

A AÇÃO INIBITÓRIA CONTRA AS CLÁUSULAS ABUSIVAS ¹⁻²

INHIBITORY INJUNCTION AGAINST UNFAIR CONTRACT TERMS

Alessandra Bellelli*

RESUMO: O ensaio analisa, sob o plano do direito interno e europeu, a evolução da ação inibitória coletiva contra as cláusulas abusivas, valorando tanto os elementos positivos na "construção" do remédio, quanto os seus aspectos críticos existentes, de modo a traçar um balanço da funcionalidade e eficiência deste instrumento de tutela, passados vinte anos da sua introdução no Código Civil. Se confirma com essa análise a centralidade e o papel fundamental da ação inibitória no sistema de tutela preventiva coletiva dos consumidores, apesar da escassa aplicação jurisprudencial do remédio. Em particular, destaca-se o acentuar-se da importância da função dissuasora face à crescente difusão de outros instrumentos de prevenção alternativos em relação à própria ação inibitória, que limitam a sua utilização em tribunal, mas cuja eficácia depende estritamente da existência das ações inibitórias e do seu poder dissuasório.

PALAVRAS-CHAVE: Ação Inibitória. Cláusulas abusivas. Código Civil.

ABSTRACT: This essay analyses the evolution of the collective inhibitory action against unfair contract terms under the perspective of the domestic and European law. More precisely, the focus is on both the positive aspects and the critical issues of the remedy. The aim of this essay is to evaluate the efficacy of this remedy twenty years after its introduction into the Italian Civil Code. The analysis confirms that this remedy plays a key role in pursuing a preventive and collective form of protection for consumers, despite having been little considered by the case-law. Specifically, whereas there is an increasing use of other preventive/alternative remedies, this work emphasizes the growing relevance of the inhibitory action's deterrent effect. Indeed, while those preventive/alternative remedies are generally preferred to the inhibitory action under consideration, the effectiveness of the former still heavily relies on the existence and deterrent effect of the latter.

KEYWORDS: Inhibitory Injunction. Unfair Contract Terms. Civil Code.

SUMÁRIO: Considerações introdutórias e objetivos da análise. 1 Considerações introdutórias e objetivos da análise. 2 A centralidade do instrumento inibitório no sistema de tutela coletiva e preventiva. 3 A evolução normativa da ação inibitória coletiva. Os aspectos críticos ainda existentes.

78

CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS E OBJETIVOS DA ANÁLISE

O presente ensaio pretende analisar a ação inibitória coletiva como um instrumento de controle das condições gerais do contrato, passados vinte anos da introdução deste remédio no nosso sistema.

No que diz respeito, especificamente, às cláusulas abusivas nos contratos com os consumidores, em 1996, a ação inibitória coletiva, que mais tarde iria adquirir uma dimensão de caráter geral em matéria de *consumerism*, ingressou no Código Civil³ (art. 1469- sexies do

¹ Publicado originalmente sob o título "L'azione inibitoria contro le clausole vessatorie vent'anni dopo", na revista "Nuovo Diritto Civile", 30- 2016.

² Traduzido por Marco Fridolin Sommer Santos, Professor Associado da UFRGS e Doutor em Direito pela UFSC e por Vitória Monego Sommer Santos, Especialista em Derecho de Contratos y Daños pela Universidad de Salamanca e Doutoranda em direito do consumidor na Università degli Studi di Perugia e Universidad de Salamanca.

* Professora Titular da Universidade de Perugia.

³ Para comentário sobre a norma, ver A. BELLELLI, *Commento all'art. 1469-sexies*, em *Nuove leggi civ. comm.*, 1997, pp. 1260 ss.; EAD., *La tutela inibitoria*, em C.M. BIANCA- F.D. BUSNELLI (sob os cuidados de),

Código Civil, atual art. 37 c. cons) em razão da novidade emanada pela diretiva 93/13/CEE, a qual, no art. 7º, impunha aos Estados-Membros a sua ativação, escolhendo, na via judicial ou administrativa, os meios adequados e eficazes com o fim de impedir que o empresário utilize, nas relações contratuais, aquelas cláusulas que fossem consideradas abusivas.

No período transcorrido muito mudou: da originária mínima configuração da ação, confiada a uma norma escassa e essencial, relativa unicamente às condições gerais do contrato, atingiu-se, através de repetidas intervenções legislativas⁴ realizadas principalmente por indicação europeia⁵, uma maior definição e articulação da tutela a que se propôs, ou seja, à proteção dos consumidores em geral, sucessivamente confluída no código de consumo (ver art. 140 c. cons., que contém, em conjugação com o art. 139 c. cons., a disciplina geral da inibitória coletiva, sobre a qual o art. 37, ultimo inciso, c. cons. se refere expressamente para tudo o que não esteja nele previsto).

