natureza repressiva, e que diz respeito aos consumidores que já celebraram o contrato, portanto, não consagra a mesma proteção do dispositivo vetado."

O legislador, ao conceber o Código de Defesa do Consumidor, pretendia a mais ampla tutela preventiva do consumidor. O parágrafo único do art. 83, que previa expressamente o controle prévio e abstrato contra as cláusulas abusivas (vetado) e, também, o art. 85,¹⁸⁶ que previa a utilização de mandado de segurança contra o particular, para a tutela dos direitos individuais, difusos e coletivos (também vetado), demonstram claramente a *ratio legis*.

Tais vetos, entretanto, não suprimiram do sistema a possibilidade de se tutelar preventivamente o consumidor, sobretudo a título coletivo, que terá como escopo a proteção contra as cláusulas abusivas constantes em instrumentos contratuais celebrados ou não (controle judicial concreto e abstrato).

Como diz MARINONI:

O próprio veto ao art. 85 do CDC - norma que visava a estender a possibilidade do uso do mandado de segurança contra o particular, especialmente para a tutela de direitos difusos e coletivos - revela uma terrível ignorância a respeito da imprescindibilidade de a técnica processual e as formas de tutela jurisdicional adequarem-se às novas necessidades de tutela do direito material.¹⁸⁷

E, mais:

Os artigos 83 e 84 do CDC, iluminados pela idéia de que o consumidor tem o direito de ser protegido, através da tutela preventiva (art. 5º, XXXV, CF e art. 6º, VI, CDC), contra o uso de cláusulas gerais abusivas (art. 6º, IV), permitem que se diga que os legitimados à tutela coletiva (art. 82, CDC) podem propor ação para inibir o uso de cláusulas gerais

¹⁸⁶“Art. 85: Contra os atos ilegais ou abusivos de pessoas físicas ou jurídicas que lesem direito líquido certo, individual, coletivo ou difuso, previsto neste Código, caberá ação mandamental, que se regerá pelas normas e lei do mandado de segurança.”

¹⁸⁷Luiz guilherme MARINONI, **Tutela específica**, p. 28.

abusivas.¹⁸⁸

Fica evidenciado, pois, que a tutela jurisdicional preventiva é perfeitamente cabível com relação às cláusulas contratuais abusivas, já que amparada constitucionalmente e infraconstitucionalmente, inclusive com previsões específicas previstas no próprio Código de Defesa do Consumidor, perfazendo, assim, um amplo sistema de proteção do consumidor. Tal situação, por exemplo, é diferente na Itália. Nesse país, apesar de existir uma ação específica para a tutela preventiva dos consumidores, a chamada ação inibitória, expressamente adotada pelo Código Civil Italiano no artigo 1469-sexies, a eficácia do provimento jurisdicional é comprometida, já que no sistema italiano não existe a previsão de cominação de multa diária ou de astreintes, tal como previstas no art. 461 do CPC e art. 84 do CDC.¹⁸⁹

¹⁸⁸Luiz Guilherme MARINONI, **Tutela inibitória**, p. 99.

¹⁸⁹"No direito brasileiro, felizmente, não há o problema que está presente no direito italiano, pois o art. 84 deixa clara a possibilidade de o juiz impor a multa para dar efetividade à tutela inibitória, seja ela final ou antecipatória. A tutela inibitória, portanto, também no campo das relações de consumo, é um instrumento de mais alta importância para a efetividade dos direitos dos cidadãos." Ver MARINONI, **Tutela inibitória**, p. 99.

3 A TUTELA INIBITÓRIA COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE PREVENTIVO DAS CLÁUSULAS ABUSIVAS NO DIREITO COMPARADO

3.1 PORTUGAL

Em Portugal foi adotado o sistema *incidental e abstrato*¹⁹⁰ de controle das cláusulas abusivas, de forma expressa na legislação vigente daquele país. Conforme Almeno de SÁ, há uma tutela institucional do tipo abstrato que autoriza a fiscalização judicial de cláusulas sem que se torne necessária a sua utilização concreta em qualquer negócio jurídico, o que, todavia, se reflete, ainda que indiretamente, nas relações contratuais singulares.¹⁹¹

A lei geral referente à defesa dos consumidores é a Lei 24/96 de 31 de julho de 1996, a qual revogou a Lei portuguesa n. 29/81, de 22 de agosto de 1981.

Além da Lei 24/96, há ainda legislação especial aplicável às denominadas *cláusulas contratuais gerais*, que é o Decreto-lei 446/85 de 25 de outubro de 1985, que teve sua redação alterada pelo Decreto-Lei 220/95, de 31 de agosto de 1995, e, muito recentemente, sofreu nova alteração pelo Decreto-Lei n.

¹⁹⁰Almeno de SÁ define o *controlo incidental* como aquele que se dá no âmbito de um litígio referente a cláusulas de um contrato concluído entre determinado *utilizador* e seu *parceiro negocial* (equivalente ao controle judicial brasileiro); e define como *processo abstracto de controlo*, aquele destinado a erradicar do tráfico jurídico condições gerais iníquas, independentemente da sua inclusão efetiva em contratos singulares (função preventiva). (**Cláusulas contratuais gerais e directiva sobre cláusulas abusivas**. Coimbra : Almedina, 1999, p. 40).

¹⁹¹*Idem*, p. 41.

249/99, de 7 de julho de 1999. Há, ainda, a lei n. 23/96, de 26 de julho de 1996, que cria alguns mecanismos destinados a proteger o usuário de serviços públicos essenciais (água, energia elétrica, gás e telefone).¹⁹²

No sistema português, consagrou-se a finalidade preventiva com o sistema da denominada *acção inibitória*, na qual "visa-se que os utilizadores de condições gerais desrazoáveis ou injustas sejam condenados a abster-se do seu uso ou que as organizações de interesses que recomendem tais condições aos seus membros ou associados sejam condenadas a abandonar essa recomendação".¹⁹³

Foi albergado expressamente pelo sistema português o uso da ação inibitória, especificamente contra as *cláusulas contratuais gerais* no artigo 25º do Decreto-Lei 446/85 e, também, no artigo 10 da Lei n. 24/96 lei (geral) de proteção dos consumidores.

O artigo 25º do Decreto-Lei 446/85 prevê que "as cláusulas contratuais gerais elaboradas para a utilização futura, quando contrariem o disposto nos artigos 15º, 16º, 18º, 19º, 21º e 22º, podem ser proibidas por decisão judicial,

¹⁹²Sobre a legislação portuguesa de defesa do consumidor e cláusulas gerais dos contratos **ver:** SÁ, *op. cit.*; ALMEIDA, **Os direitos dos consumidores**. Coimbra : Almedina, 1982 ; ALMEIDA COSTA e MENEZES CORDEIRO, **Cláusulas contratuais gerais**. Coimbra : Almedina, 1995 ; Joaquim de Souza RIBEIRO, **Responsabilidade e garantia em cláusulas contratuais gerais**. Coimbra : Almedina, 1992 ; Mário FROTA, Por uma Política de Promoção dos interesses e de Protecção dos Direitos dos Consumidores: Um Modelo para Portugal. **Revista Direitos do Consumidor**, São Paulo, n. 8, p. 7, out./dez. 1993 ; e, ainda, Legislação Comparada in **Revista Direitos do Consumidor**, São Paulo, n. 20, p. 330-339, out./dez. 1996.

¹⁹³SÁ, *op. cit.*, p. 40.

independentemente da sua inclusão efectiva em contratos singulares".¹⁹⁴

No artigo 10 da Lei 24/96 de Defesa dos Consumidores, que aqui chamamos de lei geral (pois existe lei especial referente às cláusulas abusivas), está assegurado a estes o "direito à prevenção e acção inibitória", com a seguinte redação:

1. É assegurado o direito de acção inibitória destinada a prevenir, corrigir ou fazer cessar práticas lesivas dos direitos do consumidor consignados na presente lei que, nomeadamente: a) Atentem contra a saúde e a segurança física; b) se traduzam no uso de cláusulas gerais proibidas; consistam em práticas comerciais expressamente proibidas por lei. 2. A sentença inibitória proferida em acção inibitória pode ser acompanhada de sanção pecuniária compulsória, prevista no artigo 829º - A do Código Civil, sem prejuízo da indemnização a que der lugar.

A ação inibitória tem rito sumário e está isenta de custas (art. 11,"1" da lei 24/96 e artigo 29 do Decreto-lei 446/85), podendo ser requerida a proibição provisória (art. 31º do Decreto-lei 446/85), nos termos do procedimento cautelar (*denominado não especificados*), sempre que existir *fundado receio de virem a ser incluídas em contratos singulares condições gerais incompatíveis com a lei*. Conforme Almeno de

¹⁹⁴O artigo 26º do mesmo Decreto-Lei, referente à legitimidade ativa para a propositura da ação inibitória completa a conceituação com a redação de seu *caput*: "a acção destinada a obter a condenação na abstenção do uso ou da recomendação de cláusulas contratuais gerais, só pode ser intentada [...]". Neste artigo se menciona em "obter a condenação" e nos artigos 29º e 30º se menciona que a ação inibitória se destina a *proibir o uso*. Em que pese a carência de técnica quanto à terminologia referente ao conteúdo do provimento inibitório, da leitura de todas as disposições legais resta evidente a finalidade de prevenção e de proibição do uso de cláusulas abusivas. Já, o termo *recomendação* mencionado no artigo 26º, diz respeito à figura do "recomendante" que pode tratar-se de organizações económicas ou câmaras de comércio, que elaboram condições gerais para serem utilizadas em todo um setor da atividade empresarial. Mário Julio de ALMEIDA COSTA e Antonio Menezes CORDEIRO, comentam tratar-se a ação inibitória de ação de condenação que tem por finalidade impor, por meio da via judícia, o dever jurídico de não utilizar determinadas cláusulas que, em processo adequado,

SÁ, quanto à proibição definitiva, o seu efeito direto traduz-se em o fornecedor (ou entidades que recomendam o uso) não poder incluir em futuros contratos singulares as cláusulas objeto de decisão transitada em julgado.¹⁹⁵

Têm legitimidade ativa para a propositura da ação, os consumidores diretamente lesados, os consumidores e associação de consumidores (ainda que não diretamente lesados), o Ministério Público e associações de defesa de consumidores, associações sindicais e profissionais ou de interesse econômico legalmente constituídas, e o Instituto do Consumidor quando estejam interesses individuais homogêneos, coletivos ou difusos.¹⁹⁶

Por fim, é interessante apontar as alterações do Dec.-lei 446/85 em decorrência do Dec.-lei 249/99, de 7 de julho de 1999.

A primeira delas diz respeito ao âmbito de aplicação do Dec.-lei 446/85, que se estende aos contratos individuais em cujo conteúdo o *destinatário* não pôde *influenciar*.¹⁹⁷ No Brasil, as normas do Código de Defesa do Consumidor aplicam-se tão somente às relações de consumo, vale dizer, aos contratos celebrados entre fornecedores e consumidores, tendo por objeto um bem ou serviço, nos termos do artigo 2º e 3º do Código de

haja sido consideradas abusivas.

¹⁹⁵SÁ, *op. cit.*, p. 41.

¹⁹⁶Cf. artigo 13 da Lei 24/96 e artigo 26 do Dec.-lei 446/85.

¹⁹⁷O teor do item "2" inserido ao artigo 1º é: "O presente diploma aplica-se igualmente às cláusulas inseridas em contratos individualizados, mas cujo conteúdo previamente elaborado o destinatário não pode

Defesa do Consumidor. Nesse sentido, difere-se de Portugal, que - quanto à *fiscalização judicial das cláusulas contratuais gerais* -, aplica-se, também, a contratos individuais não negociados e, ainda, levando ao entendimento que se aplica a contratos celebrados com *não-consumidores (fruto de relações jurídicas que não se caracterizem como relação de consumo)*, já que a inserção do n. "2" menciona o termo "destinatário", quando o Decreto-Lei sempre se referia a "consumidores".

Outra importante alteração diz respeito à própria ação inibitória. Diz o artigo 11º do Dec.-lei 446/85¹⁹⁸ que às cláusulas contratuais gerais ambíguas prevalece o sentido mais favorável ao aderente, e que esta disposição de interpretação mais favorável ao aderente *não se aplica no âmbito das ações inibitórias*.

A interpretação mais razoável para esta alteração parece ser a de que, tendo a ação inibitória a finalidade de controle preventivo e abstrato, ao utilizar-se a interpretação mais hostil ao consumidor (ou não consumidor) - como prevê a norma - , teria como resultado que todas as cláusulas que o oneram para lá do admissível e que sejam abusivas, ainda que potencialmente, serão efetivamente eliminadas do mercado, o que obviamente resultará em seu benefício. Do contrário, a aplicação prática da regra de proteção do destinatário (consumidor ou não) levaria ao entendimento de que cláusulas

influenciar."

¹⁹⁸ Alterado pelo Dec.-lei 249/99.

potencialmente violadoras de disposições legais sobre o controle do seu conteúdo - suscetíveis de inibição - pudessem ficar imunes a tal controle.

É muito provável, ainda, que esta alteração legislativa tenha decorrido de entendimento jurisprudencial, a exemplo da decisão do *Supremo Tribunal de Justiça* de Portugal, que em julgamento em data de 6 de maio de 1993, referente à cláusulas proibidas em *contrato-tipo*, entre outras coisas, assim decidiu: "IV- As regras para a interpretação das cláusulas contratuais gerais, contidas nos artigos 10º e 11º do Dec.-lei 446/85, só são aplicáveis em concretos contratos já celebrados, e não para decidir acções que visam à proibição da utilização de certas cláusula em contratos futuros".¹⁹⁹

Em suma, o direito português é um campo fértil, riquíssimo para ser explorado em termos de utilização da tutela inibitória contra o uso de cláusulas abusivas (ou cláusulas contratuais gerais) nos contratos, pois está muito além do sistema brasileiro, em que o sistema de proteção aplica-se exclusivamente às relações de consumo e não se estende às relações civis.²⁰⁰

¹⁹⁹ Ver a íntegra do acórdão na *Revista Direitos do Consumidor*, São Paulo, n. 20, p.344-347, out./dez. 1996.

²⁰⁰ Salvo isoladas posições de que o sistema do Código de Defesa do Consumidor aplica-se a todos os contratos, v.g., como sustentado por Carlyle POP: "Por estes motivos, a equiparação legal [art.29 do CDC] atinge a todos os contratos, mesmo que não de consumo, sempre que haja inobservância das regras previstas nos artigos 30 a 54 da legislação própria [CDC]. (**Execução de obrigação de fazer**. Curitiba : Juruá, 1995, p. 68-69). Embora não concordemos com tal posicionamento, somos favoráveis à postura diversa, no sentido de que o Código de Defesa do Consumidor foi um primeiro passo em termos de revisão dos conceitos contratuais clássicos, próprios de uma visão liberal, que hoje já não se coadunam com a noção de

3.2 ITÁLIA

No início da década de 80 - muito antes da promulgação da maior parte das legislações a respeito da defesa dos direitos dos consumidores -, Cristina RAPISARDA já comentava sobre a tendência europeia em priorizar os remédios preventivos, de conteúdo inibitório, em detrimento dos remédios ressarcitórios, como busca de efetividade da tutela dos interesses dos consumidores.²⁰¹

Em fevereiro de 1996, foi introduzida, no ordenamento jurídico italiano (Título II do Livro IV, art. 1469- bis e ss. do Código Civil), disciplina específica sobre as cláusulas abusivas, lá chamadas de *vexatórias*, inseridas nos contratos celebrados entre fornecedores e consumidores, como forma de dar atuação às exigências da diretiva 93/13/CEE.

Do ponto de vista processual, a lei se preocupa em tutelar os sujeitos que potencialmente possam vir a ser lesados em razão da inclusão (possível) de cláusulas abusivas no

estado de direito e função social do contrato, o que esperamos possa desencadear uma teoria geral do contrato *pós-moderna*, com o redimensionamento de conceitos e relativização dos dogmas e princípios que regem os contratos tradicionais. Por fim, entendemos, ainda que as normas do CDC podem ser aplicadas aos contratos denominados *não negociados*, *individuais* ou *paritários*, ou seja, aqueles **contratos de consumo** não redigidos pela técnica de adesão, sempre que se apresentarem incompatíveis com os princípios da equidade e da boa-fé objetiva.

²⁰¹«*Più brevi cenni richiede l'informazione sulle linee di tendenza espresse, a livello europeo, circa la prevalenza di remedi preventivi a contenuto inibitorio, quali tecniche funzionalmente più idonee a garantire, rispetto al tradizionale rimedio risarcitorio, l'effettività della tutela giudiziale degli interessi dei consumatori.*» (Cristina RAPISARDA, *Tecniche giudiziali e stragiudiziali di protezione del consumatore: diritto europeo e diritto italiano. Rivista di Diritto Processuale*, Padova, p. 708, out./dez. 1981).

contrato, reconhecendo, assim, a legitimidade para o consumidor agir em juízo e obter a declaração de abusividade e ineficácia da mesma.

Mais especificamente, a norma do artigo 1469-sexies do Código Civil italiano²⁰² introduz uma nova e específica ação - *azione inibitoria* - que permite aos sujeitos legitimados agir em juízo para evitar os perigos de uma difusão generalizada de cláusulas abusivas.²⁰³

²⁰²Artigo 1469-sexies. (*Azione inibitoria*) - [1] le associazione rappresentative dei consumatori e dei professionisti e le Camere de commercio, industria, artigianato e agricoltura, possono convenire in giudizio il professionista o l'associazione di professionisti che utilizzano condizioni generali di contratto e richiedere al giudice competente che inibisca l'uso delle condizioni di cui sai accertata la abusività ai sensi del presente capo."

²⁰³Especificamente sobre a ação inibitória contra as cláusulas abusivas e tutela dos consumidores, ver: Filippo DANOVI, L'azione inibitoria in materia di clausole vessatorie. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, p. 1046 ss., out./dez. 1996 ; Aldo FRIGNANI, L'azione inibitoria contro le clausole vessatorie (considerazioni fuori dal coro di un civilista). **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, p. 999, jul./set. 1997 ; Giuseppe TARZIA, La tutela inibitoria contro le clausole vessatorie. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, p. 629, jul./set. 1997 ; Corrado FERRI, L'azione inibitoria prevista dall'art. 1469-sexies c.c. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, p. 936, out./dez. 1996 ; Carola MORETTI, Note in tema di efficacia soggettiva dell'azione inibitoria prevista dall'art. 1469 sexies c.c. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, p. 883, jul./set. 1997 ; Flavio LAPERTOSA, Profili processuali della disciplina delle clausole vessatorie nei contratti con il consumatore. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, p. 701, jul./set. 1998 ; Luigi MONTESANO, Problemi attuali su limiti e contenuti (anche non patrimoniale) delle inibitorie, normali e urgenti. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, p. 775, 1995 ; Luigi MONTESANO, Tutela giurisdizionale dei diritti dei consumatori e dei concessionari di servizi di pubblica utilità nelle normative sulle clausole abusive e sulla autorità di regolazione. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, p. 1, dez. 1997 ; Gianfranco TROVATORE, La definizione atipica delle "clausole abusive" tra controllo giudiziale e trattativa individuale. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, p. 959, dez. 1997 ; Mariacarla GIORGETTI, La dichiarazione di inefficacia delle clausole abusive nei contratti dei consumatori. **Rivista di Diritto Processuale**, Milano, p. 761, mar. 1998 ; Giuseppe BENEDETTI, Tutela del consumatore e autonomia contrattuale. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, p. 17, mar. 1998 ; Cristina RAPISARDA, **Tecniche ...**, p. 685 ; *Ibidem*, Tutela preventiva, inibitoria cautelare ex art. 700 C.P.C. ed inibitoria finale. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, p. 138, jan./mar. 1983 ; Sandro VICENTINI, A tutela inibitória nos

Nas palavras de Filippo DANOVI, "in termi generali l'ordinamento ha espressamente configurato una serie di fattispecie nelle quali richiedere una tutela di tipo inibitorio, volta ad impedire 'il verificarsi o il repetersi degli effetti di un comportamento illecito'".²⁰⁴

Para o mesmo autor, tanto a ação quanto o procedimento da ação inibitória apresentam duplicidade de conteúdo: a) fazer cessar o comportamento ilícito já verificado; b) impor ao autor do ilícito uma obrigação de abstenção para o futuro com relação ao comportamento declarado ilícito.²⁰⁵

Na lei italiana, a tutela inibitória pode ter dois tipos de provimentos, denominados, respectivamente, *inibitória final* e *inibitória provisória*.²⁰⁶ A inibitória final seria o provimento final (a sentença de mérito) e a inibitória provisória equivaleria, em termos, à antecipação de tutela prevista no sistema brasileiro. Isto porque, na lei italiana,

termos do artigo 1469-sexies do Código Civil Italiano. **Genesis - Revista de Direito Processual**, Curitiba, n. 10, p. 750, out./dez. 1998 ; Alessandra BELLELLI, *La tutela inibitoria* In: C.M. BIANCA e F.D. BUSNELLI [Coord.]. **Comentario al capo XIV bis del codice civile** : dei contratti del consumatore. Padova : CEDAM, 1999, p. 931-964.

²⁰⁴Filippo DANOVI, *L'azione inibitoria in materia di clausole vessatorie*. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, p. 1048, out./dez/1996.

²⁰⁵Filippo DANOVI aponta a distinção na doutrina italiana entre os termos: "azione inibitoria" e "azione in cessazione", em que a ação inibitória, em sentido amplo, compreende as hipóteses de tutela preventivas do ilícito, enquanto a ação de cessação teria por fim interromper o comportamento ilícito e remover seus efeitos e, ainda, impedir a continuação ou repetição do ilícito, se já verificado. (*Op. cit.*, p. 1049).

²⁰⁶**Ver** RAPISARDA, *Tutela* ..., 138 ; Aldo FRIGNANI, *L'azione* ..., p. 1001; Alessandra BELLELLI, *La tutela inibitoria* In: C.M. BIANCA e F.D. BUSNELLI [Coord.]. **Comentario al capo XIV bis del codice civile** : dei contratti del consumatore. Padova : CEDAM, 1999, p. 959-963.

não existe a técnica de antecipação de tutela como o é no Brasil (arts. 273 e 461 do CPC e art. 84 do CDC), sendo usada para tanto as disposições do procedimento cautelar (art. 669-bis ss. CPC) como sustenta a doutrina dominante,²⁰⁷ bem como os justos motivos de urgência expressamente albergados na lei: *L'inibitoria può essere concessa, quando ricorrono giusti motivi di urgenza, ai sensi degli articoli 669-bis e seguenti del codice di procedura civile.*²⁰⁸

São legitimadas para a propositura da ação inibitória contra as cláusulas abusivas (*vessatorie*) as associações representativas dos consumidores e dos profissionais e as câmaras de comércio, indústria, artesanato e agricultura. A legitimação das associações de consumidores e usuários para a tutela dos interesses coletivos dos consumidores sofreu recente alteração pela Lei n. 281 de 30 de julho de 1998²⁰⁹, segundo a qual, as associações dos consumidores e dos usuários são legitimados para agir em defesa da tutela dos interesses coletivos, requerendo ao juiz competente: a) que iniba os atos e comportamentos lesivos aos interesses dos consumidores; b)

²⁰⁷FRIGNANI, *L'injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano*. Milão : Giuffrè, 1974, p. 440. A atipicidade da tutela inibitória urgente , tem fundamento no procedimento cautelar, artigo 700 do CPC.

²⁰⁸Cf. artigo 1460-sexies (2) do Código Civil italiano. Veja DANOVI: *"Diversamente dall'inibitoria finale l'inibitoria provvisoria si presenta invece come provvedimento interinale provvisorio unicamente di una funzione di tipo cautelare e destinato pertanto ad ovviare al pericolo di insoddisfazione del diritto nel tempo occorrente allo svolgimento della tutela giurisdizionale ordinaria."* (Op. cit., p. 1050-1051).

²⁰⁹A Lei n. 281 de 30 de julho de 1998 trata da *"Disciplina dei consumatori e degli utenti"*, tendo sido publicada em 14 de agosto de 1998. Foi criada em atendimento à Diretiva 98/27/CE, relativa aos procedimentos inibitórios da tutela dos interesses dos consumidores.

que adote medidas idôneas a fim de corrigir ou eliminar os efeitos danosos da violação verificada; c) que ordene a publicação do provimento em um ou mais jornais de difusão nacional ou local, nos casos em que a publicidade do provimento possa contribuir para corrigir ou eliminar os efeitos da violação verificada.²¹⁰

Uma questão bastante discutida no direito italiano diz respeito à natureza da ação inibitória prevista no artigo 1469-sexies, indagando-se acerca de seu caráter preventivo ou repressivo.

A dúvida suscitada em decorrência da redação do artigo 1469-sexies (e posta a cargo do interprete do direito) seria se a ação inibitória é oponível somente quando a cláusula já esteja concretamente empregada em um contrato ou se é cabível a ela abstratamente, ou seja, quando seja predisposta, mas ainda não inserida em contrato concluído. Para Filippo DANOVI, quase todas as *fattispecie* de inibitória previstas no ordenamento italiano prevêem que o ilícito já tenha ocorrido, sendo utilizada a ação inibitória para o fim de fazer cessar e de impedir a repetição no futuro (v.g. tutela ao nome, ao pseudônimo, à imagem), mas que a doutrina vem ampliando o campo de aplicação da ação inibitória para agir contra o perigo de verificação do ilícito.

²¹⁰Alessandra BELLELLI, *La tutela inibitória* In: C.M. BIANCA e F.D. BUSNELLI [Coord.]. **Comentario al capo XIV bis del codice civile** : dei contratti del consumatore. Padova : CEDAM, 1999, p. 964 ; Roberto CAMEMRO e Sandra Della VALLE. Francesco CARINGELLA [Coord.]. **La nuova disciplina dei diritti del consumatore**. Milão : Giuffrè, 1999, passim.

Ademais, a crítica que faz o autor é de que a interpretação literal do artigo 1469-sexies (referente a cláusulas já inseridas em contratos concluídos) significaria que o direito italiano utilizou uma norma mais restritiva do que exigiu a Diretiva 93/13/CEE, que sugere a introdução de meios adequados e eficazes para fazer cessar a inserção de cláusulas abusivas. Por este motivo, o correto entendimento seria o de utilizar a ação inibitória também a fim de evitar a predisposição e difusão de condições gerais de contratos que contenham cláusulas abusivas.²¹¹

Aldo FRIGNANI faz severas críticas à ação inibitória prevista no Código Civil italiano, já que, além da disposição acima referida do artigo 1469-sexies, a redação do artigo 1469-ter. é ainda mais rigorosa:

*La vessatorietà di una clausola è valutata tenendo conto della natura del bene o del servizio oggetto del contratto e facendo riferimento alle circostanze esistenti al **momento della sua conclusione** e alle altre clausole del contratto medesimo o di un altro collegato o da cui dipende.*

Com esta norma, sustenta FRIGNANI, o controle judicial não é mais preventivo, mas somente sucessivo, pois se fosse preventivo não poderia ter utilizado o critério “*momento da conclusão do contrato e dos contratos dele dependentes*”. Ademais, entende o autor que a utilização de uma *lista negra* seria o exemplo clássico de controle preventivo generalizado, como ocorre no sistema alemão, tendo sido descartado pela

²¹¹Filippo DANOVI, *L'azione ...*, p. 1053-1058. Ver, também, Giuseppe TARZIA, *op. cit.*, p. 637 ; VICENTINI, *op. cit.*, p. 750.

