



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Inês Sofia Bento Alves Amaro

A AÇÃO INIBITÓRIA
OS EFEITOS DA SENTENÇA INIBITÓRIA DE CLÁUSULAS
CONTRATUAIS GERAIS

VOLUME 1

**Dissertação no âmbito do Mestrado em Direito Ramo das Ciências Jurídico-
Civilísticas com Menção em Processo Civil orientada pela Professora Doutora Maria
José Capelo**

Dezembro de 2023

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, sem eles nada disto seria possível;

Aos meus avós...Avô, mesmo que essa maldita memória te falhe espero que este momento fique guardado na caixinha dos inesquecíveis;

À minha patrona que não me deixou desistir;

À minha tão estimada orientadora de tese que é e será sempre uma inspiração.

Obrigada.

O entendimento dominante sempre foi o de que caberia ao Estado resolver contenciosos e litígios, mas já não evitá-los.

Desta forma, entendia-se que só haveria interesse processual em agir quando já se registasse uma violação concreta do direito material invocado na lide o que levava os pensadores a olhar para o processo como "unifuncional", tendo uma função meramente repressiva.

No nosso estudo, os esforços centrar-se-ão na tentativa de demonstrar que a engrenagem que é o processo não se resume à função de reparação de danos, existindo espaço para a previsão de uma tutela ex ante.

Esse espaço, aberto pela necessidade de tutelar direitos que, pela sua natureza, são absolutamente invioláveis permitiu que, inspirados pelas normas internacionais, pudéssemos prever, no nosso sistema processual a ação inibitória lançando mão da mesma quando os desafios que são colocados ao direito não podem ser resolvidos através da tutela tradicional.

Ora, é precisamente sobre os contornos e especificidades desta tão enigmática figura que iremos discorrer todo o nosso estudo.

Se num primeiro momento, o mesmo será necessariamente teórico baseando-se na análise das linhas caracterizadoras desta ainda pouco conhecida ação; a verdade é que, num segundo momento, teremos oportunidade de testemunhar a aplicabilidade prática da tutela antecipatória por excelência no campo do direito em que a mesma tem ganho especial relevância: no combate à predisposição de cláusulas contratuais gerais abusivas.

ABSTRACT

The prevailing understanding has always been that it is the responsibility of the State to resolve disputes and litigations, but no longer to prevent them. In this way, it was understood that there would only be procedural interest in taking action when a concrete violation of the material right invoked in the dispute had already occurred, leading thinkers to view the legal process as "unifunctional," with a purely repressive function.

In our study, the efforts will focus on attempting to demonstrate that the process's mechanism is not limited to the function of damage repair, leaving room for the provision of ex ante protection. This space, opened by the need to protect rights that, by their nature, are absolutely inviolable, allowed us to foresee, inspired by international standards, the inclusion of injunctive relief in our procedural system. This is employed when challenges to the law cannot be resolved through traditional protection.

Precisely on the contours and specificities of this enigmatic figure, we will elaborate throughout our study. In the initial stage, it will necessarily be theoretical, based on the analysis of the characteristics of this still little-known action. However, in the second stage, we will have the opportunity to witness the practical applicability of anticipatory protection par excellence in the field of law where it has gained special relevance: combating the enforceability of abusive general contract clauses.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

CRP – Constituição da República Portuguesa;

CPC – Código de Processo Civil;

CRI – Constituição da República Italiana;

BGB – Bürgerliches Gesetzbuch;

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil;

CPCB – Código de Processo Civil Brasileiro;

RJCCG – Regime Jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais;

TR – Tribunal da Relação;

STJ – Supremo Tribunal de Justiça;

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia;

CEJ – Centro de Estudos Judiciários;

Vol. – Volume;

Doc. – Documento;

Cit. – Citado;

Pág. – Página;

N.º - Número;

Ac. - Acórdão;

SS. – Seguintes;

DL – Decreto-Lei.

ÍNDICE

AGRADECIMENTOS	- 2 -
<i>RESUMO</i>	- 3 -
<i>ABSTRACT</i>	- 3 -
LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS.....	- 5 -
INTRODUÇÃO	- 8 -
CAPÍTULO I.....	- 11 -
1. A “TRIFUNCIONALIDADE” DO PROCESSO CIVIL	- 11 -
1.1. A ATUALIDADE DA “TRIFUNCIONALIDADE” DO PROCESSO E A EMERGÊNCIA DOS NOVOS DIREITOS .	- 12 -
2. A ACEITAÇÃO DA FUNÇÃO PREVENTIVA DO PROCESSO CIVIL	- 13 -
3. A INEXISTÊNCIA DE UMA AÇÃO DE PREVENÇÃO GENÉRICA	- 15 -
4. A AÇÃO INIBITÓRIA	- 16 -
4.1. A AÇÃO INIBITÓRIA E AS FONTES DE DIREITO COMPARADO	- 17 -
4.1.1. A Ação Inibitória No Direito Italiano	- 17 -
4.1.2. A Ação Inibitória No Direito Alemão.....	- 19 -
4.1.3. A Ação Inibitória No Direito Brasileiro.....	- 20 -
5. A AÇÃO INIBITÓRIA NO DIREITO PORTUGUÊS	- 22 -
5.1. A TUTELA DO ILÍCITO NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS.....	- 23 -
5.1.1. A Ilicidade Enquanto Pressuposto Autónomo.....	- 24 -
5.2. A ILICITUDE COMO UM CONCEITO AUTÓNOMO.....	- 26 -
5.3. O INTERESSE EM AGIR	- 28 -
6. MODALIDADES DA TUTELA INIBITÓRIA	- 30 -
6.1. A TUTELA INIBITÓRIA PURA.....	- 30 -
6.2. TUTELA INIBITÓRIA CONTRA A REPETIÇÃO DO ILÍCITO	- 30 -
6.3. TUTELA INIBITÓRIA CONTRA A CONTINUAÇÃO DO ILÍCITO	- 30 -
6.4. A PROVA DO PERIGO DE PREJUÍZO	- 31 -
7. A AÇÃO INIBITÓRIA QUANDO INSERIDA NO ÂMBITO DA NATUREZA TRÍPLICE DA TUTELA PROCESSUAL.....	- 32 -
7.1. A TUTELA INIBITÓRIA E A TUTELA CAUTELAR.....	- 32 -
7.1.1. A Dependência	- 33 -
7.1.2. A “Instrumentalidade”.....	- 34 -
7.1.3. Os Requisitos.....	- 35 -
7.2. A TUTELA INIBITÓRIA E AS AÇÕES DECLARATIVAS	- 38 -

7.3.	<i>A TUTELA INIBITÓRIA E AS AÇÕES DE SIMPLES APRECIACÃO</i>	- 39 -
7.4.	<i>A TUTELA INIBITÓRIA E AS AÇÕES DECLARATIVAS CONSTITUTIVAS</i>	- 41 -
7.5.	<i>A TUTELA INIBITÓRIA E AS AÇÕES DECLARATIVAS DE CONDENAÇÃO</i>	- 41 -
CAPÍTULO II		- 44 -
8.	CONTRATOS DE ADESÃO E CLÁUSULAS CONTRATUAIS GERAIS	- 44 -
8.1.	<i>CONTRATOS DE ADESÃO E CLÁUSULAS CONTRATUAIS GERAIS – DOIS CONCEITOS QUE DESIGNAM A MESMA REALIDADE?</i>	49
8.1.1.	<i>RATIO SUBJACENTE AO REGIME DOS CONTRATOS DE ADESÃO E DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS GERAIS</i>	51
9.	CONTROLO DO CONTEÚDO DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS GERAIS	55
9.1.	<i>A LISTA DE CLÁUSULAS PROIBIDAS</i>	56
10.	A AÇÃO INIBITÓRIA DE CLAUSULAS CONTRATUAIS GERAIS	58
10.1.	<i>EFICÁCIA DA DECLARAÇÃO DE NULIDADE DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS GERAIS</i>	61
10.1.1.	<i>O Caso Julgado E O Princípio Da Ineficácia Do Caso Julgado Em Relação A Terceiros - Uma Regra Absoluta?</i>	63
10.1.2.	<i>A Exceção Dilatória Do Caso Julgado E A Extensão Subjetiva Da Eficácia Do Caso Julgado</i>	67
10.1.3.	<i>Estará O Profissional Utilizador De Cláusulas Contratuais Gerais Não Demandado Na Ação Inibitória Abrangido Pela Autoridade Do Caso Julgado?</i>	72
10.2.	<i>A EFICÁCIA ULTRA PARTES LIMITADA DA SENTENÇA INIBITÓRIA</i>	75
10.2.1.	<i>O Acórdão Do TJUE, 21-Dez-2016, Biuro Podrózy Partner, C-119/15, Ecli:Eu:C:2016:987</i>	77
10.3.	<i>OS EFEITOS DO CASO JULGADO (EM RAZÃO DO SEU SENTIDO) NEGATIVO</i>	79
CONCLUSÃO		82
11.	BIBLIOGRAFIA	85
11.1.	<i>LISTA BIBLIOGRÁFICA</i>	85
11.2.	<i>ARTIGOS DE REVISTA</i>	86
11.3.	<i>LISTA DE DOCUMENTOS DE CONSULTA ONLINE</i>	88
11.4.	<i>LISTA DE OBRAS NÃO PUBLICADAS</i>	89
11.5.	<i>JURISPRUDÊNCIA NACIONAL E EUROPEIA</i>	89

INTRODUÇÃO

O constitucionalismo do século XX trouxe consigo a emergência dos chamados *novos direitos*, onde se incluem, com grande expressão, os *direitos do consumidor*, o *direito à saúde* e o *direito ao meio ambiente*.

Com a emergência destes *novos direitos*, começou a olhar-se para a tutela tradicional do direito - a *tutela “ressarcitória”* ancorada na punição do infrator mediante recompensa económica - como um meio não completamente idóneo para a garantia da efetivação desses direitos.

Assim sendo, atentos sobretudo à emergência de direitos não patrimoniais - que, pelas suas características diferenciadoras, não são devidamente tutelados através da função repressiva do processo - a doutrina começou a perceber que a única forma de tutela dos mesmos é, precisamente, prevenir a sua lesão.

A questão sobre a qual iremos discorrer, num primeiro momento do nosso estudo prende-se, precisamente, com perceber se o nosso sistema processual ao qual se reconhece por excelência uma função repressiva é capaz de abarcar uma tutela meramente preventiva. Mais concretamente, se o nosso sistema jurídico tem capacidade para abarcar a *ação inibitória*.

Faremos este percurso conscientes de que, a tutela inibitória não se encontra suficientemente consolidada no nosso ordenamento jurídico sendo muitos os que se questionam acerca da bondade do reconhecimento de uma função meramente preventiva ao processo e, portanto, naturalmente, muitos se questionarão acerca da pertinência da previsão de uma ação que visa somente prevenir.

Desta forma, a tarefa comparatística assumirá especial relevância para o nosso estudo fornecendo-nos a orientação de que precisamos para trilhar o nosso caminho. Como um verdadeiro farol orientador.

Feito o percurso introdutório acerca desta figura processual, centrado sobretudo na sua confrontação com outros mecanismos de tutela já previstos e consolidados no nosso sistema processual, será, então, o momento de centramos o nosso estudo numa matéria onde a figura da ação inibitória tem especial expressão: a matéria relativa às cláusulas contratuais gerais.