Desta forma, numerosos problemas encontraram soluções, enquanto alguns nós, embora de importância fundamental, ainda necessitam ser desfeitos. Em relação a estes últimos, no silêncio do legislador nacional e na ausência de formulação por parte da União Europeia de desejáveis regras uniformes a serem aplicadas em todos os diversos Estados-Membros, um destaque não secundário, no "longo caminho" de construção da ação inibitória coletiva contra as cláusulas abusivas deve ser reconhecido, como veremos a seguir, pela jurisprudência da Corte de Justiça da União Europeia.

De outra parte, deve-se observar que a via judicial da ação inibitória não constitui mais, no nosso sistema, a única forma de controle supraindividual-preventivo de cláusulas abusivas. Em 2012, em razão do disposto no art. 5, nº 1, do Decreto Legislativo nº 1, de 24 de janeiro de 2012, convertido na Lei nº 27, de 24 de março de 2012, foi previsto, no art. 37-bis do Código

Commentario al capo XIV bis del codice civile: dei contratti del consumatore, Padova, 1999, pp. 931 ss. Muitos anos antes da emanção da lei, no âmbito do grupo de pesquisa sobre as condições gerais dos contratos, coordenado pelo Professor C.M. Bianca, sobre a possibilidade de introduzir no nosso sistema uma tutela inibitória coletiva. Ver A. BELLELLI, *L'inibitoria come strumento di controllo delle condizioni generali di contratto*, em C.M. BIANCA (a cura di), *Le condizioni generali di contratto*, II, Milano, 1981, pp. 301 ss.

⁴ Ver, em particular, o art. 3, da Lei de 30 de julho de 1998, n. 281 sobre os direitos dos consumidores e usuários; D.lgs. 23 abril 2001, n. 224; art. 11, da lei de 1 março 2002, n. 39.

⁵ Conforme, principalmente, a Diretiva CE 19 maio de 1998, n. 27 relativa a medidas inibitórias para a tutela dos interesses dos consumidores, substituída pela Diretiva CE 29 de abril de 2009, n. 22, a qual se limita a uma atualização da primeira.

de Consumo, o controle administrativo confiado à Autoridade Garantidora da Concorrência e do Mercado. Deve-se, contudo, salientar que à AGCM não foram atribuídos poderes inibitórios, mas o controle, que se instaura de ofício, ou mediante denúncia, visa unicamente à verificação acerca da abusividade ou não das condições gerais e à difundir esta informação aos consumidores, com efeitos, portanto, meramente "dissuasórios" em relação ao empresário. Para além desse instrumento de natureza administrativa, foram previstos e aplicados outros meios extrajudiciais, os quais serão a seguir discutidos, cujo objetivo é impedir a inserção de cláusulas abusivas nos contratos (ver o art. 140, incisos 2-6, c. cons. e, no mesmo código, o Título II-bis da Parte V, inserido por obra do art. 1, inciso 1, do d. lgs. 6 agosto 2015, n. 130, em cumprimento do disposto na Diretiva 2013/11/UE sobre a resolução alternativa de litígios de consumo).

A ação inibitória, por outro lado, ainda no que diz respeito às condições gerais do contrato, foi ampliada pelo legislador em âmbitos diversos da área circunscrita à tutela, exclusivamente, da categoria dos consumidores.

Tudo isso nos induz a traçar um balanço da ação inibitória no arco destes últimos vinte anos, no qual serão valorados e confrontados, percorrendo a evolução normativa, os elementos positivos e eficazes do remédio, por um lado, e os pontos críticos e problemas não resolvidos, por outro.

O objetivo é aquele de delinear um quadro da atual fisionomia e função da ação inibitória coletiva no setor das condições gerais do contrato, de acordo com uma visão que não pode limitar-se aos confins nacionais, mas que deve necessariamente ter um respiro europeu, e levar em conta as indicações e perspectivas oriundas da União Europeia neste domínio.

1 A CENTRALIDADE DO SISTEMA INIBITÓRIO NO SISTEMA DE TUTELA COLETIVA E PREVENTIVA

Sob plano da efetividade da tutela, no balanço que aqui se pretende desenvolver, pesa o dado objetivo da escassa aplicação jurisprudencial da ação inibitória coletiva, embora as ações propostas resguardecem principalmente as condições gerais do contrato. Esta criticidade induziu a doutrina, em contraste com as expectativas e os entusiasmos que acompanharam inicialmente

a previsão do remédio, a falar de uma "falência" do instrumento de tutela em exame⁶. Falência que tornar-se-ia cada vez mais evidente com o passar dos anos, em razão da sempre menor utilização do remédio.