Diretiva, quando no artigo 3.1. menciona que as cláusulas objeto de negociação individual não são consideradas abusivas, o que foi repetido na lei italiana, ainda com o agravante e de que a abusividade dependerá da avaliação caso a caso, o que o autor denomina de um *sistema paralelo fundado na case law* de controle das condições gerais do contrato.²¹²

Assim, tanto o modelo comunitário, como o italiano, em análise, pretendem uma proteção contra as cláusulas abusivas em abstrato, como no modelo alemão, mas com a diferença de que na Alemanha este controle vem expresso na lei, facilitando o controle judicial abstrato pelo juiz, enquanto que na Itália é atribuída ao juiz a função de avaliação da abusividade da cláusula contratual, caso a caso (levando em conta a natureza e o objeto do contrato), como um *sistema paralelo destinado a encontrar aplicação nos casos de ações inibitórias coletivas*.²¹³

O último parágrafo do artigo 1469 dispõe que o juiz pode ordenar que o procedimento inibitório seja publicado em um ou mais jornais, sendo ao menos um de difusão nacional. FRIGNANI, ao comentar o artigo, refere-se *como a norma que codifica o terror*,²¹⁴ pois entende que a ordem de publicação da sentença em matéria civil deve ser utilizada como forma de contribuição à

²¹²FRIGNANI, *L'azione* ..., p. 1000-1005.

²¹³*Idem*, p. 1005.

²¹⁴*Ibidem*, *L'inibitoria* ..., p. 1022. Para o autor, a publicação pode ser utilizada para fins pouco escrupulosos por parte de outros profissionais (concorrentes), trazendo prejuízos à imagem da empresa contra quem é promovida a demanda, sob o risco de inexistência do direito, já que a análise da abusividade se faz caso a caso. Depois, entende ser absurdo a obrigação de publicação a nível nacional, quando, v.g., se possa estar diante de um profissional que atua num território limitado.

reparação do dano, sempre que seja impossível a conversão em pecúnia e, ademais, somente após o trânsito em julgado, não concordando com a utilização da publicação como meio de sanção à ação inibitória.

Em verdade, como o sistema italiano falhou ao não prever nas hipóteses do artigo 1469, a aplicação de meios de coerção (v.g. multa) para obter o cumprimento da tutela inibitória, como existe no Brasil (art. 84, § 4º do CDC e art. 461, § 4º do CPC), estipulando tão somente a possibilidade de publicação do provimento, é que se poderia dizer ineficaz a norma italiana, pois os meios de coerção têm por escopo dar efetividade à tutela inibitória, o que certamente não é alcançado com a mera publicação do procedimento.²¹⁵

3.3 INGLATERRA

A recepção pelo Reino Unido da Diretiva comunitária

²¹⁵Ainda sobre a inibitória italiana **ver**: Adriano MANESCHI, **La difesa del consumatore dalle clausole vessatorie**. Milão : Giuffrè, 1997, p. 99 ss.; Antonio TULIO, **Il contratto per adesione** : tra il diritto comune dei contratti e la novella sui contratti dei consumatori. Milão : Giuffrè, 1997, p. 179 ss.; Rosario FERRARA, **Contributo allo studio della tutela del consumatore** : profili pubblicistici. Milano : Giuffrè, 1983, p.3 ss.; Ernesto CÈSARO, **Clausole vessatorie e contratto del consumatore**. Padova : CEDAM, 1996, p. 518 ss.; Ferruccio TOMASEO **Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori**. Milão : Giuffrè, 1997, p. 755 ss.; Giovanni ARMONE, **La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel codice civile**. Napoli : Jovene, 1996, p. 221; Alessandra BELLELLI, L'inibitoria come strumento di controllo delle condizioni generali di contratto. In: BIANCA, C. Massimo, **Le condizioni generali di contratto**. Milano : Giuffrè, 1981, p. 301 ss.; Ugo RUFFOLO, Tutela 'colletiva' e azione inibitoria. In: **Clausole 'vessatorie' e 'abusiva'** : gli art. 1469 ss. C.c. e i contratti con consumatore. Milano : Giuffrè, 1997, p. 109 ss.

93/13/CEE, em matéria de cláusulas abusivas nos contratos firmados entre fornecedores e consumidores, insere-se num contexto normativo já fortemente caracterizado, denominado *Unfair Contract Terms Act 1977 (UCTA)*, relativo à disciplina de cláusulas exonerativas ou limitativas de responsabilidade em contratos *standard*.

Mas foi por meio da *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1994 (Regs - Regulations)* que foi dada atuação nos termos em que determinava a Diretiva 93/13/CEE.²¹⁶

O sistema da *Unfair Contract Terms Act* se estende ao conjunto de cláusulas supressivas ou limitativas de responsabilidade, ou seja, cuidava de *exemption clauses* e não de *unfair clauses*. Somente com a *Consumer Contracts Regulations (1994)*, passou a referir-se a qualquer condição *unfair*.²¹⁷

²¹⁶Deve-se considerar como pressuposto do direito inglês a presunção de liberdade de escolha tanto na conclusão do contrato, como em relação às suas condições (Sabine KOLKMANN, *Unfair Contract terms in Inghilterra*. In: ALPA, Guido [Coord.]. **Le clause vessatorie nei contratti con i consumatori**. Milão : Giuffrè, 1997, p.1323).

²¹⁷ALPA e PATTI, **Le clause vessatorie nei contratti con i consumatori**. Milão : Giuffrè, 1997, p.1322. Ver, também, Ernesto CÉSARO, **Cláusole Vessatorie ...**, p. 845 ; Hugh COLLINS, *Le Cláusole vessatorie nel Regno Unito*. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milão, p. 455 e ss., 1997 ; Gordon BORRIE, *Controlli Giudiziali, Legislative ed Amministrativi sui contratti standard nel diritto inglese*. In: BIANCA, C. Massimo [Coord.]. **Le condizioni generali do contrato**. Milão : Giuffrè, 1981, p. 325; Mauro CAPPELLETTI. O acesso dos consumidores à justiça. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo Teixeira [Coord.]. **As garantias do cidadão na justiça.**, São Paulo : Saraiva, 1993, p. 313. Enzo ROPPO, **Contratti standard**. Milão : Giuffrè, 1989, p. 251 ; João Bosco Leopoldino da FONSECA, **Cláusulas abusivas nos contratos**. 2. ed. Rio de Janeiro : Forense, p. 152 ; Paulo Luiz Neto LÔBO, **Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas**. São Paulo : Saraiva, 1991, p. 97 ; Chiara ALVISI, *Alcune riflessioni sul recepimento della direttiva 93/13/CEE del consiglio del 5 aprile 1993 nel regno unito ad opera dell'unfair terms in consumer contracts regulations 1994*, SI 1994/31599 del 14.12.94, entrata in vigore il 1° luglio 1995. In: RUFFOLO, Ugo [Coord.]. **Cláusole vessatorie e abusive**. Milano : Giuffrè, 1997. p. 269 ss.

O disposto no artigo 8 (1) da *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1994* recepcionou o artigo 7 (1) da diretiva 91/13/ CEE, em termos mais restritos, limitando os instrumentos "*of prevention of continued use of unfair terms*" às hipóteses de cláusulas redigidas "*for general use*", diferentemente do que estipulava a diretiva, na visão de Chiara ALVISI, que encampava também as hipóteses de cláusulas abusivas estipuladas em contratos individuais. Esta prevenção se dá pela faculdade de denúncia ao *Director General of Fair Trading*, e somente a este é reconhecido o direito de ação a fim de obter a decisão judicial com relação às cláusulas abusivas, não tendo legitimidade as associações de representação dos consumidores, como ocorre no Brasil.

João Bosco Leopoldino FONSECA, citando Guido ALPA, menciona que a *Unfair Contract Terms Act* não tem a força pretendida de conferir a objetividade necessária, a aferir e impedir o uso de cláusulas abusivas nos contratos padronizados, sobretudo porque o critério adotado, de *razoabilidade* das cláusulas, não parece dos mais felizes, parecendo ser o *modelo legislativo mais fraco* entre os ultimamente elaborados na experiência européia.²¹⁸

Na mesmo sentido, Hugh COLLINS esclarece a situação em que se encontra a defesa dos direitos dos consumidores especificamente quanto às cláusulas abusivas inseridas nos contratos ingleses, após a Diretiva 93/13/CEE, apresentando

panorama não muito positivo em favor daqueles.

Com as previsões da diretiva sobre cláusulas abusivas nos contratos com os consumidores, o Ministério da Indústria e Comércio do governo britânico publicou um documento com proposições sobre modalidades de atuação da diretiva no direito inglês, suscitando controvérsias em dois aspectos: primeiro porque o documento previa a atuação da diretiva sem modificar as leis já em vigor sobre a matéria, em especial a *Unfair Contract Terms Act 1977*, de forma que foi inteiramente repetido o texto da diretiva, passando a existir duas regulamentações sobre a mesma matéria, refletido na *The Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1994*; segundo porque o documento previa a atuação do artigo 7º, parágrafo 1º da diretiva quanto à necessidade de meios adequados para inibir a inserção de cláusulas abusivas nos contratos firmados com consumidores (ação inibitória), sob a alegação de que existia uma tutela adequada e eficaz prevista no direito privado, quanto à anulabilidade das cláusulas abusivas contidas nos contratos firmados com consumidores, cujas decisões no sistema da *common law* têm força vinculante (porém dificilmente são publicadas) e, ainda, quanto ao parágrafo 2º do artigo 7º da diretiva (legitimação), entendeu o governo inglês ser questão irrelevante por não existir organizações que sua legislação reconheça o direito de exercitar a ação inibitória.

Hugh COLLINS explica as duas grandes críticas a esta

²¹⁸FONSECA, *op. cit.*, p. 154.

definição: a primeira que seria inverídica a alegação de inexistência de organizações legitimadas a agir em representação dos consumidores, visto que existe a *Office of Fair Trading*, ente público dotado de autonomia, competente em matéria de proteção dos consumidores e legitimado para atuação quanto à disciplina de publicidade enganosa;²¹⁹ a segunda porque as associações de consumidores sustentam que a finalidade da diretiva era a modificação da legislação nacional, com a introdução de tais direitos.²²⁰

Como consequência, o regulamento conferiu ao *Director of Fair Trading* o poder de examinar as reclamações em matéria de cláusula abusiva e de exercitar uma ação inibitória para impedir a inserção nos contratos das cláusulas declaradas abusivas. Também tem poderes de negociar com empresas e de prestar informações e responder consultas sobre a aplicação do regulamento. O *Office of Fair Trading* é dotado de uma unidade especial chamada *Unfair Contract Terms Unit*, cuja função é receber reclamações e, se necessário, tomar medidas legais, o que, adianta COLLINS, não satisfaz as associações de consumidores que continuam pressionando o governo britânico para obter o direito de agir em juízo em representação dos consumidores.²²¹

²¹⁹Diretiva 84/450 do Conselho de 19 de setembro de 1984 quanto à publicidade enganosa.

²²⁰Tudo conforme Hugh COLLINS, *op. cit.*, p. 455 e ss.

²²¹Conforme COLLINS, o governo é contrário à introdução de qualquer *class action*, temendo que isto poderia constituir um potente instrumento de contestação política, como ocorrido nos Estados Unidos. (*Op. cit.*, p. 457).

Ainda conforme o mesmo autor, a *Unità dell'Office of Fair Trading* tem recebido e examinado muitas reclamações em matéria de cláusula abusiva e publicou uma primeira relação anual (em maio/96), como forma de dar atuação à diretiva no direito inglês, sendo que das 165 reclamações somente 25 foram reconhecidas abusivas e existem outras 198 em discussão. No entanto, frisa que, em nenhum caso, a *Unità* fez uso de seu poder de agir em Juízo para exercitar a ação inibitória.²²²

Em que pese a dificuldade em encontrar informações acerca da atuação da diretiva quanto à proteção dos consumidores contra as cláusulas abusivas no direito inglês (via judicial), interessante ressaltar que na *common law* existe um procedimento especial denominado *injunction*, de características semelhantes à ação inibitória.

A *injunction* é uma sentença que ordena ao réu o cumprimento de certo ato ou uma série de atos, ou, ainda, a abster-se, sendo distinta da sentença de condenação de ressarcimento do dano.²²³ É utilizada em casos diversos, como contra a apropriação de segredos comerciais, contra a interferência na execução de um contrato, conflitos raciais, *antitrust* e tutela do ambiente, entre outros.²²⁴

No Processo moderno, aponta Micheli TARUFFO, a *injunction*

²²²Cf. COLLINS, *op. cit.*, p. 458.

²²³Cf. Michele TARUFFO ; Geoffrey C. HAZARD, **La giustizia civile negli Stati Uniti**. Bologna : Mulino, 1993, p. 184.

²²⁴Quanto ao âmbito de aplicação das *injunctions*, ver FRIGNANI, *op. cit.*, p. 67 ss. E, também, TARUFFO e HAZARD, *op. cit.*, p. 184.

pode ser emanada quando o autor demonstra que a violação de seus direitos ameaça continuar ou que o ressarcimento do dano não é o remédio adequado. As *injunctions* podem ser concedidas *provisórias* ou *definitivas*²²⁵ e são requeridas quando o ilícito está em curso ou quando há ameaça de ilícito iminente, cuja violação não pode ser reparada por meio da tutela ressarcitória.

A *injunction* consiste em uma ordem dirigida à pessoa do réu, pelo que se diz *in personam*.

O descumprimento da *injunction* pode ser sancionado como *contempt of court*²²⁶ que pode ser civil ou penal, ou seja, o juiz poderá condenar o réu a uma sanção pecuniária ou prisão, como forma de coação ao cumprimento da ordem, o que, não ocorrendo, pode importar, ainda, em punição por desobediência à corte.

²²⁵A tutela provisória pode consistir em um *temporary restraining order*, o qual é seguido de uma *preliminary injunction*, normalmente realizado em audiência preliminar. Na *injunction definitiva* o juiz tem ampla discricionariedade, podendo definir o conteúdo em termos específicos e restritos ou em termos menos onerosos, assim como dispor que ilícito seja reparado em parte com o ressarcimento do dano e em parte por meio de atividades prestadas pelo réu. Uma espécie diferenciada de *injunction* é a *institutional decree*, utilizada contra as discriminações raciais nas escolas e para eliminar condições perigosas em prisões e hospitais - como forma de eliminar situações ilegais em instituições públicas. A respeito ver TARUFFO, *op. cit.*, p. 185-186.

²²⁶*Idem*, p. 187, 240 ; FRIGNANI, *op. cit.*, p. 312 ss.; MARINONI, **Tutela inibitória**, p. 170, 302-303 ; Marcelo Lima GUERRA, **Execução indireta**. São Paulo : RT, 1998, p. 78 ss.

3.4 ALEMANHA

O sistema alemão de proteção dos consumidores quanto às condições gerais do contrato certamente teve grande influência não só no modelo comunitário (Diretiva 93/13/CEE), mas também inspirou a legislação de diversos países.

A lei alemã sobre condições gerais do contrato (*allgemeine geschäftsbedingungen*) denomina-se *Gesetz zur Regelung des Rechets der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz)*, de 9 de dezembro de 1976, e entrou em vigor em 1º de abril de 1977.

A recepção da Diretiva 91/13/CEE pela Alemanha deu-se pela *Gesetz zur Änderung des AGB-Gesetzes und der Insolvenzordnung*, de 19 de julho de 1996, apesar das severas críticas feitas à técnica legislativa da diretiva, sobretudo porque veio trazer alterações em um sistema que já funcionava bem naquele país havia mais de dez anos (AGB-Gesetz), e cuja jurisprudência acerca da disciplina já se encontrava consolidada.

Uma das questões discutidas foi que a AGB-Gesetz já tutelava as condições gerais de contrato pré-formuladas (*vorformulierte vertragsbedingungen* - § 1º [1]), enquanto que o artigo 3º, parágrafo 1º da Diretiva, refere-se às cláusulas que não tenham sido objeto de negociação individual. A lei alemã é mais abrangente que a proposta da diretiva, razão pela qual foi

mantida a sua redação.²²⁷

A exigência da diretiva de uma ação preventiva (art. 7º) também não foi novidade no sistema germânico, o qual já tinha previsão na AGB-Gesetz, em seu parágrafo 3º, cujo escopo não é somente garantir os direitos do aderente, mas o de evitar o *tráfico jurídico quanto ao emprego de práticas abusivas nas contratações standartizadas*.²²⁸

São legitimadas para a inibitória alemã as associações de consumidores, as associações de profissionais, câmaras de indústria e comércio e câmara de artesanato.²²⁹ De acordo com o parágrafo 21, caso algum *utilizador* de condições gerais de contrato contrarie uma ordem inibitória já pronunciada, pode a parte contrária alegar em seu favor os efeitos da sentença inibitória.²³⁰

²²⁷Alessandro SOMMA, *Il contratti del consumatore nell'esperienza tedesca: il recepimento della direttiva 93/13*. In: ALPA, Guido. **Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori**. Milano : Giuffrè, 1997, p. 1380. Ver, ainda, Giorgio DE NOVA, *La legge tedesca sulle condizioni generali di contratto (AGB-Gesetz)*. **Rivista di Diritto Civile**, Padova, p. 107 ss., jan./mar. 1978 ; RAPISARDA, *Profili della tutela inibitoria atpica nell'esperienza germanica*. **Rivista di Diritto Processuale**, CEDAM, p. 93, jan./mar. 1983 ; Rosario FERRARA, *Contributo allo studio della tutela del consumatore*. Milão : Giuffrè, 1983, p. 109 ; Martin POSCHI, *Le condizioni generali di contratto secondo il diritto della repubblica democratica tedesca in L'inibitoria come strumento di controllo delle condizioni generali di contratto*. In: BIANCA, C. Massimo. **Le condizioni generali di contratto**. Milano : Giuffrè, 1981, P.481.

²²⁸RAPISARDA, **Profili della ...**, p. 111.

²²⁹Cf. parágrafo 13 (2), AGB-Gesetz.

²³⁰O legislador alemão adotou o sistema de eficácia *secundum eventum litis* (RAPISARDA, **Profili della ...**, p. 112). Segundo DE NOVA, a sentença que acolhe a demanda deverá reproduzir o texto da cláusula abusiva, indicar a quais tipos de negócios se opera a inibição e conter a proibição de utilização de cláusula do mesmo conteúdo nas condições gerais do contrato e, caso a sentença determine a retratação de recomendação, a sentença poderá conter a ordem de tornar pública a decisão com a mesma difusão que havia dado a recomendação de utilização. (§ 17 e 18), bem como será registrada para consulta pelo público (§ 20). (DE NOVA, *op. cit.*, p. 136-

3.5 FRANÇA

A primeira lei geral na França, destinada a eliminar as cláusulas abusivas nos contratos de consumo, foi a lei n. 78-23 de 10 de janeiro de 1978, embora cuidasse de controle administrativo.

A recepção da Diretiva 93/13/CEE na França deu-se com a Lei n. 95-96 de 1º de fevereiro de 1995, que traz disposições relativas às cláusulas abusivas nos contratos albergados pelo Código de consumo.

A sanção prevista no artigo L132-1 do Código de consumo para as cláusulas abusivas é que estas são reputadas não escritas (*non écrites*). Entretanto, o poder de decidir sobre o caráter abusivo ou não de uma cláusulas vem previsto na Lei de 1995, atribuindo a competência da matéria ao juiz poder regulamentar, mediante técnicas diversas.

No direito francês o consumidor pode valer-se de dois tipos de ação para promover sua defesa: a ação individual e a ação coletiva. As ações individuais são reguladas pelo direito comum, sendo competente para julgá-las o Tribunal *d'instance* ou o de *Grande Instance*, o *Tribunal do Comércio* e o *Tribunal Administrativo*. As ações coletivas podem ser promovidas pelas associações de consumidores reconhecidas, as quais têm legitimidade para agir em juízo na defesa dos interesses coletivos dos consumidores.

Em termos de tutela preventiva, interessa a redação do artigo L421-6 do Código de consumo, o qual confere às associações reconhecidas o poder de agir em caráter preventivo para eliminar as cláusulas abusivas, podendo requerer ao juiz, independentemente da existência de controvérsia entre as partes (profissionais e consumidores), que sejam eliminadas as cláusulas abusivas dos modelos contratuais propostos pelos profissionais aos consumidores e dos contratos propostos pelas organizações profissionais aos próprios sócios. O juiz ordena a supressão das cláusulas abusivas dos modelos, fixando astreintes para o caso de descumprimento.²³¹

²³¹Jacques GHESTIN, L'évolution du droit des clauses abusives en France. In: ALPA, Guido. **Le clause vessatorie nei contratti com i consumatori**. Milão : Giuffrè, 1997, p.1369 ; Guido ALPA, **Il diritto dei consumatori**. Roma : Laterza, 1996, p. 170 ; Alessandra MAGGIO, Il sistema francese. In: CÈSARO, Ernesto [Coord.]. **Cláusole vessatorie e contrato del consumatore**. Padova : Cedam, 1997, p. 823 ss. ; GUERRA, op. cit., p. 115 ss.

4 A TUTELA INIBITÓRIA COMO INSTRUMENTO PREVENTIVO DE CONTROLE DAS CLÁUSULAS ABUSIVAS NO BRASIL

O controle das cláusulas abusivas tem sido objeto de preocupação em sistemas estrangeiros, mas, ao que parece, a mesma atenção não tem sido despendida no Brasil.²³²

Como mencionado, com o veto presidencial do parágrafo único do artigo 83 o controle judicial preventivo das cláusulas abusivas não foi suprimido, sobretudo porque o artigo 51 traz o rol de cláusulas consideradas abusivas e os artigos 6º, 83 e 84 trazem os fundamentos processuais para a adequada tutela preventiva.

O controle judicial preventivo é expressamente previsto em legislações estrangeiras e realizado por meio da ação *inibitória*. Não nos parece que no Brasil se tenha dado a devida importância à utilização da tutela *inibitória* com escopo preventivo, apesar de nos últimos anos os processualistas modernos encontrarem-se mais voltados para temas como o da *efetividade da tutela jurisdicional* e da *instrumentalidade* do processo.

Em verdade, muitos doutrinadores nacionais apontam a existência tão somente do controle judicial concreto e

²³²Em verdade, é comum aos estudiosos dos direitos dos consumidores mencionarem a importância e a necessidade de tutelar preventivamente os direitos dos consumidores, porém, não apresentam uma proposta ou solução que efetivamente possa garantir este direito à prevenção, pois mencionam ações declaratórias, condenatórias e constitutivas, como se estas pudessem cumprir eficazmente o papel de instrumentos preventivos. À exceção, na obra *Tutela Inibitória*, MARINONI aponta ser esta a tutela apropriada à prevenção dos consumidores contra as cláusulas abusivas, resolvendo o impasse.

repressivo das cláusulas abusivas, ou seja, o controle cabível tão somente após ter sido concluído o contrato e quando a cláusula abusiva já se encontra inserida neste instrumento. Ruy Rosado de AGUIAR JUNIOR entende que o controle judicial posterior ou repressivo é o único que existe em termos concretos, cuja desvantagem é a demora no provimento, tornando conveniente à empresa manter seu comportamento ilícito, com perda insignificante em relação à totalidade de seus negócios, caso alterasse seu procedimento em relação às cláusulas abusivas.²³³

Como antes mencionado, o sistema de proteção e defesa do consumidor adotou, como forma de controle das cláusulas abusivas, o controle judicial.

(MARINONI, **Tutela inibitória**, p. 99).

²³³O controle repressivo "não impede a repetição dos mesmos abusos que a lei veda, podendo ser mais conveniente à empresa manter seu comportamento ilícito e enfrentar o litígio, com perda insignificante, relativamente à totalidade de seus negócios, do que modificar seu procedimento." (Ruy Rosado de AGUIAR JUNIOR, *Cláusulas Abusivas no Código de defesa do Consumidor In: Estudos sobre a proteção do consumidor ... p. 23-24*). Cristiano Heineck SCHMITT, entende que o controle preventivo é somente o administrativo e que o controle repressivo pode ser administrativo ou judicial. Confira-se: "O controle das cláusulas abusivas, no Brasil, pode ser administrativo ou judicial. Preferimos o primeiro, uma vez que resguardada o consumidor dos percalços jurídicos de uma ação revisional ou rescisória de contrato. Apesar do veto ao § 3º, do art. 51, do CDC, o qual outorga um controle prévio, abstrato e vinculativo por meio do Ministério Público, essa fiscalização pode-se operar, com menor intensidade, por meio do inquérito civil e da ação civil pública. Ressalvamos que, apesar de satisfatório na teoria, o controle administrativo das cláusulas abusivas no Brasil é deficitário, na prática, pois falta regulamentação para os procedimentos de fiscalização a serem adotados pelas entidades públicas e privadas responsáveis pela defesa dos interesses dos consumidores. Em termos concretos, tratando-se do caso brasileiro, o controle de cláusulas abusivas nos contratos de consumo que subsiste é o judicial, cuja desvantagem é refletida pela demora do provimento jurisdicional, embora essa modalidade apresente algumas condições favoráveis ao consumidor, tais como a inversão do ônus da prova, a desconsideração da personalidade jurídica e a extensão dos efeitos da coisa julgada." (As cláusulas abusivas no código de defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 33, p.179-180, jan./mar. 2000).

Ao nosso ver, uma efetiva e eficaz proteção dos interesses e direitos coletivos dos consumidores nas suas relações contratuais, somente poderá se dar por meio de um sistema de prevenção do ilícito, em especial, a prevenção contra a utilização de cláusulas contratuais abusivas, e não por meio do ajuizamento de ações de condenação, tipicamente ressarcitórias,²³⁴ como forma de reparar os danos já ocorridos com os consumidores, como hoje se perfila.

Na busca de uma tutela jurisdicional voltada à prevenção do ilícito, entende-se ser a tutela inibitória a mais adequada.²³⁵

4.1. CARACTERÍSTICAS DA TUTELA INIBITÓRIA

A tutela inibitória, como tutela preventiva, visa prevenir o ilícito. É uma tutela, nas palavras de Luiz Guilherme MARINONI,

que tem por fim impedir a prática, a continuação ou a repetição do ilícito, e não uma tutela dirigida à reparação do dano. Portanto, o problema da tutela inibitória é a

²³⁴Ver Ada Pellegrini GRINOVER, O novo processo do consumidor. In: **O processo em evolução**. 2. ed. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1998, p. 129-130 ; Gabriel A. STIGLITZ, Las acciones colectivas en proteccion del consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 15, p. 22, jul./set. 1995.

²³⁵MARINONI, **Tutela inibitória**. São Paulo : RT, 1998, p. 25 ; *Ibidem*, **A antecipação da tutela**. 3. ed. São Paulo : Malheiros, 1997, 59 e ss.; *Ibidem*, Tutela inibitória : a tutela de prevenção do ilícito. **Genesis - Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, n. 2, p. 353 e ss, maio/ago. 1996. Ver, a respeito, as obras clássicas a respeito da tutela inibitória: FRIGNANI, **L'injunction nella common law e L'inibitória nel diritto italiano**. Milão : Giuffrè, 1974 ; RAPISARDA, **Profili della tutela civile inibitoria**. Padova : CEDAM, 1987.

prevenção da prática, da continuação ou da repetição do ilícito, enquanto o da tutela ressarcitória é saber quem deve suportar o custo do dano, independentemente do fato de o dano ressarcível ter sido produzido ou não com culpa,

Completa, ainda, o autor:

que a configuração de uma tutela genuinamente preventiva implica na quebra do dogma - de origem romana - de que a única e verdadeira tutela contra o ilícito é a reparação do dano, ou a tutela ressarcitória, ainda que na forma específica.²³⁶

Uma célebre jurista italiana, Alessandra BELLELLI - em obra específica sobre o controle das cláusulas abusivas por meio da ação *inibitória* -, esclarece que esta ação se volta ao futuro, a fim de impedir a prática, a continuação ou a repetição de uma atividade ilícita.²³⁷ Para autora, a *inibitória* é um remédio que se aplica não só aos contratos futuros, mas também aos contratos já concluídos ou em curso de execução, nos quais, as cláusulas abusivas tenham sido inseridas, o que não contrasta com a natureza preventiva da tutela *inibitória*.²³⁸ O pressuposto desta ação é o ilícito entendido como o ato contrário à norma jurídica, prescindido dos elementos de dano e de culpa, os quais são relevantes para o ressarcimento, mas não à tutela *inibitória*.