É que, vejamos, o fenómeno de massificação do consumo e o dinamismo das relações jurídico-económicas trouxe enormíssimos desafios para o direito dos contratos: as técnicas

tradicionais de contratação não foram capazes de fazer face ao aumento bastante significativo da celebração de negócios jurídicos – resultado direto do aumento do consumo derivado da massificação da produção e da oferta - como tal, a mudança era urgente e inevitável, só assim seria possível dar resposta aos desafios que com esta realidade emergem.

Neste paradigma que surgem os contratos de adesão e as cláusulas contratuais gerais aquilo que designamos por *contratação estandardizada ou standardizada*.

É incontestável que esta forma de contratar faculta uma maior uniformização e previsibilidade, cruciais nos atuais modelos de organização empresarial, constituindo, desta feita, um instrumento atrativo que conduz a uma racionalização ou normalização e a uma eficácia benéfica aos próprios consumidores¹ no entanto, da consagração destas técnicas emergem, igualmente, determinadas problemáticas que fazem exaltar a frágil posição que o consumidor hodiernamente assume: é que não podemos ignorar que este tipo de contratação consubstancia uma restrição fática à liberdade contratual dos aderentes.

O consumidor encontra-se, verdadeiramente numa posição de inferioridade em relação ao profissional utilizador de cláusulas contratuais gerais, inferioridade esta que assume uma dupla faceta: contratual e de litigância.

Esta posição em que se encontra o consumidor final leva a que os profissionais adeptos destas formas de contratar, escudados na superioridade que a sua posição no mercado lhes confere e no próprio modo de formação do contrato, tomem atitudes abusivas e violadoras dos direitos legalmente consagrados dos consumidores.

No entanto, apesar do reconhecimento das desvantagens que podem advir para o consumidor final com a adoção destas técnicas de contratação, o caminho não poderia passar pela exclusão das mesmas da nossa ordem jurídica na medida em que estas são essenciais pelas vantagens que lhes vêm associadas.

Desta feita, era urgente alcançar uma solução equilibrada sendo que, rapidamente, se percebeu que, se a solução não poderia passar por abolir este tipo de contratação em que o profissional utilizador de cláusulas contratuais tem liberdade de conformação unilateral do conteúdo do contrato, os esforços teriam de se centrar no combate abusos a essa liberdade.

¹ Podemos lê-lo no preâmbulo do Decreto-Lei no 446/85, de 25 de outubro que institui o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais.

Neste contexto, teremos oportunidade de assistir à aplicabilidade prática da figura da ação inibitória que assume contornos específicos quando inserida no contexto da matéria relativa às cláusulas contratuais gerais.

Nesta segunda parte do nosso estudo centrar-nos-emos especialmente na análise de uma problemática de índole processual que surgiu com a previsão da suprarreferida ação inibitória é que, tratando-se neste caso de um controlo abstrato a doutrina e a jurisprudência nacionais e europeias levantam a questão de saber se a decisão inibitória pode, de facto, vincular todo e qualquer profissional utilizador de cláusulas contratuais gerais e não apenas aqueles que foram demandados e vencidos na ação inibitória.

Por outras palavras, colocou-se a questão de saber se à ação inibitória podem ser atribuídos efeitos *ultra partes*.

Os diplomas europeus sobre esta matéria não nos dão uma resposta concreta a esta questão. Assim sendo, vigora neste ponto, o princípio da autonomia processual dos Estados-Membros. Vigorando nesta matéria o princípio da autonomia processual dos Estados-Membros, a resposta a esta problemática – *podemos atribuir efeitos ultra partes à ação inibitória?* - encontrá-la-emos com recurso aos nossos instrumentos de direito interno, mais concretamente com recurso ao instituto do caso julgado material.

CAPÍTULO I

1. A “TRIFUNCIONALIDADE” DO PROCESSO CIVIL

O nosso estudo, pelos contornos que terá, irá, necessariamente, principiar pela reflexão acerca da utilidade específica da tutela civil dos direitos subjetivos e interesses legalmente protegidos. Só assim seremos capazes de perceber se, tendo em consideração as suas especificidades, será possível que o mesmo se possa moldar de forma a abarcar uma tutela de cariz preventivo que se volta exclusivamente para o futuro – a tutela inibitória.

É precisamente sobre este tema que nos vamos debruçar neste primeiro ponto sendo que, para tal é indispensável o recurso ao estudo de autores como LEBRE DE FREITAS² e MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA³ que se debruçaram sobre o tema e chegaram a conclusões que assumem total interesse para a nossa dissertação.

Como explicam os suprarreferidos autores, existe, em concreto, uma relação formal de “instrumentalidade”⁴ entre as normas processuais e as normas materiais na medida em que estas consubstanciam um verdadeiro meio para atingir os fins da ordem jurídica⁵.

O direito processual civil caracteriza-se, assim, por ser um direito instrumental, na medida em que cria e regula os meios ou instrumentos destinados à tutela judicial dos direitos consagrados pelo direito privado material⁶.

LUÍS MIGUEL MESQUITA conjugando as notas de “instrumentalidade” e adjetividade que se reconhecem ao processo civil, concebe-o como uma verdadeira *disciplina satélite* ao serviço do direito privado, ao serviço da realização do direito substantivo.

No entanto, não obstante o carácter instrumental e cooperativo que se atribui ao processo civil, a realidade é que, como explica RUI PINTO, não se deve confinar as normas secundárias - onde se incluem as normas processuais – a uma utilidade declarativa dos direitos, ignorando uma utilidade executiva,

² JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao processo civil conceito e princípios gerais à luz do novo código*, 4ª edição, GESTLEGAL, Coimbra, 2017, págs. 7 a 45.

³ MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, “O fim do processo declarativo”, *Revista de Direito e Estudos Sociais*, Coimbra, n.º 3-4, págs. 97 a 135.

⁴ Neste sentido, LUÍS MIGUEL MESQUITA, *Lições de Direito Processual Civil I, Teoria Geral do Processo Civil Declarativo*, Coimbra, 2020/2021, pág. 30 quando reflete acerca do objeto e da natureza do Direito Processual Civil refere que este se traduz “num conjunto de normas essencialmente instrumentais ou técnico-jurídicas”. Portanto, também para o célebre processualista da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, a nota da *instrumentalidade* é uma nota caracterizador do processo civil.

⁵ MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, ob. cit., pág. 272.

⁶ LUÍS MIGUEL MESQUITA, *Lições de Direito Processual Civil... cit*, pág. 31.

que é uma componente necessária para a completude da efetividade e realização do direito à tutela jurisdicional, e ignorando ainda uma utilidade não declarativa dos direitos. A mais disto, muito menos se deve atentar apenas à violação das normas, ignorando uma utilidade preventiva do processo⁷.

Assim, podemos compreender o processo, em primeiro lugar, como instrumental ao direito substantivo tentando proporcionar não mais nem menos vantagens do que aquelas que resultam do direito substantivo em questão⁸. A mais disto, nas palavras de RUI PINTO, “o processo há de apresentar a configuração necessária para ser idóneo a exprimir todo e qualquer pedido ou pretensão de vantagem, fundados num direito subjetivo ou interesse legalmente protegido”⁹.

Desta forma, entende-se o processo como comportando três funções específicas e fundamentais, funções estas que acompanham, “todo o ciclo de vida de uma situação juridicamente relevante”¹⁰.

Portanto,

- (i) Naquilo que podemos reconhecer como a primeira função do processo civil, o mesmo sustenta a eficácia de um direito subjetivo após a violação do mesmo, assumindo, portanto, uma *função repressiva*;
- (ii) Por outro lado, o processo civil assume uma segunda função: a *função constitutiva* de sustentação da realização de um direito potestativo;
- (iii) Por fim, o processo assume, ainda, uma *função preventiva* - aquela sobre a qual vamos discorrer no nosso texto – onde se almeja a sustentação da eficácia de um direito subjetivo antes mesmo da sua violação¹¹.

1.1. A ATUALIDADE DA “TRIFUNCIONALIDADE” DO PROCESSO E A EMERGÊNCIA DOS NOVOS DIREITOS

Apesar de atualmente reconhecermos uma “*trifuncionalidade*” ao processo civil, a realidade é que esta visão do processo se assume como algo relativamente recente isto

⁷ RUI PINTO, *A questão de mérito na tutela cautelar*, Lisboa, 2007 disponível em https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/168/1/16452_Microsoft_Word_-_DOUTORAM14OUTsete.pdf, pág. 317.

⁸ RUI PINTO, *A questão de mérito...cit.*, pág. 320.

⁹ RUI PINTO, *A questão de mérito...cit.*, pág. 317

¹⁰ RUI PINTO, *A questão de mérito...cit.*, págs. 322 e 323.

¹¹ MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *ob. cit.*, págs. 273 e 274

porque, não há muito tempo, todo o sistema normativo estava ancorado na (ineficiente) punição do infrator mediante a recompensa financeira, ao invés de privilegiar a prevenção.

Acontece que, o constitucionalismo do século XX trouxe consigo a emergência dos chamados *novos direitos*, onde se incluem, com grande expressão, os *direitos do consumidor, o direito à saúde e o direito ao meio ambiente*.

Com a emergência destes *novos direitos*, como explica CRISTINA RAPISARDA¹², começou a olhar-se para a tutela tradicional do direito - a tutela *ressarcitória* ancorada na punição do infrator mediante recompensa económica - como um meio não completamente idóneo para a garantia da efetivação desses *novos direitos* e isto, sobretudo, em virtude do seu carácter não patrimonial dos mesmos.

Assim sendo, atentos sobretudo à emergência de direitos não patrimoniais - que, pelas suas características diferenciadoras, não eram devidamente tutelados através da função repressiva do processo - a doutrina começou a perceber que a única forma de tutela dos mesmos é, precisamente, prevenir a sua lesão.

Como tal, temos assistido cada vez mais à emergência daquela que designamos na presente dissertação como: a *terceira função do processo civil*, a função preventiva, que, em termos práticos, consubstancia um verdadeiro mecanismo de tutela de direitos não patrimoniais.

2. A ACEITAÇÃO DA FUNÇÃO PREVENTIVA DO PROCESSO CIVIL

É ponto assente que a forma mais eficaz de proteção de direitos, em concreto, de direitos absolutamente invioláveis, é a prevenção da sua violação, o que não é ponto assente é a existência de uma norma que delimite ou preveja uma qualquer ação puramente preventiva.

Ora, ao tratar dos princípios gerais em matéria de deveres fundamentais, o número 1 do artigo 20.º da Constituição da República Portuguesa (doravante, CRP) onde vem consagrado o direito fundamental de agir perante a justiça¹³ contempla a garantia de uma tutela efetiva e em tempo útil contra *ameaças* ou violações desses direitos, preceituando que “a todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direito e interesses legalmente protegidos”.

¹² CRISTINA RAPISARDA, *Profili della tutela civile inibitoria*, Cedam, 1987, pág. 80

¹³ LUÍS MIGUEL MESQUITA *Lições de Direito Processual Civil... cit.*, pág. 24.

Na mesma senda os preceitos ordinários como o artigo. 2.º número 1 do Código de Processo Civil (doravante, CPC) prevê que todo o direito possuirá uma ação adequada ao seu reconhecimento em juízo assim como para “prevenir ou reparar a violação dele e a realizá-lo coercivamente”.

Também no artigo 10.º do CPC que epigrafa de “espécies de ações”, em concreto na alínea b) do seu n.º 3, referindo-se às ações de condenação, estipula que as mesmas se destinam a exigir a prestação de uma coisa ou de um facto, pressupondo ou *prevendo* a violação de um direito.

