

TUTELA INIBITÓRIA – MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO DE PARTICULAR

Ricardo Canan*

SUMÁRIO: 01. Introdução. 02. Cláusulas contratuais abusivas e o Código de Defesa do Consumidor. 03. A Necessidade de tutelar de forma célere e eficaz os direitos dos consumidores e a tentativa de construir o Mandado de Segurança contra ato de particular. 04. A Tutela Inibitória. 05. A Tutela Inibitória Antecipada. 06. A Tutela Inibitória e seus efeitos em comparação a eventual Mandado de Segurança contra ato de particular. 07. Legitimidade. 08. O Controle Prévio das cláusulas abusivas através da Inibitória. 09. Referências Bibliográficas.

PALAVRAS-CHAVE: tutela inibitória, autonomia da vontade, mandado de segurança, legitimidade, cláusulas abusivas, contratos, consumo.

RESUMO: Com a tutela inibitória surge a possibilidade de controle das atividades dos particulares através de uma ação mandamental ou ordenatória relacionada ao combate do ilícito. Esta modalidade de tutela, de cunho preventivo, abre ao Poder Judiciário a atividade de atuar como fiscal das atividades ilícitas cometidas por entes particulares.

PALABRAS LLAVE: tutela inhibitoria, autonomía del testamento, orden, legitimidad, termeses abusivo, contratos, consumo.

RESUMÈN: Con la tutela inhibitoria surge la posibilidad del controle de las actividades de los particulares a través de una acción “mandamental” o “ordenatória” relacionada con lo combate del ilícito. Cuesta modalidad de la tutela, de cunho preventivo, abre al Poder Judiciario la actividad de actuar como fiscal de las actividades ilícitas cometidas por entes particulares.

01. Introdução

Muito embora não exista previsão legal de uma ação de cunho mandamental eminentemente voltada à prevenção de atos ilícitos ou abusos de direitos cometidos por particulares como é o caso do mandado de segurança, somente utilizável contra entes do Poder Público, a tutela inibitória, como demonstrará o decorrer do estudo, se

* Acadêmico do 5.º Ano de Ciências Jurídica da Universidade Paranaense – Unipar – Campus Toledo.

presta a fazer às vezes do “writ” constitucional.

De fato, procurou-se desenvolver raciocínio a fim de verificar a possibilidade da existência de uma ação que tenha por escopo exatamente a prevenção de ilícitos, ou seja, de lesão a direito, mesmo sem que tenha havido dano. Procurou-se, ainda, verificar quais os órgãos legitimados para propor esta ação em defesa de interesses individuais homogêneos, coletivos e difusos, tudo à luz do novo conceito da autonomia da vontade.

02. Cláusulas contratuais abusivas e o Código de Defesa do Consumidor

Com o desenvolvimento da sociedade e com o aumento significativo do consumo de bens de todas as espécies, nasceu a figura dos chamados “contratos de adesão”, que se tornaram muito utilizados por grandes conglomerados comerciais em vista da necessidade, cada vez maior, de vender ou prestar serviços de forma rápida, porém garantida, através de um instrumento jurídico.

A criação e desenvolvimento dos contratos de adesão foi uma das formas criadas para acompanhar o rápido desenvolvimento e as novas exigências desta sociedade de consumo.

De fato, como explica Cláudia Lima Marques:

“A idéia de contrato vem sendo moldada, desde os romanos, tendo sempre como base as práticas sociais, a moral e o modelo econômico da época. O contrato, por assim dizer, nasceu da realidade social. Efetivamente, sem os contratos de troca econômica, especialmente os contratos de compra e venda, de empréstimo e de permuta, a sociedade atual de consumo não existiria como a conhecemos. O valor decisivo do contrato está, portanto, em ser o instrumento jurídico que possibilita o movimento de riquezas dentro da sociedade.”¹

Porém, desta nova postura contratual² – contratos de adesão –, surgiram alguns problemas, uma vez que agora, diferentemente

¹ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 35.

² Sobre as novas modalidades de contratação e seus fins recomenda-se a leitura do artigo *Direito contratual e constituição*, de Paulo Luiz Netto Lôbo, publicado na Revista de Direito do Consumidor n.º 36, da Editora Revista dos Tribunais.

do que ocorria, não há mais, perante a sociedade e perante o próprio direito, igualdade entre os contratantes, que discutiam livremente as cláusulas contratuais até que ambos chegassem a um acordo de vontades. É certo que ainda existe este tipo de contrato, onde as cláusulas são discutidas uma a uma e os contratantes, normalmente em situação jurídica e social parecidas, através de tratativas preliminares procuram chegar a um consenso sobre tudo que constará no contrato. Renata Mandelbaum nos transmite a idéia de como eram realizados os contratos:

“O princípio da liberdade contratual consistia na ampla escolha das partes entre contratar ou deixar de contratar, aliada à liberdade de elegerem os contratantes e de determinarem o tipo do contrato – típico ou atípico -, além do estabelecimento do conteúdo do contrato a ser celebrado e a forma da contratação. O princípio da obrigatoriedade ou vinculatividade dos contratos consistia na estrita vinculação das partes ao estipulado. Os princípios citados eram decorrentes do princípio da autonomia da vontade, além de serem expressão dos princípios do efeito relativo dos contratos e do consensualismo.”³

Estas características da teoria geral dos contratos restam, em parte, inaplicadas em relação aos contratos de adesão, onde não há, inclusive, a discussão de cláusulas contratuais, não há tratativas preliminares ou acordo de vontades. Explica Cláudia Lima Marques:

“Na sociedade de consumo, com seu sistema de produção e de distribuição em grande quantidade, o comércio jurídico se despersonalizou e os métodos de contratação em massa, ou estandarizados, predominam em quase todas as relações contratuais entre empresas e consumidores.”⁴

Não havendo esta prévia discussão sobre as cláusulas contratuais, o consumidor aderente fica em situação jurídica inferior ao vendedor/prestador de serviço. Não há, pode-se dizer, plena autonomia da vontade do consumidor, vez que a não discussão de grande número de cláusulas contratuais (as chamadas de “via não negociável”) faz com que o consumidor apenas manifeste uma “vontade aderente” à cláusulas

³ MANDELBAUN, Renata. *Contratos de adesão e contratos de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 12.