²³⁶ MARINONI, *Tutela inibitória*, p. 26.

²³⁷ Ver BELLELLI, L'*Inibitoria* come strumento di controllo delle condizioni generali di contratto. In: BIANCA, C. Massimo [Coord.]. *Le condizioni generali di contratto*. Milão : Giuffrè, 1981, p. 299. Também, FRIGNANI, *L'injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano*. Milão : Giuffrè, 1974, p. 407 ; RAPISARDA, *Profillo della tutela civile inibitoria*. Padova : CEDAM, 1987, p. 90-91 ; MARINONI, *Tutela inibitória*. São Paulo : RT, 1998, p. 29.

²³⁸ Alessandra BELLELLI, *La tutela inibitória* In: C.M. BIANCA e F.D. BUSNELLI [Coord.]. *Comentario al capo XIV bis del codice civile : dei contratti del consumatore*. Padova : CEDAM, 1999, p. 940.

Para a mesma autora, a inibitória é a única forma de prevenção de que se podem valer os consumidores contra o uso de cláusulas abusivas: *"È da sottolineare che, nell'ambito di un controllo giudiziale sulle condizioni generali di contratto, l'inibitoria si profila come l'unica forma di tutela preventiva nei confronti dell'illecito consistente nell'applicare clausole abusive"*.²³⁹

A tutela inibitória é puramente preventiva e não se confunde com as demais espécies de tutela, v.g., o ressarcimento do dano na forma específica, o qual tem natureza, função e pressupostos diversos. Até mesmo a tutela reintegratória tem natureza diversa, não sendo a sua função a de prevenir o ilícito. As ações de natureza ressarcitória²⁴⁰ têm como pressuposto o dano e os elementos subjetivos do dolo ou da culpa, os quais não são necessários para a ação inibitória, visto que a sua função é essencialmente preventiva, com a finalidade de impedir a iminente prática de um ilícito, ou, se já ocorrido, a sua repetição ou continuação no futuro.²⁴¹

É óbvio que quando se fala em tutela ressarcitória²⁴²

²³⁹BELLELLI, *L'Inibitoria* ..., p. 305.

²⁴⁰ Ver Luiz Guilherme MARINONI, *Tutela específica*, São Paulo: RT, 2000, p. 154 ss.

²⁴¹"A diferencia de la indenización, y coincidiendo en esto con la acción negatoria, la presente no supone la existencia de culpa en el demandado. Su función es influir en la conducta futura de este, esclareciendo la situación jurídica y conminándole con penas para o caso de rebeldía, en la medida en que lo consienta el régimen procesal." (A. VON TUHR, *Tratado de las obligaciones*. Madri : Reus, 1934, p. 283).

²⁴²Sobre a tutela ressarcitória, ver MARINONI, As tutelas dos artigos 461, CC e 84, CDC. In: *Questões do novo direito processual civil brasileiro*. Curitiba : Juruá, 1999, p. 151 ss.; Luiz Guilherme MARINONI,

tendo como pressupostos o dolo ou a culpa, está-se tratando da responsabilidade subjetiva, de regra geral, mas não podemos deixar de lado que, especificamente no âmbito da responsabilidade civil do fornecedor por danos causados aos consumidores, a sua responsabilidade é objetiva, sem a perquirição de culpa, devendo ser observada, portanto, a disposição do artigo 12 e seguintes do Código de Defesa do Consumidor.²⁴³

É necessário que se compreenda que a tutela jurisdicional preventiva, a tutela inibitória - entendida como a tutela contra o ilícito -, não se destina a reparar o dano, pois não se deve identificar o ilícito ao dano.²⁴⁴

Luiz Guilherme MARINONI aborda a evolução entre os doutrinadores italianos, acerca da tutela preventiva:

Transparece da doutrina de Candian uma preocupação em evitar o dano e não o ilícito; quando Candian fala em ilícito de

Tutela específica, São Paulo: RT, 2000, p. 154 ss.

²⁴³Sobre a responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor, ver: Silvio Luis Ferreira da ROCHA, **Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no direito brasileiro**. São Paulo : RT, 1992 ; José Reinaldo de Lima LOPES, **Responsabilidade civil do fabricante e a defesa do consumidor**. São Paulo : RT, 1992 ; Luiz Gastão Paes de Barros LEÃES, **A responsabilidade do fabricante pelo fato do produto**. São Paulo : Saraiva, 1987 ; Adalberto PASQUALOTTO, **Os efeitos obrigacionais da publicidade no código de defesa do consumidor**. São Paulo : RT, 1997 ; James MARINS, **Responsabilidade da empresa pelo fato do produto**. São Paulo : RT, 1993 ; Odete Novaes Carneiro QUEIROZ, **Da responsabilidade por vício do produto e do serviço**. São Paulo : RT, 1998 ; LÔBO, **Responsabilidade por vício do produto ou serviço**. Brasília : Brasília Jurídica, 1996.

²⁴⁴Para José Manoel de ARRUDA ALVIM, a tutela inibitória não pode ser identificada com o ilícito de dano, e sim com o ilícito de perigo. (Anotações sobre alguns aspectos das modificações sofridas pelo processo hodierno entre nós. In: **Revista de Processo**, São Paulo, n. 97, p. 55, jan./mar. 2000). Ocorre, entretanto, como explica MARINONI, a distinção entre ilícito de perigo e ilícito de lesão propugnada por CANDIAN e BARASSI mereceu crítica porque a tutela contra o ilícito de perigo seria também uma tutela contra o perigo de dano (ilícito de perigo de dano)- (MARINONI, **Tutela inibitória**, p. 32.

perigo, como categoria contraposta à de ilícito de lesão, fica claro que o ilícito de perigo diz respeito a um perigo de dano. É evidente, portanto, que a elaboração de Candian não pode ser aceita como adequada à explicação da tutela preventiva, já que marcada por uma preocupação em evitar o dano e não o ilícito.

Lodovico BARASSI, um outro conhecido civilista italiano, tratando de "prevenzione del fatto dannoso", pergunta se é admitida, no direito italiano, uma ação destinada "a prevenir as lesões jurídicas". Segundo ele, uma ação desse tipo objetiva fazer cessar um estado atual de coisas que necessariamente deve conduzir a uma futura lesão; uma ação dirigida sobretudo a obter que uma pessoa desista de um determinado comportamento, ou mesmo o modifique.

Ao descrever alguns casos que constituiriam exemplos de tutela preventiva, alerta BARASSI que as situações às quais as ações preventivas fariam referência constituiriam o *ilícito de perigo*, que se distinguiria, assim, do ilícito de lesão.

Barassi deixa transparecer com toda nitidez que a tutela preventiva é voltada a prevenir o dano, o que não impede, portanto, de aderir à terminologia utilizada por Candian, e de falar de 'ilícito de perigo' e de 'ilícito de lesão'. A tutela dirigida a fazer cessar uma atividade ilícita (ilícito de perigo) teria natureza preventiva porque destinada a impedir um futuro dano.

Segundo Barassi, a tutela preventiva pode ser utilizada para impedir a continuação de um estado atual de coisas que já provocou um dano, mas que ainda pode provocar outro e mesmo para impedir a continuação de um estado atual de coisas que, ainda que não tenha causado dano, provavelmente pode ocasioná-lo.

A posição de Barassi merece a mesma crítica que foi endereçada à doutrina de Candian; Barassi, ao falar em ilícito de perigo, alude a um estado atual de coisas (uma atividade ilícita continuativa) que pode causar dano. A tutela contra o ilícito de perigo, portanto, seria uma tutela contra o perigo de dano. (...)

Bonasi Benucci distingue perigo de dano, argumentando que o dano é uma consequência normal da periculosidade do ilícito e da sua capacidade de provocar o dano. O perigo, nesta concepção, é elemento constitutivo do ilícito (o ilícito é sempre de perigo), enquanto que o dano, por seu uma consequência meramente eventual da violação, é um elemento extrínseco da 'fattispecie' constitutiva. (...)

Bonasi Benucci, ao inserir na constituição do ilícito o perigo, refere-se ao perigo como uma 'potencialidade danosa', evidenciando, assim, que a tutela contra o ilícito - que seria diferente da tutela contra o dano - é uma tutela contra a probabilidade do dano.

Note-se, porém, que se o dano é uma consequência meramente eventual e não necessária do ilícito, a tutela inibitória não deve ser compreendida como uma tutela contra a probabilidade do dano, mas sim, como uma tutela contra o perigo da prática, da continuação ou da repetição do ilícito, compreendido como

ato contrário ao direito que prescinde da configuração do dano.²⁴⁵

Sendo a tutela inibitória a tutela preventiva contra o ilícito, entendendo-se que no ilícito existe um perigo, uma potencialidade danosa, deve-se entender que a tutela inibitória é voltada contra o ilícito, a fim de impedir a sua prática, continuação ou repetição - desde que não configurado o dano.

Ela é, além de preventiva, específica, pois destina-se a garantir o exercício integral do direito, segundo as modalidades fixadas pelo direito material.

A principal distinção entre a tutela inibitória e a tutela ressarcitória é que a primeira tem por fim fazer cessar o ilícito, sua repetição ou continuação, não perdendo por isto a sua característica de preventiva; a segunda, por outro lado, destina-se apenas à reparação pela já ocorrida violação do direito.

A tutela ressarcitória, portanto, não se presta ao fim preventivo buscado e nem é o remédio adequado à prevenção contra a utilização de cláusulas abusivas.

O remédio mais apropriado e idôneo para realizar um controle das cláusulas predispostas é, sem dúvida, a tutela inibitória, especialmente a coletiva, representando um instrumento diverso da mera declaração ou condenação à reparação de danos. A inibitória, desta forma, poderia atingir a atividade do fornecedor, como remédio coletivo e preventivo

²⁴⁵MARINONI, **Tutela inibitória**, p. 31-36.

de futuras relações contratuais idênticas àquela que foi objeto de inibição, assegurando o direito de uma coletividade de consumidores.

O exercício da tutela inibitória se dá mediante a ação individual ou coletiva, que na Itália se denomina ação *inibitória*, mas que, no Brasil, é irrelevante o seu *nomem iuris*, pois, coletivamente, via de regra, vem inserida na denominada ação civil pública. A ação através da qual pleiteia-se a tutela inibitória se constitui em ação de cognição exauriente, podendo a tutela inibitória ser concedida ao final da demanda (com a sentença) ou desde logo, por meio da técnica de antecipação da tutela, em que o juiz prolate decisão que imponha um fazer ou um não fazer, conforme a conduta ilícita temida seja de natureza comissiva ou omissiva.

Este fazer ou não fazer, em relação às cláusulas abusivas - via de regra - importa no dever de abstenção de uso, deve ser imposto ao fornecedor sob pena de multa, tendo como fundamento o artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor.²⁴⁶

Se na legislação infraconstitucional existe amparo legal para a efetividade da tutela preventiva - tutela inibitória, consubstanciada no artigo 461 do CPC e artigo 84 do CDC - descarta-se a utilização da tutela cautelar como tal, pois esta não se presta e não foi concebida para a finalidade de prevenir, muito embora a mesma tenha sido assim utilizada ante a ausência de outro remédio, anteriormente à introdução no

²⁴⁶ *Idem*, p. 29.

sistema brasileiro dos dispositivos que fundamentam a tutela inibitória. Questiona-se, assim, acerca da existência ou não de um princípio geral de prevenção, o que seria o mínimo a se esperar de um sistema legal que se propõe à garantia dos direitos dos cidadãos.

Este sistema legal apto à prevenção existe, em nível constitucional e infraconstitucional, como já apontado, além de se encontrar instrumentalizado no plano do direito processual e, portanto, apto à utilização pelos jurisdicionados, notadamente com relação à proteção do consumidor contra as cláusulas abusivas.²⁴⁷

O comando inibitório da decisão proferida é dirigida ao fornecedor ou fornecedores em defesa dos consumidores, para que não utilizem cláusulas reputadas abusivas, devendo o provimento vir acompanhado de medida coercitiva para a hipótese de não cumprimento. No plano individual a decisão proferida diz respeito tão somente ao contrato firmado entre as partes litigantes. Contudo, no plano coletivo, a eficácia da decisão atinge aos consumidores tutelados coletivamente.

Quando se fala em natureza preventiva, pode-se entender que a ordem de abstenção de uso de cláusula abusiva dirija-se tão somente aos contratos futuros (controle abstrato). Mas, ao contrário, não se dirige somente a fim de evitar a utilização de cláusulas abusivas às futuras relações, mas, também, pode referir-se aos contratos já firmados, que se encontrem em curso

²⁴⁷ *Idem*, p. 68.

de execução,²⁴⁸ nos quais a mesma cláusula abusiva que ora se inibe foi inserida, violando norma imperativa do CDC que a qualifica como abusiva.²⁴⁹

Esta situação não contrasta com a função preventiva da ação inibitória, pois, de acordo com a doutrina italiana, o procedimento de caráter inibitório contra as cláusulas abusivas possui duplo conteúdo: a) fazer cessar um comportamento ilícito que já se tenha verificado (a já utilização da cláusula abusiva, concretamente) e, b) impor ao autor do ilícito (fornecedor), uma ordem de abstenção para o futuro, com relação ao comportamento reputado ilícito.²⁵⁰ Filippo DANOVI esclarece que, na Itália, a quase totalidade de *fattispecie* de inibitória prevista no ordenamento requer que o ilícito já se tenha verificado, sendo a ação dirigida à cessação do mesmo e a fim de impedir a sua repetição para o futuro, a sua perpetuação.²⁵¹ Com relação aos efeitos da ação inibitória, convém esclarecer que a doutrina italiana é bastante divergente, com posicionamentos de que se trate de natureza condenatória²⁵² ou de natureza constitutiva²⁵³, visto que, na

²⁴⁸ E desde que não tenha ocorrido o dano, pois nesse caso, a tutela apropriada seria a ressarcitória e não a preventiva.

²⁴⁹ Neste sentido Alessandra BELLELLI, La tutela inibitória. In: BIANCA, C. M. ; BUSNELLI, F.D. (Coord.). **Comentario al capo XIV bis del codice civile** : dei contratti del consumatore. Padova : CEDAM, 1999, p. 940.

²⁵⁰ Filippo DANOVI, L'azione inibitoria in materia di clausole vessatorie. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, p. 1049, out./dez. 1996.

²⁵¹ Filippo DANOVI, **L'azione inibitoria** ..., p. 1054.

²⁵² Os autores que entendem ser o provimento inibitório de caráter condenatório, o fazem entendendo que se trata de condenação à obrigação de não utilizar cláusula abusiva, entretanto, se assim entendermos, então será necessária executar a ordem, o que seria incompatível com o procedimento à

Itália, a classificação das sentenças é tríplice, não existindo sentença de natureza mandamental e nem mesmo a previsão de cominação da multa.

No Brasil, a tutela inibitória consubstancia-se em uma ordem judicial (via de regra de abstenção), seguida de uma cominação de multa para o caso de descumprimento.

Do ponto de vista prático, a utilização da ação inibitória poderá suscitar alguns questionamentos, os quais procurar-se-á elucidar.

A decisão que concede a tutela inibitória, consubstanciada em uma ordem de abstenção de uso de uma cláusula por ser abusiva nos termos da lei (CDC), é dirigida ao fornecedor sob pena de multa. Em se tratando de ação coletiva projeta-se para o futuro, de forma que o fornecedor não mais possa utilizar a referida cláusula em nenhum contrato futuro com consumidores, pois incorrerá na multa fixada judicialmente.

É prudente que o juiz determine a publicação da decisão em jornal local ou de difusão nacional, conforme o âmbito de

vista de que, no Brasil, existe a sentença mandamental. **Ver:** Flávio LAPERTOSA, *Profili processuali della disciplina delle clausole vessatorie nei contratti con il consumatore*. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, 1998, jul./set. 1998, p. 723; Cristina RAPISARDA, *Tecniche giudiziali e stragiudiziali di protezione del consumatore: diritto europeo e diritto italiano*. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, p. 713, out./dez. 1981; Alessandra BELLELLI, *La tutela inibitoria*. In: BIANCA, C. M.; BUSNELLI, F.D. [Coord.]. **Comentario al capo XIV bis del codice civile: dei contratti del consumatore**. Padova: CEDAM, 1999, p. 955.

²⁵³Luigi MONTESANO. *Problemi attuali su limiti e contenuti (anche non patrimoniale) delle inibitorie, normali e urgenti*. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milão, 1995, p. 777; Luigi MONTESANO. *Tutela giurisdizionale dei diritti dei consumatori e dei concessionari di servizi di pubblica utilità nelle normative sulle clausole abusive e sulla autorità di regolazione*. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, p. 3, jan./mar. 1997; Corrado FERRI entende ter duplo conteúdo: condenatório e constitutivo-determinativo. (L'azione inibitoria prevista dall'art. 1469-

aplicação do instrumento, a fim de tornar público, aos consumidores, o dever de abstenção de uso de uma cláusula, por abusiva que é. Essa medida possibilita aos consumidores ter ciência e realizar o controle, no plano fático, do cumprimento da decisão.

Pode, ainda, atribuir-se à tutela inibitória, dupla e relevante finalidade: a primeira diz respeito especificamente ao caráter preventivo, ou seja, com relação à decisão proferida na ação inibitória coletiva, a qual assegura a extensão da eficácia do provimento às futuras relações contratuais a serem firmadas com consumidores, com base no mesmo instrumento (contrato de adesão); a segunda diz respeito aos reflexos da decisão proferida na ação inibitória com relação aos contratos já firmados anteriormente com consumidores (controle judicial concreto e repressivo).

Se a tutela inibitória é tipicamente preventiva, pergunta-se: como fica a situação dos contratos já firmados anteriormente à decisão proferida na ação inibitória, com base no mesmo contrato de adesão, e que contenham a cláusula que foi objeto de tutela inibitória? A tutela inibitória poderá atingir estes instrumentos? Caberá somente o controle judicial concreto e repressivo? Não se descarta a possibilidade de utilização de ação coletiva com pedido de desconstituição de cláusula abusiva (art. 51, § 4º do CDC) que deverá atingir a todos os contratos celebrados e com pedido de proibição de utilização em contratos

futuros, o que aliás, pode ser verificado na jurisprudência.²⁵⁴

Ocorre, entretanto, que em caso de descumprimento da sentença meramente desconstitutiva pelo fornecedor a decisão terá sido inócua, ante a inexistência de ordem de proibição de utilização da cláusulas abusiva e cominação de multa em caso de descumprimento, pois não é de sua natureza. Sem a cominação de multa não há garantia de eficácia do provimento.²⁵⁵

Retomando a questão, a ação inibitória coletiva poderá sim, atingir os contratos já firmados com base no mesmo instrumento contratual que contenha a cláusula abusiva em questão. Isto porque, para a prolação da sentença de conteúdo inibitório, deverá o juiz verificar a abusividade e desconstituir a cláusula. Sendo abusiva, a cláusula será nula de pleno direito e não produzirá efeitos, tendo a declaração efeito *ex tunc*. Poderá assim, na ação inibitória de cláusula abusiva, vislumbrar-se eficácias do tipo declaratória ou

²⁵⁴ "Ação declaratória de nulidade de cláusulas inseridas em contrato bancário (contrato de adesão). Legitimação do Ministério Público, aplicação do art. 129, III da Carta Constitucional de 1.988 e art. 82, I do Código de Defesa do Consumidor. Nulidade de cláusulas abusivas. **Proibição de uso nas operações futuras**. Medida de proteção abstrata e preventiva em defesa dos consumidores. Necessidade de adequação às inovações implantadas pela noiva ordem jurídica, decorrente do sistema protetivo que restabelece equilíbrio contratual entre fornecedor e consumidor. Aplicação do art. 51 do CDC. Procedência da ação" (sentença proferida em 16.05.95 pelo magistrado Gerci Giareta em Ação Civil Pública n. 01194446926 - citada por Cláudia Lima MARQUES, **Contratos no ...**, *op. cit.*, p. 550).

²⁵⁵ "Processual Civil, ação coletiva. Cumulação de demandas. Nulidade de cláusulas de instrumento de compra e venda de imóveis. Juros. Indenização dos consumidores que já aderiram aos referidos contratos. Obrigação de não fazer da construtora. **Proibição de fazer constar nos contratos futuros**. Direitos coletivos, individuais homogêneos e difusos. Ministério Público. Legitimidade. Recurso provido. (STJ, RESP 105215 (96/0053455-1) DF, Rel Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 24.6.97 - decisão citada por Cláudia Lima MARQUES, **Contratos no ...**, *op. cit.*, p. 550).

desconstitutiva, ainda que a eficácia predominante seja outra, como se verá (*infra* Cap. 12).

Este ponto de vista é reafirmado a medida que seria inconcebível imaginar ter o consumidor, antes de firmado o contrato, uma tutela eficaz, capaz de bem atender seus direitos e interesses e, por outro lado, sujeitar este mesmo consumidor, quando já firmado o contrato contendo uma ou várias cláusulas abusivas, a formas de tutela repressivas, tão criticadas pela doutrina face a evidente ineficácia de suas técnicas.

Em suma, a tutela inibitória é uma tutela de prevenção voltada para o futuro, cujo maior escopo, *in casu*, é evitar a inserção de uma cláusula abusiva em desfavor ao consumidor, ou não tendo sido isto possível, serve a prevenir a perpetuação ou a repetição do mesmo ilícito, evitando até mesmo a concretização de algum dano decorrente deste.

Há outro fator importante a considerar: é possível que, com a desconstituição da cláusula abusiva seja o conteúdo do contrato significativamente afetado. Nesta hipótese, sendo possível, deverá o juiz integrar o contrato, determinando a alteração da relação jurídica contratual no que diz respeito à cláusula abusiva, para que não se perca o instrumento, tendo em vista o princípio da conservação do contrato, expressamente inserto no Código de Defesa do Consumidor.

De outro lado, frise-se, não há óbice à cumulação de pedidos de naturezas diversas, pois a natureza da tutela inibitória não impede a cumulabilidade de pedidos.

5 PRESSUPOSTOS DA AÇÃO INIBITÓRIA. A QUESTÃO DO ILÍCITO. A IRRELEVÂNCIA DO DANO E DA CULPA.

A ação inibitória é o instrumento de tutela preventiva adequado a operar em situações de fato, nas quais a tutela repressiva seja inadequada.

O pressuposto necessário da concessão da tutela inibitória, como já referido, é a possibilidade de prática, continuação ou repetição do ilícito. Para FRIGNANI, *"pressuposto dell'inibitoria può dunque essere considerato l'illecito o, meglio, la possibilità o il pericolo della sua continuazione o ripetizione, mentre si prescinde sia della presenza del danno che da quella della colpa"*.²⁵⁶

O dano não é consequência necessária do ato ilícito. Ele

²⁵⁶FRIGNANI, **L'injunction nella common law e l'inibitoria nell diritto italiano**. Milão : Giuffrè, 1974, p. 407 e ss. Segundo DANOVI, *"È opinione comune in dottrina che l'unico necessario presupposto per l'esperibilità dell'azione e per la concessione del provvedimento inibitorio sia rappresentato dall'avvenuto perfezionamento di una fattispecie illecita, della quale si tema il protrarsi degli effetti ovvero la ripetizione."* (Filippo DANOVI, *L'Azione inibitoria in materia di clausole vessatorie. Rivista di Diritto Processuale*, Padova, p. 1053, out./dez. 1996 ; TULLIO *"L'azione inibitoria, secondo la dottrina prevalente, richiede, quale presupposto, l'avvenuto perfezionamento di un illecito del quale si abbia ragione di temere reiterazione, ovvero il protrarsi degli effetti. Ciò risulta confermato dal fatto che le fattispecie di inibitoria previste dall'ordinamento di regola presuppongono per l'appunto l'avvenuto compimento dell'illecito con conseguente finalità dell'inibitoria di cercare di porvi fine ovvero di impedirne la reiterazione per il futuro"*. (Antonio TULLIO, **Il contratto per adesione** : tra il dirittocomune dei contratti e la novella sui contratti dei consumatori. Milano : Giuffrè, 1997, p. 184). E, ainda, RAPISARDA, **Profili della tutela civile inibitoria**. Padova : CEDAM, 1987, *passim* ; Vittorino PIETROBON, **Illecito e fatto illecito, inibitoria e risarcimento**. Padova : CEDAM, 1998, p. 115 ss.; MARINONI, **Tutela inibitória**. São Paulo : RT, 1998, p. 36 ss.; *Ibidem*, *Tutela inibitória : a tutela de prevenção do ilícito*. In: **Questões do novo direito processual civil brasileiro**. Curitiba : Juruá, 1999, p. 169 ; Sandro VICENTINI, *A tutela inibitória nos termos do artigo 1469-sexies do Código Civil Italiano*. **Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, v.

é tão somente requisito indispensável para o nascimento da obrigação de ressarcimento e não se encontra, portanto, entre os requisitos da inibitória, pois, se a inibitória é uma tutela precipuamente preventiva e voltada ao futuro, não lhe cabe tutelar o dano, pois, para este, o lesado deve valer-se da tutela ressarcitória.²⁵⁷

No direito italiano, a doutrina posicionava-se no sentido de que o dano era um componente necessário de todo tipo de ilícito, qualificando como ato ilícito somente o que é previsto no artigo 2.043 do Código Civil italiano (dano injusto). A doutrina mais moderna negou ao artigo 2.043 o caráter de definidor de ato ilícito, desvinculando o conceito de dano do conceito de ilícito.²⁵⁸

O dano, nas palavras de MARINONI, é uma consequência meramente eventual e não necessária do ilícito; e a tutela inibitória não deve ser compreendida como uma tutela contra a probabilidade do dano, mas sim como uma tutela contra o perigo da prática, da continuação ou da repetição do ilícito, que deve ser compreendido como ato contrário ao direito que prescinde da

10, p. 749, out./dez. 1998.

²⁵⁷Cfe. MARINONI, **Tutela inibitória**, p. 32.

²⁵⁸Neste sentido observe-se as palavras de Aldo FRIGNANI: "*Per sganciare il danno dal concetto di illecito si sono dovute superare non poche difficoltà di ordine soprattutto dogmatico, dovute in particolare al fatto che il legislatore non fornisce una definizione normativa di illecito ed anche al fatto che la dottrina usa l'espressione 'ato illecito' in senso promiscuo, e cioè talvolta per indicare 'ogni comportamento della persona che ingiustamente leda l'altrui sfera giuridica', tal'altra per indicare l'illecito tipico di cui all'articolo 2043.*" (**L'injunction ...**, p. 419). **Ver**, ainda, VICENTINI, *op. cit.*, p. 750 ; Alessandra BELLELLI, L'inibitoria come strumento di controllo delle condizioni generali di contratto. In: BIANCA, C. Massimo [Coord.]. **Le condizioni generali di contratto**. Milão :

configuração do dano.²⁵⁹

A distinção entre ilícito e dano leva ao entendimento que a tutela inibitória não é dirigida contra o dano, evidenciando-se em uma tutela preventiva destinada a evitar a prática, continuação ou repetição do ilícito.

Para A. BELLELLI, *"presupposto dell'azione inibitoria è l'illecito, inteso, secondo la teoria generale, quale atto in contrasto con una norma giuridica, a prescindere dagli elementi del danno e della colpa che qualificano el concetto, non coincidente, di fatto dannoso e rilevano ai soli fini del risarcimento"*.²⁶⁰

A tutela inibitória, portanto, prescinde do dano e prescinde da culpa, sendo suficiente o pressuposto do ilícito.

O pressuposto da ação se identifica com a utilização de cláusulas abusivas nos contratos de consumo, sendo este o ilícito a ser praticado ou que se pretenda fazer cessar ou evitar a repetição, se já praticado. Em outras palavras, a ação inibitória deve ser dirigida ao fornecedor que utiliza cláusulas abusivas em seus contratos, contra quem será emanada uma ordem sob pena de multa, proibindo-o de utilizar

Giuffrè, 1981, p. 304.