Neste sentido, façamos igual referência ao estatuído em preceitos especiais como o artigo. 10.º da Lei de Defesa do Consumidor onde vem expresso que “é assegurado o direito de ação inibitória destinada a prevenir, corrigir ou fazer cessar práticas lesivas dos direitos do consumidor consignados na presente lei (...)”.

Assim sendo, parece claro que de um ponto de vista constitucional, a função preventiva do processo não surge como meramente residual perante a sua função repressiva¹⁴ sendo vários os preceitos que fazem especial referência à prevenção da violação, prevendo uma verdadeira tutela preventiva.

Acontece que, apesar de entendermos que a constituição e os demais preceitos cessam quaisquer dúvidas de que o direito de acesso à justiça tem necessariamente como corolário o direito à tutela capaz de impedir a violação do direito exaltando a necessidade de prevenção do ilícito e abrindo espaço à necessidade de previsão de uma tutela antecipatória^{15/16}, a

¹⁴ RUI PINTO, *A questão de mérito...cit.*, págs. 327 e 328.

¹⁵ Neste sentido, LUÍZ GUILHERME MARINONI, *Tutela Inibitória e Tutela de remoção do ilícito* disponível em <https://www.mpmg.mp.br/data/files/80/10/52/54/DA44A7109CEB34A7760849A8/Tutela%20Inibitoria%20e%20Tutela%20de%20Remocao%20do%20Ilcito.pdf>, pág. 3, refere que se é certo que existe um direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional então, assim sendo, há, necessariamente, um direito fundamental à tutela preventiva, o qual incide sobre o legislador – obrigando-o a instituir as técnicas processuais capazes de permitir a tutela preventiva – e sobre o juiz – obrigando-o a interpretar as normas processuais de modo a delas retirar instrumentos processuais que realmente viabilizem a concessão de tutela de prevenção. É certo que MARINONI se reporta em concreto ao direito brasileiro, muito mais evoluído em matéria de tutela inibitória que o direito português, no entanto, as referências que o aqui citado autor faz são facilmente transponíveis para o nosso ordenamento jurídico numa tentativa, que esperamos, frutífera de alerta para a necessidade e importância de, à semelhança com o direito brasileiro dispormos de um regime geral da tutela inibitória alargando o seu âmbito de aplicação.

¹⁶ Se assim não fosse, isto é, se não se admitisse a existência de uma tutela inibitória ou antecipatória geral estando limitados a pedir a inibição quando a lei o admita a realidade é que, como explica RUI PINTO, *A questão de mérito...cit.*, págs. 348, nota 1702, “o sistema de tutela civil ficaria internamente desequilibrado: perante a ameaça de ilícito qualquer dos sujeitos (o alegado titular e o pretense sujeito ameaçador) teria interesse processual em colocar ação de simples apreciação que definisse a existência e conteúdo do direito, mas poder-se-ia discutir se alguma coisa os impediria de, ao mesmo tempo, pedirem providências cautelares, ao abrigo do artigo. 381, n.º 1 do CPC que se nega, em sede geral e atípica”.

realidade é que, aparentemente, não existe no ordenamento jurídico português uma norma que delimite o regime das ações inibitórias^{17/18}, isto é, a ação de prevenção por excelência.

3. A INEXISTÊNCIA DE UMA AÇÃO DE PREVENÇÃO GENÉRICA

Tendo em consideração a utilidade que reconhecemos à tutela garantida antes da prática antijurídica - a única capaz de evitar de forma plena a lesão dos direitos materiais, e de os preservar in natura - parece-nos questionável por que motivo ainda não se previu no nosso ordenamento jurídico uma ação preventiva genérica.

É que, vejamos, não serve de consolo a mera afirmação de que o ordenamento jurídico reconhece aos sujeitos a titularidade de direitos, é preciso ir mais longe e indicar-lhes os meios através dos quais poderão exercê-los perante a justiça¹⁹.

Entendemos que esta omissão legislativa fica a dever-se, sobretudo, às dificuldades que num plano positivo-concreto se manifestam aquando da tentativa de previsão de uma tutela meramente preventiva é que vejamos, o entendimento dominante sempre foi o de que caberia ao Estado resolver contenciosos e litígios, mas já não evitá-los. Tudo isto, em pleno respeito pela autonomia privada dos particulares²⁰.

Desta forma, entendia-se que só haveria interesse processual em agir quando já se registasse uma violação concreta do direito material invocado na lide o que levava os pensadores a olhar para o processo não como comportando uma “tripla-funcionalidade”, mas sim como “unifuncional”, isto é, como tendo uma função meramente repressiva.

¹⁷ Nesta matéria, assistimos a uma mais evolução do ordenamento jurídico brasileiro que, contrariamente ao português, não só dispõe de um Código de Defesa do Consumidor como no seu artigo. 84.º prevê expressamente a tutela específica e inibitória da violação do direito onde vem preceituado 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” sendo que, o Código de Processo Civil brasileiro, inspirado no preceito do Código de Defesa do Consumidor, estabeleceu, no seu artigo. 461.º (na redação que lhe foi dada pela Lei n.º 8.952 de 1994) que “na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento”.

¹⁸ Importa referir que, não obstante a figura das ações inibitórias ser algo pouco desenvolvido e um tema pouco debatido no nosso ordenamento jurídico, a realidade é que no direito romano, o pretor já decretava inibições e emitia *stipulationes* para que o agente prestasse uma *cautio*. Assim, e tendo em conta o referido, podemos facilmente compreender que já existia uma tutela autónoma de título inibitório

¹⁹ LUÍS MIGUEL MESQUITA, *Lições de Direito Processual Civil...cit.*, pág. 11

²⁰ RUI PINTO, *A questão de mérito...cit.*, pág. 328.

Acontece que, apesar do exposto, não reconhecemos benefícios a cingir o processo a uma função meramente repressiva precisamente – e tal como tivemos oportunidade de analisar – pela incapacidade que a mesma tem de tutelar direitos substantivos que diante da sua natureza se consideram absolutamente invioláveis^{21/22}.

Vejam os que, se não se previsse no nosso ordenamento jurídico uma ação preventiva as normas que proclamam direitos ou objetivam proteger bens fundamentais não teriam qualquer significado prático na medida em que poderiam ser violadas a qualquer momento restando somente o ressarcimento do dano^{23/24}.

Tal como explica PISANI “a relação instrumental entre o direito substantivo e o processo impõe que se consinta a intervenção jurisdicional antes da consumação da violação”.

4. A AÇÃO INIBITÓRIA

Tivemos já oportunidade de reconhecer que ao processo – a engrenagem destinada à resolução de litígios através de sentenças proferidas por terceiros imparciais²⁵ – terá sempre de lhe ser reconhecida uma multifuncionalidade.

Assim, se ao processo há de ser reconhecida uma função de prevenção terá, necessariamente, de se prever uma ação à qual seja possível lançar-se mão quando se registre

²¹ RICARDO ALESSANDRO KERN, “A tutela inibitória do ilícito: apontamentos doutrinários”, *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n.º 3148 (fevereiro de 2012). pág. 5 explica neste sentido que “o processo civil é, essencialmente instrumental, competindo-lhe adaptar-se às necessidades do direito material, sob pena de se fazer frustrar o núcleo essencial do direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e eficaz”.

²² Neste sentido, LUÍZ GUILHERME MARINONI, *Tutela Inibitória...cit.*, pág. 2, refere que a ação inibitória se funda no próprio direito material e isto porque, se várias situações de direito substancial, diante da sua natureza, são absolutamente invioláveis, é evidente a necessidade de se admitir uma ação de conhecimento preventiva. Ora, quando nesta parte do seu estudo o conceituado autor brasileiro se refere a “ação de conhecimento preventiva” parece claro que se está a referir, em concreto, à ação inibitória. Também JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, “Tutela Sancionatória e Tutela Preventiva”, *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, vol. 19 (1979), pág. 121, explica “se não é satisfatória a modalidade tradicional de tutela consistente na aplicação de sanções, quer sob a forma primária da restituição ao estado anterior, quer sob as formas secundárias da reparação ou ressarcimento, o de que precisam os interessados é de remédios judiciais a que possam recorrer antes de consumada a lesão, com o fito de impedi-la, ou quando menos de atalhar-la *incontinenti*, caso já se esteja iniciando. Em vez da tutela sancionatória, a que alguns preferem chamar repressiva, e que pressupõe a violação ocorrida, uma tutela preventiva, legitimada ante a ameaça de violação, ou mais precisamente à vista de sinais inequívocos”.

²³ LUÍZ GUILHERME MARINONI, *Tutela Inibitória...cit.*, pág. 2

²⁴ No sentido de ilustrar o referido LUÍZ GUILHERME MARINONI, *Tutela Inibitória...cit.*, pág. 19 refere um exemplo bastante ilustrativo, o autor questiona “na norma que proíbe a venda de determinado remédio ou produto, reputados nocivos ao consumidor. Caso não existissem ações voltadas a impor a vontade da norma, sempre seria possível a comercialização do remédio ou produto afirmado nocivo pela legislação.”

²⁵ LUÍS MIGUEL MESQUITA, *Lições de Direito Processual Civil...cit.*, pág. 26.

uma ameaça de violação de um direito ainda que a mesma não esteja consumada permitindo ao processo impedir a ocorrência da *futura e previsível* violação direito.

Ora, a ação de prevenção por excelência é, indubitavelmente, a ação inibitória.

4.1. A AÇÃO INIBITÓRIA E AS FONTES DE DIREITO COMPARADO

Toda a reflexão anterior nos permitiu concluir que, de facto a tutela inibitória não se encontra suficientemente consolidada no nosso ordenamento jurídico. Muitos são os que se questionam acerca da bondade do reconhecimento de uma função meramente preventiva ao processo e, portanto, naturalmente, muitos se questionarão acerca da pertinência da previsão de uma ação que visa somente prevenir.

Desta forma, a tarefa comparatística assume especial relevância para o nosso estudo fornecendo-nos a orientação de que precisamos para trilhar o nosso caminho. Como um verdadeiro farol orientador.

O que pretendemos neste capítulo é, portanto, destacar as principais notas características da ação inibitória nos ordenamentos jurídicos onde a mesma tem mais expressão de forma a percebermos o que é que podemos extrair de cada um deles, isto é, o que é que podemos importar para o nosso ordenamento jurídico sem colidir com as nossas próprias linhas orientadoras.

4.1.1. A Ação Inibitória No Direito Italiano

Tal como assistimos no direito português, também o direito italiano não dispõe de um regime geral que discipline o âmbito de aplicação da ação inibitória. Como explica AMEDEO PALUMBO²⁶ na sua tese de doutoramento, o direito italiano é integrado por uma série de disposições que, mesmo utilizando expressões por vezes diversas (“inibição”, “interdição”, etc), acabam por tratar do mesmo fenómeno – a ação inibitória.

Portanto, podemos encontrar no sistema jurídico italiano várias referências, ao longo dos mais diversos textos normativos, à tutela inibitória:

²⁶ AMEDEO PALUMBO *La Tutela Inibitoria*. Roma, Universidade de Roma, 2010, disponível em <https://arcadia.sba.uniroma3.it/bitstream/2307/569/1/LA%20TUTELA%20INIBITORIA.pdf> págs. 7 e 8.