⁴ MARQUES. Op. cit. p. 49.

que lhe são previamente postas, sem que haja, desta forma, plena autonomia da vontade. Novamente reportamo-nos a Renata Mandelbaum, que explica:

“(...) estamos diante da decadência do princípio da autonomia da vontade em razão de ter escoado o momento político e econômico em que fora possível, e até mesmo necessária, a sua formação. Estamos hoje frente a uma nova realidade, que não admite a aplicação plena do ‘pacta sunt servanda’. Para exprimir a transição dos contratos e da expressão da vontade, observando que esta não tinha mais autonomia, imperando a determinação do mais forte sobre o economicamente mais fraco, o que se busca é impedir o ilimitado exercício dos direitos individuais.

O abandono do dogma da autonomia da vontade e da liberdade contratual trouxe como consequência uma certa dificuldade para enquadrar as novas situações jurídicas, surgidas no campo do direito das obrigações, dentro do conceito clássico de contrato. Surgiu um novo tipo de contrato, em que uma das partes impõe as regras e o conteúdo deste e a outra as aceita sem discuti-las; atribui-se a Salleiles a denominação ‘contrato de adesão’ (‘contrat d’adhesion’).⁵

Havendo a imposição de regras unilateralmente, e simples aderência da outra parte aos termos do contrato, o apoio no dogma da “pacta sunt servanda” tornou-se meio de fazer com que estes contratos de adesão, que em certa medida contêm cláusulas de cunho abusivo, tivessem ampla aplicação, o que pode tornar o contrato extremamente oneroso para uma das partes, invariavelmente o consumidor, a quem a doutrina convencionou denominar de parte hipossuficiente⁶.

Pois bem, foi exatamente em vista de abusos que surgiram da aplicação irrestrita da “pacta sunt servanda” que se verificou a necessidade de que fossem estabelecidos limites da autonomia privada. A uma, porque a autonomia privada não mais era uma vontade autônoma, mas uma “vontade aderente”, o que levaria a concluir que, uma vez sendo vinculada, a vontade do consumidor precisa ser protegida. E, a duas, porque a ausência desta proteção estaria sujeitando o consumidor,

⁵ MANDELBAUN. Op. cit. p. 58.

⁶ Conforme explica José Geraldo Brito Filomeno: “O traço marcante da conceituação de ‘consumidor’, no nosso entender, está na ‘perspectiva’ que se deve adotar, ou seja, no sentido de se o considerar como ‘hipossuficiente’ ou ‘vulnerável’ (...)” (*Código brasileiro de defesa do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Forense Universitária, 1997. p. 26.)

hipossuficiente, à vontade do vendedor/prestador de serviço, exclusivamente segundo os termos do contrato.

A proteção da autonomia privada somente poderia se dar através de lei que viesse a romper com a “pacta sunt servanda”. Esta lei, o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990), veio exatamente trazer limites para a autonomia privada. Diz Renanta Mandelbaum:

“A ordem pública, os valores morais, os usos e costumes e hoje o próprio código do consumidor, para o caso específico do aderente consumidor, impõem uma limitação no sentido de proteger o aderente, e em especial o consumidor, no que se denomina relação jurídica de adesão e nas de consumo. Essa nova lei estabeleceu os limites básicos do consumidor e a responsabilidade do fabricante por danos causados por defeitos de fabricação, vícios de qualidade ou quantidade e de publicidade abusiva e enganosa; enumerou cláusulas abusivas e dispôs normas de proteção contratual, enumerando cláusulas abusivas e principalmente ditando normas específicas aos contratos de adesão e para a proteção do consumidor aderente.”⁷

Dentro desta nova visão surgiram as normas de direito material que deram ao consumidor a garantia de que não seriam, contra ele, cometidos abusos por parte de grandes empresas vendedoras/prestadoras de serviços.

03. A Necessidade de tutelar de forma célere e eficaz os direitos dos consumidores e a tentativa de construir o Mandado de Segurança contra ato de particular

Concomitantemente ao surgimento da idéia de existir normas de direito material tendentes a garantir direitos para o consumidor surgiu o pensamento de que este direito material não teria qualquer valia se não estivesse cercado de normas processuais que lhe dessem a necessária efetividade, conforme explica Kazuo Watanabe, em comentários ao Capítulo I, do Título III, do Código de Defesa do Consumidor:

“As disposições contidas neste capítulo põem bem à mostra a preocupação do legislador pela instrumentalidade substancial e maior

⁷ MANDELBAUN. Op. cit. p. 63.

efetividade do processo e também pela sua adequação à nova realidade socioeconômica que estamos vivendo, marcada profundamente pela economia de massa."⁸

A partir desta necessidade de criar medidas processuais que garantissem a efetiva aplicação do direito material, e considerando a crescente utilização dos contratos de adesão e, conseqüentemente, o abuso de direitos contratuais cometidos pela parte econômica e juridicamente mais favorecida, o legislador procurou garantir ao consumidor medidas, que fossem ágeis e eficazes, para que este consumidor pudesse garantir seu direito material.

Três artigos do Código de Defesa do Consumidor, em especial e originalmente, visaram exatamente fornecer todas estas garantias ao consumidor que tivesse a necessidade de demandar em Juízo. Destes artigos dois foram vetados, mas um entrou em vigor. São os artigos 84 (em pleno vigor), 85 e 86 (vetados) que visavam, de maneira especial, a proteger os interesses dos consumidores em Juízo, de maneira rápida e eficaz.

O artigo 85, vetado, era exatamente o que pode ser chamado de mandado de segurança contra ato de particular, pois o texto estipulava:

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

O artigo 86, também vetado, previa possibilidade de ser concedido "habeas data" nos casos de interesses e direitos dos consumidores. Dizia o texto: "Art. 86. Aplica-se o "habeas data" à tutela dos direitos e interesses dos consumidores."