²⁵⁹ MARINONI, **Tutela inibitória**, p. 36. No mesmo sentido, VICENTINI bem afirma que "a irrelevância do elemento dano deriva também e principalmente, da função da qual é revestida a tutela inibitória. Tal função não é a de reparação e reintegração patrimonial do ofendido, mas sim a de impedir a continuidade e repetição do ilícito." (**A tutela inibitória ...**, p. 751). **Ver**, ainda, Vittorino PIETROBON, *op. cit.*, *passim* ; FRIGNANI, **L'injunction ...**, p. 409 e ss.

²⁶⁰ Alessandra BELLELLI, La tutela inibitória. In: C.M. BIANCA e F.D. BUSNELLI [Coord.]. **Comentario al capo XIV bis del codice civile : dei contratti del consumatore**. CEDAM, Padova, 1999, p. 936.

referida(s) cláusula(s) abusiva(s) em contratos futuros, com relação aos sucessivos contratos que iria concluir com os consumidores, bem como que deixe de utilizar tais cláusulas nos contratos já firmados- a exemplo do que ocorre com os contrato de adesão de bancos, seguros e planos de saúde.²⁶¹

Quanto à avaliação da ilicitude de tal comportamento, o próprio legislador já o fez quando expressamente cuidou imperativamente das cláusulas abusivas no Código de Defesa do Consumidor e cominou-lhe a sanção de nulidade de pleno direito.

²⁶¹Alessandra BELLELLI. La tutela individuale del consumatore: inefficacia o nullità delle clausole vessatorie. In: RUFFOLO, Ugo [Coord.]. **Clausole "vessatorie" e "abusiva"**. Giuffrè: Milão, 1997, p. 226 ; A. BELLELLI, La tutela inibitória. In: C.M. BIANCA e F.D. BUSNELLI [Coord.]. **Comentario al capo XIV bis del codice civile : dei contratti del consumatore**. CEDAM, Padova, 1999, p. 936-938 ; A. BELLELLI, Art. 1469-TER. 3°COMMA. In: Salvatore PATTI e Guido ALPA [Coord.]. **Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori**. Giuffrè: Milão, 1997, p. 683-706. t. 1.

6 OS FUNDAMENTOS LEGAIS DA TUTELA INIBITÓRIA NO PLANO COLETIVO

O artigo 11 da Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85), afirma que

na ação que tenha por objeto o cumprimento da prestação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor.

Ainda a lei de ação civil pública, em seu artigo 12, prevê que "poderá o juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificção prévia, em decisão sujeita a agravo", e que "a multa cominada liminarmente só será exigível do réu após o trânsito em julgado da decisão favorável do autor, mas será devida desde o dia em que se houver configurado o descumprimento" (§ 2º).

Apesar da previsão com relação à "cessação da atividade nociva" que poderia dizer respeito aos atos nocivos suscetíveis de repetição - tão somente -, parece claro que a tutela inibitória pura não está consagrada no artigo 11, pois quando a norma se referiu à cessação da atividade nociva, por óbvio, fez referência a um ilícito já ocorrido.²⁶²

No âmbito do Código de Defesa do Consumidor, tem-se o artigo 83, segundo o qual "para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código, são admissíveis todas as

²⁶²Entendimento conforme MARINONI, **Tutela inibitória**. São Paulo : RT, 1998, p. 77.

ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela”, através da qual, segundo comenta Kazuo WATANABE, “o legislador cuidou de tornar mais explícito ainda o princípio da efetiva e adequada tutela jurídica processual de todos os direitos consagrados no Código”.²⁶³

Além deste, tem-se no artigo 84 do CDC, de redação semelhante ao artigo 461 do CPC, que “na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação, ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento” (*caput*). O artigo 84, como se pode observar, é mais abrangente, não fazendo a restrição do artigo 11 da Lei de Ação Civil Pública.

Veja-se, ainda, o que o artigo 90 do CDC prevê: “aplicam-se às ações previstas neste Título as normas do Código de Processo Civil e da lei 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições”. E temos, ainda, o disposto no artigo 21 da Lei de Ação Civil Pública (alterado pelo art. 117 do CDC) que menciona: “aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III [Da defesa do Consumidor em Juízo] da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.”

²⁶³Kazuo WATANABE, Nelson NERY JUNIOR [Coord.] e outros, **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 3. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1998, p. 647.

Se é certo que há no Brasil um sistema integrado para a tutela coletiva dos direitos dos consumidores, em que se conjugam as disposições da Lei de Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor, não é menos certo que aí, em especial nos artigos 83 e 84 do Código de Defesa do Consumidor, é que se sustenta a possibilidade da utilização da ação inibitória para a tutela de direitos difusos ou coletivos dos consumidores.

7 O POSTULADO CHIOVENDIANO E A EFETIVIDADE DA TUTELA INIBITÓRIA

O artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor, assim como o artigo 461 do Código de Processo Civil, entre outros artigos já mencionados, são fundamentos da tutela inibitória e procuram dar efetividade ao postulado de CHIOVENDA: *"il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi hà un diritto tutto quello e proprio quello ch'egli há diritto de conseguire"*.²⁶⁴

Entre os doutrinadores,²⁶⁵ a multicitada frase de CHIOVENDA, *de que o processo deve dar a quem tem um direito tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tem o direito de obter*, tornou-se lema do processualista moderno que busca um "processo de resultados", capaz de dar efetividade à tutela de todos os direitos, assegurando a utilidade prática das decisões, tendo relevo a chamada tutela específica por buscar o resultado prático que seria obtido com o adimplemento, coincidindo, também, com a idéia de efetividade do processo e utilidade da

²⁶⁴Giuseppe CHIOVENDA, *Dell'azione nascente dal contratto preliminare. Rivista di Diritto Commerciale*, 1911 e, depois, in *Saggi di diritto processuale civile*, Roma : Foro Italiano, 1930, v. I, p. 110 (republicado pela Giuffrè Editore, 1993).

²⁶⁵MARINONI, *Tutela inibitória*. São Paulo : RT, 1998, p. 122 ; *Ibidem*, *Novas linhas do processo civil*. São Paulo : Malheiros, 1996, p. 114 ; Humberto THEODORO JUNIOR, *O processo civil brasileiro no crepúsculo do século XX*. In: *O processo civil brasileiro no limiar do novo século*. Rio de Janeiro : Forense, 1999, p. 7 ; Ada Pellegrini GRINOVER, *Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer*. In: *Reforma do Código de processo civil*. São Paulo : Saraiva, 1996, p. 252 ; Kazuo WATANABE, *Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e de não fazer*. *Revista Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 19, p. 94, jan./set. 1996 ; Cândido Rangel DINAMARCO, *A reforma do processo civil*. São Paulo :

prestação jurisdicional.

Assim, tanto o artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor como o artigo 461 do Código de Processo Civil cuidam não somente da tutela específica das obrigações de fazer e de não fazer, mas, também, de deveres legais de abstenção, tolerância, permissão ou prática de ato ou fato, compreendendo, aí, também os direitos absolutos (direito à vida, à integridade física e psíquica, à liberdade, à honra, ao nome, à intimidade, etc.),²⁶⁶ objetos da tutela buscada no plano do direito material, a tutela inibitória.

BARBOSA MOREIRA, abordando especificamente as obrigações de não fazer, menciona que estas podem consistir em: a) não fazer, b) tolerar (não oferecer resistência), c) permitir, d) abster-se;²⁶⁷ podendo tal violação consistir em ato instantâneo ou em atos sucessivos ou ainda em violação de caráter permanente.²⁶⁸

Tendo a tutela específica das obrigações de fazer e não fazer, consubstanciada nos artigos 84 do Código de Defesa do Consumidor e artigo 461 do Código de Processo Civil, a finalidade de *proporcionar a quem tem direito à situação jurídica final que constitui objeto de uma obrigação,*

Malheiros, 1996, p. 151.

²⁶⁶Kazuo WATANABE, Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e de não fazer. **Revista Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 19, p. 94, jan./set. 1996 ; José Carlos BARBOSA MOREIRA, A tutela específica do credor nas obrigações negativas. In: **Temas de direito processual** - (segunda série). São Paulo : Saraiva, 1980, p. 30 ss.

²⁶⁷BARBOSA MOREIRA, **A tutela específica** ..., p. 30.

²⁶⁸WATANABE, **Tutela antecipatória** ..., p. 95.

*precisamente aquela situação final que ele tem o direito de obter,*²⁶⁹ passamos a analisar a situação de um juiz poder ou não converter uma obrigação originária em outra, para conferir a tutela específica da obrigação independentemente ou diferentemente do pedido formulado, a fim de obter um resultado prático equivalente ao do adimplemento ou, ainda, a situação de o juiz ao ordenar a abstenção de uso de determinada cláusula contratual do contrato, por ser abusiva. O fato de o artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor²⁷⁰ permitir ao juiz a concessão da tutela inibitória que implique um resultado prático equivalente ao do adimplemento no plano do direito material significa expressamente excepcionar o princípio da congruência entre o pedido e a sentença. Em outras palavras, o juiz deixa de observar estritamente o pedido para atender adequada e efetivamente o direito material.

Para BARBOSA MOREIRA, o art. 461, § 5º do Código de Processo Civil, ao mencionar a locução "de ofício ou a requerimento da parte", deixou claro que o autor não precisa pleitear tais medidas para que o juiz as emita, podendo figurar como elemento mandamental em sentença que acolhe pedido de natureza diversa. E mais, que esta seria típica exceção à regra clássica da identidade entre a natureza da ação e a sentença de procedência.²⁷¹

²⁶⁹MARINONI, **Tutela Inibitória**, p. 122.

²⁷⁰Assim como o artigo 461 do Código de Processo Civil.

²⁷¹José Carlos BARBOSA MOREIRA, Sentença mandamental. Da Alemanha ao Brasil. In: **Revista de Processo**, São Paulo, n. 97, p. 264, jan./mar. 2000.

Entretanto, o art. 84 do Código de Defesa do Consumidor não apresenta, em seu § 5º, a locução “de ofício ou a requerimento da parte”, como consta do art. 461 do Código de Processo Civil. Tal omissão poderia levar ao entendimento de que, no âmbito do Código de Defesa do Consumidor, o juiz estaria adstrito aos termos do pedido para a concessão das medidas sub-rogatórias do § 5º do art. 84, apesar de a concessão da tutela inibitória atípica (art. 461 do CPC) não estar restrita aos limites do pedido, como demonstrado.

Não é este, contudo, o melhor entendimento.

No *caput* do art. 84 consta que o “juiz concederá a tutela específica ou **determinará** providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento”. Da mesma forma, no § 5º do mesmo artigo, consta que “o juiz **determinará** as medidas necessárias” à obtenção do resultado prático equivalente. A forma verbal “determinará” deixa a critério do juiz a determinação de providências que assegurem o resultado prático equivalente ao adimplemento, independentemente de pedido expresso acerca destas providências. Cabe ao juiz, portanto, o poder decisório capaz de assegurar e garantir a efetividade da tutela jurisdicional.

Entretanto, apesar de parecer ser esta a mais propícia interpretação a ser dada, melhor seria se o legislador tivesse incluído a locução tal qual consta do art. 461 do Código de Processo Civil, a fim de evitar entendimento diverso, pelo que fica esta consignada como proposta de *lege ferenda*, a fim de

acrescer à redação do art. 84, § 5º do Código de Defesa do Consumidor da locução “de ofício ou a requerimento da parte”.²⁷²

²⁷²Pela proposta formulada, o § 5º do art. 84 passaria a ter a seguinte redação: “Para a tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial.”

8 CONTEÚDO DA AÇÃO INIBITÓRIA : POSITIVO E NEGATIVO

Quanto ao conteúdo, a tutela inibitória pode tê-lo positivo ou negativo, conforme a ordem imponha um fazer ou um não fazer.

No direito anglo-americano existem as denominadas *mandatory injunction* e *prohibitory injunction* conforme imponha a ordem um fazer ou um não fazer. Na Itália costuma-se associar a tutela inibitória à ordem de não fazer, ou seja, somente à tutela negativa. Porém, tem-se admitido a inibitória de duplo conteúdo.²⁷³

No Brasil, não há razão para não se admitir a tutela inibitória de conteúdo positivo, sobretudo em face da disposição do artigo 84, que afirma que "na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento".

Como bem coloca Cândido DINAMARCO, ao analisar a execução específica,

há casos em que da violação consumada a um direito o sistema faz nascer outro direito, de natureza diferente, v.g., "a

²⁷³FRIGNANI, *L'injunction...*, p. 179. E, em outra passagem: "Quanto al contenuto, l'inibitoria può essere negativa, risolvendosi allora in un ordine di cessazione del comportamento illecito, oppure positiva, quando contiene un ordine di facere, la cui estensione è inversamente proporzionale all'estensione dell'esecuzione forzata in forma specifica." (FRIGNANI, *L'azione inibitoria contro le clausole vessatorie*. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, p. 1001, 1997.

violação de uma proibição determina o surgimento de um comando positivo, ou seja, de uma obrigação pessoalmente determinada na pessoa do violador (esbulho, posse, transgressão ao dever de lealdade na concorrência, uso indevido de nome ou marca). Só se cogita da execução pelo direito derivado, renunciando-se a obter executivamente a satisfação do direito originário, quando isso se tiver tornado impossível.²⁷⁴

Mesmo tratando-se a tutela inibitória de tutela preventiva contra as cláusulas abusivas em que seu conteúdo é predominantemente negativo em razão do dever de abstenção de uso ou supressão do instrumento contratual por parte do fornecedor em cumprimento à ordem judicial, não se descarta a possibilidade de a tutela apresentar conteúdo positivo.

É possível, sobretudo, em caso de impossibilidade de cumprimento ou no caso de descumprimento da ordem de abstenção, em que caberá ao juiz da causa valer-se dos poderes conferidos pelo artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor e art. 461 do Código de Processo Civil, ou seja, determinar quaisquer medidas que possam assegurar o resultado prático da tutela do consumidor ora pleiteada, emitindo, assim, juízo de valor de conteúdo positivo, diversamente da primeira situação quanto ao dever de abstenção, o qual restou descumprido pelo fornecedor. Frise-se, ademais, que todas as providências são tomadas sempre

²⁷⁴Cândido Rangel DINAMARCO, **Execução civil**. São Paulo : Malheiros, 1997, p. 318. Em nota a esta exposição, o autor traduz uma passagem de MANDRIOLI, a qual reproduzimos: "Mandrioli, falando ainda na violação do direito e na exigência de restauração da ordem jurídica, que se dará: a) pela restauração direta do interesse específico sacrificado; b) pela restauração direta da utilidade que o bem sacrificado representava. Em ambos os casos obtém-se o mesmo resultado jurídico que seria oferecido pelo adimplemento; e ele é possível, apesar do inadimplemento, porque a atividade do obrigado é substituível pela do Estado" (cf. Crisanto MANDRIOLI, **L'esecuzione forzata in forma specifica**. Milão : Giuffrè, 1953, p. 6-7.)

em nome e em razão da efetividade da tutela dos direitos dos consumidores.

O conteúdo positivo ou negativo da ação inibitória é determinado em razão da natureza do contrato e/ou da obrigação constante da cláusula que, por ser abusiva - ilícita -, pretende-se obter a inibição.

Imagine-se o formulário de adesão utilizado por determinado fornecedor (seguradora, plano de saúde, instituições financeiras, consórcio, etc.) e dirigido a todas as futuras relações contratuais e serem firmadas com os consumidores, em que a multa moratória seja de 20% (vinte por cento). O pedido formulado poderá ser tanto de ordem de abstenção de uso da cláusula (inibitória negativa) sob pena de multa, como o de ordem para que o fornecedor reduza de 20% (vinte por cento) para percentual de até 2% (dois por cento), conforme expressa previsão no artigo 52, § 1º do Código de Defesa do Consumidor,²⁷⁵ também sob pena de multa, sendo, esta, inibitória de conteúdo positivo.

Ademais, o mero pedido de ordem de abstenção, neste caso, gera situação de desequilíbrio contratual para o fornecedor que, caso se veja obrigado a pactuar sem a previsão de multa moratória, terá prejuízo em relação aos consumidores inadimplentes. Na hipótese, entretanto, de haver tão somente
 {
 pedido de ordem de abstenção de uso de cláusula abusiva, cujo

²⁷⁵ "Art. 52. § 1º. As multas de mora decorrentes do inadimplemento de obrigações no seu termo não poderão ser superiores a 2% (dois por cento) do valor da prestação."

conteúdo gere desequilíbrio contratual, caberá ao juiz o dever de integrar o contrato, na conformidade do que dispõe o art. 51, § 2º do CDC, quanto ao princípio da conservação do contrato e, também, o art. 1º, que prevê que as normas de defesa do consumidor são normas de ordem pública e interesse social.

9 OS LEGITIMADOS PARA A INIBITÓRIA COLETIVA E INDIVIDUAL

A legitimação para postular a tutela inibitória coletiva coincide com a legitimação para as ações coletivas como previsto no Código de Defesa do Consumidor.

A tutela coletiva dos consumidores abrange dois tipos de interesses ou direitos previstos no artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor: a) os interesses ou direitos difusos (inciso I); b) os interesses ou direitos coletivos (inciso II), sendo legitimados ativos para agir os constantes do rol, do artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor.

Os interesses ou direitos *difusos* foram conceituados como os "transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato" (art. 81, parágrafo único, I). Optou-se pelo critério da indeterminação dos titulares e da inexistência de relação jurídica-base entre eles e pela indivisibilidade do bem jurídico, tendo, como exemplos, a publicidade enganosa ou abusiva televisiva, a colocação de produtos nocivos no mercado, a veiculação de ofertas, promoções, descontos - não cumpridos - entre outros.

Os interesses ou direitos *coletivos* foram conceituados como os "transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas legadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica-base" (art.

81, parágrafo único, II). É importante frisar que esta relação jurídica-base é preexistente à lesão ou ameaça de lesão e não nascida da própria lesão ou ameaça de lesão do interesse ou direito do grupo, categoria ou classe de pessoas, de que são exemplos os contratantes de um mesmo tipo de seguro ou os contratantes de determinado plano de saúde. O que diferencia os interesses coletivos dos interesses difusos é a *determinabilidade*.²⁷⁶

O inciso III do parágrafo único do artigo 81 conceitua os direitos ou interesses individuais homogêneos como os *decorrentes de natureza comum*, permitindo sua tutela a título coletivo, que seria a origem comum (fatos homogêneos) dos danos causados a consumidores, assemelhada à *class action* do sistema norte-americano.²⁷⁷ Segundo Teori Albino ZAVASCKI,

É preciso que não se confunda defesa de direitos coletivos (e

²⁷⁶Kazuo WATANABE *et alii*, **Código brasileiro de defesa do consumidor**. 5. ed. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1998, p. 621 ss.; *Ibidem*, Demandas coletivas e problemas emergentes da praxis forense. In: **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo : Saraiva, 1993, p. 187 ; Carlos Roberto BARBOSA MOREIRA, O processo civil no código de defesa do consumidor. **Revista Direitos do Consumidor**, São Paulo, n. 5, p. 190, jan./mar. 1993 ; José Rogério CRUZ E TUCCI, Código do consumidor e processo civil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 671, p. 32 ; Ada Pellegrini GRINOVER, A ação civil pública e a defesa dos interesses individuais homogêneos. **Revista Direitos do Consumidor**, São Paulo, n. 5, p. 206 ss., jan./mar. 1993 ; *Ibidem*, Novas tendências na tutela jurisdicional dos interesses difusos. In: **O processo em sua unidade**. Rio de Janeiro : Forense, 1984, p. 89 ; Teori Albino ZAVASCKI, Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 78, p. 34-35, abr./jun. 1995.

²⁷⁷**Ver**, Mauro CAPPELLETTI. O acesso dos consumidores à justiça. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo [Coord]. **As garantias do cidadão na justiça**., São Paulo : saraiva, 1993, p. 317. Cassio Scarpinella BUENO, As class action norte-americanas e as ações coletivas brasileiras : pontos para uma reflexão conjunta. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 82, p. 93 ss, abr./jun. 1996 ; GRINOVER, A ação civil pública e a defesa dos interesses individuais homogêneos. **Revista de Direitos do Consumidor**, São Paulo, n. 5, p. 206 ss, jan./mar. 1993 ; Gene A. MARSH, **Consumer protection law**. St. Paul : West Group, 1999, p. 29 ss.

difusos) com defesa coletiva de direitos (individuais). Direito coletivo é direito transindividual (= sem titular determinado) indivisível. Pode ser difuso ou coletivo *stricto sensu*. Já os direitos individuais homogêneos são, na verdade, simplesmente direitos subjetivos individuais. A qualificação de homogêneos não desvirtua essa natureza, mas simplesmente os relaciona a outros direitos individuais assemelhados permitindo a defesa coletiva de todos eles. "Coletivo" na expressão "direito coletivo" é qualificativo de "direito" e por certo nada tem a ver com os meios de tutela. Já, quando se fala em "defesa coletiva", o que se está qualificando é o modo de tutelar o direito, o instrumento de sua defesa.²⁷⁸

A legitimação ativa para a defesa dos direitos coletivos no Código de Defesa do Consumidor foi a mais ampla possível. Ficou excluída tão somente a legitimação individual para a tutela dos consumidores a título coletivo.

De acordo com o artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor, são legitimados para fins do disposto no artigo 81:

- I- o Ministério Público;
- II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal;
- III- as entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código;
- IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código, dispensada a autorização assemblear.

O parágrafo 1º do artigo 82 admitiu a dispensa pelo juiz do requisito da pré-constituição das associações quando "haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido".

Os legitimados, portanto, para a tutela inibitória coletiva em defesa dos direitos dos consumidores, são aqueles

²⁷⁸ ZAVASCKI, *Defesa de direitos ...*, p. 33.

expressamente indicados no artigo 82 para as demandas coletivas, podendo-se afirmar que se trata de vasto leque de legitimados, restando excluída tão somente a legitimação individual para a propositura da ação coletiva.

Com relação à ação inibitória individual,²⁷⁹ tem legitimidade o consumidor, entendido na sua concepção mais ampla (CDC, art. 2º e 29),²⁸⁰ ou seja, aqueles sujeitos a disposições abusivas preestabelecidas pelo fornecedor - consumidor em potencial, em razão da vinculação da oferta -, e aqueles já obrigados em razão de contrato firmado e em execução.

²⁷⁹ Sobre os aspectos da legitimidade na ação individual ver: Donaldo ARMELIN. **Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro**. São Paulo ; RT, 1979, *passim*.

²⁸⁰ A respeito do conceito de consumidor **ver** Maria Antonieta D. ZANARDO, **Proteção ao consumidor** : conceito e extensão. São Paulo : RT, 1994, *passim*.

10 A TUTELA INIBITÓRIA ANTECIPADA

Os modernos estudiosos do direito processual focalizam com grande intensidade a questão da efetividade da tutela jurisdicional, sobretudo com relação à noção de acesso à *justiça* e de um *processo civil de resultados*. Isto decorre de significativo problema que toma conta do Poder Judiciário: a lentidão do processo. Obviamente esta lentidão importa em inefetividade em razão de suas conseqüências no direito substancial. Tal situação deu margem a reflexões que, a princípio, estarreceram a doutrina clássica, mas que nos últimos anos vêm acentuando-se e desembocando-se em reformas significativas em prol dos jurisdicionados. Citem-se, como exemplos, as recentes reformas do Código de Processo Civil, notadamente as atinentes à tutela antecipatória e À tutela específica das obrigações de fazer e não fazer.

A lentidão acima referida pode ter diversas causas, como a estrutura do Poder Judiciário em contraposição ao número de demandas (relação de proporcionalidade juiz x processo), assim como o custo do processo num país de população predominantemente de baixa renda. Mas o problema mais significativo está na burocratização e no *formalismo processual*, já que a *universalização do procedimento ordinário* aplicado à maioria dos processos é elemento crucial na inefetividade da tutela jurisdicional e no tão ansiado processo

de resultados. Esta inefetividade do procedimento ordinário acabou transformando a tutela cautelar em verdadeira válvula de escape para sua ineficiência.²⁸¹

A busca do processo de resultados (e sua instrumentalidade) fazia com que os aplicadores do direito buscassem nas formas existentes meios de obter celeridade na prestação jurisdicional, principalmente com a utilização do processo cautelar, o qual, apesar de ser importante instrumento do sistema processual, não assegura a tão buscada efetividade.

A tentativa de amenizar a problemática da lentidão e conseqüente inefetividade da tutela jurisdicional foi a busca de mecanismos formais que pudessem dar celeridade aos procedimentos, como de certa forma já vinha sendo utilizada - a tutela antecipatória.

É, portanto, a antecipação de tutela um instrumento hábil a procurar dar equivalência ao binômio tempo-processo.²⁸²

Retomando a questão da tutela inibitória e sua natureza preventiva, pode-se afirmar que para a sua efetividade, em não raras situações, será necessária a antecipação da tutela final,

²⁸¹ "A inefetividade do procedimento ordinário, entretanto, fez com que os tribunais passassem a falar de 'ação cautelar satisfativa'. Lamentáveis equívocos foram cometidos pelos tribunais e pela doutrina em razão da não consideração da cognição inerente ao procedimento materialmente sumário. Decidiu-se, por exemplo, que 'a medida cautelar inominada que visa à participação de sócio em assembléia tem cunho satisfativo, pois o interesse imediato se esgota com o cumprimento da liminar concedida. A realização da instrução para a apuração dessa resistência importaria em apego ao formalismo, sendo portanto desnecessário'". MARINONI, Luis Guilherme, **A antecipação da tutela**, 3. ed. São Paulo : Malheiros, 1997, p. 82.

²⁸² Ou, nas palavras de Luiz Guilherme MARINONI, "distribuir o ônus do tempo-processo" (**Novas linhas do processo civil**. São Paulo : Malheiros, 1999, p. 124).

tratando-se de *tutela inibitória antecipada*.²⁸³

A tutela inibitória é prestada por meio da ação inibitória (cumulada ou não o pedido de outras tutelas) e pode ser concedida ao final da demanda, quando da prolação da sentença, ou mesmo liminarmente, por meio da técnica de antecipação de tutela.

A tutela antecipatória rompe com o princípio da *nulla executio sine titulo* (em que o juiz somente pode julgar após ter encontrado a *certeza jurídica*), fundamento da separação entre conhecimento e execução,²⁸⁴ viabilizando o direito no curso do processo de conhecimento.

Conforme Humberto THEODORO JÚNIOR,

Permitindo alcançar-se, ainda no curso do processo de conhecimento, medidas que antecipam efeitos que, tradicionalmente só poderiam advir de sentença definitiva, o novo processo civil deu cunho interdital a todo processo cognitivo.

Aquilo que era exceção pertencente às ações especiais como as possessórias e o mandado de segurança, agora tornou-se regra geral, posto que liminares de antecipação de resultados de mérito podem ocorrer em todo e qualquer procedimento de cognição, desde que configurados os pressupostos dos artigos 273 e 461 do CPC.²⁸⁵

²⁸³ A tutela inibitória antecipada, "antes da recente reforma do Código de Processo Civil, era prestada sob o manto protetor da tutela cautelar, não apenas porque se confundia a tutela cautelar com tutela preventiva, mas, também, porque a tutela cautelar, em determinado período, transformou-se em verdadeira técnica de sumarização da tutela de conhecimento." (Luiz Guilherme MARINONI, **Tutela inibitória**. São Paulo : RT, 1998, p. 151).

²⁸⁴ MARINONI, **Tutela inibitória**, p. 149 ; *Ibidem*, **Novas linhas ...**, p. 124. Ver, ainda, Giovanni VERDE, Attualità del principio "nulla executio sine titulo". In: **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, p. 963 ss., out./dez. 1999.