Comecemos por nos deter na análise do artigo 24.º da Constituição da República Italiana (doravante, CRI)²⁷ onde vem expressamente consagrado o direito à tutela jurisdicional efetiva visando garantir a proteção efetiva dos direitos e interesses legalmente reconhecidos²⁸ ora, como é facilmente apreensível, apenas se alcança a tão ansiada “tutela jurisdicional efetiva” quando se prevejam mecanismos de tutela ex ante que visem prevenir a lesão do direito.

A mais da Lei Fundamental Italiana, também no Código Civil Italiano encontramos claras referências à tutela inibitória, referimo-nos, em concreto:

- 1) Ao artigo 2599 onde vem prevista matéria relativa ao combate à concorrência desleal dispendo que quando confrontado com atos de concorrência desleal ao juiz é reconhecida a faculdade de “inibir a continuidade” e aplicar medidas para “eliminar seus efeitos”,
- 2) Ao artigo 2932 e seguintes onde vem prevista a tutela específica dos direitos subjetivos, tutela essa que inclui a adoção de medidas inibitórias destinadas à prevenção da prática de atos ilícitos;
- 3) Ao artigo 2932 que prevê que, nos contratos bilaterais, a parte prejudicada pode exigir a execução da obrigação ou a obtenção de uma sentença que a torne inexigível, além de diligenciar pela reparação dos danos eventualmente sofridos;

Também o Código de Direito do Consumidor italiano (Decreto Legislativo 206/2005), em concreto, o seu artigo 141 prevê as ações inibitórias para prevenir práticas comerciais desleais e proteger os interesses dos consumidores.

Já no que diz respeito à matéria relativa à proteção dos direitos de autor, em concreto, o n.º 1 do artigo 156.º da Lei n.º 633/1941 onde se prevê que quem tenha motivos para recear a violação de algum direito económico tutelado pela lei poderá recorrer a juízo o que, mais uma vez nos leva a concluir que também aqui se prevê o cabimento de uma tutela puramente preventiva.

²⁷ Costituzione Italiana disponível para consulta em: https://www.senato.it/sites/default/files/media-documents/COST_PORTOGHESE.pdf

²⁸ É facilmente apreensível que o correspondente no ordenamento jurídico português a este artigo 24.º da Constituição Italiana é o artigo 20.º da nossa Constituição da República Portuguesa onde, como tivemos já oportunidade de referir vem consagrado o direito fundamental de agir perante a justiça contemplando a garantia de uma tutela efetiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos, preceituando que “a todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direito e interesses legalmente protegidos”.

Atentos a esta panóplia de normas podemos retirar do ordenamento jurídico italiano o mérito de ter previsto que as medidas destinadas a evitar a continuidade da prática do ato ilícito bem como a remoção dos seus efeitos sejam concedidas independentemente de culpa ou potencial dano.

No direito italiano, portanto, a tutela inibitória consubstancia uma ferramenta crucial para prevenir danos, proteger direitos e interesses individuais e coletivos, garantindo uma tutela jurisdicional eficaz.

No âmbito da análise do regime do direito italiano é incontestável a importância de fazer referência a nomes como ALDO FRIGNANI e CRISTINA RAPISARDA que acabaram por ganhar grande destaque internacional ao tratar do tema da ação inibitória.

CRISTINA RAPISARDA caracteriza a ação inibitória como sendo uma tutela preventiva “operante prima della violazione e com effetti diretamente reintegratori dei diritti in ipotesi minacciati”²⁹, a forma como RAPISARDA caracterizou as ações inibitórias influenciou a demais doutrina internacional que passou, unanimemente a olhar para a ação inibitória como o mecanismo jurisdicional que visa garantir a integridade do direito, voltando-se para o futuro, constituindo uma das modalidades de tutela específica³⁰.

4.1.2. A Ação Inibitória No Direito Alemão

No sistema jurídico alemão, a ação inibitória pode ser associada a diversos dispositivos legais, especialmente no âmbito do direito civil e do direito do consumidor.

No entanto, é importante destacar que o direito alemão não possui uma figura exatamente correspondente à ação inibitória tal como ela é conhecida no direito italiano - que já tivemos oportunidade de analisar - ou mesmo no direito brasileiro - que teremos oportunidade de estudar no ponto seguinte.

²⁹ CRISTINA RAPISARDA, *ob. cit.*, págs. 11 e ss.

³⁰ RICARDO ALESSANDRO KERN, *ob. cit.*, neste sentido, também JOÃO ALVES “Algumas notas sobre a tramitação da ação inibitória de cláusulas contratuais gerais”, *Revista do CEJ* número 6, 1.º semestre de 2007, pág. 76 caracteriza a ação inibitória como aquela que “possibilita uma tutela específica, destina-se a assegurar não um sucedâneo para um direito ou interesse violado, mas o gozo do próprio direito”. No mesmo exato sentido, LUIZ GUILHERME MARINONI, *Tutela Inibitória...cit.*, pág. 1, refere-se à tutela inibitória como uma ação de conhecimento “de natureza preventiva, destinada a impedir a prática, repetição ou continuação do ilícito”. ANDRE AFECHÉ PIMENTA, “A tutela inibitória puramente preventiva”, *Conteúdo Jurídico*, Brasília DF: 12 (2013) ressalta neste sentido que “a tutela inibitória veio servir ao grande propósito de preservar direitos que, acaso lesados, não podem ser reparados com precisão”.

Não obstante não se prever no ordenamento jurídico alemão uma figura correspondente à ação inibitória, certas características da mesma podem ser encontradas em determinados institutos jurídicos germânicos que, à semelhança da ação inibitória, visam prevenir a prática de atos ilícitos.

Analisemos, portanto, algumas das fontes de direito alemãs:

1. Começamos pelo Código Civil Alemão (Bürgerliches Gesetzbuch - BGB)³¹:
 - a. O parágrafo 823, em particular, trata de condutas ilícitas e estabelece a obrigação de indenizar os danos causados a terceiros. Ora, embora não esteja prevista uma ação inibitória específica, a responsabilidade civil pode, em certos casos, incluir a obrigação de cessar a conduta lesiva.
 - b. Já no parágrafo 1004 encontramos duas modalidades de tutela específica voltadas à proteção do direito de propriedade: a inibitória e a *reintegratória*. De acordo com este parágrafo, excluídas as hipóteses de esbulho e de retenção da posse, aquele que vir o seu direito de propriedade prejudicado por terceiro pode exigir a remoção da interferência (Beseitigungsklage) ou, se houver receio da repetição ou continuidade da conduta, o proprietário pode preventivamente requerer seja ordenado ao lesante que se abstenha de praticá-la (Unterlassungsklage).
2. À semelhança do Código Civil Alemão, também a Lei contra a Concorrência Desleal³², na sua secção 8 podemos encontrar disposições que visam proibir e prevenir práticas comerciais desleais, nesta secção podemos verificar que segundo estes preceitos normativos, a Autoridade Reguladora bem como os sujeitos prejudicados podem lançar mão de medidas judiciais destinadas a inibir a prática desleal.

4.1.3. A Ação Inibitória No Direito Brasileiro

³¹Bürgerliches Gesetzbuch – BGB. Disponível na sua versão traduzida para inglês em: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.pdf.

³² Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb – UWG, disponível em https://www.gesetze-im-internet.de/uwg_2004/BJNR141400004.html.

É no âmbito do direito brasileiro que a ação inibitória ganha especial expressão, com processualistas de renome como LUÍZ GUILHERME MARINONI a debaterem-se acerca dos contornos que esta tão enigmática figura assume.

São várias as referências à tutela inibitória o que indicia, desde logo, que a ação inibitória é uma ferramenta importante no direito brasileiro, sendo aplicada em diversas áreas para prevenir danos e proteger interesses individuais, coletivos e difusos.

À semelhança dos ordenamentos jurídicos português e italiano em que não existe um regime geral que discipline o âmbito de aplicação da ação inibitória, também no direito brasileiro a base legal da ação preventiva por excelência está distribuída por vários dispositivos normativos: na Constituição Federal Brasileira, no Código de Processo Civil, no Código de Defesa do Consumidor e na Lei da Ação Civil Pública.

Vejamos então:

À semelhança do artigo 20.º da Constituição da República Portuguesa onde vem consagrado o direito fundamental de agir perante a justiça contempla a garantia de uma tutela efetiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos, preceituando que “a todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direito e interesses legalmente protegidos”, também o artigo 5.º da Constituição da República Federativa do Brasil (doravante CRFB)³³ assegura o direito à reparação integral dos danos materiais e morais portanto, em correlação direta com o princípio da prevenção.

No entanto, a previsão da tutela inibitória nos diplomas legais brasileiros não se esgota neste artigo. 5.º da CRFB. Muitas são as manifestações da tutela preventiva ao longo do Código de Processo Civil brasileiro (doravante CPCB):

- (i) Olhemos, desde logo para o artigo. 461.º do CPCB onde vem prevista a possibilidade de o juiz a conceder a tutela específica para inibir a prática de ato, de modo a fazer cessar a ameaça, ou a impedir a sua repetição;
- (ii) Também o artigo 804.º do já referido CPCB prevê a possibilidade de concessão de *liminar* em ações que visem a inibir atos ilícitos. A *liminar* pode ser concedida quando houver prova inequívoca da verossimilhança da alegação e fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

³³Diploma disponível para consulta em:
https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf.

A mais do previsto no CPCB, as referências à tutela inibitória propagam-se, ainda, por várias leis avulsas: exemplo disso é a Lei da Ação Civil Pública³⁴ que no seu artigo 12 prevê a aplicação da tutela inibitória como forma de impedir a continuidade de lesões aos interesses difusos coletivos e individuais homogêneos. Já o artigo 13 da mesma Lei da Ação Civil Pública faz referência à tutela inibitória de forma a esclarecer que é possível a cumulação da tutela preventiva com o pedido de indenização por danos materiais e morais de forma a que se consiga alcançar a reparação integral diante de violações.

Referência, neste contexto, ainda, ao Código brasileiro de Defesa do Consumidor³⁵ que comporta várias disposições específicas relativas à tutela inibitória em prol da defesa daqueles que, historicamente, ocupam uma posição de fragilidade: os consumidores.

5. A AÇÃO INIBITÓRIA NO DIREITO PORTUGUÊS

Feito este brevíssimo excursus sobre o direito comparado, podemos concluir que a previsão, um ponto por todo o mundo, de uma ação destinada a inibir condutas fez emergir um novo paradigma no direito demonstrando que não apenas a violação do direito é objeto de tutela jurisdicional, mas também a ameaça de violação que permite a preservação do direito *in natura*³⁶.

Tendo por base as fontes internacionais que tivemos oportunidade de referir, estamos, agora, em condições de olhar para dentro.

Olhamos para dentro partindo de um paradigma:

*A ação inibitória, independentemente do ordenamento jurídico em que estejamos incluídos, representará, sempre, um verdadeiro mecanismo de salvaguarda do direito material destinando-se, essencialmente à tutela de direitos não patrimoniais na medida em que, se entende que a prevenção é inerente a qualquer direito de cunho não patrimonial sendo o direito à tutela inibitória conatural a estes mesmos direitos*³⁷.

³⁴ Lei n.º 7.347/85 disponível para consulta em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17347orig.htm.

³⁵ Disponível para consulta em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm.

³⁶ RUI PINTO, *A questão de mérito...cit.*, pág. 28.