Kazuo Watanabe analisa e comenta quais os motivos do veto:

"Esses dois dispositivos foram vetados com a seguinte fundamentação: 'As ações de mandado de segurança e de 'habeas data' destinam-se, por sua natureza, à defesa de direitos subjetivos públicos e têm, portanto, por objetivo precípua os atos de agentes do Poder Público. Por isso, a

⁸ WATANABE, Kazuo. *Código brasileiro de defesa do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Forense Universitária, 1997. p. 610.

sua extensão ou aplicação a outras situações ou relações jurídicas é incompatível com sua índole constitucional. Os artigos vetados, assim, contrariam as disposições dos incs. LXXI e LXXII do art. 5.º da Carta Magna.'

É simplesmente espantoso o argumento! Revela, quando menos, uma total insensibilidade a toda linha evolutiva do Direito Processual moderno, que é no sentido, hoje, fazer do processo um instrumento dotado de maior efetividade possível (...). Mas, mais do que essa insensibilidade, que configura um nítido retrocesso, o argumento utilizado indica também desconhecimento do verdadeiro alcance das conquistas representadas pelas normas constitucionais que consagram o Mandado de Segurança e o 'Habeas Data'.⁹

Não cabe aqui discutir os motivos políticos e jurídicos, se houve "lobby" e pressão de grandes empresas, ou qualquer coisa parecida. Interessa que, quer parecer, o interesse era retirar do consumidor a possibilidade de utilização de uma ação eficaz e ágil, como o mandado de segurança. E podemos afirmar que a intenção apenas era a de ser retirado do consumidor este direito, isto em vista do artigo 84 do Código, que logo a seguir será abordado.

Antes, porém, cumpre esclarecer que em matéria de 'habeas data', mesmo havendo o veto, temos que, uma vez preenchidos os requisitos legais dados pelo artigo 5.º da Constituição Federal, este é perfeitamente utilizável, mesmo em caso de direito do consumidor, mais precisamente em relação a bancos de dados e cadastros de consumidores, como é o caso do Serasa e tantos outros espalhados pelo Brasil, tudo por força do disposto no artigo 43, § 4.º, do Código de Defesa do Consumidor, que considera estes bancos de dados como entidades de caráter público. Bem explica a questão Kazuo Watanabe:

"Relativamente ao 'Habeas Data', além das ponderações acima, deve ser acrescentado que o veto é absolutamente inócuo. Primeiro, porque o 'Habeas Data' é uma ação constitucional com os requisitos indicados no próprio texto constitucional e por isso é irrecusável sua utilização toda vez que esses requisitos estiverem presentes. Assim reza o inc. LXXII do art. 5.º: 'Conceder-se-á 'habeas data': a) 'para assegurar o conhecimento de informações' relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de 'entidades' governamentais ou de 'caráter público'; b) 'para retificação de dados', quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou

⁹ Id., ibid. p. 661.

administrativo'.

E o art. 43, § 4.º, do Código, afirma às explícitas que 'os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, os serviços de proteção de crédito e congêneres são considerados entidades de caráter público'. E o 'caput' e o § 3.º do mesmo artigo asseguram, respectivamente, o acesso às informações existentes em bancos de dados e cadastros de consumidores e a correção da inexatidão eventualmente neles existentes. Diante desses textos legais não há como recusar aos consumidores o recurso ao 'Habeas Data' constitucionalmente assegurado, em que pese ao veto e à respectiva fundamentação."¹⁰

Temos então, a partir do demonstrado, que definitivamente não existe, por força de veto presidencial, o instituto do mandado de segurança contra ato ilícito ou abusivo de particular. Em contrapartida, restou à doutrina verificar, através de ação diversa do mandado de segurança, se poderia ou não ser atingido o mesmo resultado prático, no âmbito do processo e, por consequência, no âmbito do direito material.

04. A Tutela Inibitória

O mandado de segurança ou, mais precisamente a ação de cunho mandamental admitida pelo Código de Defesa do Consumidor que, como se verá adiante poderá fazer as vezes do mandado de segurança, é autorizada, ainda que não expressamente, pelo artigo 84 do Código, artigo que se encontra em pleno vigor:

"Art. 84. 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.

§ 1.º A conversão da obrigação em perdas e danos somente será admissível se por elas optar o autor ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

§ 2.º A indenização por perdas e danos se fará sem prejuízo da multa (art. 287, do Código de Processo Civil).

§ 3.º 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.

§ 4.º O juiz poderá, na hipótese do § 3.º ou na sentença, impor multa

¹⁰ Id., *ibid.* p. 661.

diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 5.º Para a tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz determinar as medidas necessárias, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além da requisição de força policial.”

A partir desta previsão legal, bem como do artigo 461 do Código de Processo Civil, a legislação pátria passou a admitir a tutela inibitória aplicável a diversas modalidades de direitos (já existem ações previstas em lei que possuem cunho inibitório, como p. ex., o interdito proibitório, entre outras). Esta tutela inibitória, como pode ser percebido de seu próprio nome, tem caráter preventivo e sua base legal, além dos artigos citados, também se encontra no artigo 5.º, XXXV, da Constituição Federal, que diz: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.” Como explica Luiz Guilherme Marinoni:

“Não há no direito brasileiro qualquer incursão teórica voltada a estabelecer uma tutela jurisdicional preventiva atípica. Contudo, se os cidadãos devem ter a sua disposição instrumentos processuais adequados para a tutela dos seus direitos, é necessário que seja construída uma tutela jurisdicional idônea à prevenção do ilícito.

Tal tutela, a nosso ver, pode ser denominada de inibitória, à semelhança do que ocorre no direito italiano (...)”¹¹

A tutela inibitória, eminentemente preventiva e obedecendo ao disposto no artigo 5.º, XXXV, da Constituição Federal, visa a prevenir o ilícito, isto é, a lesão a direito. Desta forma, estar-se-ia se opondo à tradicional tutela ressarcitória, vez que esta, para ser utilizada, pressupõe a existência do dano e, menos comumente, apenas a existência do ilícito. A tutela ressarcitória, em regra, tende a transformar as obrigações descumpridas que deram origem à demanda em perdas e danos. Luiz Guilherme Marinoni aborda a questão:

“A tutela inibitória, configurando-se como tutela preventiva, visa a prevenir o ilícito, culminando por apresentar-se, assim, como uma tutela anterior à sua prática, e não como uma tutela voltada para o passado,

¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 25.

como a tradicional tutela ressarcitória.