Em realidade, como veremos no decorrer do presente trabalho, a ação inibitória, ao contrário, confirma-se como um pilar fundamental na tutela coletiva dos consumidores e, mais genericamente, de categorias de sujeitos estruturalmente vulneráveis em relação à do empresário.

O remédio em exame, de fato, é capaz de conjugar funções e características diversas, entre elas estreitamente conexas, sendo, ao mesmo tempo, instrumento de tutela preventiva, coletiva e específica. A ação inibitória volta-se para o futuro, com o fim de impedir uma atividade ilícita, já em andamento ou ainda não iniciada, potencialmente lesiva de interesses juridicamente protegidos (no setor em exame, a atividade de utilização ou mesmo de estipulação por parte do empresário ou de associações de categoria de condições gerais do contrato abusivas) e, neste sentido, é um instrumento de controle preventivo.

Precisamente por atingir uma atividade futura, e não um ato específico já existente, a ação inibitória mostra sua natural vocação coletiva: se o ilícito for inibido antes que se produza ou que seja repetido, recebe, necessariamente, proteção o interesse coletivo de todos aqueles que poderiam sucessivamente entrar em contato com o empresário. No que diz respeito especificamente às condições gerais, o acolhimento do pedido inibitório determina a obrigação do empresário de não utilizar mais as cláusulas consideradas abusivas, as quais, portanto, deverão ser eliminadas dos formulários ou substancialmente modificadas, em benefício de todas as potenciais contrapartes do empresário em futuras relações contratuais.

Inibir a atividade ilícita significa também realizar uma tutela específica, em condições de proteger direta e imediatamente o interesse violado através da eliminação do ilícito lesivo, e não através da atribuição de utilidades equivalentes que removam apenas as consequências prejudiciais derivadas da lesão.

⁶ V. E. MINERVINI, *Azione inibitoria e contratti dei consumatori*, em *Le clausole vessatorie a vent'anni dalla direttiva CEE 93/13*, cit., pp. 116 ss. Cfr., anteriormente, G. ALPA, *L'applicazione della normativa sulle clausole abusive nei contratti dei consumatori: primo bilancio*, em *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1999, p. 1191, o qual, ao analisar o primeiro triênio de aplicação da disciplina normativa sobre as cláusulas abusivas nos contratos com consumidores, destaca, especificamente em relação à ação inibitória, uma casuística "modesta, para não dizer frustrante e inexplicavelmente pouco extensa em relação ao seu campo de atuação".

A partir destas breves considerações iniciais já se depreende como a ação inibitória coletiva representa um instrumento de proteção de primária importância, concebido seja para superar as restrições e ineficiências de um sistema de proteção confiado exclusivamente à iniciativa individual do consumidor, seja para instituir um controle da atividade empresarial no interesse não só da categoria dos consumidores, mas também do mercado como um todo. A boa-fé no comportamento dos empresários constitui, de fato, o pressuposto para um mercado equânime e "confiável" que atraia clientes e, ao mesmo tempo, seja a base de uma leal e sã concorrência.

É justamente em razão da atuação do instrumento inibitório no mercado, mais do que pela sua função de proteção dos interesses coletivos dos consumidores, que a União Europeia dedica uma especial atenção a este remédio, o qual merece ser desenvolvido e potencializado.

Nesse sentido é que se move a União Europeia, seja para favorecer o recurso à tutela inibitória no âmbito interno de cada Estado, também através de uma atividade de monitoramento e consideração das críticas⁷, seja para fazer "decolar" a aplicação dessas ações em nível transnacional ou mesmo para além dos confins nacionais, em outro Estado-Membro, onde se tenha realizado o ilícito lesivo de interesses dos consumidores.

A exigência de uma tutela preventiva e coletiva, cuja ação inibitória é chamada a responder também e principalmente no setor em exame, não pode, portanto, ser ignorada, nem se pode extrair conclusões precipitadas sobre a funcionalidade do recurso, sob o argumento da escassez dos pronunciamentos inibitórios que se registram na jurisprudência.

A inibitória, enquanto instrumento judicial, no atual contexto caracterizado pela presença de outros instrumentos preventivos e conciliatórios de controle das condições gerais, alternativos à ação processual, que se tem difundido com a afirmação da "cultura do diálogo e da negociação", constitui o ponto mais agudo e incisivo da defesa preventiva da categoria de consumidores, capaz de exercer um forte poder de dissuasão frente ao empresário.