³⁷ LUÍZ GUILHERME MARINONI, “Ações inibitória e de ressarcimento na forma específica no Anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos para a Iberoamérica (art. 7.º)”, *Rio de Janeiro: Revista Forense*, 2005, vol. 381, pág. 122, neste sentido, explica que “os direitos transindividuais exigem que sejam evitadas condutas que possam lesá-los. Deste modo, são instituídas normas de direito material que proíbem ou impõem determinadas ações. Como já foi dito, estas normas possuem caráter preventivo. Com efeito, se um direito não patrimonial, para ser efetivo, depende da sua inviolabilidade, as normas materiais de imposição ou proibição

A doutrina portuguesa, claramente inspirada pelos ordenamentos jurídicos que tivemos oportunidade de estudar tem vindo, sistematicamente, a afirmar que as ações inibitórias se caracterizam por se prescindir da violação atual do direito, pedindo-se a condenação in futuro com base na previsão ou probabilidade de ocorrência dessa violação.

Portanto, o interesse em agir numa ação inibitória basta-se com o perfilhamento fundado da ideia de que o réu poderá com a alguma probabilidade vir a adotar as condutas ilícitas que a ação visa prevenir ou seja, que existe uma ameaça de ocorrência de uma conduta ilícita, não se exigindo a iminência da violação dos direitos ou mesmo uma violação consumada³⁸.

Portanto, é ponto assente que no ordenamento jurídico português a ação inibitória é encarada como aquela que visa assegurar, em tempo anterior à sua lesão, a efetividade dos direitos tutelando adequada e oportunamente o *jus prohibendi* dele resultante e obtendo a realização da garantia constitucional da tutela jurisdicional efetiva, neste caso, preventiva³⁹.

5.1. A TUTELA DO ILÍCITO NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS

Se a ação inibitória, como vimos, se destina a prevenir uma conduta contrária ao direito, portanto, se destina a prevenir pura e simplesmente a “*antijuridicidade*” então, podemos retirar desta nota regimentar uma conclusão teórica com efeitos práticos muito relevantes em matéria de ónus probatório é que, assim sendo, o autor necessita apenas de demonstrar ser titular de um interesse tutelado juridicamente e que o mesmo se encontra a ser ameaçado.

Portanto, se com a ação inibitória não se visa prevenir o dano que eventualmente possa advir da conduta antijurídica, sobre o autor da mesma não recairá o ónus de demonstrar a

de condutas prestam verdadeira tutela preventiva aos direitos transindividuais (...). A questão que mais interessa surge quando é necessária a atuação jurisdicional. Deixe-se claro, em um primeiro momento, que, para a efetividade do direito não-patrimonial, não importa a existência de norma material capaz de lhe outorgar prevenção. É que a tutela inibitória é inerente a todo e qualquer direito não patrimonial e as modernas Constituições garantem o direito à tutela jurisdicional efetiva, a legislação processual está obrigada a instituir técnicas processuais realmente capazes de prestá-la”. No mesmo sentido, ANDRE AFECHÉ PIMENTA, ob. cit., elucida-nos para o facto de que, “diversos interesses e direitos, principalmente os chamados coletivos lato sensu, não podem ter a sua reparação convertida em pecúnia. A resolução dos litígios em perdas e danos remonta a um processo civilista tradicional em que todos os direitos possuíam certo trifamento pecuniário, visão essa incompatível com um processo moderno, preocupado com o acesso à justiça efetivo.

³⁸ Acórdão do STJ, processo 11/20.0YHL.SB.L1.S1 de 21 de junho de 2022, relator NUNO PINTO DE OLIVEIRA no mesmo sentido foi a decisão proferida pelo Acórdão do STJ, processo n.º 225/20.2YHLSB.SI de 09 de dezembro de 2021 relatado por MANUEL CAPELO.

³⁹ Acórdão do STJ, processo 11/20.0YHL.SB.L1.S1 de 21 de junho de 2022, relator NUNO PINTO DE OLIVEIRA.

potencialidade danosa da conduta ilícita apontada e isto, precisamente, porque os danos, assim como a culpa e o dolo, para o estudo da tutela inibitória assumem exclusivamente caráter secundário enquanto efeito provável do ilícito, nunca o seu elemento identificador.

Ou seja, a ameaça do ilícito na tutela preventiva deve ser pensada e estudada independentemente do resultado danoso, que, inclusive, pode ou não estar presente.

5.1.1. A Ilícitude Enquanto Pressuposto Autónomo

A questão que se coloca neste momento do nosso estudo prende-se com a possibilidade de abarcarmos no nosso ordenamento jurídico uma ação que se destina exclusivamente a prevenir o ilícito e que, para o seu prosseguimento, basta a prova da plausibilidade da prática de um ato contrário ao direito, invocado pelo autor sem que seja necessário que dessa conduta, ferida de ilicitude, resultem danos.

Incontestável é que tudo dependerá, da forma como concebemos o ilícito.

Ora, se não entendermos a ilicitude como um pressuposto que goza de total autonomia em relação aos demais pressupostos da responsabilidade, a realidade é que, não podemos assumir que a ação inibitória, pelo menos nos moldes a que a mesma é concebida nos demais ordenamentos jurídicos, tem cabimento no nosso sistema.

E isto porque, não sendo um elemento autónomo, o ónus probatório que recai sobre o autor da ação nunca poderá bastar-se pela demonstração da possibilidade da prática de uma conduta antijurídica, terá, necessariamente, de se fazer prova de que a conduta ilícita resultou de uma conduta dolosa ou negligente.

Portanto, neste ponto do nosso estudo a análise recairá sobre o conceito de *ilícito* e a forma como o compreendemos até porque, não podemos correr o risco de importar a ação inibitória e, nas palavras de Eça de Queiroz, ela ficar-nos curta nas mangas.

Importa, neste momento, voltarmos à análise dos preceitos orientadores do ordenamento jurídico alemão, de forma a percebermos como estes constroem a narrativa em torno na problemática relativa ao ilícito.

Relevante é, começar por referir que no ordenamento jurídico alemão a doutrina opõe a *Lehre von Erfolgsunrecht/ Erfolgsunrechtlehre* à *Lehre von Verhaltensunrecht/ Verhaltensunrechtlehre* sendo que a questão que se coloca é a de saber se a ilicitude assenta no resultado produzido ou na conduta do agente.

Esta distinção irá fazer-nos ponderar se, baseados na lição de WELZEL, faria sentido adotarmos a doutrina da ação final passando a considerar o dolo e a negligência por referência à ilicitude (adotando a teoria da ilicitude da conduta)⁴⁰.

Ora, se adotássemos a *teoria da ilicitude da conduta*, um determinado facto apenas seria ilícito se tivesse sido praticado com dolo ou negligência. Assim a consequência deste entendimento seria a de que, para que pudesse ser proposta a ação inibitória, a mais da prova da probabilidade da prática de um ato ilícito ou da repetição ou continuação da atuação ilícita, seria indispensável a prova de que a conduta ilícita resultou de uma atuação dolosa ou negligente⁴¹.

É facilmente apreensível que, a adotarmos a *teoria da ilicitude da conduta* teríamos, necessariamente, de admitir uma “quebra de unidade fundamental no conceito de ilicitude”⁴² perdendo-se a clareza da bipartição entre os dois pressupostos delituais.

Não obstante as bases sólidas que se reconhecem à teoria da ilicitude da conduta, entendemos deverem manter-se cindidos os pressupostos delituais, tal como expresso no modelo proposto por IHERING⁴³.

Assim, tendemos a pender para a adoção da *teoria da doutrina da ilicitude do resultado* para a qual, basta a violação do direito ou do bem jurídico tutelado para que se afirme a ilicitude o que não significa que o resultado constitua um efeito afastado ou longínquo da conduta⁴⁴.

MAFALDA MIRANDA BARBOSA explica, no sentido do posicionamento que adotamos em relação ao tema, que “é viável continuar a defender-se uma ilicitude preferencialmente ancorada no resultado”⁴⁵ não obstante, a opção pela tese da ilicitude colimada no resultado não ser um obstáculo a que se fale ao nível deste pressuposto da responsabilidade de um desvalor de conduta⁴⁶.

⁴⁰ MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “Entre a ilicitude e o dano”, *Revista de Direito da Responsabilidade*, ano 1, 2019, pág. 10.

⁴¹ JORGE SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Almedina, Coimbra, 1989, pág. 300, refere neste sentido que “a conduta deveria estar em contradição com uma norma do ordenamento no próprio momento da ação e não somente em atenção ao resultado lesivo posteriormente verificado”.

⁴² JORGE SINDE MONTEIRO, *ob. cit.*, pág. 303

⁴³ MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Do nexo de causalidade ao nexo de imputação: contributo para a compreensão da natureza binária e personalística do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual*, Coimbra, 2013, pág. 576.

⁴⁴ JORGE SINDE MONTEIRO, *ob. cit.*, pág. 305

⁴⁵ MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “Entre a ilicitude e o dano”, *cit.*, pág. 15

⁴⁶ MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “Entre a ilicitude e o dano”, *cit.*, pág. 16.

Aquilo que importa aferir de momento é se a ilicitude se pode entender, verdadeiramente, como um requisito autónomo de precedência de uma pretensão de forma que possamos admitir abarcar no nosso ordenamento jurídico uma tutela exclusivamente do ilícito.

Neste contexto, importa, então, esclarecer os contornos em que se perspetiva a ilicitude no ordenamento jurídico português.

Como explica MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “do ponto de vista do titular de um direito subjetivo que, com a sua atuação lesa um terceiro, a ilicitude colima-se no mau uso da sua liberdade”⁴⁷. Ora, assim sendo, como explica a autora, a desvelação da ilicitude não fica dependente da aferição da culpa⁴⁸ e, por isso mesmo, do dolo, negligência e, conseqüentemente, do dano que possivelmente venha a resultar da prática da conduta antijurídica.

Assim, é ponto assente que defendemos um modelo bipartido entre ilicitude e culpa o que nos leva a concluir que se verifica a ocorrência de um ato ilícito sempre que é praticado um ato contrário ao direito e isto independentemente de associado à prática do ato contrário ao direito, se verificar um resultado lesivo ou se conclua pela existência dos elementos subjetivos da culpa e dolo.

5.2. A ILICITUDE COMO UM CONCEITO AUTÓNOMO

Delimitado que está o conceito de ilicitude enquanto conceito autónomo parece claro que podemos concluir a nossa reflexão num sentido positivo admitindo que é possível abarcarmos no nosso ordenamento jurídico uma tutela exclusivamente do ilícito.

Desta conclusão podemos retirar uma outra: para a propositura de uma ação inibitória basta que se verifique um *juízo de plausibilidade* da futura ocorrência do ilícito em si, mesmo isto é, a prova da futura prática de um ato contrário ao direito independentemente da ocorrência de um qualquer ato lesivo resultante da referida conduta.

Assim, tal como se adota no ordenamento jurídico brasileiro, a tutela inibitória, voltada exclusivamente para o futuro, nada terá que ver com ressarcimento de dano e, por consequência, com os elementos para a imputação *ressarcitória* de culpa e dolo⁴⁹.

⁴⁷ MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Do nexo de causalidade ao nexo de imputação..cit.*,pág. 580.

⁴⁸ MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Do nexo de causalidade ao nexo de imputação..cit.*,pág. 580.

⁴⁹ PAULO ROGÉRIO DE OLIVEIRA, “Aspetos da tutela inibitória, Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça”, *Lex*: 230, pág. 13. No mesmo sentido, JOÃO ALVES ob. cit., pág. 77 prontamente nos elucida para o facto de

Concebemos, desta forma, a tutela inibitória como aquela que apenas se atém ao ato potencial em si mesmo, independentemente da culpa do réu.