Quando se pensa em tutela inibitória, imagina-se uma tutela 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 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.”¹²

Existe, ainda, a obrigação de ser construída toda uma teoria que possibilite a ampla aplicação da tutela inibitória – garantia do jurisdicionado em vista da regra do artigo 75 do Código Civil de que “a todo direito corresponde uma ação” – vez que pela simples leitura do artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor não se vislumbram técnicas processuais efetivas que possam tutelar este direito à prevenção do ilícito. Em compensação, este artigo, bem como o artigo 461, do Código de Processo Civil, ligam-se a esta nova modalidade de tutela dos direitos em vista da autorização dada ao Judiciário para que forneça aos jurisdicionados e, no caso, consumidores, sentenças e decisões mandamentais.

Destas sentenças mandamentais decorreria a superação da idéia de que dano e ilícito andam necessariamente juntos. De dever registrar que deste entendimento, de que dano e ilícito andam necessariamente juntos, surgiram diversas medidas judiciais que não tinham a utilização exata ao fim a que se prestavam, além de que eram utilizadas de forma anômala. Basta lembrar que o resultado final, que era buscado, pode ser dado pela inibitória. Explica a situação Luiz Guilherme Marinoni:

“Eram bastante freqüentes, na prática forense, ações cautelares objetivando evitar a repetição ou a continuação do ilícito, seguidas de ações condenatórias tendo por escopo a reparação do dano. A suposição de que a tutela contra o ilícito é a de reparação do dano, levava à crença de que as tutelas de inibição do ilícito e de remoção do ilícito sempre seriam tutelas destinadas a evitar o dano e que, assim, sempre seriam tutelas destinadas a assegurar a efetividade da tutela final.”¹³

¹² Id., *ibid.* p. 26.

¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 29.

O motivo principal do uso da ação mandamental como garantidora da eficácia da tutela inibitória, é o de que o ilícito previamente combatido não virá a convalidar-se, pois o mandamento judicial será qualificado por uma coerção que atuará sobre a vontade do réu. De fato, o réu, uma vez tendo contra si apenas um mandamento judicial que não possa agir sobre sua vontade dissuadindo-o da prática do ilícito irá, muito provavelmente, praticar este ilícito, vez que apenas estará sujeito a ser acionado judicialmente para que, após cometido o ilícito, venha a responder por perdas e danos. Novamente temos Luiz Guilherme Marinoni:

“Não há razão para não admitir que alguém tenha a sua vontade constrangida quando está pronto para praticar um ilícito. Aliás, privilegiar a liberdade, em tais casos, é o mesmo que dizer que todos têm direito a praticar ilícitos e danos, sendo impossível evitá-los, mas apenas reprimi-los. Ora, ante a consciência de que os novos direitos têm, em regra, conteúdo não patrimonial ou prevalentemente não patrimonial, fica fácil perceber a necessidade de concluir que é viável a inibitória para inibir a prática (e não apenas a repetição ou a continuação) do ilícito. Uma conclusão no sentido contrário, aliás, implicaria a aceitação da possibilidade de expropriação desses direitos, o que faria surgir a lógica do ‘poluidor-pagador’, por exemplo.”¹⁴

Não se vislumbra, no direito pátrio atual, outra forma de atingir o fim da tutela inibitória se não pelo meio de ação mandamental. Como antes afirmado, somente a ação mandamental poderá atuar sobre a vontade do devedor, coibindo-o de praticar o ilícito. Caso tenhamos que nos curvar à impossibilidade de que a ação mandamental seja utilizada para a efetivação da tutela inibitória, estaremos criando, no caso dos contratos de adesão, a figura, seguindo o exemplo dado por Marinoni, do “cobrador de juros abusivos ressarcidor”, entre outras. Isto porque, para os gigantescos conglomerados comerciais e de prestação de serviços será mais vantajoso ressarcir na forma de perdas e danos, alguns poucos consumidores que lhes demandem em Juízo e lucrar em relação aos milhares (talvez milhões) de consumidores que aceitam e cumprem as cláusulas contratuais abusivas, submetendo-se a elas.

Havendo, todavia, a possibilidade de ser utilizada uma

¹⁴ Id., ibid. p. 85.

ação que vise a prevenir o dano que os consumidores viriam a sofrer em vista da imposição de cláusulas abusivas consideradas nulas pelo próprio Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 51¹⁵, não mais se justifica que o consumidor fique em desvantagem quando da adesão a contrato pré-impresso, vez que existe meio judicial para o controle da própria elaboração destas cláusulas, o que impediria a contratação das mesmas.

Assim, a tutela inibitória se presta à prevenção do ilícito, pois se trata de tutela do direito material que visa exatamente a impedir que este seja violado. De se notar que, como antes afirmado, não existe a necessidade de o ilícito vir acompanhado do dano, como é a situação dos contratos de adesão, onde o consumidor somente sofrerá o dano, em vista da “pacta sunt servanda”, após a contratação e, por conseguinte, após ter ocorrido o ilícito que, neste caso, encontra-se exatamente na imposição de cláusula que contraria forma e conteúdo estipulados pelo Código de Defesa do Consumidor.

05. A Tutela Inibitória antecipada

Uma vez que a ação de cunho inibitório obedece ao rito do processo de conhecimento, estabelecido no Livro I, do Código de Processo Civil, e considerando que a tutela inibitória, na maioria das vezes, terá por escopo impedir a realização de um ilícito, isto é, será um pedido voltado para uma ordem futura (próxima ou não) de fazer ou não fazer, sempre se deve trabalhar com a hipótese de que, neste tipo de ação, cabe a antecipação de tutela. Diz Luiz Guilherme Marinoni: “Considerando-se a natureza da tutela inibitória, compreendida como uma tutela voltada essencialmente para o futuro, não é difícil perceber que a efetividade dessa tutela dependerá, em casos não raros, da possibilidade de sua antecipação.”¹⁶

¹⁵ De se ressaltar que o rol do artigo 51 é meramente exemplificativo, como afirma Nelson Nery Júnior: “Atendendo aos reclamos da doutrina, o CDC enunciou hipóteses de cláusulas abusivas em elenco exemplificativo. A expressão ‘entre outras’ do ‘caput’ do art. 51 evidencia o critério da lei, de mencionar em ‘*numerus apertus*’ os casos de cláusulas abusivas nos contratos de consumo.” *In Código brasileiro de defesa do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Forense Universitária, 1997. p. 403.