²⁸⁵ Humberto THEODORO JÚNIOR, Execução, rumos atuais do processo civil em face da busca da efetividade na prestação jurisdicional. In: **O processo civil brasileiro no limiar do novo século**. Rio de Janeiro : Forense, 1999,

10.1 PRESSUPOSTOS DA TUTELA INIBITÓRIA ANTECIPADA

Os pressupostos para a concessão da tutela inibitória antecipada na ação inibitória estão previstos na lei, respectivamente no parágrafo 3º do artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor e, também, no parágrafo 3º do artigo 461 do Código de processo Civil, cuja redação é: "sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou, após justificação prévia, citado o réu."

*O relevante fundamento da demanda e o justificado receio de ineficácia do provimento final, na concessão da tutela inibitória antecipada, podem ser demonstrados da seguinte forma: a) a probabilidade da ilicitude apontada na ação inibitória, como fumus boni iuris e, b) o justificado receio de que o ilícito (associado ou não ao dano) seja praticado no curso do processo de conhecimento.*²⁸⁶

O texto legal menciona que a antecipação da tutela poderá ser concedida liminarmente, entendendo-se, aí, antes de ser ouvido o réu, ou, ainda, após justificação prévia, citado o réu. Ora, em se tratando de tutela inibitória e, portanto, preventiva, não se pode negar a possibilidade da concessão mesmo antes de ser ouvido o réu. Contudo, caso o autor não

p. 228.

²⁸⁶MARINONI, **Tutela inibitória**, p. 152.

tenha meios de prova suficientes no momento da propositura da demanda, mas julgue poder obter provas suficientes para convencer o juiz quando da realização da audiência, deve requerer, então, a designação de audiência de justificação prévia a fim de obter um juízo de probabilidade necessário à concessão da antecipação pretendida.

A segunda parte do parágrafo 3º do artigo 461 do Código de Processo Civil diz que "a medida liminar poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada". Esta frase não consta do parágrafo 3º do artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor, mas não é pela sua ausência que não se deve considerar a hipótese de revogação ou modificação da tutela inibitória concedida antecipadamente.

Basta que o juiz verifique no curso de processo, em razão das provas produzidas, que a tutela inibitória antecipatória não deveria ter sido concedida, ou que se tornou necessário modificá-la, não havendo então que se falar em preclusão, sobretudo porque a matéria pertinente ao Código de Defesa do Consumidor é matéria de *ordem pública* (art. 1º), podendo ser apreciada e revista, inclusive de ofício pelo juiz. Além desta, outra oportunidade para a revogação ou modificação da medida é quando da interposição de recurso de agravo.

Ademais, como sustenta MARINONI, "a tutela inibitória, para ser efetiva, necessita da tutela antecipatória. A tutela antecipatória, na hipótese de tutela inibitória, constitui uma tutela inibitória fundada em cognição sumária, mas que pode,

obviamente, ser atuada desde logo".²⁸⁷

10.2 O PROBLEMA DA IRREVERSIBILIDADE DA MEDIDA

O parágrafo 2º do artigo 273 do Código de Processo Civil, que regula a antecipação de tutela, traz previsão expressa que "não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado". Tal previsão não existe no parágrafo 3º do artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor e no parágrafo 3º do artigo 461 do Código de Processo Civil, donde se poderia questionar se as disposições do artigo 273 poderiam ser aplicáveis ao artigo 84 e, portanto, à antecipação da tutela inibitória em favor do consumidor.

A questão da aplicabilidade em si parece relativamente simples, ou seja, da aplicação subsidiária do artigo 273, pois, em razão do critério de especificidade, aplicam-se as disposições da norma específica e, havendo lacuna, nada obsta que seja suprida pela norma geral, desde que não haja incompatibilidade em razão da natureza do provimento e da situação tutelada - já que os artigos 84 e 461 aplicam-se exclusivamente à tutela do credor das obrigações de fazer e não fazer.

Entretanto, em se tratando de tutela inibitória e, portanto, de tutela preventiva do ilícito, deve-se considerar a

²⁸⁷ *Ibidem*, Tutela inibitória : a tutela de prevenção do ilícito. In:

probabilidade in concreto de a não concessão da tutela gerar dano irreparável ao autor da ação, ou seja, sacrifica-se o direito menos provável em razão do mais provável.²⁸⁸

De acordo com José Roberto dos Santos BEDAQUE "a reversibilidade dos efeitos gerados pela tutela antecipada está vinculada à necessidade de salvaguardar o núcleo essencial do direito fundamental à segurança jurídica do réu".²⁸⁹ Para o autor,

apenas em caráter absolutamente excepcional admite-se a utilização da técnica destinada a obtenção de tutelas sumárias e provisórias para a solução definitiva e irreversível de situações substanciais. Somente quando os valores forem de grande relevância esse resultado pode ser obtido. O que não se aceita é a generalização da tutela sumária irreversível, tendo em vista as garantias inerentes ao devido processo constitucional.

Nessas hipóteses, o sistema processual adapta-se à realidade material, ainda que isso importe concessões no que concerne a construções teóricas.²⁹⁰

Em análise à questão, MARINONI posiciona-se, no sentido de que o perigo de irreversibilidade não deve obstaculizar a concessão da tutela inibitória antecipada, desde que estejam presentes os seus requisitos, e desde que se considere o

Questões do novo direito processual civil. Curitiba : Juruá, 1999, p. 203.

²⁸⁸ O que, nas palavras de Ferruccio Tomaseo: "*Chi facesse quest'obiezione dimenticherebbe che la misura provvisoria è pronunciata per tutelare un diritto il cui buon fondamento appare probabile e a cui si sacrifica un diritto che appare improbabile. In altre parole, se non vi è altro modo per evitare un pregiudizio irreparabile a un diritto soggettivo che appaia probabile, si deve ammettere che il giudice possa provocare un pregiudizio anche irreparabile al diritto che gli paia improbabile.*

Sacrificare l'improbabile al probabile, in questo consiste l'etica della giurisdizione d'urgenza". TOMASEO, Ferruccio. Intervento. In: TARZIA, Giuseppe, TARZIA [Coord.]. **Les mesures provisoires en procédure civile.** Milano : Giuffrè, 1984. p. 307.

²⁸⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos, **Tutela cautelar e tutela antecipada** : tutelas sumárias e de urgência. São Paulo : Malheiros, 1998, p. 321.

²⁹⁰ *Idem*, p. 333.

*princípio da probabilidade.*²⁹¹

²⁹¹"quanto maior é o valor do bem invocado pelo autor (pense-se nos casos de tutela de direitos não patrimoniais), menor é a probabilidade que deve ser exigida para sua tutela; quanto maior é o valor do bem que pode ser lesado pela tutela antecipatória, mais seguro deve estar o juiz de que o direito do autor abre oportunidade para a tutela sumária requerida". *Ibidem*, **Tutela inibitória**, p. 158-159.

11 A IMPOSIÇÃO DE SANÇÃO PECUNIÁRIA COMO MEIO DE DAR EFETIVIDADE À TUTELA INIBITÓRIA

O artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor, em seu parágrafo 4º, prevê que o juiz poderá "impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para cumprimento do preceito".²⁹²

A multa tem natureza coercitiva e, além de tutelar o direito do autor, tem por fim garantir a efetividade das decisões do juiz. Ademais, constitui-se em uma forma de pressionar o réu a adimplir a ordem do juiz, e, por tal motivo, deve ser fixada em montante que seja suficiente para fazer com que o réu convença-se de que é melhor cumprir a ordem do juiz correspondente à obrigação de fazer ou não fazer, do que não cumpri-la e sujeitar-se à multa de montante significativo. Como diz Luiz Guilherme MARINONI: "A multa não se destina a dar ao autor um *plus* indenizatório ou algo parecido com isso; seu único objetivo é garantir a efetividade da tutela jurisdicional".²⁹³

BARBOSA MOREIRA, analisando as sanções patrimoniais destinadas a persuadir o réu a cumprir a ordem de que cesse, omita ou se abstenha da prática do ilícito, para que sejam

²⁹²O artigo 461 do Código de Processo Civil traz redação no mesmo sentido. **Ver**, a respeito, os comentários de Luiz Guilherme MARINONI, **Tutela inibitória**. São Paulo : RT, 1998, p. 166 ss.

²⁹³*Idem*, p. 179 ss.

eficazes, sustenta que estas devem observar dois requisitos: a) não ficar o valor respectivo sujeito a limite prefixado, coincidente com o valor da obrigação; b) aplicar-se desde logo, uma vez descumprida a ordem de abstenção.²⁹⁴

Tomando-se especificamente a imposição de multa como forma de coagir o réu a cessar a utilização de determinada cláusula abusiva ou, ainda, a cumprir a ordem de suprimir determinada cláusula do contrato de adesão, seja por meio de provimento antecipatório ou em sentença, em caso de seu descumprimento da ordem, incorrerá o réu na sanção pecuniária estipulada, podendo, ainda, o juiz determinar as medidas necessárias equivalentes ao resultado prático.

A imposição de multa, entretanto, não terá eficácia quando o patrimônio do réu não for suficiente para a sua satisfação, podendo, nestes casos, valer-se o juiz de meios de sub-rogação que possam levar ao resultado *prático-jurídico* equivalente ao adimplemento ou, no caso do dever de abstenção, ao cumprimento da ordem judicial.

O sistema brasileiro é privilegiado por trazer a possibilidade de estipulação de multa como meio de coação do réu à cessação do ilícito, o que não ocorreu com o sistema italiano.

²⁹⁴ José Carlos BARBOSA MOREIRA, A tutela específica do credor nas obrigações negativas. In: **Temas de direito processual civil** (segunda série). São Paulo : Saraiva, 1998, p. 39. O mesmo autor entende que ao réu é necessário um contra-estímulo que o induza à abstenção. "O contra-estímulo há de consistir na ameaça de uma consequência desvantajosa e será suficientemente forte, em princípio, na medida em que a desvantagem possa exceder o benefício visado. A renúncia a este, vista naturalmente pelo réu como um mal, resultará então do desejo de evitar um mal maior.

Na Itália, existe previsão expressa de utilização da ação inibitória (*l'azione inibitoria*) contra a cláusulas abusivas (*clausole vessatorie*) no artigo 1469-sexies,²⁹⁵ para a qual são legitimadas as associações de representação dos consumidores de fornecedores (*professionisti*), as câmaras de comércio, indústria, artesanato e agricultura, podendo requerer ao juízo competente que iniba o uso de condições gerais de contratos em que se verifique sejam abusivas nos termos da lei. Pode ser requerida a ação inibitória provisória (tida como preventiva), com base nos artigos do Código de Processo Civil referentes às medidas cautelares (669-bis, 700 do CPC).

Como meio de coerção, a legislação italiana previu tão somente que o juiz da causa pode determinar que seja publicado procedimento em um ou mais jornais, sendo ao menos um de circulação nacional.

Muito embora a legislação italiana tenha adotado a orientação da Diretiva Comunitária 93/13/CEE de 5 de abril de 1993 (art. 7.2) estipulando expressamente acerca da utilização da ação inibitória contra as cláusulas abusivas nos contratos

²⁹⁵Observe-se o inteiro teor do artigo 1469-sexies do Código Civil italiano:

"Art. 1469-sexies (*Azione inibitoria*): le associazioni rappresentative dei consumatori e dei professionisti e le camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, possono convenire in giudizio il professionista o l'associazione di professionisti che utilizzano condizioni generali di contratto e richiedere al giudice competente che inibisca l'uso delle condizioni di cui sia accertata l'abusività ai sensi del capo.

L'inibitoria può essere concessa, quando ricorrono giusti motivi di urgenza, ai sensi degli articoli 669-bis e seguenti del codice di procedura civile.

Il giudice può ordinare che il provvedimento sia pubblicato in uno o più giornali, di cui almeno uno a diffusione nazionale."

celebrados com os consumidores, pecou o legislador quando estipulou como sanção tão somente a publicação do procedimento em jornais, quedando silente quanto à estipulação de multa como forma de coação e meio de dar efetividade à ação inibitória.

Ademais, na legislação italiana, em que pese haver o pacificado entendimento de que a tutela inibitória é ação tipicamente preventiva, não há disposição que se possa dizer semelhante aos artigos 84 do Código de Defesa do Consumidor e 461 do Código de Processo Civil, capazes de dar eficácia ao comando inibitório, tanto que a antecipação da tutela inibitória, lá chamada de *inibitória provisória ou inibitória cautelar*, é utilizada com base nas disposições do processo cautelar.

Muitas são as críticas ao sistema da ação inibitória estipulada contra as cláusulas abusivas nos contratos estipulados com consumidores. TARZIA entende que a proibição de utilização de cláusulas abusivas deveria ser sancionada na ação inibitória com *un'astreinte*, remédio que vem sendo difícil de ser introduzido no ordenamento jurídico italiano, desde o projeto de Carnelutti de 1926 até o recente projeto de revisão do Código de Processo Civil, restando a sanção restrita aos poderes do juiz de ordenar a publicação da medida, como antes referido.²⁹⁶

Corrado FERRI, também abordando a ausência de atuação

²⁹⁶Giuseppe TARZIA, La tutela inibitoria contro le clausole vessatorie. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, p. 643, jul./set. 1997.

coativa da tutela inibitória, escreve:

Nell'ipotesi prevista dall'art. 1469-sexies, è mancato totalmente l'intervento del legislatore inteso a disciplinare la fase attuativa del comando inibitorio, così come del resto la novella del codice di rito n. 353 del 1990 aveva omissa qualsiasi si cenno a misure coercitive analoghe a quelle previste in ordinamenti stranieri, tanto che ci si era chiesti in modo sconsolato se avesse un senso prospettare allargamento di tutele specifiche "dato che questa prospettiva rischia di restare continuamente arenata sull'impossibilità pratica di dare attuazione alle tutele".²⁹⁷

Para Filippo DANOVI,

Certo, più completa sarebbe stata, per assicurare l'effettività del provvedimento del giudice con mezzi esclusivamente di diritto civile, l'introduzione di misure analoghe alle astreintes. Ed invero, le astreintes si adattano perfettamente alla tutela degli ordini inibitori, perché intervenendo sul soggetto passivo dell'obbligo, non richiedono difficili correlazioni con la collettività interessata al rispetto dell'obbligo stesso; e d'altro lato esse (al pari dell'inibitoria) risultano indipendenti da un effettivo pregiudizio e non sono intese al risarcimento dei danni bensì a sanzionare l'inottemperanza all'ordine del giudice.²⁹⁸

A solução para o sistema italiano seria uma revisão normativa, a fim de introduzir uma sanção pecuniária a cargo do fornecedor que viole a ordem inibitória,²⁹⁹ tal qual a astreinte

²⁹⁷Corrado FERRI, L'azione inibitoria prevista dall'art. 1469-sexies c.c. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, p. 939, out./dez. 1996.

²⁹⁸Filippo DANOVI, L'azione inibitoria in materia di clausole vessatorie. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, p. 1081, out./dez. 1996. Ver, também, Antonio TULLIO, **Il contratto per adesione** : tra il dirittocomune dei contratti e la novella sui contratti dei consumatori. Milano : Giuffrè, 1997, p. 190.

²⁹⁹"L'attuazione dell'obbligo di non utilizzare clausole vessatorie, che costituisce, nella materia in esame, il contenuto della condanna inibitoria, non può, però essere assicurata attraverso l'esecuzione forzata in forma specifica, dato il limite dell'infungibilità dell'attività; né sono previsti, per garantire l'osservanza dell'ordine giudiziale, mezzi di coazione indiretta.

È questo, senza dubbio, il punto debole della disciplina normativa qui analizzata, che compromette l'efficacia del divieto inibitorio e per il quale si auspica un intervento legislativo. Una via perseguibile, che

do sistema francês.³⁰⁰

Apesar de inexistir no sistema italiano a previsão de cominação de multa para a hipótese de descumprimento da ordem, em recente publicação, Giovanni VERDE faz menção a algum avanço com relação à possibilidade de o juiz do processo de cognição poder fixar sanção na sentença de condenação, a fim de assegurar o cumprimento da execução provisória, o que consta de um projeto de lei que altera o art. 282 do Código de Processo Civil italiano.³⁰¹

Os países da União Européia tiveram de adaptar suas legislações de defesa dos consumidores às exigências da Diretiva 93/13/CEE do Conselho de 5 de abril de 1993 relativa às cláusula abusivas nos contratos celebrados com consumidores.

O artigo 7º da Diretiva prevê que "os Estados-membros providenciarão para que, no interesse dos consumidores e dos profissionais concorrentes, existam meios adequados e eficazes

richiede un'apposita revisione normativa, è l'introduzione di una sanzione pecuniaria a carico dell'imprenditore che violi l'ordine inibitorio, sull modello francese dell'astreinte." (A. BELLELLI, *La tutela inibitoria* In: C.M. BIANCA e F.D. BUSNELLI [Coord.]. **Comentario al capo XIV bis del codice civile** : dei contratti del consumatore. Padova : CEDAN, 1999, p. 955-956).

³⁰⁰Art. L. 421-6 do Code de la consommation, a qual não foi modificada pela Lei n. 95-96 de 1º de fevereiro de 1995.

³⁰¹"Ho notizia che il Ministero di grazia e giustizia há in fase di avanzata elaborazione, un disegno di legge nel quale, fra l'altro, è previsto l'inserimento nell'art. 282 c.p.c. di alcuni commi, che riconoscono al giudice della cognizione il potere di stabilire nella pronuncia di condanna <la somma che l'obbligato deve corrispondere in caso di inosservanza del termine ... (da lui fissato per la spontanea esecuzione della sentenza), determinata in relazione ad ogni giorno di ritardo, ad ogni singola violazione, ovvero in un ammontare fisso>. Ne dò notizia perché la formulazione mi sembra alquanto approssimativa e meriterebbe, attesa la sua rilevanza, che si accendesse un immediato dibattito nella dottrina." (Giovanni VERDE, *Attualità del principio "nulla executio sine titulo"*. In: **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, p. 987, out./dez. 1999.

para pôr termo à utilização das cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores por um profissional."

Aldo FRIGNANI faz severas críticas aos "meios adequados e eficazes" adotados pelo legislador italiano que, como se mencionou, optou pela publicação da medida.³⁰²

O sistema português, de outro lado, traz expressa previsão de acolhimento da ação inibitória contra as cláusulas abusivas (art. 24º do Dec.-Lei n. 446/85, neste diploma chamadas de cláusulas contratuais gerais). A tutela inibitória pode ser requerida por meio da ação inibitória sob a forma provisória (sumária) ou definitiva (art. 30º) e, caso o vencido na ação inibitória transitada em julgado infrinja a obrigação de se abster da utilização das cláusulas contratuais gerais, incorrerá em sanção pecuniária compulsória prevista no artigo 32º.³⁰³

³⁰²"FRIGNANI, ao comentar o último comma do art. 1469-sexies do Código Civil Italiano, que dá poderes ao juiz de determinar que a tutela inibitória concedida seja publicada em jornais, faz a seguinte crítica: *"Per non usare parole più forti, ci limitiamo a qualificare la norma come lo 'spauracchio'. [...] E allora viene il sospetto che la misura possa essere usata, non solo da concorrenti poco scrupolosi, ma per fini non del tutto nobili. Siamo personalmente a conoscenza del fatto che questa minaccia è già stata con successo usata per eliminare colusole da contratti prima ancora che intervenisse un 'accertamento' giudiziale della loro vessatorietà (richiesto invece dal primo comma). E lo stesso simile minaccia potrà rivestire anche sulla determinazione delle 'spese ed onorari'. É dunque evidente il possibile effetto dirompente di questa norma che codifica il 'terrore'."* (FRIGNANI, *L'azione inibitoria contro le clausole vessatorie* (considerazioni 'fuori dal coro' di un civilista). *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, p. 1021, out./dez. 1997).

³⁰³"Artigo 32º (sanção pecuniária compulsória) 1. Se o demandado, vencido na acção inibitória, infringir a obrigação de se abster de utilizar ou de recomendar cláusulas contratuais gerais que foram objeto de proibição definitiva por decisão transitada em julgado, incorre numa sanção pecuniária compulsória que não pode ultrapassar o valor de 1.000.000\$ por cada infracção. 2. A sanção prevista no número anterior é aplicada pelo tribunal que apreciar a causa em primeira instância, a requerimento de quem possa prevalecer-se da decisão proferida, devendo facultar-se ao infractor a oportunidade de ser previamente ouvido. 3. O montante da sanção

Embora o sistema português tenha a previsão de ação inibitória aplicável à proibição de utilização de cláusulas abusivas, o sistema de sanção não parece ser o mais apropriado, pois a sanção pecuniária é aplicável somente após a sentença transitada em julgado (art. 32º, n. 1), seu valor é limitado por infração e o montante da sanção é dividido igualmente entre requerente e Estado.³⁰⁴

Já o sistema brasileiro apresenta-se bem mais flexível, pois a cominação de multa pode ser aplicada quando do provimento inibitório antecipatório, não tendo limitação legal ao valor da multa, sendo destinatário do valor o requerente e não do Estado.³⁰⁵

pecuniária compulsória destina-se, em partes iguais, ao requerente e ao Estado."

³⁰⁴ Sobre o sistema português ver Almeno de SÁ, **Cláusulas contratuais gerais e directiva sobre cláusulas abusivas**. Coimbra : Almedina, 1999, p. 44 ; Mário Júlio de ALMEIDA COSTA e Antonio Menezes CORDEIRO, **Cláusulas contratuais gerais**. Coimbra : Almedina, 1995, p. 56 e ss.; João Calvão da SILVA, **Cumprimento e sanção pecuniária compulsória**. Coimbra : Almedina, 1987, *passim* ; Joaquim de Souza RIBEIRO, **Responsabilidade e garantia em cláusulas contratuais gerais**. Coimbra : Almedina, 1992, p. 45.

³⁰⁵ MARINONI, **Tutela inibitória**, p. 180 ; Kazuo WATANABE, **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 3. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1998, p. 656 ; José Carlos BARBOSA MOREIRA, **Temas ...** (segunda série), p. 38 ss.

12 A SENTENÇA QUE PRESTA A TUTELA INIBITÓRIA

12.1 TUTELA ESPECÍFICA E TUTELA INIBITÓRIA

Tradicionalmente a tutela específica é abordada pelos doutrinadores no âmbito da tutela jurisdicional executiva, distinguindo-se a execução entre *execução por expropriação* ou genérica - execução por quantia certa, que é aquela por determinada quantia em dinheiro-, e *execução específica*, que diz respeito à *especificidade do objeto a ser satisfeito* (execução para a entrega de coisa, e das obrigações de fazer e não fazer).³⁰⁶

Todavia, o artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor e, assim, o artigo 461 do CPC, adotaram a terminologia *correta e mais abrangente* - *tutela específica* - deixando de empregar a expressão mais limitada - *execução específica*.

Como bem acentua Flávio YARSHELL,

acertou o legislador, pois que a tutela específica é, por assim dizer, gênero que comporta espécies situadas tanto no plano do processo de execução, quanto no processo de conhecimento. Para que se confirme essa assertiva, basta lembrar que as tutelas prestadas nas obrigações de declaração de vontade (arts. 639/641), bem como nas obrigações de fazer (ou não fazer) infungíveis, enquadram-se mais rigorosamente no campo da cognição, concretizando-se pela edição de uma sentença, que dispensa (no primeiro caso) ou mesmo não comporta (nos demais) atos de execução, entendidos como

³⁰⁶Flavio Luiz YARSHELL, **Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade**. São Paulo : Malheiros, 1993, p. 33. Outros trabalhos bastante profundos sobre a questão: Crisanto MANDRIOLI, **L'esecuzione forzata in forma specifica**. Milano : Giuffrè, 1953 ; Vittorio DENTTI, **L'esecuzione forzata in forma specifica**. Milano : Giuffrè, 1953.

atuação de sanção.³⁰⁷

O conceito de tutela específica apresentado pelo mesmo autor é *precisamente a especificidade do objeto do direito a ser satisfeito sobre o qual atuarão os efeitos da sentença e, se for o caso os meios executivos.*³⁰⁸

Já o conceito apresentado por DINAMARCO, adaptando a máxima de Chiovenda, é de que a idéia central da tutela específica seria *proporcionar a quem tem direito à situação jurídica final que constitui objeto de uma obrigação específica, precisamente aquela situação jurídica final que ele tem o direito de obter.*³⁰⁹

A tutela específica de que tratam os artigos 84 do CDC e 461 do CPC, dizem respeito, em especial, às obrigações de fazer e não fazer, dispondo dos meios capazes de proporcionar o resultado equivalente ao adimplemento.

A tutela específica, segundo YARSHELL, é atípica e

³⁰⁷YARSHELL, Tutela específica e a reforma do código de processo civil. **Revista do Advogado - AASP**, São Paulo, n. 46, p. 39, ago. 1995.

³⁰⁸*Idem*, p. 40.

³⁰⁹Cândido DINAMARCO, **A reforma do código de processo civil**. São Paulo : 1995, p. 149 ; Ada Pellegrini GRINOVER, Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer. In: **A reforma do código de processo civil**. São Paulo : Saraiva, 1996, p. 253. O postulado de Chiovenda, na versão original: "*il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi hà un diritto tutto quello e proprio quello ch'egli há diritto de conseguire*" (Giuseppe CHIOVENDA, *Dell'azione nascente dal contratto preliminare*. **Rivista di Diritto Commerciale**, 1911 e, depois, in *Saggi di diritto processuale civile*, Roma: Foro Italiano, 1930, v. I, p. 110 (republicado pela Giuffrè Editore, 1993). Para BARBOSA MOREIRA, a tutela específica pode ser entendida como o conjunto de remédios e providências tendentes a proporcionar àquele cujo benefício se estabeleceu a obrigação o preciso resultado prático que seria atingido pelo adimplemento. (A tutela específica nas obrigações negativas. In: **Temas de direito processual** - (segunda série), p. 31.

independe de autorização legal, muito embora o artigo 461 *caput* e parágrafo 1º do CPC sejam taxativos ao imporem esta modalidade de tutela. Ademais, "a mais perfeita restauração da situação violada resulta do próprio plano substancial, cujas normas devem ser atuadas, cabendo ao processo a missão de propiciar a quem tenha um direito tudo aquilo que faça jus".³¹⁰

O artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor, como exposto, é o principal fundamento da tutela inibitória, o qual teve sua redação reproduzida no artigo 461 do Código de Processo Civil, sendo este analisado pelos doutrinadores sob a denominação de tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. Mas a tutela encontrada nos citados artigos 84 e 461 não diz respeito tão somente às obrigações de fazer e não fazer, mas sim a *deveres*, como o é o *dever de abstenção* de utilização de cláusulas abusivas nos contratos firmados com consumidores.³¹¹

Para MARINONI, os arts. 461 do CPC e 84 do CDC conferem ao juiz poderes para determinar o meio processual mais idôneo a fim de tutelar as mais variadas situações do direito

³¹⁰YARSHELL, **Tutela jurisdicional**. São Paulo : Atlas, 1999, p. 165.

³¹¹BARBOSA MOREIRA apresenta como incluídas na classe das obrigações negativas, as seguintes obrigações: "a) não fazer alguma coisa, isto é, não praticar determinado ato (...); b) a tolerar, quer dizer, a não oferecer resistência a fato natural, à atividade de outrem ou ao resultado desta ou daquele (...); c) a permitir que outrem pratique determinado ato, para o que é necessária a autorização do devedor (...); d) deveres de abstenção correspondentes aos direitos absolutos, quer reais (...), quer da personalidade (...); e) deveres de abstenção correspondentes à direitos subjetivos públicos (...); f) deveres de abstenção impostos para a salvaguarda de 'interesses coletivos' ou 'difusos' (...)." (José Carlos BARBOSA MOREIRA, **A tutela específica do credor nas ...**, p. 30-31).

substancial.³¹² Esta tutela jurisdicional, na perspectiva do direito material pode ser resarcitória, do adimplemento, inibitória, reintegratória ou preventiva executiva,³¹³ ou seja, a tutela jurisdicional prestada será aquela capaz de atingir o resultado exigido pelo próprio direito material.