É, portanto, pacífico que o pressuposto geral de cabimento da tutela inibitória corresponde à intenção de evitar a ocorrência, continuidade ou repetição do ilícito, baseada num fundado temor de que isso possa acontecer⁵⁰.

Desta forma, o objetivo de prevenção da ilicitude consubstancia um elemento indissociável da tutela inibitória. O simples facto de ser instaurada com base na previsão de violação do direito não basta para que exista uma individualização da mesma na medida em que este também consubstancia um dos pressupostos do pedido de condenação ao pagamento de prestações futuras o qual possui a diferença de ser deflagrado para reagir ao possível incumprimento.

Para além da nota de que a prevenção da ilicitude é um elemento indissociável da tutela inibitória, é igualmente importante referir que o facto de entendermos a tutela inibitória como correspondente à intenção de evitar a ocorrência, continuidade ou repetição do ilícito levamos a retirar duas conclusões importantes:

(1) a primeira prende-se com o facto de que a mesma consubstancia uma tutela que se volta para o futuro⁵¹;

(2) a segunda relaciona-se diretamente com a (des)necessidade de ressarcimento de danos que possam advir da conduta ilícita isto porque, a mais mediática característica da tutela inibitória e que a diferencia dos demais tipos de tutelas, prende-se com o facto de que a tutela inibitória não requer sequer a probabilidade de dano, basta a simples probabilidade de ilícito^{52/53} isto significa que o autor da ação inibitória fica dispensado de invocar o dano para obter a tutela inibitória⁵⁴.

que, as ações inibitórias não têm por finalidade a reintegração ou mesmo a reparação do direito violado e, portanto, não se exige a ocorrência de prejuízos (danos), a ação inibitória visa somente evitar que o ato ilícito venha a ocorrer, continue ou se repita.

⁵⁰ Neste sentido LUIZ GUILHERME MARINONI, *Tutela Inibitória...cit.*, pág. 4, refere que “a ação inibitória se volta contra a probabilidade do ilícito, ainda que se trate de repetição ou continuação”

⁵¹ Neste sentido, JOÃO ALVES, ob. cit., pág. 76, diz-nos, precisamente que a ação inibitória se caracteriza por estar voltada para o futuro.

⁵² LUIZ GUILHERME MARINONI, *Tutela Inibitória...cit.*, pág. 4.

⁵³ LUIZ GUILHERME MARINONI, *Tutela Inibitória... cit.*, pág. 4, neste sentido explica que “se há um direito que exclui um fazer, ou uma norma definindo que algo não pode ser feito, a mera probabilidade de ato contrário ao direito – e não de dano – é suficiente para a tutela jurisdicional inibitória!

⁵⁴ JOÃO ALVES, ob. cit., pág. 77 explica que “as ações inibitórias não têm por fim reintegrar ou reparar o direito violado, logo, não se exige a ocorrência de prejuízos, visam somente, evitar que o ato ilícito venha a ocorrer, continue ou se repita”.

LUIZ GUILHERME MARINONI justifica a necessidade exclusiva de cognição ao ato contrário ao direito portanto, à ilicitude com auxílio de dois argumentos: (1) um primeiro argumento prende-se com o facto de que, restringir a cognição à prática de um ato ilícito é a única forma de realizar o desejo da norma que estabelece uma proibição precisamente para evitar o dano⁵⁵; (2) um segundo argumento diz diretamente respeito ao facto de, em determinados casos serem proibidas ações contrárias ao direito independentemente de provocarem efeitos danosos⁵⁶.

5.3. O INTERESSE EM AGIR

Importa, agora, recuperarmos uma reflexão feita no ponto 3 da presente dissertação e a qual faz sentido debatermos neste ponto do nosso estudo.

No ponto 3 deixámos a nota de que há pensadores do direito que entendiam que só haveria interesse processual em agir quando já se registasse uma violação concreta do direito material invocado na lide o que nos levava a olhar para o processo não como comportando uma *tripla-funcionalidade*, mas sim como *unifuncional*, isto é, como tendo uma função meramente repressiva não existindo, portanto, cabimento para a previsão de uma ação meramente preventiva.

Incontestável, é, a necessidade de fazermos um trabalho de desconstrução desta ideia até porque, só “*re-conceitualizando*” este pressuposto processual é que poderemos admitir a previsão de uma ação que será intentada antes mesmo da existência da violação de um qualquer direito: ora, o *interesse em agir* ou *interesse processual* ou, *necessidade de proteção jurídica* (expressões usadas para definir o mesmíssimo pressuposto processual), ainda que consubstancie um pressuposto que não esteja previsto do CPC é considerado pela doutrina e pela jurisprudência como consistindo na “necessidade de usar o processo, de instaurar ou de fazer prosseguir a ação”^{57/58}.

⁵⁵ JOÃO ALVES, ob. cit., pág. 77 no sentido do exposto refere que “a ação inibitória não tem o prejuízo ou a sua probabilidade como pressuposto, devido à necessidade de dar efetividade à lei”.

⁵⁶ LUIZ GUILHERME MARINONI, *Tutela Inibitória...cit.*, pág. 5.

⁵⁷ MANUEL DE ANDRADE (com a colaboração de João de Matos Antunes Varela), *Noções elementares de processo civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 1979, pág. 79

⁵⁸ ANTUNES VARELA ANTUNES VARELA, J. MIGUEL BEZERRA, SAMPAIO E NORA, *Manual de processo civil*, Coimbra Editora. Coimbra. 1985, págs. 179 a180

Portanto, há interesse processual quando, nas palavras de JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA / JOSÉ MIGUEL BEZERRA / SAMPAIO E NORA⁵⁹ a situação de carência em que o autor se encontra necessita de intervenção dos tribunais.

Exige-se, portanto, por força do requisito do interesse processual uma necessidade razoável, justificada, fundada de lançar mão do processo ou de fazer prosseguir a ação – mas não mais do que isso.

Ora, a discussão aguça-se quanto a este pressuposto quando, para certos nomes da doutrina portuguesa, entre os corolários do mesmo está o de que o autor de uma ação de condenação apenas terá interesse em agir desde que alegue a violação do seu direito⁶⁰, esta posição alastra-se à jurisprudência: o Acórdão do STJ de 21 de abril de 2022, proferido no processo n.º 40/20.3YHLSB.L1.S1 refere que: “a razão determinante do interesse em agir é, por regra, a delimitação desse interesse a um quadro de violação efetiva dos direitos invocados visando a sua reparação”.

No entanto, o já citado Acórdão do STJ de 21 de abril de 2022 vai mais longe afirmando, que a razão determinante do interesse em agir é, por regra, a delimitação desse interesse a um quadro de violação efetiva dos direitos invocados visando a sua reparação *ou aos casos destinados a prevenir a violação consistentes em ameaça séria, real e atual, traduzida na alegação e prova de indícios suficientes*.

Daqui podemos retirar uma nota de extrema relevância para o nosso estudo é que: se é certo que a doutrina e a jurisprudência são unânimes no sentido de afirmarem que o interesse em agir tem como corolário a violação efetiva dos direitos invocados em sede de articulados; a realidade é que a visão do processo como sendo “*trifuncional*” e a permanente busca pelo alcance da tutela efetiva dos direitos (incluindo daqueles que são absolutamente invioláveis) nos permite alargar o conceito de interesse processual reconhecendo-se que, nas ações de condenação preventivas basta a ameaça de violação, traduzida na previsão ou na probabilidade da sua ocorrência para que se considere preenchido o pressuposto processual do interesse em agir.

⁵⁹ ANTUNES VARELA ANTUNES VARELA, J. MIGUEL BEZERRA, SAMPAIO E NORA, *ob. cit.*, págs. 180 e 181.

⁶⁰ MANUEL DE ANDRADE (com a colaboração de João de Matos Antunes Varela), *ob. cit.*, pág. 80; ou por ANTUNES VARELA ANTUNES VARELA, J. MIGUEL BEZERRA, SAMPAIO E NORA, *ob. cit.*, págs. 182.

6. MODALIDADES DA TUTELA INIBITÓRIA

Feito que está um breve percurso introdutório destinado, sobretudo, à contextualização da ação inibitória e à explanação das suas notas identificadoras incumbe-nos agora centrarmo-nos na análise das várias modalidades da tutela inibitória.

A tutela inibitória pode, de facto, atuar de três maneiras distintas⁶¹ consoante as suas finalidades:

- (i) Podemos ter uma tutela inibitória destinada a impedir a prática de ilícito, trata-se da denominada *tutela inibitória pura*, a tutela inibitória preventiva.
- (ii) A mais da tutela inibitória preventiva ou pura, podemos ter uma tutela destinada a *inibir a repetição do ilícito*;
- (iii) E, por fim, uma tutela destinada a *inibir a continuação da ação ilícita*.

6.1. A TUTELA INIBITÓRIA PURA

Na tutela inibitória pura, portanto, aquela que se volta diretamente contra a prática do ato ilícito não se registou anteriormente uma qualquer violação de uma norma, portanto, não houve a prática de qualquer ato contrário ao direito por parte do demandado na ação, no entanto, regista-se uma ameaça de prática de ato ferido de ilicitude por parte do mesmo.

Daqui podemos facilmente concluir que a tutela inibitória puramente preventiva consubstancia o arquétipo de ação com eficácia para a prevenção absoluta de qualquer lesão a direitos materiais em especial aqueles que são absolutamente irreparáveis.

6.2. TUTELA INIBITÓRIA CONTRA A REPETIÇÃO DO ILÍCITO

No que concerne à tutela inibitória contra a repetição do ilícito, esta modalidade refere-se a casos nos quais o demandado na ação já praticou anteriormente um ato contrário ao direito, havendo fortes indícios de que ele possa repetir a conduta ilícita.

6.3. TUTELA INIBITÓRIA CONTRA A CONTINUAÇÃO DO ILÍCITO

⁶¹ LUÍZ GUILHERME MARINONI, *Tutela Inibitória...cit.*, pág. 5.

Por fim, a tutela contra a continuação do ilícito aborda situações em que ocorre um ato continuado de incumprimento do estabelecido na ordem jurídica. Este tipo de tutela visa interromper e prevenir a persistência de comportamentos que contrariam as normas legais, buscando assegurar a conformidade contínua com os preceitos jurídicos estabelecidos.

6.4. A PROVA DO PERIGO DE PREJUÍZO

Vimos já que são três as modalidades de tutela inibitória, que têm como base um aspecto comum: a prevenção da conduta antijurídica, o ponto central é o de que “o caráter preventivo é uma particularidade de todas as pretensões de inibição”⁶²

Aquilo sobre o qual neste ponto do nosso estudo releva refletir são os aspectos que separam estas três modalidades, aspectos estes que, em termos teóricos assumem pouca relevância, mas que em termos práticos assumem máximo interesse especialmente para o autor da ação inibitória.

É incontestável que, quando pensamos em diferenças com relevância prática no que concerne às três modalidades de ação inibitória, somos de imediato remetidos para a questão da prova e isto porque, como refere LUÍZ GUILHERME MARINONI, “as três modalidades de ação inibitória se diferenciam na medida em que se distingue o que nelas deve ser provado”.