O descrédito e o dano à imagem, que derivariam para o empresário de uma condenação após um procedimento inibitório, são tais que o induzem a perseguir vias alternativas e "virtuosas", as quais submete espontaneamente o controle do próprio módulo ou formulário

⁷ Neste sentido se manifesta, sob o plano da efetividade, uma diversa função da ação inibitória coletiva, acentuando-se hoje, principalmente em matéria de condições gerais do contrato, o objetivo de dissuasão.

antes que venha a ser utilizado⁸, ou então a modificá-lo sucessivamente, também em via conciliatória, com o fim de evitar a proposição de uma ação inibitória, em particular após haver recebido de uma associação de consumidores um pedido de cessação do comportamento lesivo, nos termos do art. 140, inciso 5, do c. cons., ou após haver sofrido uma decisão positiva por abusividade da cláusula por parte do AGCM.

Todos estes meios, concebidos para incentivar uma atitude "colaborativa" por parte das empresas, na medida em que alcancem o objetivo de cessar a utilização de condições gerais abusivas, bloqueiam na origem a ação inibitória ou, caso a ação já tenha sido proposta, favorecem soluções conciliatórias que interrompam o processo.

Nos termos do art. 6º da Diretiva sobre provimentos inibitórios para a tutela dos interesses dos consumidores, a cada três anos a Comissão deve apresentar ao Parlamento Europeu e ao Conselho um relatório sobre a aplicação da diretiva em questão.

O remédio inibitório representa, por assim dizer, o último baluarte do sistema de tutela, ao qual se recorre quando outros instrumentos tenham falhado, mas que, ao mesmo tempo, precisamente por estar presente no ordenamento, consente que esses outros instrumentos, também destinados a impedir a inserção de cláusulas abusivas, possam produzir efeitos.

A mesma medida, desprovida de sanção, com a qual a AGCM verifica a abusividade das cláusulas, recebe seguramente força da concorrente presença da inibitória, o que pode atingir, proibindo o ilícito já reconhecido na via administrativa.

A eficácia da ação inibitória, portanto, não pode ser medida unicamente através da sua concreta atuação em juízo. O papel e a função, que atualmente devem ser reconhecidos às ações inibitórias, prescindem do número de sentenças efetivamente emanadas e, por outro lado, valem para confirmar a centralidade do instrumento no âmbito do sistema de proteção coletiva-preventiva dos consumidores.

⁸ Reportamo-nos, a propósito, principalmente, respeito à interpelação preventiva da AGMC, em conformidade com o disposto no art. 37-bis, inciso 3, do cod. cons., que, em caso de verificação de não abusividade, produz o efeito de excluir um sucessivo controle por parte da mesma autoridade, e também a atividade consultiva desenvolvida pelas Câmaras de Comércio e pelas associações de consumidores.

3 A EVOLUÇÃO NORMATIVA DA AÇÃO INIBITÓRIA COLETIVA

3.1. OS ELEMENTOS POSITIVOS NA CONSTRUÇÃO DO REMÉDIO

A ação inibitória, como já observado, assumiu a sua configuração atual através de fases sucessivas, que operaram a nada fácil inclusão de um instrumento de proteção de interesses coletivos em um sistema processual com impostação individual fundado sob a proteção do direito subjetivo.

A disciplina normativa resulta então não só da norma originária refluída do Código Civil no Código de Consumo em conexão sistemática com as outras normas sobre cláusulas abusivas, mas também das disposições sobre a inibitória coletiva geral de tutela da categoria dos consumidores, através de uma dupla previsão, presente tanto no art. 37, inciso 4, como no art. 140, inciso 10, do Código de Consumo.

De acordo com uma mais rigorosa abordagem sistemática, a duplicação de regras internas ao Código de Consumo deveria ter sido evitada, fazendo confluir a tutela coletiva contra as condições do contrato abusivas no âmbito da disciplina geral da ação inibitória.

Na realidade, a única diferença entre normativa geral e a normativa especial diz respeito à legitimidade de agir, que para as cláusulas abusivas diz respeito não somente às associações representativas dos interesses dos consumidores, únicos legitimados a propor a ação inibitória nos termos dos artigos 139 e 140 do Código de Consumo, mas também às associações representativas dos empresários e às câmaras de comércio. Confirma-se, a partir dessa mais ampla legitimidade, que o remédio em exame é um instrumento de regulação do mercado, uma vez que estabelece um controle não sobre um ato específico, mas sobre a atividade empresarial de predisposição e utilização de condições gerais do contrato em função de operações contratuais equitativas e corretas e, portanto, no interesse de todos os operadores do mercado e não somente dos consumidores.