A tutela inibitória, entendida como tutela jurisdicional na perspectiva do direito material, é dirigida a prevenir o ilícito, constituindo genuína prevenção. Embora a tutela inibitória seja *essencialmente preventiva*, ainda assim pode ser dirigida ao fim de *fazer cessar a atividade ilícita ou para evitar a sua repetição*.³¹⁴

12.2 A ATUAÇÃO DO JUIZ FRENTE ÀS CLÁUSULAS ABUSIVAS E OS ARTS. 84 DO CDC E 461 DO CPC, NO PLANO INDIVIDUAL E COLETIVO

Não há como pensar acerca da natureza da sentença que presta a tutela inibitória, sem compreender que comandos podem ser emanados a partir dos arts. 84 do CDC e 461 do CPC. Ademais, independentemente do nome dado à ação (individual ou

³¹² Luiz Guilherme MARINONI, **Tutela específica**, p. 61.

³¹³ *Idem*, p. 64.

³¹⁴ Assim já entendia BARBOSA MOREIRA muito antes do CDC e da reforma do CPC: BARBOSA MOREIRA tem esse entendimento: "Se o credor, ao contrário, invocar a tutela enquanto subsistente a ofensa (nas obrigações com prestação negativa duradoura), ou enquanto subsistente a possibilidade de reiteração da ofensa (nas obrigações negativas de trato sucessivo), há que distinguir: com referência ao que já sucedeu, a tutela específica é impraticável, mas pode sem dúvida ser dispensada com a finalidade, respectivamente, de fazer cessar a atividade ilícita ou de evitar-lhe a repetição. A tutela específica tem sempre em vista o futuro, é essencialmente preventiva." (**A tutela específica ...**, p. 34).

coletiva), pode nela haver pedido de tutela inibitória.

Tecnicamente o que tem relevo é a técnica processual utilizada, o direito material tutelado e, de consequência, a sentença que viabilizará a atuação do direito material.

Se faz mister, portanto, analisar as espécies de provimento que podem ser dados pelo juiz quanto à tutela do consumidor contra as cláusulas abusivas.

Na hipótese de ação individual a parte interessada e legítima, com amparo no art. 84 do CDC, formula pedido de tutela inibitória (antecipada ou não) a fim de obter a cessação de uso de uma cláusula abusiva, bem como a proibição de que venha a ser novamente utilizada, sob pena de multa, o que permitirá ao juiz:

- a) impor um não fazer (abstenção de uso) ou fazer (imposição dos parâmetros ou limites de utilização da cláusula), sob pena de multa, sendo esta utilizada para o fim de convencer o réu ao cumprimento da ordem;
- b) determinar uma medida sub-rogatória capaz de dar ao autor o resultado prático pretendido, independentemente da vontade ou participação do réu, o que pode decorrer da natureza da própria obrigação (fungibilidade) ou, ainda, de ter se mostrado ineficaz a ordem de fazer ou não fazer.

Na ação individual, por óbvio, os efeitos da decisão ficam restritos às partes litigantes (CP, art. 463).

Em se tratando de ação coletiva em que a parte interessada e legítima, tenha formulado pedido de tutela inibitória (antecipada ou não), com amparo no art. 84 do CDC, a fim de obter a cessação de uso de uma cláusula abusiva, e/ou, a proibição de utilização da mesma cláusula em contratos futuros, permitirá ao juiz:

- c) impor um não fazer (abstenção de uso) ou fazer (imposição dos parâmetros ou limites de utilização da cláusula), sob pena de multa, sendo esta utilizada para o fim de convencer o réu ao cumprimento da ordem e que pode aplicar-se aos contratos já firmados, bem como pode projetar-se para o futuro, impedindo a utilização da cláusula em contratos futuros, com base no mesmo instrumento contratual;
- d) determinar uma medida sub-rogatória capaz de dar ao autor o resultado prático pretendido, independentemente da vontade ou participação do réu, o que pode decorrer da natureza da própria obrigação (fungibilidade) ou, ainda, de ter se mostrado ineficaz a ordem de fazer ou não fazer.

Logo, a análise da natureza da sentença que presta a tutela inibitória, deve ser realizada com fulcro no provimento emanado pelo juiz, o que tem suscitado divergentes posicionamentos na doutrina, como se verá.

12.3 NATUREZA DA SENTENÇA QUE PRESTA A TUTELA INIBITÓRIA E A CLASSIFICAÇÃO DAS SENTENÇAS

Os doutrinadores têm se debatido com o objetivo de demonstrar a natureza da sentença dos artigos 461 e 84, imputando naturezas diversas como a sentença constitutiva, condenatória, mandamental ou executiva *lato sensu*.

A discussão decorre do antigo debate acerca da classificação das sentenças: a trinária (declaratória, condenatória e constitutiva) e a quinária (declaratória, condenatória e constitutiva, mandamental e executiva [*lato sensu*]).

Assim, faz-se necessário demonstrar por que a sentença que evita o uso de cláusulas abusivas nos contratos celebrados

com consumidores, não se encaixa na classificação trinária das sentenças (declaratória, condenatória e constitutiva), em especial à sentença condenatória, a qual vem sendo utilizada pelos doutrinadores nacionais e estrangeiros, reconhecendo-se que seu conceito está em crise.³¹⁵

A doutrina tradicional, como é cediço, classifica os processos jurisdicionais em três espécies: 1) de conhecimento ou declaratório; 2) executivo; e, 3) cautelar.

O processo de conhecimento tem as seguintes sentenças: 1.1. sentença meramente declaratória; 1.2. sentença constitutiva; 1.3. sentença condenatória.

Na doutrina dominante,³¹⁶ até bem pouco não eram reconhecidos como categorias autônomas o *provimento executivo* "lato sensu" e o *provimento mandamental*, os quais pioneiramente foram defendidos pelos juristas Pontes de Miranda e Ovídio Baptista da Silva.³¹⁷ A grande parte dos processualistas

³¹⁵Ver, por todos, com vasta indicação doutrinária, Luiz Guilherme MARINONI, A crise da sentença condenatória e a tentativa de reconstrução de seu conceito na Itália. In: **Tutela inibitória**. São Paulo : RT, 1998, p. 313-344.

³¹⁶Tome-se como exemplo o ilustre jurista Moacir Amaral Santos, em obra específica sobre a ação cominatória, ao analisar a natureza da sentença da ação cominatória em relação às ações de fazer ou não fazer, em que questiona tão somente se seria *declarativa*, *constitutiva* ou *condenatória*. O autor entende que a natureza da sentença da ação cominatória dependerá da natureza do direito material em questão e analisa em toda a segunda parte da obra as hipóteses da antiga lei (art. 302), e as respectivas naturezas, admitindo, inclusive, a conjugação de mais de uma eficácia das três apontadas. (Moacir Amaral SANTOS, **Ações cominatórias no direito brasileiro**. 5. ed. São Paulo : Max Limonad, 1973, p.219 ss.).

³¹⁷PONTES DE MIRANDA, **Tratado das ações**. Campinas : Bookseller, 1999 t.:6-7 -(atualizado por Vilson Rodrigues Alves). Ovídio Baptista da SILVA, **Sentença e coisa julgada**. 3. ed. Porto Alegre : Fabris, 1995, p. 84 ss.; *Ibidem*, **Curso de processo civil**. Porto Alegre, 1990. E, recentemente, José Carlos BARBOSA MOREIRA, **A sentença mandamental**. Da Alemanha ao Brasil ..., p. 251.

modernos têm passado a refletir sobre estas duas categorias, como se demonstrará, mas ainda existem os que, resistentes, mantêm-se fiéis à tradicional tripartição das sentenças, entendendo, inclusive, que uma ou ambas fazem parte da sentença condenatória.³¹⁸

Luiz Guilherme MARINONI, analisando classificação tradicional entende que

as tutelas da classificação trinária não têm aptidão para a prevenção, uma vez que a tutela jurisdicional, para impedir a prática, a continuação ou a repetição de um ilícito, necessita, na maioria das vezes, impor um não fazer ao demandado, o que, evidentemente, não pode ser feito por meio da sentenças clássicas, já que nenhuma delas permite ao juiz ordenar sob pena de multa.³¹⁹

Questão que impõe analisar é: qual a natureza da sentença que presta a tutela inibitória contra a cláusula abusiva?

Entre os doutrinadores nacionais, a análise da natureza da sentença que presta a tutela inibitória parte da redação dada pelo legislador aos artigos 84 do CDC e 461 do CPC, recebendo a denominação de *tutela específica das obrigações de fazer ou não fazer*, o que fez surgir posicionamentos variados

³¹⁸ Veja-se a posição de Marcelo Lima GUERRA: "Anoto-se que, no presente trabalho não se reconhece que a sentença de procedência proferida nas ações executivas *lato sensu* constitua uma categoria autônoma de providência jurisdicional, qualificada por uma suposta 'carga de executividade' mais elevada, isto é, por uma peculiar eficácia sua. Na realidade tais sentenças são tipicamente condenatórias na medida em que não sendo cumprido espontaneamente pelo réu o comando nelas contido, faz-se necessária a realização de atividades materiais para tornar concreto aquele comando independentemente e mesmo contra a vontade do réu recalcitrante." O autor menciona compartilhar do entendimento de Flavio Luiz Yarshell. (Marcelo Lima GUERRA, **Execução indireta**, p. 68.

³¹⁹ MARINONI, **Novas linhas do processo civil**. 3. ed. São Paulo : : Malheiros, 1999, p. 111.

acerca das naturezas constitutiva,³²⁰ condenatória, mandamental e executiva, como será demonstrado.

³²⁰Não são muitos os autores que mencionam tratar-se de natureza constitutiva, motivo pelo qual, serão abordadas as outras três naturezas. Traz-se, como exemplo, a posição de Mário LIBERTINI que entende tratar-se de sentença de efeitos constitutivos, negando a posição de autores que atribuem a natureza constitutiva determinativa, como Luigi Montesano. Mário LIBERTINI, *La tutela civile inibitoria*. In: Salvatore MAZZAMUTO [Coord.]. **Processo e tecniche di attuazione dei diritti**. Napoli : Jovene, 1989, p. 320. A natureza determinativa, para CHIOVENDA, é uma categoria da sentença constitutiva, podendo ter efeitos *ex tunc*, e assim o define: "*Una categoria di sentenze a se è ravvisata da taluno (Kisch) in quelle sentenze che non si limitano costituiscono un nuovo rapporto giuridico: esse determinano soltanto o modificano il contenuto o un elemento di un rapporto già esistente. Onde sono dette determinative (1). Ciò há luogo quando la legge rimette la decisione all'arbitrio, alla discrezione di un terzo; l'attività del giudice è affine in tal caso a quella dell'arbitrador.*" (CHIOVENDA, **Principii di diritto processuale civile**. Napoli : Jovene, 1965, p. 195). Já, para Alessandro RASELLI, a sentença determinativa seria uma segunda categoria de sentença em oposição à sentença declaratória genérica (subdividida em declaratória, condenatória e constitutiva), sendo que a sentença determinativa pode ter os efeitos: declaratório, condenatório e constitutivo. Na sentença determinativa ou dispositiva o juiz completa ou muda algum elemento de uma relação jurídica já constituída, cumprindo uma função criadora do direito de modo autônomo, inspirando-se na exigência de justiça. (Alessandro RASELLI, *Le sentenze determinative e la classificazione delle sentenze*. In: **Studi sul potere discrizionale del giudice civile**. CEDAM, 1927, republicada pela Giuffrè, 1975, p. 324-399). ARRUDA ALVIM utiliza a denominação sentença dispositiva, referindo-se àquela que tem por fim dispor a respeito das relações jurídicas dos litigantes, assumindo função normativa, pois proferida com base na lei, à luz de pedidos e fatos acontecidos, podendo dispor para o futuro e sendo notadamente coletiva. Para o autor, suas características não são suficientes para erigi-la à categoria autônoma. (ARRUDA ALVIM, **Manual de direito processual civil**. São Paulo : RT, 1996, p.590). Na ação de revisão ou modificação de cláusulas contratuais em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas (art. 6º, V do Código de Defesa do Consumidor) sustenta NELSON NERY que a natureza da sentença seja determinativa: "pedida a modificação da cláusula contratual que estabeleça prestações desproporcionais ou a revisão do contrato por onerosidade excessiva, cumpre ao juiz proferir sentença determinativa. O magistrado irá integrar o contrato, criando as novas circunstâncias contratuais. Para tanto, deverá pesquisar e observar a vontade das partes quando da celebração do contrato de consumo, qual a dimensão da desproporção da prestação ou da onerosidade excessiva, de forma a recolocar as partes na situação de igualdade contratual em que se devem encontrar, desde a formação até a execução completa do contrato." (NERY JUNIOR e outra, *op. cit.*, p. 1804). Luiz ORIONE NETO e Sergio Michel de Almeida CHAIM, *Sentenças mandamentais e determinativas*. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 45, p. 64, 1976 ; Alfredo BUZAID, *Da liquidação por artigos em ação de ressarcimento de perdas e danos*. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 43, p. 10, jul./set. 1986 ; Arruda Alvim, *Sentença no processo civil - as diversas formas de terminação do processo em primeiro grau*. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 2, p. 60, 1976 e **Direito Processual Civil**, São Paulo, n. 2, p. 331, 1995.

12.4 SENTENÇA CONDENATÓRIA. SENTENÇA EXECUTIVA. SENTENÇA MANDAMENTAL. O REGIME DA COISA JULGADA

BARBOSA MOREIRA, em 1980, acenava no sentido de que a sentença que se referia à tutela preventiva seria condenatória.³²¹ Avançou substancialmente o ilustre jurista que, em posicionamento bastante recente, ao analisar a sentença dos arts. 84 do Código de Defesa do Consumidor e 461 do Código de Processo Civil, menciona que a questão "sugere, ou impõe, nova reflexão sobre a questão da sentença mandamental".³²²

Para Eduardo TALAMINI, as tutelas mandamental, executiva e condenatória apresentam diferença estrutural, mas se equivalem em termos funcionais, visto que empregam diferentes mecanismos para a consecução do mesmo fim, que é a obtenção de resultado que dependa de alteração no mundo dos fatos.³²³ Não entende inviável a reunião das três espécies em uma única categoria (condenatória), mas para isto seria necessário

³²¹José Carlos BARBOSA MOREIRA, quando analisava as obrigações negativas, muito embora não tenha adentrado a fundo a questão da natureza da sentença referente à tutela preventiva do credor nas obrigações negativas, posiciona-se no sentido que trata-se de ação condenatória. Veja-se: "Descaberia enfrentar aqui em toda a sua extensão o problema da natureza da sentença em foco. Vamos limitar-nos a duas palavras sobre o argumento exposto. Ele pressupõe, naturalmente, a noção muito difundida, da existência de uma correlação necessária entre a índole condenatória da sentença e a viabilidade da execução forçada: por assim dizer, a sentença condenatória define-se pela aptidão a servir de título executivo. Tal premissa tem sido contestada por vozes de grande autoridade, este não é, porém o lugar próprio para o exame ex professo da questão." (A tutela específica do credor nas obrigações negativas. In: **Temas de direito processual** - (segunda série). São Paulo : Saraiva, 1980, p. 35-36).

³²²José Carlos BARBOSA MOREIRA, Sentença mandamental. Da Alemanha ao Brasil. In: **Revista de Processo**, São Paulo, n. 97, ..., p. 263.

³²³Eduardo TALAMINI, Tutela mandamental e executiva 'lato sensu' e a antecipação de tutela ex vi do art. 461, parágrafo 3º do CPC. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim [Coord.]. **Aspectos polêmicos da antecipação de tutela**. São Paulo : RT, 1997, p. 150.

abandonar os aspectos característicos das ações condenatórias (sentença que gera título executivo e enseja novo processo - o de execução -, e só há atividade executiva por meio de meios sub-rogatórios e não mediante ordens conjugadas com meios coercitivos), acabando por concluir que a sentença final *não tem natureza meramente condenatória na medida em que não criará título executivo a ser atuado em processo subsequente, sendo, portanto, dotado de eficácia executiva 'lato sensu' e mandamental*.³²⁴

Para Humberto THEODORO JUNIOR, a implantação dos artigos 273 e 461 deverá ser completada pelas novas reformas reformas que ainda estão por vir, e todas as sentenças condenatórias então serão executivas *lato sensu*, ocorrendo a execução na mesma relação processual.³²⁵

Ovídio Baptista da SILVA, analisando o art. 461, assevera:

Parece-nos indiscutível que a *ação que tem por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não-fazer*, do artigo 461, pode ser tudo, menos uma ação condenatória. [...] É sabido que o magistrado nunca poderá conceder a tutela específica da obrigação numa ação condenatória. Como ninguém ignora, a sentença condenatória é despida de qualquer eficácia que autoriza o juiz a ordenar, ou a realizar, executivamente, o direito reconhecido na sentença.³²⁶

³²⁴TALAMINI, *op. cit.*, p. 168.

³²⁵Humberto THEODORO JUNIOR, O procedimento interdital como delineador dos novos rumos do direito processual civil brasileiro. In: **O processo civil brasileiro no limiar do novo século**. Rio de Janeiro : Forense, 1999, p. 38.

³²⁶Ovídio A. Baptista da SILVA, Ação para cumprimento das obrigações de fazer e não fazer. In: MOREIRA, José C. Barbosa [Coord.]. **Estudos de Direito Processual em memória de Luiz Machado Guimarães**. Rio de Janeiro : Forense, 1997, p. 263. Em outro artigo o mesmo autor afirma: "Tendo agora presentes as disposições do artigo 461 do CPC, é possível concluir que as ações que aí se prevêem não serão nunca apenas condenatórias". (Ovídio A.

Para o citado jurista, a inovação dos artigos 273 e 461 do CPC com a reforma do Código seria uma introdução em nosso sistema de uma *antiga novidade* que denomina de *tutela interdital*, de forma a ampliar o processo executivo e reduzir o processo de conhecimento, fenômeno que denomina de *ordinariedade*,³²⁷ ou seja, a separação entre processo de conhecimento e processo de execução. Com isto se quer dizer que os artigos 273 e 461, assim como o artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor, não se amoldam ao esquema clássico *processo de conhecimento-processo de execução, conectados por uma sentença condenatória*, sendo a antecipação prevista nestes necessariamente *executiva ou mandamental, portanto interdital, portanto não condenatória*.³²⁸

Assim, para Ovidio Baptista da SILVA, as ações decorrentes do artigo 461 do CPC (e assim do art. 84 do CDC) serão necessariamente de natureza executiva ou mandamental, em razão da espécie de provimento emanado pelo julgador. Ambas contêm uma ordem, mas as sentenças executivas [*lato sensu*] buscam a realização de um ato originariamente devido pelo demandado, ao passo que a sentença mandamental expressa uma

Baptista da SILVA, O processo civil e sua recente reforma. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim [Coord.]. **Aspectos polêmicos da antecipação de tutela**. São Paulo : RT, 1997, p. 423.

³²⁷ *Idem*, p. 415.

³²⁸ *Idem*, p. 417. **Ver**, também, Humberto THEODORO JUNIOR, O procedimento interdital como delineador dos novos rumos do direito processual civil brasileiro. In: **O processo civil brasileiro no limiar do novo século**. Rio de Janeiro : Forense, 1999, p. 25 ss.

determinação imperativa, inerente e exclusiva do magistrado.

E, sabiamente conclui o autor:

Este parágrafo 5º confirma nossa conclusão de que as ações do artigo 461 ou serão executivas, quando se peça o desfazimento de obras, tal como será a ordem de demolição na ação de nunciação de obra nova, ou serão mandamentais se o juiz, atendendo ao pedidos da parte, ordenar a cessação de atividades nocivas.³²⁹

A distinção entre sentença executiva e sentença mandamental apontada por Ovidio Baptista, reportando-se a Pontes de Miranda, é realizada com base em exemplos clássicos da ação de despejo, ação de reintegração de posse e mandado de segurança.³³⁰ Mas o quadro hoje é diverso, pois os artigos 84,

³²⁹Ovidio A. Baptista da SILVA, **Ação para cumprimento ...**, p. 267. Para o mesmo autor, a analogia entre a liminar do artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor inteiramente transferida para o artigo 461 do Código de Processo Civil, confirma a origem interdital do dispositivo, "afastando-o do juízo condenatório com execução diferida" (*op. cit.*, p. 267).

³³⁰Uma diferenciação mais amiúde entre natureza executiva e mandamental é apresentada de forma bastante completa pelo autor, para quem os elementos conceituais da sentença executiva (também chamada de executiva *lato sensu*) seriam:

"a) corresponde a um ato material, portanto não apenas a um pensamento (Tratado das ações, v. VII, § 2,2), como se dá com as sentenças do processo de conhecimento;
b) esse ato material implica sempre uma transferência de valor, como nas execuções por quantia certa, e nas execuções para entrega de coisas;
c) o juiz não se limita a ordenar que o demandado cumpra o preceito sentencial, fazendo ou deixando de fazer alguma coisa, mas providencia para que o ato executivo realize-se diretamente por meio de agentes do próprio poder judiciário;
d) o ato final executivo será sempre um ato originariamente da parte que o juiz realiza, em razão de não havê-lo realizado o demandado." (Ibidem, **O processo civil ...**, p. 421).

Seriam exemplos de sentença de natureza executiva a sentença que decreta o despejo e a sentença de procedência da ação de reintegração de posse.

Já os elementos que caracterizam a sentença mandamental seriam:

"a) como diz Pontes, "na ação mandamental, pede-se que o juiz mande" [...] "por isso mesmo não se pode dispensar o mandado" (Tratado, cit. p. 211);
b) porém o ato material de cumprimento cabe ao demandado realizar, exaurindo-se a atividade jurisdicional com a emissão do mandado;

461 e 273 permitem que se analise mais de perto os conceitos das sentenças *executiva* e *mandamental*. Se a sentença mandamental consiste em uma ordem, uma determinação ao réu, de conteúdo positivo ou negativo, sob pena de sanção, como ocorre no mandado de segurança (crime de desobediência), na hipótese do artigo 84 e 461, a ordem que determine o dever de abstenção, com a finalidade de prevenir ou fazer cessar o ilícito, poderá vir acompanhada de cominação de multa diária (§ 4º do artigo 84 e § 4º do art. 461).

Um outro aspecto a considerar é que o legislador utilizou, no *caput* do artigo 84 e também do artigo 461, o verbo *determinar*, evidenciando ainda mais que a sentença da natureza inibitória não é condenatória, pois não há ordem na sentença condenatória. Quando o juiz condena, o título executivo judicial gerado é objeto de nova ação; já quando o magistrado *determina, manda*, deve-se entender que a ordem tem o condão de ser imediatamente cumprida.

De outro lado, considerando-se que a ação condenatória é aquela que *gera um título executivo* e que depende de nova ação (de execução) para sua satisfação, então de plano estaria afastada a natureza condenatória da sentença que veicula a tutela inibitória, pois sendo entendida a tutela inibitória

c) a ordem dirige-se ao réu, a quem o juiz impõe a observância de uma conduta positiva ou negativa, cominação de sanção criminal para o caso de desobediência;

d) a ordem é inerente ao *império* de que é titular o magistrado, não ocorrendo, neste caso, aquela substitutiva de que se referia Chiovenda, como critério conceitual caracterizador do ato jurisdicional".(*Idem*, p. 422).

como tutela preventiva, consubstanciada, em regra, em uma ordem sob pena de multa, seria ilógico entender tratar-se de sentença condenatória, já que restaria comprometida a sua efetividade caso se deixe o seu cumprimento para outro processo, posterior ao trânsito em julgado (execução) da tutela inibitória concedida.

A determinação é para ser cumprida por meio da expedição de mandado, mas nunca por meio da instauração de outro processo - de execução.

Não se pode atribuir a natureza condenatória ao provimento da tutela inibitória, como o fazem os italianos,³³¹ já que uma ordem deve ser cumprida e não gerar um título executivo, o que desnaturaria o caráter de preventividade contra o ilícito, próprio da tutela inibitória.

Resta, portanto, superada qualquer possibilidade de entender tratar-se de sentença condenatória aquela que presta a tutela inibitória.

Para Ada Pellegrini GRINOVER a natureza da prestação jurisdicional invocada pelo credor da obrigação de fazer ou não fazer, do art. 84 do CDC e 461 do CPC, demandam revisão crítica

³³¹Como na Itália inexistente a classificação de sentença mandamental, como ocorreu no Brasil a partir de Pontes de Miranda, os doutrinadores italianos debatem-se em procurar enquadrar o provimento de caráter inibitório dentro da classificação trinária, e assim, situando-a como sentença condenatória. Depois, na Itália inexistente a previsão de cominação de multa para o caso de descumprimento da ordem judicial, diferentemente do Brasil que possui expressa previsão a respeito desta possibilidade. Por tais razões, é comum a utilização da expressão *condanna inibitoria*. Observe-se, a propósito: *"L'emanazione del comando giudiziale rivolto al convenuto di astenersi dal comportamento illecito vale ad inquadrare il provvedimento inibitorio nella categoria delle sentenze di condanna."* (A. BELLELLI, La tutela inibitória. In: C.M. BIANCA e F.D. BUSNELLI [Coord.]. **Comentario al capo XIV bis del codice civile** : dei contratti del

à sentença mandamental.³³² Entende, entretanto, que quanto à aplicação das medidas sub-rogatórias previstas no § 5º do art. 461, cuida-se de sentença *executiva lato sensu*".³³³

Para Albino Teori ZAVASCKI, as ações decorrentes do artigo 461 têm natureza executiva *lato sensu*,³³⁴ muito embora mencione, no corpo de sua exposição, que, quanto às obrigações negativas, a natureza da sentença seja mandamental:

Dentre as do artigo 461 pode-se **ter como executiva lato sensu por vocação natural a ação em que se pede tutela específica para obrigação de não fazer (obrigação negativa)**. Conforme antes se salientou, tal ação é eminentemente preventiva, sendo que a tutela específica consistirá, necessariamente, numa ordem para que o réu se abstenha ou tolere ou permita algum ato ou fato, enfim, para que o réu não faça. **A sentença, portanto, tem natureza mandamental** e poderá vir acompanhada de cominação de multa, não de valor diário, mas de valor fixo, para o caso de descumprimento da ordem.³³⁵

consumatore. Padova : CEDAM, 1999, p. 955).

³³²Ada Pellegrini GRINOVER, Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer. In: **Reforma do código de processo civil**. São Paulo : Saraiva, 1996, p. 264: "O artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor e, agora, o artigo 461 do Código de processo Civil demandam uma profunda revisão da crítica à existência da sentença mandamental, hoje realidade incorporada ao processo comum."

³³³"Qual seria a natureza jurídica da sentença que permite imediatas medidas executivas, sem necessidade de um processo de execução *ex intervallo*? Não há resposta a essa indagação na visão tradicional, que classifica o processo de conhecimento e as sentenças nele proferidas em meramente declaratórias, condenatórias e constitutivas, uma vez que a sentença condenatória, por definição, demanda um processo de conhecimento e as sentenças nele proferidas meramente declaratórias, condenatórias e constitutivas, uma vez que a sentença condenatória, por definição, demanda um processo de execução separado. Somente se poderia dizer que a sentença do art. 461, quando aplicadas as medidas sub-rogatórias previstas no seu § 5º, é de natureza condenatória, mas atípica, pois os atos executórios são praticados no próprio processo de conhecimento. O que nada mais é do que reconhecer a existência de sentenças condenatórias imediatamente executivas ou, em outras palavras, de sentenças executivas *lato sensu*". (Ada Pellegrini GRINOVER, Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer. In: **Reforma do código de processo civil**. São Paulo : Saraiva, 1996, p. 261).

³³⁴Seja para as obrigações de declarar vontade, obrigação de concluir contrato, obrigação específica de não fazer e antecipações de tutela previstas no parágrafo 3º do artigo 461.