Tal facto é facilmente apreensível e isto porque, se no que diz respeito à modalidade de ação inibitória de repetição do ilícito ou de inibição da continuação do ilícito a prova da ameaça de repetição do ilícito ou de continuação da prática do ato contrário ao direito é mais simples porque já houve a prática de um ato antijurídico; a verdade é que, quando se trata da ação inibitória pura, portanto, aquela que é proposta antes mesmo de se ter verificado qualquer conduta contrária ao direito a prova da ameaça da prática de ato ilícito é mais difícil.

⁶² ZU DE TERMINOLOGIE, cit, pág. 382

7. A AÇÃO INIBITÓRIA QUANDO INSERIDA NO ÂMBITO DA NATUREZA TRÍPLICE DA TUTELA PROCESSUAL

Feito todo este percurso, importa agora aferir se a ação inibitória, enquanto tutela específica se inclui em alguma das três espécies distintas de tutela processual cível, isto é, na tutela declarativa, na tutela executiva ou mesmo na tutela cautelar⁶³.

7.1. A TUTELA INIBITÓRIA E A TUTELA CAUTELAR

Começemos então por perceber se se justifica a existência da ação inibitória quando dispomos no nosso sistema de uma tutela cautelar, isto é, quando podemos lançar mão das denominadas providências cautelares⁶⁴.

Vejamos que, quando lançamos mão das providências cautelares, o fundamento jurídico subjacente é a proibição de ingerência ilícita ou *neaminem non laedere* a um direito subjetivo concretamente invocado sendo que o fundamento de facto é o perigo de ingerência.

A proibição de ingerência ilícita a um direito subjetivo confere relevância jurídica ao perigo de ingerência e o perigo de ingerência leva-nos à configuração final de medida adequada de tutela⁶⁵.

Ora, no que diz respeito à ação inibitória, a mesma compartilha dos mesmos fundamentos jurídico e de facto: tanto as providências cautelares como a ação inibitória desempenham uma *função de prevenção material* e ambas *pressupõem o perigo de violação* visando prevenir o perigo de repetição ou o perigo de primeira verificação desse⁶⁶.

⁶³ Como explica LUÍS MIGUEL MESQUITA, *As ações declarativas – A tutela processual declarativa, 3ª lição*, Coimbra, pág. 2, “esta tipicidade de tutela jurisdicional cível resulta, desde logo, do artigo. 2.º, n.º 2 do CPC: a ação, enquanto meio ou instrumento processual, destina-se a *reconhecer, prevenir ou reparar a violação de um direito (tutela declarativa); a realizar coercivamente o direito (tutela executiva); ou, até, a acautelar o efeito útil da ação ou assegurar provisoriamente o direito (tutela cautelar)*. Temos, assim, três vias ou remédios para o restabelecimento ou para a cura dos nossos direitos: a tutela declarativa consegue-se através da proposição de uma ação declarativa; a tutela executiva consegue-se através da proposição de uma ação executiva e, por fim, a tutela cautelar é obtida por via dos denominados procedimentos cautelares.”

⁶⁴ Esta análise ganha especial relevância quando, na prática, assistimos a uma discussão doutrinal que culmina com a existência de duas posições distintas quanto a esta matéria isto é, quanto à relação entre a tutela cautelar e a tutela inibitória é que vejamos, se por um lado temos aqueles que defendem uma posição de mútua exclusão entre as duas tutelas numa visão dualista da função preventiva do processo; por outro, temos quem adote uma posição de inclusão de uma na outra, seja por recondução da tutela cautelar à tutela inibitória seja por recondução da tutela inibitória à tutela cautelar fundada na existência de uma forma geral de tutela preventiva de conteúdo inibitório atuando tanto em sede provisória ou cautelar quando em via definitiva ou principal..

⁶⁵ RUI PINTO, *A questão de mérito...cit.*, pág. 421.

⁶⁶ Como explica RUI PINTO, *A questão de mérito...cit.*, “é inegável uma certa similitude literal e provavelmente funcional, que não pode ser ignorada, com o enunciado do art. 381.º: sempre que alguém mostre fundado receio

Acontece que, apesar da função da ação inibitória e das providências cautelares serem idênticas, a realidade é que muitos são os pontos de dissemelhança entre as mesmas e, por isso mesmo, não acreditamos, em consonância com o que defende a doutrina majoritária portuguesa e brasileira, que se possa dispensar a previsão, no nosso sistema processual, de uma ação inibitória na medida em que a sua utilidade prática não é posta em causa com a previsão das providências cautelares.

Neste sentido, justifica-se, neste ponto do nosso estudo, uma breve passagem sobre algumas das notas caracterizadoras das providências cautelares de forma que possamos fazer o necessário contraponto com o regime das ações inibitórias.

7.1.1. *A Dependência*

ANTUNES VARELA reconhecia às providências cautelares um fim último de “impedir que durante a pendência de qualquer ação declarativa ou executiva, a situação de facto se altere de modo que a sentença nela proferida, sendo favorável, perca toda a sua eficiência ou parte dela.

Pretende-se deste modo combater o *periculum in mora* (o prejuízo de demora inevitável do processo), a fim de que a sentença não se torne numa decisão puramente platónica”⁶⁷. Ora, isto significa que as providências cautelares dependem sempre da existência de uma ação principal.

A nota da dependência que se reconhece às providências cautelares resulta desde logo do artigo. 364.º do CPC que epigrafa de “relação entre o procedimento cautelar e a ação principal” e que no seu n.º 1 vem preceituado que “o procedimento cautelar é dependência de uma causa que tenha por fundamento o direito acautelado e pode ser instaurado como preliminar ou como incidente de ação declarativa ou executiva”; no n.º 2 o legislador vai mais longe e trata a providência cautelar como um procedimento “*apensado aos autos*”.

Há quem diga, de forma muito literal que a “tutela cautelar serve o processo” e isto, desde logo, porque este instrumento foi criado com vista a garantir a utilidade prática do

de que outrem cause lesão grave e dificilmente reparável ao seu direito, pode requerer a providência conservatória ou antecipatória concretamente adequada a assegurar a efetividade do direito ameaçado”.

⁶⁷ ANTUNES VARELA ANTUNES VARELA, J. MIGUEL BEZERRA, SAMPAIO E NORA, *ob. cit.*, pág. 23.

processo principal, consubstancia, um bem processual de que a parte dispõe⁶⁸ para salvaguardar o direito material que se pretende ver reconhecido na ação principal⁶⁹.

Entende-se que a dependência, característica das providências cautelares é um corolário da provisoriedade das mesmas. O procedimento cautelar nunca surge por si, tem de ser pensado em conjunto com a ação definitiva, aquela que processualmente se denomina de ação principal⁷⁰ daí que – como explica ANSELMO CASTRO⁷¹ – as mesmas sejam definidas como verdadeiros procedimentos e não como ações precisamente porque carecem da autonomia característica destas últimas.

No polo oposto, a ação inibitória caracteriza-se, precisamente, por – como se refere na gíria brasileira – possuir um *cunho satisfativo* ou seja, isto significa que a tutela inibitória basta por si só para a satisfação do direito material voltando-se, diretamente, à prevenção da prática do ilícito.

Estas notas permitem-nos concluir que se é certo que as providências cautelares jamais se desprenderão da sua nota de dependência, a ação inibitória, na medida em que “satisfaz por si só o direito de tutela jurisdicional do autor e assim lhe é bastante”, não compartilha desta característica, por isso mesmo, não se confunde com essa figura.

7.1.2. A “Instrumentalidade”

Vimos já que a “tutela cautelar serve o processo” e isto, desde logo, porque este instrumento foi criado com vista a garantir a utilidade prática do processo principal⁷², consubstancia, um bem processual de que a parte dispõe para salvaguardar o direito material que se pretende ver reconhecido na ação principal.

⁶⁸ Neste contexto, notemos o que refere M. PRAZERES BELEZA quando esclarece que as providências cautelares “não são verdadeiras ações, nem comuns nem especiais, nem declarativas nem executivas”

⁶⁹ Neste sentido, LUÍS MIGUEL MESQUITA, *Os procedimentos cautelares...cit.*, pág. 90 refere que “qualquer procedimento cautelar é, em princípio, um mero apêndice (ou “satélite”) de um processo onde se vai averiguar com a máxima profundidade, a real existência da pretensão do requerente”.

⁷⁰ Neste sentido JOÃO ALVES, ob. cit., pág. 76, ainda que numa análise meramente simplista do tema, afirma que a ação inibitória se distingue da providência cautelar por estar dependente de uma ação principal.

⁷¹ ANSELMO CASTRO, *Direito Processual Civil declaratório I*, Almedina, Coimbra (1981), págs. 129 e ss.

⁷² Neste mesmo sentido, JOÃO BATISTA LOPES E MARIA ELIZABETH DE CASTRO LOPES, “A Tutela Inibitória”, *Enciclopédia Jurídica da PUCSP*, referem que a tutela cautelar tem como finalidade “preservar a garantia da utilidade do processo” sendo que, mais adiante no seu estudo os autores elaboram referindo, neste sentido que, a tutela cautelar “tem o escopo de garantir o resultado útil do processo, evitando que a demora cause prejuízo irreparável ou de difícil reparação” afirmação que nos remete, novamente, para a reafirmação da tutela cautelar como uma tutela instrumental ao processo principal.

Ora, também vimos que a ação inibitória consubstancia uma ação principal na medida em que, basta por si só para satisfazer o direito de tutela jurisdicional do autor, portanto, *a contrario sensu*, a ação inibitória não é mais vista como um bem processual de que a parte dispõe para salvaguardar o direito material que se pretende ver reconhecido é, sim, o mecanismo capaz de reconhecer diretamente o direito material invocado pelo autor e digno de tutela jurisdiciona⁷³.

7.1.3. Os Requisitos

Mas, note-se que, os pontos de dissemelhança não se ficam pelas notas caracterizadoras destes dois institutos, estendem-se, também, aos requisitos que têm de estar preenchidos para que se possa lançar mão do instituto processual instrumental bem como, da ação inibitória.

Começemos por nos centrar na análise dos requisitos gerais da tutela cautelar fazendo, durante esse percurso, a necessária contraposição com os pressupostos exigidos para que todos aqueles que tenham legitimidade processual possam intentar uma ação inibitória em sede própria.

São dois os pressupostos das providências cautelares: (1) *fumus boni iuris* (previsto na primeira parte do n.º 1 do artigo. 36.º do CPC e artigo. 368.º n.º 1 do CPC) e, (2) *periculum in mora* (previsto no artigo. 362.º n.º 1 do CPC, artigo. 365.º n.º 1, in fine do CPC e artigo. 368.º n.º 1, in fine do CPC). A mais destes dois pressupostos é ainda necessário, para que seja possível decretar-se uma determinada providência cautelar, que seja respeitado o princípio da proporcionalidade.

7.1.3.1. *Fumus Boni Iuris*

Podemos ler, na parte final do n.º 1 do artigo, 365.º do CPC que epigrafa de “processamento” que o requerente (da providência cautelar) “*oferece prova sumária do direito ameaçado e justifica o receio da lesão*”.

⁷³ Neste sentido RUI PINTO, *A questão de mérito...cit.*, pág. 422, elucida-nos, no sentido de que, “as ações inibitórias são autónomas e as providências cautelares diz-se que são instrumentais de uma outra ação e achariam nesse ponto a sua utilidade específica”

No mesmo sentido, no n.º 1 do artigo. 368.º do CPC que epigrafa de *deferimento e substituição da providência* vem estipulado que a “providência é decretada desde que haja probabilidade séria da existência do direito e se mostre suficientemente fundado o receio da sua lesão”.