A disciplina normativa, como se observa, resolve, em relação aos dispositivos originários, aspectos que haviam aparecido imediatamente como problemáticos. A referência, em particular, é em relação à individuação das associações de consumidores legitimadas a agir, as quais, já a partir Lei nº 281/1998 (art. 5º), devem atender a requisitos rigorosos

normativamente previstos e estarem inscritas no respectivo registro junto ao Ministério do Desenvolvimento Econômico (ver, agora, os arts. 137 e 139 c. cons.).

Deve-se mencionar, também, a previsão (art. 140, inciso 7, cons. c.) de uma sanção civil pecuniária, modelada na *astreinte* presente na experiência francesa, a ser aplicada em caso de inobservância, por parte do empresário sucumbente, do comando judicial inibitório⁹. Caso, portanto, o empresário continuar utilizando a cláusula abusiva vetada, pode ser condenado pelo juiz, também de ofício, a versar uma soma de dinheiro ao erário do Estado, determinada por cada dia de atraso e em razão da gravidade do fato entre um mínimo e um máximo fixado na lei. Este meio de coerção indireta vale para assegurar a efetividade da pronúncia inibitória, na ausência de instrumentos de execução coativa, que não são aplicáveis dada a infungibilidade das obrigações de não fazer ou de fazer impostas ao empresário com a sentença.

Emblemático, com resguardo à configuração estrutural da ação inibitória, é, entre outros, o caso *Adiconsum c. Grimaldi Compagnia di navigazione s.p.a.*¹⁰ no qual se requer e se obtém o reconhecimento da abusividade das cláusulas utilizadas no contrato de transporte marítimo, a inibição das mesmas, a publicação da sentença nos periódicos e a condenação ao pagamento da sanção pecuniária na hipótese de atraso no cumprimento da ordem judicial.

Foi também apontado, em nível normativo, a ductilidade própria da pronúncia inibitória, que pode compreender medidas de vários tipos, voltadas a realizar específica e eficazmente o interesse substancial tutelado, também corrigindo ou eliminando para o futuro as consequências prejudiciais das violações constatadas (art. 140, inciso 1, letra b). Esta disposição normativa constituiu o fundamento de um amplo espectro jurisprudencial que, em matéria de anatocismo bancário e em outros contextos, forçando a natureza preventiva da ação, tem utilizado o remédio em chave restitutória, ao fim de inibir a negativa do empresário em restituir somas indevidamente já pagas pelos consumidores.¹¹

⁹ Tal sanção civil pecuniária foi introduzida com o fim de garantir a efetividade da sentença inibitória coletiva na lei sobre os direitos dos consumidores e dos usuários, n. 281/1998, no art. 3, inciso 5-*bis*, por força do disposto no art. 11, Lei de 1º março de 2002, n. 39. Sucessivamente foi prevista no nosso ordenamento geral, para as obrigações de fazer infungíveis e as de não fazer, pela Lei de 18 de junho de 2009, n. 69, que inseriu no Código de Processo Civil o art. 614-*bis*.

¹⁰ Trib. Palermo, ord. 7 de julho de 2008, em *Corr. merito*, 2008, 11, pp. 1153 ss., com comentário de E. BATTELLI, *Le clausole abusive nei contratti di trasporto marittimo di persone*.

¹¹ O problema interpretativo que se vislumbra é a compatibilidade das medidas em exame, voltadas a eliminar, segundo o dado normativo, os “efeitos danosos” das violações verificadas, com a ação inibitória, que tem caráter preventivo-coletivo e que, como tal, prescinde da produção de um dano individualmente sofrido. A função da

Outro ponto a ser destacado é a previsão na norma seja da advertência para cessar o comportamento lesivo, que deve ser comunicada ao empresário por meio de carta registrada com aviso prévio de pelo menos quinze dias antes da ação judicial e que constitui condição de admissibilidade da ação inibitória (art. 140, inciso 5, cons. c.), seja do procedimento de conciliação facultativo (art. 140, nºs 2- 4 e 6, cons. c.), os quais representam instrumentos preventivos-alternativos ao juízo inibitório, voltados a evitar o litígio ou fazê-lo cessar para privilegiar soluções extrajudiciais.

Como já salientado, a eficácia destes instrumentos, os quais prevêm um remédio de natureza preventiva, está ligada estreita e necessariamente à previsão normativa da ação inibitória e à sua força dissuasória. Por outro lado, porém, é precisamente a utilização de tais instrumentos, mais rápidos e menos custosos do que o procedimento judicial, que retira o espaço no plano da efetividade à utilização da ação inibitória.