¹⁶ MARINONI. Op. cit. p. 143.

O próprio Código de Defesa do Consumidor autoriza, ainda, a antecipação da tutela, nos casos do artigo 84 dizendo, em seu § 3.º, que “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.”

Considerando que, na maioria dos casos, a tutela inibitória irá versar sobre um pedido que vise obter do Poder Judiciário uma ordem para que o demandado faça ou não faça algo, originando assim uma obrigação de fazer ou não fazer, perfeitamente aplicável à espécie o § 3.º, do artigo 84, do Código de Defesa do Consumidor.

Lembra ainda Marinoni que “além da probabilidade do ilícito, exige-se o que o § 3.º do art. 461 chama de ‘justificado receio de ineficácia do provimento final.’”¹⁷ Este justificado receio está ligado ao perigo de o demandado praticar o ilícito combatido no decorrer do processo de conhecimento, em momento anterior à possibilidade de ser executada a sentença. Desta forma, haveria, sem dúvida, a necessidade de ser conjugada, com a aplicação do artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor, a aplicação dos artigos 273, § 3.º e 588, ambos do Código de Processo Civil, o que possibilitaria a execução imediata da decisão de antecipação de tutela, garantindo que o demandado fosse compelido a não praticar o ilícito, e cumprindo o papel a que se destina a tutela inibitória.

José Eduardo Carreira Alvim, inclusive, admite a antecipação de tutela, qualquer que seja a natureza jurídica da ação proposta, em vista do artigo 83 do Código de Defesa do Consumidor, pois diz:

“Como se vê, em princípio, qualquer que seja a natureza da ação, existe, em tese, a possibilidade de antecipação de tutela, de dar, ou de fazer ou não fazer, tudo dependendo do caso concreto.

Outra não é a posição de ‘Cândido Rangel Dinamarco’, para quem deve o art. 461 ser interpretado em sistema com o art. 83 do Código de Defesa do Consumidor, segundo o qual (‘mutatis mutandis’) ‘todas as espécies de ações são admissíveis, para a tutela jurisdicional nas obrigações de fazer ou de não fazer’. E acrescenta: ‘Falar em ‘todas as espécies de ações significa’ incluir as espécies de tutela que se obtêm no processo de conhecimento (constitutiva, condenatória ou meramente declaratória) e também a tutela executiva e a cautelar’.”¹⁸

¹⁷ Id. *ibid.* p. 151.

¹⁸ ALVIM, J. E. Carreira. *Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer na reforma processual*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 130.

06. A Tutela Inibitória e seus efeitos em comparação a eventual Mandado de Segurança contra ato de particular

Exposto, em rápida análise, qual o fundamento e objetivo da tutela inibitória, de se analisar algo que foi referido no item 2, isto é, que a intenção do veto ao artigo 85 do Código de Defesa do Consumidor foi, e apenas foi, a de retirar do consumidor o direito a utilização de uma ação eficaz e ágil, como o mandado de segurança.

O mandado de segurança, conforme colocado no artigo 5.º, incisos LXIX e LXX, da Constituição Federal e art. 1.º, da Lei 1.533/51, visa a proteção de direito líquido e certo, individual ou coletivo, contra ato da administração pública. Afirma Hely Lopes Meirelles:

“Mandado de segurança é o meio constitucional posto à disposição de toda pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual, ou universalidade reconhecida por lei, para a proteção de direito individual ou coletivo, líquido e certo, não amparado por ‘habeas corpus’ ou ‘habeas data’, lesado ou ameaçado de lesão, por ato de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça (CF, art. 5.º, LXIX e LXX; Lei n. 1.533/51, art. 1.º).”¹⁹

Esta proteção a direito líquido e certo é admitida tanto para reprimir determinada ilegalidade ou abuso de poder, por parte de agentes públicos, visando a evitar a continuação desta ilegalidade ou abuso, como também é admitida de forma preventiva, isto é, para impedir que seja cometido abuso ou ilegalidade que se encontra em vias de ocorrer. Reportamo-nos novamente a Hely Lopes Meirelles, que explica:

“O mandado de segurança admite decisão ‘repressiva’ e ‘preventiva’ (art. 1.º). É ‘repressiva’ quando visa a corrigir ilegalidade já consumada; é ‘preventiva’ quando se destina a impedir cometimento de ilegalidade eminente. Em ambos os casos são necessárias a indicação do objeto e a comprovação da iminência da lesão a direito subjetivo do impetrante. Não basta a invocação genérica de uma remota possibilidade de ofensa a direito para autorizar a segurança ‘preventiva’; exige-se prova da existência de atos ou situações atuais que evidenciem a ameaça temida.”²⁰

¹⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 21.

²⁰ Id., *ibid.*, p. 84.