³³⁵Albino Teori ZAVASCKI, Antecipação da tutela e obrigações de fazer e não fazer. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim [Coord.]. **Aspectos polêmicos**

E conclui:

[...] inclinamo-nos a em considerar que as ações previstas no artigo 461 serão executivas *lato sensu* quando isso decorra da natureza própria da obrigação a ser cumprida (obrigação de concluir contrato, obrigação de declarar vontade, obrigação específica de não fazer) ou quando, para resguardo da efetividade da específica ou da medida de resultado prático equivalente, houver urgência na concretização dos atos executórios (antecipação de tutela com fundamento no parágrafo 3º do artigo 461. Nos demais casos, havendo compatibilidade e não se fazendo presente qualquer risco de ineficácia, a sentença terá natureza condenatória, sujeita, portanto, à execução *ex intervallo* e em ação autônoma.³³⁶

Kazuo WATANABE, um dos primeiros juristas a comentar o artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor e artigo 461 do Código de Processo Civil, entende que a execução específica ou a obtenção do resultado prático correspondente à obrigação pode ser alcançado por meio do *provimento mandamental* ou do *provimento executivo 'lato sensu'*, ou da *conjugação de ambos*.

Explica o autor:

Por meio do *provimento mandamental* é imposta uma ordem ao demandado, que deve ser cumprida sob pena de configuração do *crime de desobediência*, portanto mediante de imposição de medida coercitiva indireta. Isto, evidentemente, sem prejuízo da execução específica, que pode ser alcançada por meio de meios de atuação que sejam adequados e juridicamente possíveis, e que não se limitam ao pobre elenco que tem sido admitido pela doutrina dominante. E aqui entra a *conjugação do provimento mandamental com o provimento executivo 'lato sensu'*, permitindo este último que os atos de execução do comando judicial sejam postos em prática no próprio processo de execução.³³⁷

da *antecipação de tutela*. São Paulo : RT, 1997, p. 474.

³³⁶ ZAVASCKI, *Antecipação de tutela* ..., p. 151.

³³⁷ WATANABE e outros, *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 3. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1998, p. 657; *Ibidem*, Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461 do CPC). In: **Reforma do código de processo civil**. São Paulo : Saraiva, 1996, p. 44. Em outra passagem, conclui o mesmo autor: "No nosso sistema processual, agora com o texto claro do art., 461, caput e parágrafos, é por meio da conjugação dos vários provimentos, principalmente do mandamental e do executivo *lato*

Assim, analisando os diversos posicionamentos doutrinários, pode-se verificar que a celeuma se estabelece ao tentar atribuir uma única espécie de eficácia sentencial à tutela jurisdicional das *obrigações de fazer e não fazer*. Talvez o equívoco esteja em buscar a distinção da natureza eficaz da sentença no plano do direito processual, quando, em verdade, estamos tratando de ação de direito material, cuja eficácia também é regida pelos efeitos descritos na norma (ordem sob pena de multa e meios sub-rogatórios) e que terão direta repercussão no plano do direito material.

É, portanto, em razão dos efeitos a serem obtidos no plano do direito material que se estabelecerá a eficácia sentencial (processual).

12.5 TUTELA INIBITÓRIA. SENTENÇA MANDAMENTAL E SENTENÇA EXECUTIVA

Retomando o tema do presente trabalho, cabe verificar qual a natureza da sentença (do ponto de vista processual) que veicula, que presta a tutela inibitória (do ponto de vista material) em matéria de cláusula abusiva.

Nas situações antes expostas, em que, em uma ação individual ou coletiva, em que a parte interessada é legítima, com amparo no art. 84 do CDC, formula pedido de tutela

sensu, é que se poderá obter a tutela específica da obrigação de fazer ou não fazer ou a obtenção do resultado prático equivalente." (*Ibidem*, **Tutela antecipatória e tutela ...**, p. 99).

inibitória (antecipada ou não) a fim de obter a cessação de uso de uma cláusula abusiva, bem como a proibição de que venha a ser novamente utilizada, sob pena de multa. Tal pedido, permitirá ao juiz:

- a) impor um não fazer (abstenção de uso) ou fazer (imposição dos parâmetros ou limites de utilização da cláusula), sob pena de multa, sendo esta utilizada para o fim de convencer o réu ao cumprimento da ordem, que, MARINONI denomina como coerção indireta;³³⁸
- b) determinar uma medida sub-rogatória capaz de dar ao autor o resultado prático pretendido, independentemente da vontade ou participação do réu, o que pode decorrer da natureza da própria obrigação (fungibilidade) ou, ainda, de ter se mostrado ineficaz a ordem de fazer ou não fazer, que MARINONI denomina de meios de coerção direta.³³⁹

Como visto, os artigos 84 do CDC e 461 do CPC demonstram duas hipóteses de meios que podem ser utilizados para a obtenção do resultado prático pretendido: a) medidas coercitivas ligadas à ordem de fazer ou não fazer e, b) medidas sub-rogatórias.³⁴⁰

No processo de execução igualmente são utilizadas as chamdas *medidas de coerção* e *medidas de sub-rogação*, respectivamente, sob a denominação de *execução indireta* e

³³⁸ Luiz Guilherme MARINONI, **Tutela específica**, p. 72.

³³⁹ *Idem*, p. 70 e 77.

³⁴⁰ Araken de ASSIS, ao classificar os meios executórios no processo de execução, os classifica em duas classes fundamentais: "a *sub-rogatória*, que despreza e prescinde da participação efetiva do devedor; e a *coercitiva*, em que a finalidade precípua do mecanismo, de olho no bem, é captar a vontade do executado. A sub-rogação abrange a expropriação (art. 647 do CPC), o desapossamento (art. 625 do CPC) e a transformação (art. 634 do CPC), e, como o exemplo da execução comum da obrigação pecuniária acima indicou, a alienação (art. 708, I), a adjudicação (art. 708, II) e o usufruto (art. 708, III). A coerção utiliza a ameaça de prisão (art. 733, *caput*), e de imposição de multa em dinheiro (art. 287 e 644)." (Araken de ASSIS, **Da execução de alimentos e prisão do devedor**. 3. ed. São Paulo : RT, 1996, p. 85-86).

execução direta. Marcelo Lima GUERRA as distingue, dizendo que, ao utilizar medidas coercitivas, o juiz tende a pressionar a vontade do devedor, induzindo-o a cumprir, ele mesmo, a obrigação, daí porque recebe o nome de *execução indireta*. Já, as medidas sub-rogatórias empregadas pelo juiz, realizam, elas mesmas a satisfação coativa do credor da obrigação, independentemente da vontade do devedor.³⁴¹

Na questão em análise, a natureza da sentença do art. 84 do CDC e art. 461 do CPC, não se está cuidando de ação condenatória ou de execução, não sendo adequada a utilização das expressões *execução indireta* e *execução direta* para definir a natureza da ordem sob pena de multa (medida de coerção) e das medidas sub-rogatórias.

Portanto, a sentença proferida em ação inibitória contra cláusula abusiva, poderá ter a seguinte natureza: a) quanto ao impor um não fazer ou fazer sob pena de multa, não resta qualquer dúvida que se trate de sentença mandamental; b) sendo necessária a determinação de meios sub-rogatórios, ou seja, qualquer das medidas do § 5º do art. 84, seja em razão da natureza da cláusula e do contrato, seja em razão de já verificado descumprimento da ordem pelo réu, a sentença será executiva *lato sensu*.

Em síntese, a tutela inibitória contra as cláusulas abusivas é tutela preventiva, a qual é veiculada, em regra, por

³⁴¹Conforme Marcelo Lima GUERRA. **Execução indireta**. São Paulo : RT, 1998, p. 28.

meio de sentença mandamental.³⁴² Poderá, entretanto, tratar-se de sentença executiva *lato sensu* sempre que forem utilizadas as medidas sub-rogatórias do § 5º do art. 84 do CDC.

Não se descarta, entretanto, que existam outros provimentos de naturezas diversas. Veja-se, por exemplo, a situação de um consumidor que esteja em vias de firmar um contrato com determinado fornecedor, com base na publicidade veiculada ou oferta realizada ao consumidor. Prestes a firmar o contrato, o consumidor se dá conta da existência de cláusulas abusivas em que o fornecedor se nega a retirar do instrumento contratual, e formula pedido judicial de inibição do uso de determinada cláusula abusiva (tutela inibitória) com pedido de *tutela específica de declaração de vontade* para ter o contrato firmado, porque o fornecedor se negue a contratar, o que é feito sempre com base na força vinculante da oferta a que se obrigara o fornecedor na fase pré-contratual. Neste caso, a sentença será mandamental quanto à tutela inibitória e será *constitutiva* quanto à tutela específica da obrigação de declaração de vontade (firmar o contrato), mas desde que se caracterize a vinculação própria da fase pré-contratual.³⁴³ De outro lado, sempre que incidir a hipótese do parágrafo 1º do artigo 84 ou 461, ou seja, a conversão em perdas e danos, a

³⁴²Como diz MARINONI: "A técnica mandamental, fundada na ordem e na multa, não se confunde com a técnica condenatória, ou mesmo com a técnica executiva, ou mesmo com a técnica executiva ligada à coerção direta ou sub-rogação". (Luiz Guilherme MARINONI, **Tutela específica**, p. 72).

³⁴³BARBI FILHO, Efeitos da reforma do código de processo civil na execução específica de acordo de acionistas. **Revista de Processo**, n. 85, p. 52 ; Flávio Luiz YARSHELL, **Tutela jurisdicional específica nas obrigações**

natureza da sentença será condenatória.

Por fim, quando se vislumbrar a hipótese de necessária integração do contrato pelo juiz, em decorrência de desconstituição de cláusula contratual,³⁴⁴ que gere desequilíbrio contratual, o novo conteúdo da cláusula dado pelo juiz, para ter eficácia, importa em tutela inibitória de conteúdo positivo, cuja ordem deve ser cominada de multa para que tenha eficácia.³⁴⁵

Questão que não suscita maiores questionamentos é o regime da coisa julgada da sentença que presta a tutela inibitória, visto que a esta se aplicam as regras comuns ao processo individual e coletivo.

Quanto à coisa julgada na ação individual, por se tratar de ação de cognição exauriente, fará coisa julgada material e formal, tornando imutável e estável a relação jurídica processual e tornando inimpugnável a sentença.³⁴⁶

de declaração de vontade. São Paulo : Malheiros, 1993, p. 55, 85.

³⁴⁴ Por exemplo: a nulidade de cláusula que contenha a taxa de juros em contrato de mútuo; a multa moratória em percentual superior a 2%, etc., quando a ausência destes encargos gerar significativo desequilíbrio de modo a inverter o risco de prejuízo ao fornecedor, caso o consumidor venha a inadimplir. Nestes casos, o juiz deve proceder a integração, independentemente de pedido, a fim de reequilibrar a relação de consumo, atendendo ao princípio da conservação do contrato. Não sendo possível, ou seja, quando a cláusula é fundamental para o contrato, todo o contrato deverá ser invalidado.

³⁴⁵ Apesar de entendermos ser mandamental, para que a integração do contrato possa ter eficácia, lembramos que a atuação do juiz em hipóteses como esta, de modificação do conteúdo do contrato, são de conceito muito semelhante às sentenças constitutivo-determinativas, mencionadas anteriormente, as quais, no entretanto, não possuem meios de coerção capazes de lhe atuação de plano.

³⁴⁶ Cláudio Cintra ZARIF, citando Liebman menciona: "A autoridade da coisa julgada não é o efeito ou um efeito da sentença, mas uma qualidade e um modo de ser e de manifestar-se de seus efeitos, quaisquer que sejam, vários e diversos, conforme as diversas categorias de sentenças." (Da coisa julgada nas ações coletivas. **Revista Direito do Consumidor**, São Paulo, n.

Na ação coletiva, aplicam-se as regras do Código de Defesa do Consumidor.³⁴⁷ O artigo 103 do CDC disciplina a coisa julgada nas ações coletivas, definindo quais as entidades e pessoas a serem alcançadas pela autoridade da sentença transitada em julgado (limites subjetivos).

Em apertada síntese, no sistema do Código de Defesa do Consumidor a coisa julgada ocorre *secundum eventum litis*, ou seja, *segundo o evento ou resultado do julgamento*. Em outras palavras, a coisa julgada não ocorrerá se o julgamento houver

15, p. 120, jul./set. 1995). O mesmo autor distingue a coisa julgada formal de coisa julgada material: "A primeira [coisa julgada formal], considera-se desde o momento da prolação da decisão, ocorrendo da mesma forma caso se trate de sentença que julgue o mérito ou não da demanda, desde que não mais sujeita a recurso, fazendo coisa julgada naquele processo, tendo seus efeitos e se tornado imutáveis com relação às partes e somente a estas. Já a Segunda [coisa julgada material] diz respeito à força vinculante da decisão proferida no processo, que torne imutável aquela decisão naquele ou em qualquer outro processo, não mais sujeito as recursos ordinários ou extraordinários. Em suma, a distinção básica entre a coisa julgada material e a coisa julgada formal - chamada por Chiovenda de Preclusão Máxima - situa-se exatamente no direcionamento que esse instituto toma em termos dos efeitos que produz. O efeito da coisa julgada é exclusivamente endoprocessual. Já o da coisa julgada material, é exclusivamente extraprocessual." (ZARIF, *op. cit.*, p. 120-121).

³⁴⁷ Sobre a coisa julgada nas ações coletivas **ver**: José Inácio Botelho de MESQUITA, A coisa julgada no Código de Defesa do Consumidor. In: José Rogério Cruz e Tucci [Coord.]. **Processo civil** : 20 anos de vigência. São Paulo : Saraiva, 1995, p.141-152. Ada Pellegrini GRINOVER. A ação civil pública e a defesa dos interesses individuais homogêneos. **Revista de Direitos do Consumidor**, São Paulo, n. 5, p. 206-229, jan./mar. 1993. Ada Pellegrini GRINOVER. Novas tendências na tutela jurisdicional dos interesses difusos. In: **O processo em sua unidade**. Rio de Janeiro : Forense, 1984. p. 88-121. Ada Pellegrini GRINOVER et alii. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 6. ed. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1999, p. 813. Ada Pellegrini GRINOVER. Acesso à justiça e garantias constitucionais no processo do consumidor. In: Sálvio de Figueiredo Teixeira [Coord.]. **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo : Saraiva, 1993, p. 293-307. Celso Antonio FIORILLO et alii. **Direito processual ambiental brasileiro**. Belo Horizonte : Del Rey, 1996, p. 135 ss. Luiz Paulo da Silva ARAÚJO FILHO, **Ações coletivas** : a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos. Rio de Janeiro : Forense, 2000, p. 153 ss. José Manoel de ARRUDA ALVIM et alii. **Código do consumidor comentado**. 2. ed. São Paulo: RT, 1995, p. 344 ss. Kazuo WATANABE. Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense. In: Sálvio de Figueiredo Teixeira [Coord.]. **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo : Saraiva, 1993, p. 185-196.

sido desfavorável e se essa improcedência tiver decorrido de insuficiência de provas, nas hipóteses dos incisos I e II do artigo 103. Logo, havendo prova nova a ser apresentada, a mesma ação poderá ser proposta novamente. Na hipótese do inciso III do artigo 103 não se cogita de insuficiência de provas para a não ocorrência da coisa julgada.

Se o julgamento da ação coletiva for de procedência, com resultado *erga omnes*, não podem ser propostas outras ações coletivas ou individuais, pois todos os beneficiários já teriam suas esferas individuais satisfeitas, restando obstada a propositura de outra ação seja pelos beneficiários ou seus legitimados.

Caso o julgamento seja de improcedência, a coisa julgada atingirá apenas os legitimados do artigo 82, não havendo óbice que sejam propostas demandas individuais, conforme autorização do parágrafo 1º do artigo 103.

O artigo 103 menciona a coisa julgada *erga omnes* para as hipóteses dos incisos I e III e coisa julgada *ultra partes* para a hipótese do inciso II. Deve-se entender que *erga omnes* representaria uma coletividade de pessoas indefinidas, que somente seriam atingidas desde que guardada alguma relação com aqueles direitos pleiteados e obtidos por meio do processo coletivo, e *ultra partes* seriam as pessoas que não integraram aquela coletividade mas que, por pertencerem a um determinado grupo ou classe, foram atingidas pelo julgamento proferido

naquela demanda.³⁴⁸

É conferido, ao autor de ação individual, o poder de requerer a suspensão do processo intentado a título pessoal, para usufruir dos benefícios de eventual sentença coletiva favorável. Contudo, na hipótese de a ação individual prosseguir em seu curso, não tendo sido requerida a suspensão do processo individual, não poderá haver o aproveitamento da coisa julgada coletiva, em expressa exceção à regra geral do CDC sobre a extensão subjetiva do julgado (*in utilibus*).³⁴⁹

³⁴⁸ Ainda sobre a coisa julgada nas ações coletivas, ver ARRUDA ALVIM, Notas sobre a coisa julgada coletiva. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 88, p. 32 ss. out./dez. 1997 ; Tânia Listizzoni NOGUEIRA, Limites subjetivos da coisa julgada no código de defesa do consumidor. **Revista do Consumidor**, São Paulo, n. 11, p. 44 ss., jul./set. 1994 ; Cláudio Cintra ZARIF, op. cit., p. 130 ; Ada Pellegrini GRINOVER, A ação civil pública e a defesa dos interesses individuais homogêneos. **Revista de Direitos do Consumidor**, São Paulo, n. 5, p. 206 ss., jan./mar. 1993 ; *Ibidem*, Novas tendências na tutela jurisdicional dos interesses difusos. In: **O processo em sua unidade**. Rio de Janeiro : Forense, 1984, p. 89.

³⁴⁹ Como o presente não se presta a esgotar o assunto, em apertada síntese, o sistema do CDC assegura: a) que o efeito extensivo da ação coletiva se dá somente no caso de procedência da ação e, que em caso de improcedência, nada obsta que os interessados pleiteiem em Juízo aquele mesmo direito, porém de forma individual (coisa julgada *secundum eventum litis*); b) a sentença da ação coletiva legitima a imediata liquidação e execução individual pelos danos sofridos (*in utilibus*); c) ocorre a extensão subjetiva do julgado para beneficiar terceiros; d) O artigo 104 concede ao autor individual a faculdade de suspender a sua ação até o julgamento da ação coletiva; e) pode o autor de ação individual prosseguir com sua ação não se sujeitando aos efeitos da coisa julgada, ainda que favorável.

CONCLUSÃO

A título de conclusão, não se pretende repetir o que já foi abordado à minúcia no desenvolvimento do trabalho. A retomada de matéria suficientemente tratada inscreve-se, em verdade, como precaução de natureza ilustrativa, ou mesmo de caráter didático.

Buscou-se demonstrar que o direito não pode estar alheio aos movimentos e mudanças ocorridas na sociedade de consumo, cabendo-lhe assegurar, tanto no plano do direito material como no plano do direito processual, a adequada e efetiva tutela jurisdicional à defesa dos direitos dos consumidores e, mais especificamente, a prevenção na utilização de cláusulas abusivas nos contratos de massa.

Assim, não se pode vislumbrar direito material e direito processual dissociados. Se o consumidor tem o direito básico à tutela preventiva (art. 6º, VI e VII do CDC) e à proteção contra as cláusulas abusivas (art. 6º, IV do CDC), o sistema deve assegurar meios para que tais direitos sejam efetivados.

Tanto a proteção contra as cláusulas abusivas, como o controle judicial abstrato e preventivo contra estas cláusulas - por meio da *ação inibitória* -, têm expressa previsão legal em países como a Alemanha, França, Itália e Portugal.

No Brasil, entretanto, a doutrina dominante entende não existir o controle judicial abstrato e preventivo contra as

cláusulas abusivas, visto que o legislador não mencionou expressamente esta hipótese no Código de Defesa do Consumidor e, também, pelo fato de inexistir construção dogmática específica acerca do tema. Caberia ao consumidor tão somente se valer do controle judicial concreto e repressivo, ou seja, utilizar a tutela ressarcitória por meio de uma ação de condenação (seguida de execução) para tutelar o seu direito já violado. Tal entendimento, contudo, é equivocado.

O único meio de promover o controle judicial abstrato e preventivo contra as cláusulas abusivas se efetiva com o uso da tutela inibitória, cuja natureza, preventiva, tem por finalidade impedir a prática, a continuação ou a repetição do ilícito.

O pressuposto desta tutela é o ilícito entendido como o ato contrário à norma jurídica, prescindido dos elementos de dano e de culpa, os quais são relevantes para o ressarcimento e não para a tutela inibitória.

É, em suma, a tutela inibitória a única forma de prevenção de que se podem valer os consumidores contra o uso de cláusulas abusivas, seja no plano individual ou coletivo - considerando, fique claro, as limitações de cada um destes planos de atuação -, seja no plano abstrato ou concreto.

É a tutela inibitória contra as cláusulas abusivas veiculada, em regra, por meio de sentença mandamental. Pode, entretanto, tratar-se de sentença executiva *lato sensu* sempre que forem utilizadas as medidas sub-rogatórias do § 5º do art.

84 do CDC.

É inegável a existência no sistema legal brasileiro de fundamentos que assegurem uma tutela preventiva dos consumidores contra as cláusulas abusivas, no plano individual e coletivo, bastando, para tanto, conjugar o preceito constitucional do artigo 5º, XXXV ao infraconstitucional do artigo 75 do Código Civil e do art. 461 do Código de Processo Civil - suficientes à inibitória atípica -, e, ainda, acrescentar os dispositivos específicos de tutela dos interesses e direitos do consumidor, o artigo 6º, IV, VI e VII; 83 e 84 do Código de Defesa do Consumidor.

A partir dos fundamentos legais, é acertado concluir que o sistema brasileiro é dotado de um sistema processual adequado à tutela preventiva dos interesses e direitos dos consumidores, mediante a utilização de todas as ações capazes de propiciar o controle judicial abstrato e preventivo das cláusulas abusivas, motivo pelo qual, não se vislumbra a necessidade de expressa previsão de *ação inibitória* dirigida exclusivamente contra as cláusulas abusivas - como ocorre no direito comparado, já que o sistema fornece os fundamentos suficientes à inibitória atípica, a qual se aplica a outras situações, que não apenas a aqui proposta.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1 AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. Cláusulas abusivas no código do consumidor. In: MARQUES, Cláudia Lima [Coord.]. **A proteção do consumidor no Brasil e no Mercosul**. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1994. p. 13-32.
- 2 _____. A boa-fé na relação de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 14, p.20-27, abr./jun. 1995.
- 3 ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Os direitos dos consumidores**. Coimbra : Almedina, 1982.
- 4 ALMEIDA, João Batista de. A revisão dos contratos no código do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 33, p. 142-150, jan./mar. 2000.
- 5 _____. **A proteção jurídica do consumidor**. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 2000.
- 6 ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de ; MENEZES CORDEIRO Antonio. **Cláusulas contratuais gerais**. Coimbra : Almedina, 1995.
- 7 ALPA, Guido. **Il diritto dei consumatori**. Roma : Laterza, 1995.
- 8 _____ ; PATTI, Salvatore [Coord.]. **Le clause vessatorie nei contratti con i consumatori**. Milão : Giuffrè, 1997. t. 1.
- 9 ALTERINI, Atilio Anibal. Las condiciones generales de la contratacion y clausulas abusivas (Argentina-Paraguay). In: DÍEZ-PICAZO, Luis ; PONCE DE LEON et alii [Coord.]. **Las condiciones generales de la contratacion y cláusulas abusivas**. Madrid : Civitas, 1996. p. 71-97.
- 10 ALVIM, Thereza. A tutela especifica do art. 461, do código de processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 80, out./dez. 1995.
- 11 ALVIM WAMBIER, Teresa Arruda [Coord.]. Da liberdade do juiz na concessão de liminares e a antecipação de tutela. In: _____. **Aspectos polêmicos da antecipação da tutela**. São Paulo : RT, 1997. p. 483-555.
- 12 ALVISI, Chiara. Alcune riflessioni sul recepimento della direttiva 93/13/CEE del consiglio del 5 aprile 1993 nel regno unito ad opera dell'unfair terms in consumer

- contracts regulations 1994, SI 1994/31599 del 14.12.94, entrata in vigore il 1° luglio 1995. In: RUFFOLO, Ugo. [Coord.]. **Clausole vessatorie e abusive**. Milano : Giuffrè, 1997.
- 13 AMARAL JUNIOR, Alberto do. A boa-fé e o controle das cláusulas contratuais abusivas nas relações de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 6, p. 27, abr./jun. 1993.
- 14 _____. **Proteção do consumidor no contrato de compra e venda**. São Paulo : RT, 1993.
- 15 _____ ; OLIVEIRA, Juarez de [Coord.] et alii. **Comentários ao código de proteção do consumidor**. São Paulo : Saraiva, 1991.
- 16 ANTUNES VARELA, João de Matos. Das obrigações em geral. 9. ed. Coimbra : Almedina, 1998.
- 17 ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. **Ações coletivas : a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos**. Rio de Janeiro : Forense, 2000.
- 18 ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela inibitória e o 'amparo de protección colectivo' no código processual constitucional da província de Tucumán - Argentina. **Genesis Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, n. 14, p. 773-780, out/dez. 1999.
- 19 ARIZA, Ariel. Aspectos contractuales de la defensa del consumidor. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 726, p. 24-56, abr. 1996.
- 20 ARMELIN, Donald. **Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro**. São Paulo : RT, 1979.
- 21 ARMONE, Giovanni. **La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel codice civile**. Napoli : Jovene, 1996.
- 22 ARRUDA ALVIM, José Manoel de. Cláusulas abusivas e seu controle no direito brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 20, out./dez. 1996.
- 23 _____ et alii. **Código do consumidor comentado**. 2. ed. São Paulo: RT, 1995.
- 24 _____. Sentença no processo civil - as diversas formas de terminação do processo em primeiro grau. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 2, p. 60 ; **Direito Processual Civil- 2**, São Paulo: RT, 1995.

- 25 _____. Notas sobre a coisa julgada coletiva. **Revista de processo**, São Paulo, n. 88, p. 32, out./dez. 1997.
- 26 _____. Anotações sobre alguns aspectos das modificações sofridas pelo processo hodierno entre nós. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 97, p. 50-106, jan./mar. 2000.
- 27 _____. **Manual de direito processual civil**. São Paulo : RT, 1996.
- 28 ASSIS, Araken de. **Da execução de alimentos e prisão do devedor**. 3. ed. São Paulo : RT, 1996.
- 29 AZEVEDO, Antônio Junqueira de. A boa-fé na formação dos contratos. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 3, p. 78-87, set./dez. 1992.
- 30 _____. O direito pós-moderno e a codificação. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 33, p. 121-129, jan./mar. 2000.
- 31 BARBI FILHO, Celso A. Efeitos da reforma do código de processo civil na execução específica de acordo de acionistas. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 85, p. 52, jan./mar. 1997.
- 32 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre o problema da efetividade do processo. In: _____. **Temas de direito processual civil** (terceira série). São Paulo : Saraiva, 1984.
- 33 _____. Tutela sancionatória e tutela preventiva. In: _____. **Temas de direito processual** (segunda série). São Paulo : Saraiva, 1980.
- 34 _____. A tutela específica do credor nas obrigações negativas. In: **Temas de direito processual** (segunda série). São Paulo : Saraiva, 1980.
- 35 _____. Sentença mandamental : da Alemanha ao Brasil. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 97, p. 251-264, jan./mar. 2000.
- 36 _____. O processo civil no Código de Defesa do Consumidor. **Revista Direitos do Consumidor**, São Paulo, n. 5, p. 190, jan./mar. 1993.
- 37 _____. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. In: **Temas de direito processual** (Segunda série). São Paulo : Saraiva, 1980.
- 38 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo** :

- influência do direito material sobre o processo. 2. ed. São Paulo : Malheiros, 1997.
- 39 _____. **Tutela cautelar e tutela antecipada** : tutelas sumárias e de urgência. São Paulo : Malheiros, 1998.
 - 40 BELLELLI, Alessáandra. Aspetti del controllo delle condizioni generali di contratto nell'ordinamento svedese: il Tribunale de Mercato. In: BIANCA, C. Massimo. **Le condizioni generali di contratto**. Milano : Giuffrè, 1981. v. 2. p. 461-480.
 - 41 _____. L'inibitoria come strumento di controllo delle condizioni generali di contratto. In: BIANCA, C. Massimo. **Le condizioni generali di contratto**. Milão : Giuffrè, 1981. p. 301-322.
 - 42 _____. La tutela inibitória. In: BIANCA, C. M. ; BUSNELLI, F.D. [Coord.]. **Comentario al capo XIV bis del codice civile** : dei contratti del consumatore. Padova : CEDAM, 1999.
 - 43 _____. La tutela individuale del consumatore: inefficacia o nullità delle clausole vessatorie. In: RUFFOLO, Ugo [Coord.]. **Clausole "vessatorie" e "abusive"**. Milão : Giuffrè, 1997. p. 221-238.
 - 44 _____. Art. 1469-TER. 3ºCOMMA. In: ALPA, Guido ; PATTI, Salvatore [Coord.]. **Le clausole vessatorie nei contratti com i consumatori**. Milão : Giuffrè, 1997. p. 683 à 706.
 - 45 BENEDETTI, Giuseppe. Tutela del consumatore e autonomia contrattuale. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milão, p. 17-32, mar. 1998.
 - 46 BIANCA, C. Massimo [Coord.]. **Le condizioni generali di contratto**. Milão : Giuffrè, 1981.
 - 47 BITTAR, Carlos Alberto [Coord.]. **Os contratos de adesão e o controle das cláusulas abusivas**. São Paulo : Saraiva, 1991.
 - 48 BONATTO, Cláudio ; MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Questões controvertidas no código de defesa do consumidor**. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1998.
 - 49 BOURGOIGNIE, Thierry. O conceito de abusividade em relação aos consumidores e a necessidade de seu controle por meio de uma cláusula geral. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 6, abr./jun. 1993.
 - 50 BORRIE, Gordon. Controlli giudiziali, legislative ed amministrativi sui contratti standard nel diritto inglese.