3.2. A EXPANSÃO DA AÇÃO INIBITÓRIA COLETIVA CONTRA AS CLÁUSULAS ABUSIVAS NA TUTELA DE SUJEITOS NÃO-CONSUMIDORES

86

Um aspecto de grande relevância é que o instrumento inibitório, em função de controle das condições gerais do contrato, expande-se para além do código de consumo e vai além dos limites subjetivos de aplicabilidade do remédio, superando, em alguns setores, a referência ao consumidor como pessoa física, que age para fins estranhos à atividade empresarial ou profissional eventualmente desenvolvida. O alargamento das fronteiras é indicativo de que se trata de um instrumento "cardinal" de proteção coletiva de categorias de sujeitos estruturalmente vulneráveis nas relações com o empresário.

A ação inibitória foi de fato introduzida pelo Decreto Legislativo nº 58 de 24 de fevereiro de 1998 (c.d Testa Unico della Finanza), no artigo 32-*bis*, para tutela dos interesses

inibitória é prevenir a violação de um direito, e não repristinar a situação jurídica lesada. Se às medidas em exame vêm atribuído, como parece que deva ser, um rol integrativo e acessório ao comando judicial que inibe o ilícito, é difícil conceber para essa uma natureza diversa daquela própria da medida principal, e deveria, portanto, devem enquadrar-se em uma perspectiva de tutela orientada para o futuro e não para o passado, capaz de alcançar interesses coletivos e não direitos subjetivos individuais, para os quais, pelo contrário, foi prevista uma ação de classe.

coletivos dos investidores, pelo Decreto Legislativo nº 164 de 17 de setembro de 2007, emanado em cumprimento da diretiva MIFID. Por investidores destinatários da tutela coletiva entende-se não apenas os consumidores, mas também os clientes de varejo do mercado financeiro, que sejam pessoas jurídicas ou entidades de fato ou pessoas físicas que concluam contratos de investimento financeiro para fins que sejam objeto da atividade empresarial ou profissional desenvolvida. Também em favor desses, serão produzidos os efeitos de uma pronúncia supraindividual que iniba ao intermediário ou o emitente financeiro de utilizar cláusulas abusivas.

A utilização de uma ação inibitória coletiva modelada sob aquela do Código de Consumo também é prevista, em favor de empresas médias e pequenas, e dos artesãos, no Decreto Legislativo nº 231, de 9 de outubro de 2002, relativo aos pagamentos nas transações comerciais (art. 8º) contra as condições gerais gravemente iníquas relativas à data de pagamento e às consequências do atraso.

Do mesmo modo, pode ser atingido com a ação inibitória o abuso de dependência econômica no subfornecimento, que pode realizar-se através da imposição à empresa de "condições contratuais injustificadamente onerosas ou discriminatórias" (art. 9, incisos 2 e 3 da Lei nº 192, de 18 de junho de 1998).

87

ASPECTOS CRÍTICOS AINDA EXISTENTES

Algumas limitações do remédio são inerentes ou estruturais do juízo. Em primeiro lugar, ligado à natureza jurisdicional do instrumento inibitório, está o limite dado pela duração e custo do processo. Esta crítica, detectada em nível europeu¹² é, como se sabe, particularmente grave no nosso sistema processual e é uma das principais causas para a limitação deste instrumento de tutela.

¹² Cfr. Relação de 6 de novembro de 2012, da Comissão ao Parlamento europeu e ao Conselho, concernente à aplicação da diretiva 2009/22/CE, relativa aos provimentos inibitórios de tutela dos interesses dos consumidores. Na relação são individualizados quais os obstáculos à eficácia dos provimentos inibitórios, em via primária, os custos e a duração dos procedimentos, além da sua complexidade, dos efeitos limitados das sentenças e das dificuldades de alguns Estados de aplicar sanções suficientemente dissuasivas. A relação se baseia essencialmente sobre dados obtidos através de uma consulta pública realizada no ano anterior. Ver também a precedente Relação da Comissão de 18 de novembro de 2009, concernente à aplicação da Diretiva 98/27/CE.

Outro ponto a ser evidenciado, intrínseco à estrutura do juízo, é que a ação inibitória não pode atingir uma condição geral do contrato em si mesma considerada, mas apenas enquanto utilizada por um determinado empresário.

Isto significa que a sentença condenatória, proferida contra um empresário demandado em juízo, não poderá impedir a outro empresário de utilizar uma cláusula idêntica àquela que foi reconhecida como abusiva.

Por esse motivo, os resultados mais eficazes sob o aspecto do raio de aplicação subjetiva do comando inibitório são obtidos quando a ação é a proposta contra vários empresários que utilizam as mesmas cláusulas ou contra associações de categoria que recomendem aos próprios membros as condições gerais, como ocorreu em relação ao caso da A.B.I.