Havendo, para que seja impetrado o mandado de segurança, a necessidade de que fique demonstrada lesão ou ameaça a direito líquido e certo por parte de autoridade, na forma exigida pelo artigo 1.º e § 1.º, da Lei 1.533/51, percebe-se que o mandado de segurança, como acima afirmado, pode ter cunho preventivo. Todavia, a divergência doutrinária acerca da natureza jurídica do mandado de segurança deixa dúvidas sobre a possibilidade ou não de utilização de sentença mandamental, além de não especificar se poderá ou não o magistrado utilizar coerção pessoal que atue sobre a vontade do demandado. Diz Celso Agrícola Barbi:

“A natureza da sentença que julga o mandado de segurança é objeto de acentuada divergência entre os doutrinadores. Para Sebastião de Souza, ela é constitutiva, limita-se a anular o ato ameaçador ou violador. Lopes da Costa entende que é constitutiva quando for para anulação do ato, mas mandamental quando tender a prestação, pois não é possível execução direta contra o Estado. Para Vitor Nunes Leal, somente poderá ser constitutiva ou condenatória, nunca declaratória. Luís Eulálio de Bueno Vidigal sustenta que pode a sentença nesses processos ser declaratória, condenatória ou constitutiva. Finalmente, Pontes de Miranda exclui a possibilidade de sentença condenatória e dá predominância ao efeito mandamental, podendo ainda existir efeito declaratório e efeito constitutivo.”²¹

Não é objeto deste trabalho a natureza jurídica do mandado de segurança, mas o exemplo foi lançado para ilustrar que, uma vez utilizado o mandado de segurança – mesmo que o fosse possível esta utilização contra ato abusivo de particular –, poderia a medida não atingir os fins a que se propõe, vez que o magistrado poderá ser adepto a uma ou outra corrente doutrinária.

Já, no caso de utilização da tutela inibitória, é certo que estará o magistrado autorizado a utilizar decisão de cunho mandamental, seja em sede de liminar, seja na sentença, fazendo com que a medida coercitiva atue sobre a vontade do demandado com a finalidade de que este se furte de cometer eventual ilegalidade ou interrompa a ilegalidade, se de natureza continuada.

²¹ BARBI, Celso Agrícola. *Do mandado de segurança*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 217.

Esta medida liminar sem dúvida exigirá, além dos requisitos do § 3.º do artigo 84, do Código de Defesa do Consumidor, que é o justificado receio de que o provimento final seja ineficaz, a demonstração, por parte do autor de, no mínimo, “*fumus boni iuris*”, com o fim de que fique evidenciado o risco de que o ilícito venha a ocorrer. De fato, em vista do autorizativo de já citado parágrafo, não há como exigir do autor que demonstre o “*dano irreparável ou de difícil reparação*” constante nas regras do artigo 273, I, do Código de Processo Civil. Melhor argumenta Luiz Guilherme Marinoni:

“Como se vê, a tutela inibitória antecipada não requer a probabilidade de dano irreparável ou de difícil reparação. A idéia de subordinar a tutela antecipatória a um dano provável está relacionada com uma visão das tutelas que desconsidera a necessidade de tutela dirigida unicamente contra o ilícito. Se há necessidade de tutela destinada a evitar o ilícito, independentemente do dano que eventualmente possa por ele ser gerado, há também, quando não se pode esperar a plenitude do contraditório, necessidade de tutela antecipatória inibitória dirigida unicamente a evitar o ilícito.”²²

Outro fator determinante para que o particular possa escolher entre a utilização da tutela inibitória ao invés de utilizar o mandado de segurança é o prazo decadencial deste, de cento e vinte dias, a teor do disposto no artigo 18, da Lei 1.533/51, e o fato de que a tutela inibitória somente deixará de ser proposta quando prescrever o direito material do autor, de acordo com as normas pertinentes previstas no Código Civil.

Há, ainda, mais uma vantagem da tutela inibitória: é a de que esta comporta instrução probatória, de forma que, eventual pedido de indenização pode ser cumulado com o pedido preventivo, vez que a ação pode ser impetrada no decorrer da atividade ilícita do demandado. Bem explica estas questões Eduardo Talamini ao tratar da utilização do artigo 461, do Código de Processo Civil, contra ato de agente público:

“Ainda que exista prova preconstituída suficiente para caracterizar o ‘direito líquido e certo’ e não tenha decorrido o prazo decadencial de 120 dias, a parte não precisa valer-se do mandado de segurança a fim de obter o cumprimento, pelo agente público, de um dever de fazer ou

²² MARINONI. Op. cit. p. 99.

de não fazer. Será possível o emprego de ação de processo comum de conhecimento destinada à obtenção da tutela do art. 461, eis que presente o respectivo interesse de agir.

A parte pode não querer correr riscos quando à caracterização do 'direito líquido e certo' – preferindo o processo de instrução probatória ampla. Ademais, pode reputar que a tutela 'ex' art. 461 ser-lhe-á mais completa, pois, além da eficácia mandamental e executiva 'lato sensu', será possível obter o ressarcimento de danos e a composição de despesas processuais e honorários – o que não teria no mandado de segurança (respectivamente, Súmulas 271 e 512 – STF).”²³

Resta claro, desta forma, que mesmo não havendo a possibilidade de impetração de mandado de segurança contra ato de particular, a tutela inibitória lhe supre a atuação e isto com vantagens. Estas, prazo maior para interposição da ação, possibilidade de requerer, no mesmo processo, indenização por eventual dano sofrido, possibilidade de instrução probatória e requisitos menos rígidos para a interposição, nos levam a pensar que, mesmo que fosse possível a impetração de mandado de segurança, seria mais vantajosa a utilização da tutela inibitória.

07. Legitimidade

Por fim, vez que não se trata aqui de interesse de particular, nos resta verificar quais interesses, se difusos, coletivos ou individuais homogêneos, podem ser protegidos através da utilização da inibitória e quem possui legitimidade para propor eventual ação. De lembrar, primeiramente, que o próprio Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 81, define o que venham a ser interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, ao dizer:

“Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em Juízo, individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

²³ TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 436.

II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica-base;

III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.”