- In: BIANCA, C. Massimo. [Coord.]. **Le condizioni generali di contratto**. Milano : Giuffrè, 1981, p. 325-342.
- 51 BUENO, Cassio Scarpinella. As class action norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 82, p. 93, abr./jun. 1996.
 - 52 BUZAID, Alfredo. Da liquidação por artigos em ação de ressarcimento de perdas e danos. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 43, p. 09-13, jul./set. 1986.
 - 53 CABANA, Roberto M. López. La contratación en la ley de defensa del consumidor. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 727, p. 11-16, maio 1996.
 - 54 CALAMANDREI, Piero. **Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares**. Buenos Aires : El Foro, 1996.
 - 55 CAMEMRO, Roberto ; Della VALLE, Sandra. **La nuova disciplina dei diritti del consumatore**. Milão : Giuffrè, 1999.
 - 56 CAPPELLETTI, Mauro. O acesso dos consumidores à justiça. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo_ [Coord.]. **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo : Saraiva, 1993. p. 309-325.
 - 57 CESÀRO, Ernesto [Coord.]. **Cláusole vessatorie e contratto del consumatore**. Padova : Cedam, 1997. v. 2.
 - 58 CHIOVENDA, Giuseppe. **Principii di diritto processuale civile**. Napoli : Jovene, 1965.
 - 59 _____. Dell'azione nascente dal contratto preliminare. **Rivista di Diritto Commerciale**, 1911. In: **Saggi di Diritto Processuale Civile**, Roma : Foro Italiano, 1930, v. I, p. 110 (republicado pela Giuffrè, 1993).
 - 60 COLLINS, Hugh. Le Clausole vessatorie nel Regno Unito. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, p. 455-479, 1997.
 - 61 CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. **A lide cautelar no processo civil**. Curitiba : Juruá, 1992.
 - 62 CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. **Abuso de direito**. Coimbra : Almedina, 1997.
 - 63 CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Class action e mandado de segurança coletivo**. São Paulo : Saraiva, 1990.

- 64 _____. Código do consumidor e processo civil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 671, p. 32-39, set. 1991.
- 65 DALL'AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. Cláusulas abusivas: a opção brasileira. In: MARQUES, Claudia Lima [Coord.]. **A proteção do consumidor no Brasil e no Mercosul**. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1994. p. 33-46.
- 66 D'AMBROSIO, L. Tecniche e strumenti di controllo sulle condizioni generali di contratto: il modelo israeliano. In: BIANCA, C. Massimo [Coord.]. **Le condizioni generali di contratto**. Milão : Giuffrè, 1981. v. 2. p. 343-400.
- 67 DANOVI, Filippo. L'azione inibitoria in materia di clausole vessatorie. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, p. 1046-1083, out./dez. 1996.
- 68 DE MATEIS, Raffaella. **La contrattazione preliminare ad effetti anticipati**. Padova : CEDAM, 1991.
- 69 DE NOVA, Giorgio. La legge tedesca sulle condizioni generali di contratto (AGB-Gesetz). **Rivista di Diritto Civile**, Padova, n. 11, p. 105-141, jan./mar. 1978.
- 70 DENTTI, Vittorio. **L'esecuzione forzata in forma specifica**. Milano : Giuffrè, 1953.
- 71 DINAMARCO, Cândido. **A reforma do código de processo civil**. São Paulo : RT, 1995.
- 72 _____. Tutela jurisdicional. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 81, jan./mar. 1996.
- 73 _____. **Execução civil**. São Paulo : Malheiros, 1997.
- 74 _____. **A instrumentalidade do processo**. 5. ed. São Paulo : Malheiros, 1996.
- 75 DINI, Enrico A. ; MAMMONE, Giovanni. **I provvedimenti d'urgenza nel diritto processuale civile e nel diritto del lavoro**. 7. ed. Milão : Giuffrè, 1997.
- 76 DONATO, Maria Antonieta Zanardo. **Proteção ao consumidor - conceito e extensão**. São Paulo : RT, 1994.
- 77 DONNINI, Rogério Ferraz. **A revisão dos contratos no código civil e no código de defesa do consumidor**. São Paulo : Saraiva, 1999.
- 78 FERNANDES NETO, Guilherme. **O abuso do direito no código de defesa do consumidor : cláusulas, práticas e publicidades abusivas**. Brasília : Brasília Jurídica, 1999.

- 79 FERRARA, Rosario. **Contributo allo studio della tutela del consumatore**. Milão : Giuffrè, 1983.
- 80 FERRI, Corrado. L'azione inibitoria prevista dall'art. 1469-sexies c.c. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, p. 936-944, out./dez. 1996.
- 81 FIORILLO, Celso Antonio et alii. **Direito processual ambiental brasileiro**. Belo Horizonte : Del Rey, 1996.
- 82 FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Cláusulas abusivas nos contratos**. 2. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1995.
- 83 FRIGNANI, Aldo. L'azione inibitoria contro le clausole vessatorie (considerazioni 'fuori dal coro' di un civilista). **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, p. 999-1026, out./dez. 1997.
- 84 _____. **L'injunctionn nella common law e l'inibitória nel diritto italiano**. Milão : Giuffrè, 1974.
- 85 FROTA, Mário. Por uma política de promoção dos interesses e de protecção dos direitos dos consumidores: um modelo para Portugal. **Revista Direitos do Consumidor**, São Paulo, n. 8. p. 7-14, out./dez. 1993.
- 86 GHERSI, Carlos Alberto. **La posmodernidad jurídica - una discusión abierta**. Buenos Aires : Gowa, 1995.
- 87 GHESTIN, Jacques. **Les clauses abusives dans les contrats types en France et en Europe**. Paris : LGDJ, 1991.
- 88 _____. L'evolution du droit des clauses abusives en France. In: ALPA, Guido [Coord.]. **Le clausole vessatorie nei contratti com i consumatori**. Milão : Giuffrè, 1997. p. 1345-1376.
- 89 GIORGETTI, Mariacarla. La dichiarazione di inefficacia delle clausole abusive nei contratti dei consumatori. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, p. 761-791, jul./set. 1998.
- 90 GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em sua unidade : II**. Rio de Janeiro : Forense, 1984.
- 91 _____. O novo processo do consumidor. In: **O processo em evolução**. 2. ed. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1998.
- 92 _____. Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo [Coord.]. **Reforma do código de processo civil**. São Paulo : Saraiva,

1996. p. 251-270.
- 93 _____. A ação civil pública e a defesa dos interesses individuais homogêneos. **Revista de Direitos do Consumidor**, São Paulo, n. 5, p. 206-229, jan./mar. 1993.
 - 94 _____ *et alii*. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 6. ed. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1999.
 - 95 _____. Acesso à justiça e garantias constitucionais no processo do consumidor. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo [Coord.]. **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo : Saraiva, 1993. p. 293-307.
 - 96 _____. Novas tendências na tutela jurisdicional dos interesses difusos. In: _____. **O processo em sua unidade**. Rio de Janeiro : Forense, 1984. p. 88-121.
 - 97 GOLDSCHMIDT, Roberto. L'azione preventiva. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, p. 405-416, jul./set. 1959.
 - 98 GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta**. São Paulo : RT, 1998.
 - 99 HABERMAS, Jürgen. **Pensamento pós-metafísico**. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 1990.
 - 100 KOLKMANN, Sabine. Unfair Contract terms in Inghilterra. In: ALPA, Guido [Coord.]. **Le clausole vessatorie nei contratti com i consumatori**. Milão : Giuffrè, 1997. p. 1323.
 - 101 KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. 3. ed. São Paulo : Perspectiva, 1992.
 - 102 LAPERTOSA, Flavio. Profili processuali della disciplina delle clausole vessatorie nei contratti com il consumatore. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, 1998, p. 701-728, jul./set. 1998.
 - 103 LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. **A responsabilidade do fabricante pelo fato do produto**. São Paulo : Saraiva, 1987.
 - 104 LIBERTINI, Mário. La tutela civile inibitoria. In: MAZZAMUTO, Salvatore di [Coord.]. **Processo e tecniche di attuazione dei diritti**. Napoli : Jovene, 1989. p. 314-356.
 - 105 LIEBMAN, Enrico Tulio. **Processo de execução**. São Paulo : Saraiva, 1969.

- 106 _____. **Manual de direito processual civil.** 2. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1985. v. 1. (trad. Cândido Rangel Dinamarco).
- 107 LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas.** São Paulo : Saraiva, 1991.
- 108 _____. **Responsabilidade por vício do produto ou serviço.** Brasília : Brasília Jurídica, 1996.
- 109 LOPES, José Reinaldo de Lima. **Responsabilidade civil do fabricante e a defesa do consumidor.** São Paulo : RT, 1992.
- 110 LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. **Medidas preventivas - medidas preparatória - medidas de conservação.** 2. ed. Belo Horizonte : B. Alvares, 1958.
- 111 LOPEZ, Javier Pagador. **La directiva comunitaria sobre cláusulas contractuales abusivas.** Barcelona : Marcial Pons, 1998.
- 112 LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos de direito privado.** São Paulo : RT, 1998.
- 113 LUMINOSO, Angelo ; PALERMO, Gianfranco. **La trascrizione del contratto preliminare.** Padova : CEDAM, 1998.
- 114 LUZZI, Frederico Ferro. **L'imputazione precontrattuale : il preliminare, le trattative.** Padova: CEDAM, 1999.
- 115 MAGGIO, Alessandra. Il sistema francese. In: CESÀRO, Ernesto [Coord.]. **Cláusole vessatorie e contrato del consumatore.** Padova : Cedam, 1997. v. 2. p. 775-844.
- 116 MANCUSO, Rodolfo de Camargo ; OLIVEIRA, Juarez de [Coord.] *et alii.* **Comentários ao código de proteção do consumidor.** São Paulo : Saraiva, 1991.
- 117 MANDELBAUM, Renata. **Contratos de adesão e contratos de consumo.** São Paulo : RT, 1996.
- 118 MANDRIOLI, Crisanto. **L'esecuzione forzata in forma specifica.** Milão : Giuffrè, 1953.
- 119 _____. **Corso di diritto processuale civile.** Torino : G. Giappichelli, 1995. v. 1.
- 120 MANESCHI, Adriano. **La difesa del consumatore dalle clausole vessatorie.** Milão : Cosa e Come (Giuffrè), 1997.
- 121 MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil.**

3. ed. São Paulo : Malheiros, 1999.
- 122 _____. **A efetividade do processo e tutela de urgência.** Porto Alegre : Fabris, 1994.
- 123 _____. **A antecipação da tutela.** 3. ed. São Paulo : Malheiros, 1997.
- 124 _____. **Tutela inibitória.** São Paulo : RT, 1998.
- 125 _____. Tutela inibitória, a tutela de prevenção do ilícito. **Genesis - Revista de direito processual civil,** Curitiba, n. 2, p. 347-372, maio/ago. 1996.
- 126 _____. As tutelas dos artigos 461, CC e 84, CDC. In: _____. **Questões do novo direito processual civil brasileiro.** Curitiba : Juruá, 1999. p. 133-161.
- 127 _____. **Tutela específica.** São Paulo : RT, 2000.
- 128 MARINS, James. **Responsabilidade da empresa pelo fato do produto.** São Paulo : RT, 1993.
- 129 MARINS, Vitor A. A. Bonfim. **Comentários ao código de processo civil.** São Paulo : RT, 2000. v. 12.
- 130 MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor.** 3. ed. São Paulo : RT, 1999.
- 131 _____. _____. 2. ed. São Paulo : RT, 1995.
- 132 _____. União Européia legisla sobre cláusulas abusivas: um exemplo para o Mercosul. **Revista Direito do Consumidor,** São Paulo, n. 21, p. 300-310, jan./mar. 1997.
- 133 _____. Contratos bancários em tempos pós-modernos - primeiras reflexões. **Revista de Direito do Consumidor,** São Paulo, n. 25, p. 19-38, jan./mar. 1998.
- 134 _____. Nova lei francesa sobre defesa do consumidor - a transformação da diretiva comunitária sobre cláusulas abusivas. **Revista de Direito do Consumidor,** São Paulo, n. 17, p. 362-364, jan./mar. 1996.
- 135 _____. Novas regras sobre a proteção do consumidor nas relações contratuais. **Revista Direito do Consumidor,** São Paulo, n. 1, p. 27-34, mar. 1992.
- 136 _____. Contratos de *time-sharing* e a proteção dos consumidores: crítica ao direito civil em tempos pós-modernos. **Revista de Direito do Consumidor,** São Paulo, n. 22, p. 64-86, abr./jun. 1997.

- 137 MARSH, Gene A. **Consumer protection law**. 3. ed. St Paul : West Group, 1999.
- 138 MELLO, Heloísa Carpena Vieira de. Seguro saúde e abuso de direito. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 26, p. 96-104, abr./jun. 1998.
- 139 MESQUITA, José Inácio Botelho de. A coisa julgada no Código de Defesa do Consumidor. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério [Coord]. **Processo civil : 20 anos de vigência**. São Paulo: Saraiva, 1995. p.141-152.
- 140 MICHELI, Gian Antonio. L'azione preventiva. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, p. 201-222, abr./jun. 1959.
- 141 MONTESANO, Luigi. Problemi attuali su limiti e contenuti (anche non patrimoniale) delle inibitorie, normali e urgenti. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milão, p. 775-783, 1995.
- 142 _____. Tutela giurisdizionale dei diritti dei consumatori e dei concessionari di servizi di pubblica utilità nelle normative sulle clausole abusive e sulla autorità di regolazione. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, p. 1-12, jan./mar. 1997.
- 143 MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de defesa do consumidor : o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade e nas demais práticas comerciais**. Porto Alegre : Síntese, 1999.
- 144 MORETTI, Carola. Note in tema di efficacia soggettiva dell'azione inibitoria prevista dall'art. 1469 sexies c.c. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, p. 883-908, jul./set. 1997.
- 145 NERY JUNIOR, Nelson et alii. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 5. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1998.
- 146 _____. _____. 6. ed. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1999.
- 147 NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. A proteção contratual no código do consumidor e o âmbito de sua aplicação. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 27, p. 57-77, jul./set. 1998.
- 148 NOGUEIRA, Tânia Listizzoni. Limites subjetivos da coisa julgada no código de defesa do consumidor. **Revista do Consumidor**, São Paulo, n. 11, p. 44-56, jul./set. 1994.

- 149 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Elementos para uma nova teoria geral do processo.** Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1997.
- 150 ORIONE NETO, Luiz ; CHAIM, Sergio Michel de Almeida. Sentenças mandamentais e determinativas. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 45, p. 64, jan./mar. 1987.
- 151 PALLERMO, Gianfranco. **Contratto preliminare.** Padova: CEDAM, 1991
- 152 PARDOLESI, R. Clausole abusive, pardon vessatorie : verso l'attuazione di una direttiva abusata. **Rivista Critica Dir. Privado**, 1995.
- 153 PASQUALOTTO, Adalberto. **Os efeitos obrigacionais da publicidade no código de defesa do consumidor.** São Paulo : RT, 1997.
- 154 PATTI, Salvatore. Aspetti del controllo delle condizioni generali di contrato nell'ordinamento svedese : il Consumer Ombudsman. In: BIANCA, C. Massimo [Coord.]. **Le condizioni generali di contratto.** Milão : Giuffrè, 1981. v. 2. p. 443-460.
- 155 PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. O princípio da boa-fé objetiva no direito privado alemão e brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 23-24, p. 199-224, jul./set. 1997.
- 156 PIETROBON, Vittorino. **Illecito e fatto illecito, inibitoria e risarcimento.** Padova : CEDAM, 1998.
- 157 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das ações.** Campinas : Bookseller, 1998. t. 1 (atualizado por Vilson Rodrigues Alves).
- 158 _____. **Tratado das ações.** Campinas : Bookseller, 1999. t. 6-7 (atualizado por Vilson Rodrigues Alves).
- 159 POP, Carlyle. **Execução de obrigação de fazer.** Curitiba : Juruá, 1995.
- 160 POSCH, Martin. Le Condizioni generali di contratto secondo il diritto della repubblica democratica tedesca. In: BIANCA, C. Massimo [Coord.]. **Le condizioni generali di contratto.** Milão : Giuffrè, 1981. v. 2. p. 481-508.
- 161 PROTO PISANI, Andrea. **Lezioni di diritto processuale.** 2. ed. Napoli : Jovene, 1996.
- 162 QUEIROZ, Odete Novaes Carneiro. **Da responsabilidade por**

- vício do produto e do serviço.** São Paulo : RT, 1998.
- 163 RAPISARDA, Cristina. **Profili della tutela civile inibitoria.** Padova : CEDAM, 1987.
- 164 _____. Tecniche giudiziali e stragiudiziali di protezione del consumatore: diritto europeo e diritto italiano. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, p. 685-721, out./dez. 1981.
- 165 _____. Tutela preventiva, inibitoria cautelare ex art, 700 C.P.C. ed inibitoria finale. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, p. 138-149, jan./mar. 1986.
- 166 _____. Profili della tutela inibitoria atipica nell'esperienza germanica. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, p. 93-129, jan./mar. 1983.
- 167 RASELLI, Alessandro. Le sentenze determinative e la classificazione delle sentenze. In: _____. **Studi sul potere discrezionale del giudice civile.** Milão : Giuffrè, 1975. p. 339-399.
- 168 RIBEIRO, Joaquim de Souza. **Responsabilidade e garantia em cláusulas contratuais gerais.** Coimbra : Almedina, 1992.
- 169 REVISTA DE DIREITO DO CONSUMIDOR. Conselho Directiva 93/13/CEE do Conselho de 5 de abril de 1993 relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores, São Paulo, n. 21, jan./mar. 1997.
- 170 _____. Lei 17.189. São Paulo, n. 33, p. 262-270, jan./mar. 2000.
- 171 RIZZO, Vito. **Le clausole abusive nell esperienza tedesca, francese, italiana e nella prospettiva comunitaria.** Napoli : Edizioni Scientifiche Italiane, 1994.
- 172 ROCHA, Silvio Luis Ferreira da. **Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no direito brasileiro.** São Paulo : RT, 1992.
- 173 ROPPO, Enzo. **Contratti standard.** Milão : Giuffrè, 1989.
- 174 _____. **O contrato.** Coimbra : Almedina, 1988.
- 175 _____. Tutela degli interessi diffusi e modelli di controllo sociale dei contratti standard. **Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico**, p. 307-315, 1976.
- 176 RUFFOLO, Ugo [Coord.]. **Clausole "vessatorie" e "abusive".** Milão : Giuffrè, 1997.

- 177 SÁ, Almeno de. **Cláusulas contratuais gerais e directiva sobre cláusulas abusivas.** Coimbra : Almedina, 1999.
- 178 SANTOS, Boaventura. **Introdução a uma ciência pós-moderna.** Rio de Janeiro : Graal, 1989.
- 179 SANTOS, Moacir Amaral. **Ações cominatórias no direito brasileiro.** 5. ed. São Paulo : Max Limonad, 1973.
- 180 SCHMITT, Cristiano Heineck. As cláusulas abusivas no código de defesa do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 33, p. 160-181, jan./mar. 2000.
- 181 SILVA, Luiz Renato Ferreira da. Cláusulas abusivas : natureza do vício e decretação de ofício. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 23-24, p. 122-139, jul./dez. 1997.
- 182 SILVA, Agathe E. Schmidt da. Cláusula geral de boa-fé nos contratos de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 17, p. 146-161, jan./mar. 1996.
- 183 SILVA, João Calvão da. **Cumprimento e sanção pecuniária compulsória.** Coimbra : Almedina, 1987.
- 184 SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Sentença e coisa julgada.** 3. ed. Porto Alegre : Fabris, 1995.
- 185 _____. **Curso de processo civil.** Porto Alegre : Fabris, 1990. v. 2.
- 186 _____. **Curso de processo civil.** 3. ed. Porto Alegre : Fabris, 1996. v. 1.
- 187 _____. Ação para cumprimento das obrigações de fazer e não fazer. In: MOREIRA, José C. Barbosa [Coord.]. **Estudos de direito processual em memória de Luiz Machado Guimarães.** Rio de Janeiro : Forense, 1997. p. 261-268.
- 188 _____. O processo civil e sua recente reforma. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim [Coord.]. **Aspectos polêmicos da antecipação de tutela.** São Paulo : RT, 1997. p. 413-430.
- 189 SOMMA, Alessandro. Il contratti del consumatore nell'esperienza tedesca: il recepimento della direttiva 93/13. In: ALPA ; PATI [Coord.]. **Le Clausole Vessatorie ni Contratti com i Consumatori.** Milano : Giuffrè, 1997. t. 2. p. 1377-1420.
- 190 SOUSA RIBEIRO, Joaquim de. **Responsabilidade e garantia em cláusulas contratuais gerais.** Coimbra : Almedina, 1992.

- 191 STIGLITZ, Gabriel A. Las acciones colectivas en proteccion del consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 15, p. 20-27, jul./set. 1995.
- 192 ____ et alii. **Defensa de los consumidores de productos y servicios - danos - contratos**. Buenos Aires : La Roca, 1994.
- 193 _____. **Protección jurídica del consumidor**. 2. ed. Buenos Aires : Depalma, 1990.
- 194 ____ ; STIGLITZ, Rubén S. **Derechos y defensa del consumidor**. Buenos Aires : La Roca, 1994.
- 195 TALAMINI, Eduardo. Tutela mandamental e executiva 'lato sensu' e a antecipação de tutela ex vi do art. 461, parágrafo 3º do CPC. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim [Coord.]. **Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela**. São Paulo : RT, 1997. p. 150.
- 196 TARUFFO, Michele ; HAZARD, Geoffrey C. **La giustizia civile negli Stati Uniti**. Bologna : Mulino, 1993.
- 197 TARZIA, Giuseppe. La tutela inibitoria contro le clausole vessatorie. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, p. 629-646, jul./set. 1997.
- 198 TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro : Renovar, 1999.
- 199 THEODORO JUNIOR, Humberto. O processo civil brasileiro no crepúsculo do século XX. In: _____. **O processo civil brasileiro no limiar do novo século**. Rio de Janeiro : Forense, 1999.
- 200 _____. O procedimento interdital como delineador dos novos rumos do direito processual civil brasileiro. In: _____. **O processo civil brasileiro no limiar do novo século**. Rio de Janeiro : Forense, 1999. p. 25-38.
- 201 _____. Execução, rumos atuais do processo civil em face da busca da efetividade na prestação jurisdicional. In: _____. **O processo civil brasileiro no limiar do novo século**. Rio de Janeiro : Forense, 1999. p. 223-244.
- 202 TOMASEO, Ferruccio In: PATTI ; ALPA [Coord.]. **Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori**. Milão : Giuffrè, 1997.
- 203 _____. Intervento. In: TARZIA, Giuseppe, TARZIA [Coord.]. **Les mesures provisoires en procédure civile**. Milano : Giuffrè, 1984. p. 301-307.

- 204 TOMASETTI JUNIOR, Alcides. Aspectos da proteção contratual do consumidor no mercado imobiliário urbano. Rejeição das Cláusulas Abusivas pelo Direito Comum. **Revista Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 2, p. 52-66, 1992.
- 205 TOPAN, Luiz Renato. Do controle prévio e abstrato dos contratos de adesão pelo ministério público. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 6, p. 156-166, abr./jun. 1993.
- 206 TROVATORE, Gianfranco. La definizione atipica delle "clausole abusive" tra controllo giudiziale e trattativa individuale. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milão, p. 959-1013, dez. 1997.
- 207 TULIO, Antonio. **Il contratto per adesione** : tra il diritto comune dei contratti e la novella sui contratti dei consumatori. Milão : Giuffrè, 1997.
- 208 VÁZQUES FERREYRA, Roberto A. ; ROMERA, Oscar E. **Protección y defensa del Consumidor** : Ley 24.240. Buenos Aires : Depalma, 1994.
- 209 VERDE, Giovanni. Attualità del principio "nulla executio sine titulo". In: **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, p. 963-988, out./dez. 1999.
- 210 VICENTINI, Sandro. A tutela inibitória nos termos do art. 1469-sexies do Código Civil Italiano. **Genesis Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, n. 10, p. 747-768, out./dez. 1998.
- 211 VON TUHR, A. **Tratado de las obligaciones**. Madri : Reus, 1934. t. 1. (traduzido do alemão por W. Roces).
- 212 WATANABE, Kazuo ; NERY JUNIOR, Nelson et alii. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 3. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1998.
- 213 _____. **Demandas coletivas e problemas emergentes da praxis forense**. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo [Coord.]. **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo : Saraiva, 1993. p. 185-196.
- 214 _____. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461 do CPC). In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo [Coord.]. **Reforma do código de processo civil**. São Paulo : Saraiva, 1996. p. 19-52.
- 215 _____. Tutela antecipatória e tutela específica das

- obrigações de fazer e não fazer - arts. 273 e 461 do CPC. **Revista Direitos do Consumidor**, São Paulo, n. 19, p. 99, jan./set. 1996.
- 216 _____. **Da cognição no processo civil**. 2. ed. São Paulo : CEBEPEJ, 1999.
- 217 YARSHELL, Flavio Luiz. **Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade**. São Paulo : Malheiros, 1993.
- 218 _____. **Tutela jurisdicional**. São Paulo : Atlas, 1999.
- 219 _____. Tutela específica e a reforma do código de processo civil. **Revista do Advogado - AASP**, São Paulo, n. 46, p. 39-42, ago. 1995.
- 220 ZANARDO, Maria Antonieta D. **Proteção ao consumidor : conceito e extensão**. São Paulo : RT, 1994.
- 221 ZARIF, Cláudio Cintra. Da coisa julgada nas ações coletivas. **Revista Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 15, p. 119-131, jul./set. 1995.
- 222 ZAVASCKI, Albino Teori. Antecipação da tutela e obrigações de fazer e não fazer. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim [Coord.]. **Aspectos polêmicos da antecipação de tutela**. São Paulo : RT, 1997. p. 462-482.
- 223 _____. **Antecipação de tutela**. São Paulo : Saraiva, 1997.
- 224 _____. Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 78, p. 32-49, abr./jun. 1995.