Os aspectos mais críticos se encontram seja em relação à não clara e incompleta definição legislativa das relações entre o juízo inibitório e juízo individual, seja no que diz respeito à absoluta ausência de normas que regulem a eficácia subjetiva da sentença coletiva. Estes aspectos, como veremos, são estreitamente ligados entre si.

88

A norma contida no art. 140, inciso 9, c. cons., prevê que as medidas de tutela coletiva "não excluem o direito às ações individuais dos consumidores que tenham sido prejudicados pelas mesmas violações" (ver, já com a mesma formulação, art. 3, inciso 7, Lei n.º 281/1998). Esta disposição normativa não esclarece de forma exaustiva as relações entre tutela coletiva e tutela individual, deixando, pelo contrário, em aberto as dúvidas oriundas das diferentes posições manifestadas pela doutrina.

Considera-se, a propósito, que deve ser privilegiada uma interpretação segundo a qual não existe uma clara separação e autonomia entre os dois planos de tutela, entendendo-se que a norma apenas exclui que o consumidor individual seja vinculado por um juízo coletivo desfavorável.

Respalhando essa via interpretativa depõe o teor literal da disposição normativa, em particular a expressão "não exclui" utilizada na sua formulação. Isso significa que a aplicabilidade dos remédios individuais é garantida em qualquer caso ao consumidor e que eles poderão ser utilizados, tanto se o juízo inibitório coletivo estiver em curso¹³, quanto se tiver

¹³ A Corte de Justiça europeia, no que diz respeito à valoração de abusividade de cláusulas de limite de taxa contidas em um contrato de mútuo hipotecário no ordenamento jurídico espanhol, manifestou-se recentemente no sentido de que a suspensão automática e obrigatória de um procedimento individual em caso de demora do juízo

sido concluído com êxito negativo, ou, ainda, na hipótese de acolhimento da demanda, sempre que o empresário condenado não tenha cumprido a ordem do judicial, persistindo no ilícito.

Permanece em aberto o problema, não regulado pela norma contida no art. 140 do Código de Consumo, relativo à possibilidade de o consumidor individual se utilizar, em uma sucessiva ação individual, do reconhecimento da ilicitude efetuada em sede coletiva, que constitui um pressuposto para uma condenação inibitória.

A solução do problema se liga estreitamente à eficácia subjetiva do julgado coletivo. A natureza coletiva do pronunciamento inibitório induz à conclusão de que os efeitos favoráveis se produzem em favor de todos os consumidores e não sejam limitados à associação que tenha promovido a ação, caso contrário seriam frustradas as finalidades de tutela perseguidas através da introdução do remédio.

Uma importante confirmação nesse sentido provém da Corte de Justiça da União Europeia¹⁴, a qual afirmou que, sempre que o caráter abusivo de uma condição geral de um contrato seja reconhecido no âmbito de um juízo inibitório coletivo promovido contra um empresário, o reconhecimento da nulidade da cláusula produz efeitos perante todos os consumidores que tenham estipulado com o mesmo empresário contratos, aos quais se aplicam as mesmas condições gerais, ainda que não tenham sido parte no procedimento inibitório.

Além disso, sempre conforme o que têm sido afirmado pela Corte de Justiça, seguindo o próprio entendimento, resultante de vários de pronunciamentos,¹⁵ de valorização da relevância por parte do juiz, da nulidade das cláusulas abusivas, os juízes nacionais devem, também de ofício, extrair da constatação de abusividade da cláusula efetuada em sede de ação inibitória todas as consequências previstas no direito nacional, de modo a que tais condições

coletivo, tendo por objeto as mesmas condições gerais, bem como a impossibilidade de o consumidor individualmente dissociar-se do êxito deste último juízo, constituem violação do art. 7º da diretiva 93/13/CE, prejudicando a efetividade da tutela reconhecida em favor dos consumidores em tal diretiva. Conforme Corte de Justiça Europeia, Sez. I, 14 de abril de 2016, causa C- 381/14 e C-385/14, em *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 9, pp. 1153 ss., com nota de N. CEVOLANI, *A proposito dei “mezzi adeguati ed efficaci per far cessare l’inserzione di clausole abusive”. Tutela individuale e tutela collettiva*.

¹⁴ Corte de Justiça europeia, Sez. I, 26 de abril de 2012, causa C-472/10, em *Riv. dir. internaz. priv. e process.*, 2012, 9, p. 971.