Por primeiro cumpre definir o que vem a ser interesse difuso, coletivo e individual homogêneo. Temos, assim, que interesse difuso é aquele em que seus titulares não são e não podem ser previamente determinados, mas que se encontram ligados por circunstância de fato. Este interesse difuso é indivisível e não se pode verificar, com precisão, quem seja seu titular. A ligação dos titulares deste direito se dá por esta ou aquela circunstância, sendo que o objeto é indivisível. Diz Fernando Capez:

“São aqueles em que os titulares não são previamente determinados ou determináveis e encontram-se ligados por circunstâncias de fato. São interesses indivisíveis e, embora comuns a uma categoria mais ou menos abrangente de pessoas, não se pode afirmar com precisão a quem pertencem, nem em que medida quantitativa são por elas compartilhados. Em outras palavras, são interesses cujos titulares não se pode determinar. A ligação entre eles se dá por circunstâncias. O objeto é indivisível, de modo a não admitir cisão. É difuso, p. ex., o direito de respirar ar puro.”²⁴

Entre as principais características dos interesses difusos Rodolfo de Camargo Mancuso aponta: “indeterminação dos sujeitos; indivisibilidade do objeto; intensa conflituosidade; duração efêmera, contingencial”²⁵, para poder explicar a diferença deste com o chamado interesse coletivo, que diz respeito a uma determinada realidade coletiva, isto é, a um grupo de indivíduos, determinado ou determinável, ligados por uma relação jurídica. Explica Fernando Capez:

“(...) são coletivos somente os interesses que compreendem uma categoria determinada, ou pelo menos determinável, de pessoas, dizendo respeito a um grupo, classe ou categoria de indivíduos, ligados pela mesma relação jurídica básica (art. 81, par. ún., II, do CDC). Do mesmo modo

²⁴ CAPEZ, Fernando. *Tutela dos interesses difusos e coletivos*. 7. ed. São Paulo: Paloma, 2001. p. 16.

²⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 73.

que os difusos, os interesses coletivos têm natureza indivisível, na medida em que não podem ser partilhados individualmente entre os seus titulares. Atendido o interesse de um, satisfaz-se o de todos indistintamente."²⁶

Rodolfo de Camargo Mancuso, citando Luís Felipe Colaço Antunes, traça linha divisória entre os interesses difusos e coletivos:

*"A seu turno, contrapondo os interesses difusos e coletivos, diz Luís Felipe Colaço Antunes: 'o interesse difuso não deixa de ser a forma concreta plural e heterógena do interesse público, enquanto o interesse coletivo é um interesse privado, fundamentalmente de natureza socioprofissional, um interesse corporativo (...)'".*²⁷

Por fim, o interesse individual homogêneo, que é aquele cujo titular é perfeitamente identificável e cujo objeto pode ser dividido. A caracterização do direito individual como sendo homogêneo é que este direito é comum aos interesses de cada titular deste direito. Diz Fernando Capez:

*"São os direitos individuais cujo titular é perfeitamente identificável e cujo objeto é divisível e cindível. Diferenciam-se, pois, dos interesses coletivos, em virtude da divisibilidade do direito titularizado pelos vários sujeitos. O que caracteriza um direito individual como homogêneo é a natureza comum, similar, semelhante entre os interesses de cada um dos vários titulares. Existem vários titulares de interesses idênticos ou parecidos, justificando uma análise conjunta do problema. Essa foi a grande novidade trazida pelo CDC: permitir que esses direitos individuais pudessem ser defendidos coletivamente em juízo. Não se trata de pluralidade subjetiva de demandas (litisconsórcio), mas de uma única demanda, coletiva, objetivando a tutela dos titulares dos direitos individuais homogêneos. A ação para tutela desses direitos é sempre coletiva. Assim, podemos conceituar esse tipo de interesse como aquele que tem origem comum, sendo compartilhado por pessoas que se encontram unidas pela mesma situação de fato. São interesses divisíveis, ou seja, quantificáveis, em face dos titulares, que integram grupos determinados ou determináveis de pessoas."*²⁸

²⁶ CAPEZ. Op. cit. p. 18.

²⁷ MANCUSO. Op. cit. p. 115.

²⁸ CAPEZ. Op. cit. p. 19.

Demonstrados quais são os interesses meta ou supra individuais²⁹, sendo aqueles que transcendem a esfera de um único indivíduo, atingindo toda ou parte de uma coletividade, passemos a analisar quem possui legitimidade para postular em Juízo na defesa destes interesses.

A Constituição Federal diz sobre o mandado de segurança coletivo, em seu artigo 5.º, LXX, que este poderá ser impetrado por: “a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;”

Pois bem: o mandado de segurança seja individual ou coletivo, somente se presta para ser utilizado contra ato do poder público e não contra ato do particular, que é o que nos interessa, de forma que a legitimidade “ad causam” a ser considerada é aquela dada pelo artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor, bem mais abrangente que a norma constitucional:

“Art. 82. Para os fins do artigo 100, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:

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 protegidos por este Código;

IV – as associações legalmente constituídas há pelo menos 1 (um) ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código, dispensada a autorização assemblear.”

A legitimação de todos estes entes³⁰ para atuarem em defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, tem

²⁹ Explica Fernando Capez: “Um interesse é metaindividual quando, além de ultrapassar o círculo individual, corresponde aos anseios de todo um segmento ou categoria social. Dentro dessa categoria intermediária (interesses metaindividuais), é possível, ainda, estabelecer uma distinção entre os interesses que atingem uma categoria determinada (ou determinável) de pessoas e os que atingem um grupo indeterminado (ou de difícil determinação) de indivíduos. Op. cit. p. 15.

³⁰ Eunice Aparecida de Jesus Prudente e Marli Aparecida Sampaio escrevem interessante artigo, publicado na Revista de Direito do Consumidor n.º 37, da Editora Revista dos Tribunais, intitulado *Ordem dos advogados do Brasil – legitimidade para postular a tutela de direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos em defesa do consumidor*. Também no sentido de reconhecer a legitimidade da OAB na defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos do consumidor, se manifestou o Tribunal Regional Federal da 3.ª Região (Ag. In. 1999.03.00.005975-9/SP – 4.ª T. – j. 31.05.2000 – rel. Dês. Federal Newton de Lucca – DJU 18.08.2000).

sua razão de ser no fato de que se eleito apenas um ente para o controle de todas as possíveis irregularidades cometidas contra o consumidor, estar-se-ia sobrecarregando este ente e, ao mesmo tempo, impedindo que outros, diretamente interessados pudessem ter direta atuação no controle destes abusos. Diz Rodolfo de Camargo Mancuso:

"O CDC conceitua separadamente os interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos; mas, para efeito de legitimação ativa em juízo, não faz distinções, afetando-os, em modo 'concorrente' e 'disjuntivo', às entidades mencionadas no art. 82 e incisos: entes políticos, inclusive órgãos da administração indireta, mesmo desprovidos de personalidade jurídica, MP e associações.

Essa técnica legislativa tem uma razão jurídica e uma explicação prática: a primeira reside em que a própria CF, em seu art. 129, § 1.º, estabelece que a legitimação do MP para ações civis 'não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei'; a razão de ordem prática está em que esses interesses metaindividuais, por sua própria natureza, estão esparsos pela coletividade, concernindo a todos e a cada qual, de modo que não faria sentido 'eleger-se' apenas 'um' exponents que os pudesse representar em juízo. Além disso, o cidadão brasileiro, isoladamente, já dispõe da ação popular, meio processual idôneo para a tutela de certos interesses difusos (patrimônio público, moralidade administrativa, meio ambiente: CF, art. 5.º, LXXXIII), de sorte que também por aí se justifica que a legitimação para agir, na ação civil pública em defesa de interesses difusos e coletivos de consumidores, se fizesse de forma... difusa, isto é, indistintamente entre 'outros' legitimados."³¹

Com a possibilidade de diversos entes efetivamente realizarem a fiscalização preventiva das atividades relacionadas ao consumidor praticadas com abuso e/ou desrespeito ao Código de Defesa do Consumidor, o próprio poder público confere ao particular uma autonomia que, se não de forma satisfatória ao menos suficiente, possa autoregular-se quanto às relações de consumo que atingem direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

Perceba-se que esta significativa autonomia exige, ao menos em parte, o poder público de realizar a fiscalização de todas as práticas dos particulares, podendo limitar-se a estipular, através de portarias e decretos, regras gerais de conduta, tanto de consumidores

³¹ MACUSO, Rodolfo de Camargo. *Manual do consumidor em juízo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 32.

como de fornecedores de produtos e serviços, deixando que os próprios particulares, diretamente interessados e materialmente atingidos, exerçam a efetiva aplicação e a fiscalização da aplicação destes regramentos.

08. O Controle Prévio das Cláusulas Abusivas através da Inibitória

Tudo o que acima foi dito, finalmente, nos leva a concluir que em vista dos novos contratos de consumo, em vista da possibilidade de ser utilizada, como célere e eficaz forma de resguardar os interesses dos consumidores – mesmo sem que haja mandado de segurança contra ato de particular – a tutela inibitória (onde se admite antecipação de tutela), e considerando os órgãos legitimados para a propositura de ações coletivas, pode haver, sim, um controle preventivo das cláusulas colocadas nos contratos de consumo e pode haver um controle preventivo de possíveis atividades de fornecedores de produtos e serviços que venham a ser danosas para o consumidor³².

De fato, em vista daquilo que dispõe o artigo 51, do Código de Defesa do Consumidor, cujo rol apresentado é apenas exemplificativo, se pode considerar que o próprio juiz poderá apreciar se a cláusula que o particular (em ação individual ou coletiva) lhe levou a conhecimento e análise é ou não abusiva, mesmo que não disposta no rol do artigo 51 ou nas portarias do Ministério da Justiça, que cuidam de complementar este rol.

³² Em breve estudo, publicado na Revista de Direito do Consumidor n.º 34, da Editora Revista dos Tribunais e intitulado *A questão das cláusulas abusivas nos contratos e planos de saúde*, Rosana Grinberg aponta e analisa algumas das cláusulas abusivas mais encontradas nos contratos de planos de saúde e nos demais contratos de adesão. Nesta mesma edição é trazida a inicial de uma Ação Civil Pública, proposta pelos Procuradores da República André de Carvalho Ramos e Duciran Van Marsen Farena, onde se busca que o Serasa seja impedido de cadastrar em seus bancos de dados o nome dos consumidores que estão impugnando supostos débitos por via judicial, bem como seja o Serasa obrigado a retirar de seus bancos de dados aqueles consumidores que já se encontram relacionados, mas que discutem seus supostos débitos judicialmente. Muito embora não tenha sido usada, naquele caso, a tutela inibitória, vale a leitura para o aprofundamento na matéria de defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Luiz Guilherme Marinoni expõe a idéia:

*“Como as cláusulas contratuais gerais dizem respeito, em regra, a bens que são indispensáveis à vida do consumidor, e como esse não pode discuti-las previamente, é absolutamente indispensável evitar a difusão de cláusulas gerais abusivas. Em outras palavras, é necessário impedir que o consumidor seja obrigado a se submeter a uma cláusula contratual abusiva para somente depois poder discuti-la, seja pedindo a sua desconstituição, seja solicitando a devolução do valor que foi indevidamente pago ou, ainda, requerendo a reparação do dano”.*³³

A abertura do sistema processual de forma a propiciar uma auto-regulamentação da sociedade organizada através do uso da inibitória representa, sem dúvida, um significativo avanço na própria construção de um real estado democrático de direito.

A utilização da inibitória fazendo às vezes do mandado de segurança é possibilidade de que sejam deixadas de lado negociatas e acertos junto ao Poder Legislativo a cada momento em que surge a necessidade de alterar ou criar uma lei em prol da sociedade e contrária aos interesses dos grandes grupos econômicos e, ao mesmo tempo, é garantia de um aumento de atribuições do Poder Judiciário, pois que abre a possibilidade de fiscalização de futuras atividades de particulares, aumentando-lhe, também, a responsabilidade na concreção dos direitos individuais e coletivos inseridos na Constituição Federal.

09. Referências Bibliográficas

ALVIM, J. E. Carreira. *Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer na reforma processual*. Del Rey: Belo Horizonte, 1997.

_____. *Ação monitória e temas polêmicos da reforma processual*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

BARBI, Celso Agrícola. *Do mandado de segurança*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

CAPEZ, Fernando. *Tutela dos interesses difusos e coletivos*. 7. ed. São Paulo: Paloma, 2001.

³³ MARINONI. Op. cit. p. 114.

GRINOVER, Ada Pellegrini... [et al.]. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 5. ed. São Paulo: Forense Universitária, 1997.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

_____. *Manual do consumidor em juízo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MANDELBAUN, Renata. *Contratos de adesão e contratos de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Tutela inibitória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

THEODORO JR, Humberto. *Direitos do consumidor*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.