¹⁵ Conforme, entre outros, a Corte de Justiça da União europeia, Sez. IV, 4 de junho 2009, C-243/08, em *Obbl. contr.*, 2009, 8-9, pp. 755 ss. com nota de G. ROSSOLILLO, *L’osservatorio comunitario. Provvedimenti inibitori a tutela dei consumatori*; e em *Foro it.*, 2009, XI, IV, c. 489. V., precedentemente, Corte de Justiça da União Europeia 27 junho 2000, causas reunidas C-240/98 – C-244/98, in *Foro it.*, 2000, IV, c. 413.

gerais não vinculem os consumidores que tenham concluído com o mesmo empresário contratos que prevejam a referida cláusula.

Mais complexa é a solução no caso em que os efeitos do pronunciamento sejam desfavoráveis. Diante da ausência de indicações normativas, parece que não se pode sustentar que, quando uma associação tenha proposto a demanda inibitória, o poder de ação " seja consumido", impedindo outra associação de tomar medidas contra o mesmo empresário para fazer valer o mesmo ilícito objeto de julgamento.

Enquanto para as ações de classe foi expressamente prevista a unicidade da ação, que não poderá ser proposta novamente por outro autor perante o mesmo empresário e pelo mesmo fato lesivo (art. 140-bis, inciso 14 do cod. cons.), análoga regra, ao contrário, não existe para o instrumento inibitório. Além disso, a via interpretativa aqui rejeitada encontraria graves obstáculos em relação ao direito de defesa, constitucionalmente garantido (art. 24, inciso 2 da Constituição), o qual seria certamente violado sempre que se admitisse a extensão do julgado desfavorável em relação àquele que não tenha sido parte do processo e que não tenha, portanto, podido defender-se.

Considera-se, portanto, que deve-se acolher a solução proposta, segundo a qual uma associação de consumidores, que não tenha participado do procedimento inibitório e não tenha podido fazer valer os próprios direitos, não deva estar vinculada à decisão desfavorável, mas poderia propor uma nova ação judicial autônoma. Como já foi visto, não estão nem mesmo vinculados pela sentença coletiva que exclua a ação inibitória dos consumidores, para os quais as soluções individuais não estão impedidas.

Esses problemas, amplamente debatidos na doutrina, foram objeto de discussão na fase de redação do Código de Consumo, mas não foi dada a esses uma resposta normativa.

A "ocasião perdida" na dimensão do direito interno, em momento mais oportuno, deveria ser recuperada em nível comunitário, com soluções uniformes a serem aplicadas nos diversos Estados-Membros da União Europeia, levando-se em consideração, também, a viabilidade em nível transfronteiriço do instrumento inibitório. Justamente em razão de diferentes disciplinas normativas nos Estados europeus, além dos custos e da complexidade dos procedimentos, que se constitui um freio à utilização, bastante limitada nos últimos tempos e, precedentemente, verdadeiramente nula do remédio inibitório coletivo, para além das fronteiras

nacionais em um diverso Estado-Membro, como resulta dos relatórios da Comissão Europeia relativos à aplicação da Diretiva sobre procedimentos inibitórios¹⁶.

Na Recomendação de 11 de junho de 2013¹⁷, relativa aos mecanismos de recurso coletivo de natureza inibitória e ressarcitória na tutela de direitos garantidos por normas da União Europeia, a Comissão, tendo em conta as tradições jurídicas muito diferentes dos Estados-Membros, limitou-se à definição de uma série de princípios comuns que os sistemas nacionais de tutela coletiva deveriam respeitar, com vista a uma maior coerência. Os Estados-Membros, segundo a Recomendação, devem operar, principalmente, para o fim de que os procedimentos coletivos sejam equânimes e dotados de garantias processuais que evitem abusos, que sejam dadas informações sobre a infração e a intenção de promover uma ação, e que seja criado um registro nacional dos recursos coletivos. Em relação à referência aos procedimentos inibitórios, os princípios dizem respeito à celeridade do procedimento, com o objetivo de afastar tempestivamente a violação dos direitos tutelados por normas da União, e a eficiência dos instrumentos de garantia do cumprimento do comando inibitório.

91

Desejou-se, assim, realizar uma espécie de *soft harmonization* dos ordenamentos nacionais, que deveria, no entanto, na opinião de quem escreve, constituir apenas uma etapa de um percurso para uma maior uniformização das regras no que diz respeito à disciplina dos remédios na categoria dos consumidores, capazes de garantir de maneira mais eficaz a aplicação do controle inibitório coletivo no âmbito europeu.

DOI: 10.22456/2317-8558.135186

¹⁶ Sobre as referências das Relações mencionadas no texto, v. *retro*, nota 11.

¹⁷ A *Recomendação* da Comissão foi publicada na Gazzetta oficial da UE de 26 julho de 2013.