Da análise dos supracitados preceitos normativos podemos concluir que, em primeiro lugar, para que seja decretada pelo juiz uma providência cautelar é apenas necessário que se faça prova sumária da titularidade do direito que se pretende acautelar.

Ora, recuando um pouco no nosso estudo, importa relembrar o seguinte: para que a parte possa estar legitimada a intentar uma ação inibitória basta a prova da plausibilidade de violação do direito ou da prática de um ato antijurídico, portanto, podemos afirmar que à semelhança do que se regista no âmbito das providências cautelares, também na ação inibitória o juiz leva a cabo uma *sumario cognitio* questionando se é *provável* ou *plausível* que o demandado em sede de ação inibitória venha a praticar aquela conduta antijurídica.

Entendemos, na esteira de LUÍS MIGUEL MESQUITA que quando no âmbito do seu estudo analisa o requisito do *fumus boni iuris* da tutela cautelar, na ação inibitória, tal como no âmbito do decretamento das providências cautelares “tem de funcionar a capacidade intuitiva do juiz (o do seu “sexto sentido”, diríamos), o poder de vislumbrar o “fogo” (ou seja, o direito) por entre as “nuvens de fumo”, quer dizer, por entre os meros indícios, vestígios ou puros começos de prova. Basta o “fumo do bom direito”, pois, como a experiência dita, “onde há fumo, há fogo”⁷⁴ .

À semelhança do que se processa no decretamento das providências cautelares, no âmbito da tutela inibitória requer-se ao juiz que leve a cabo um *juízo ex post*, deslocando-se mentalmente para o futuro vislumbrando, desde logo, o que ainda não é inteiramente visível: a prática da conduta antijurídica (no caso da tutela inibitória).

Não se exige ao juiz, no âmbito da tutela cautelar uma absoluta certeza quanto à existência do direito alegado pelo autor na ação principal, exige-se apenas que se verifique a aparência do direito⁷⁵; já no âmbito da tutela inibitória, as coisas processam-se de forma idêntica e isto porque, não se exige ao juiz que tenha plena certeza de que o réu vai praticar o ato contrário ao direito, aquilo que se exige é a plausibilidade de violação do direito.

⁷⁴ LUÍS MIGUEL MESQUITA, *Os procedimentos cautelares...cit.*, pág. 94.

⁷⁵ LUÍS MIGUEL MESQUITA, *Os procedimentos cautelares...cit.*, págs. 94 e 95.

7.1.3.2. *Periculum In Mora*

Mas, se com a análise do primeiro requisito geral da tutela cautelar – *fumus boni iuris* – podemos assumir que a linha que separa a tutela inibitória da tutela cautelar é uma linha ténue, a realidade é que essa separação se exalta abrindo-se um verdadeiro foço entre estas duas figuras quando analisamos o segundo requisito da tutela cautelar: o *periculum in mora*.

Preceitua o artigo. 362.º n.º 1 do CPC que “sempre que alguém mostre fundado receio de que outrem cause lesão grave e dificilmente reparável ao seu direito, pode requerer a providência conservatória ou antecipatória concretamente adequada a assegurar a efetividade do direito ameaçado.”, também no artigo. 365.º n.º 1 *in fine* do CPC, o legislador faz especial referência ao “receio de lesão” e o mesmo se verifica no artigo. 368.º n.º1, *in fine* do CPC, onde se volta a acentuar a necessidade de demonstração do “fundado receio” de lesão do direito.

Assim, podemos facilmente compreender que o *periculum in mora* corresponde, precisamente, ao fundado receio de lesão grave e dificilmente reparável de um direito a que se refere a norma ou seja, exige-se a demonstração perante o tribunal de que existe um forte risco de a morosidade do processo principal vir a revelar-se fatal para o seu direito ou interesse⁷⁶

Este pressuposto é constituído por dois elementos essenciais: (1) a *demora* e (2) o *dano*. Note-se que, a providência cautelar apenas pode ser decretada quando em causa esteja a possibilidade de ocorrência de um dano que seja *grave e irreparável* ou de difícil reparação. Daqui podemos retirar uma importante conclusão: as providências cautelares centram-se, necessariamente, na ocorrência de um efeito danoso.

Ora, a tutela inibitória, como vimos, não possui o dano como pressuposto, na medida em que a ação inibitória lida com o perigo de ingerência enquanto perigo de ilicitude e não enquanto perigo de dano.

Isto é, para que se alcance a tutela inibitória basta a mera ameaça de violação do direito ou seja, a mera ocorrência de um ilícito⁷⁷ seja este um ilícito grave ou não⁷⁸.

⁷⁶ ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil anotado*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, vol. I, pág. 677.

⁷⁷ Como refere RUI PINTO, *A questão de mérito...cit.*, pág. 422, “enquanto das ações inibitórias têm por objeto da prevenção a ocorrência do ilícito, já as providências cautelares centram-se na ocorrência de um efeito danoso adveniente desse ilícito.

⁷⁸ Neste sentido RUI PINTO, *A questão de mérito...cit.*, identifica como um subponto de distinção entre as providências cautelares e a ação inibitória a diferente gravidade dos efeitos negativos sobre os bens jurídicos que é exigida num e noutro tipo de tutela, como explica o citado autor, “a relevância em sede inibitória de um

Portanto, feito este percurso analítico, não restam dúvidas de que a tutela inibitória se afasta da tutela cautelar⁷⁹ sendo duas figuras processuais distintas ainda que com traços comuns.

7.2. A TUTELA INIBITÓRIA E AS AÇÕES DECLARATIVAS

Tivemos já oportunidade, no presente estudo, de concluir que a previsão de uma ação inibitória no âmbito de um sistema processual que dispõe de meios de prevenção como a tutela cautelar não é redundante justificando-se pelas notas diferenciadoras que se registam relativamente a estas duas formas de tutela.

Importa agora aferir se a ação inibitória se inclui no âmbito das ações declarativas.

Para tal importa começar por perceber o verdadeiro sentido destas ações. Para LUÍS MIGUEL MESQUITA, nas ações declarativas o autor pretende obter uma sentença que tutele a sua concreta pretensão.

Como bem explica LEBRE DE FREITAS, a sequência processual dirige-se a finalidades diversificadas, consoante o tipo de pedido que o autor formula ao tribunal ao instaurar o

perigo de ilícito basta-se, de modo indiferenciado, com um qualquer ilícito, e não com um ilícito grave; ao contrario, frequentemente o dano a evitar pela providência cautelar não pode ser um dano qualquer ou simples mas, um dano que diríamos ser qualificado: grave e dificilmente reparável (artigo. 381 n.º 1 do Código Civil), irreparável (artigo. 700.º do Código de Processo Civil), substancial (parágrafo 935.º do Zivilprozessordnung). Daqui resulta, nomeadamente, que enquanto em sede de ação inibitória se pode pedir a proibição de comportamentos que gerem danos suscetíveis de reparação in natura, a mesma proibição já não se pode pedir em sede cautelar pois aí o dano não é grave ou irreparável”.

⁷⁹ JOÃO BATISTA LOPES E MARIA ELIZABETH DE CASTRO LOPES, ob. cit., pág. 8 não têm dúvidas quanto a este ponto quando afirmam com clareza que a “tutela inibitória e a tutela cautelar são espécies diferentes de tutela jurisdicional diferenciada que apresentam traços próprios e inconfundíveis” sendo que, mais à frente na sua exposição vão mais longe afirmando, inclusive, que, a tutela inibitória é uma modalidade de tutela que se “extrema da tutela cautelar”. O mesmo entendimento é partilhado por LUIZ GUILHERME MARINONI, “Tutela Inibitória: Individual e Coletiva”, *Revista dos Tribunais*; 1ª edição (1 janeiro 2012) pág. 241. quando afirma que “parece não haver dúvida de que a ação inibitória, compreendida como ação autónoma e independente de qualquer ação principal, não pode ser confundida como ação cautelar” e o mesmo é defendido por JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, *Direito e Processo Influência do Direito Material Sobre o Processo*, Malheiros (12 agosto 2006), pág. 127 quando esclarece que a “tutela preventiva não se confunde com a tutela cautelar. Aquela constitui remédio voltado à proteção direta da situação material em si; é definitiva, não tem característica de *instrumentalidade* hipotética e é *satisfativa*”. Também neste sentido vai NUNO PINTO OLIVEIRA relator do já citado Acórdão do STJ, processo n.º 11/20.0YHLSB.L1.81 de 21 de junho de 2022, disponível para consulta em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/15961ee5668e206c80258868005bf7b1?OpenDocument&Highlight=0,Ação,inibitória> quando afirma que As ações inibitórias preventivas, que são as que visam impedir a prática (preventivas) ou a continuação de um ilícito (repressivas), não se confundem com a tutela cautelar. As ações inibitórias preventivas são as que especialmente se adequam ao exercício do *jus prohibendi* que resulta de uma patente.

processo⁸⁰ sendo que são três os pedidos que podem ser deduzidos no âmbito de uma ação declarativa:

- (i) pode ser um pedido de simples apreciação que origina a *ação de simples apreciação*;
- (ii) Pode ser um pedido condenatório fundamentador da *ação de condenação* ou;
- (iii) Pode ser um pedido constitutivo que serve de base à *ação constitutiva*.

É, precisamente, no artigo. 10.º do CPC que epigrafa de *espécies de ações, consoante o seu fim* que podemos encontrar a distinção entre ações declarativas e ações executivas e, dentro das ações declarativas, a distinção entre as ações de simples apreciação, de condenação e constitutivas.

7.3. A TUTELA INIBITÓRIA E AS AÇÕES DE SIMPLES APRECIÇÃO

Na ação de simples apreciação positiva ou negativa, o autor pede ao tribunal que declare a existência ou inexistência de um direito ou de um facto jurídico, portanto, têm um fim único na medida em que o autor tem simplesmente em vista pôr termo a uma determinada situação de incerteza que o prejudica. Daí que, o interesse em agir quando em causa estão ações de simples apreciação positiva ou negativa se traduz no estado de dúvida ou incerteza jurídica que justifica o recurso à via judicial⁸¹, isto é, como explica ALBERTO DOS REIS, “na ação de simples apreciação o autor tem simplesmente em vista pôr termo a uma incerteza que o prejudica: incerteza sobre a existência de um direito ou de um facto”^{82/83}.

Com a mera caracterização da ação de simples apreciação positiva ou negativa somos capazes de fazer a separação desta com a ação inibitória é que vejamos, como já tivemos oportunidade de referir, a ação inibitória visa, em primeira linha, a prevenção do ilícito; já a ação declarativa de simples apreciação tem um alcance limitado na medida em que se restringe à declaração de existência ou inexistência de um direito não se centrando sequer na verificação de existência ou inexistência do ilícito.

⁸⁰ JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *ob. cit.*, pág. 31.

⁸¹ PAULO PIMENTA, *Processo Civil Declarativo*, Almedina, 2ª edição, págs. 39 e ss.

⁸² ALBERTO DOS REIS, *ob. cit.*, pág. 22.

⁸³ Nesta sequência, CRISTINA RAPISARDA, *ob. cit.*, pág. 30, de forma bastante clara, afirma que a ação de simples apreciação visa apenas “restabelecer, de modo certo, os limites que separam as respetivas esferas jurídicas das partes”

Como explica LEBRE DE FREITAS⁸⁴, a ação de simples apreciação exige uma situação de incerteza objetivamente grave, de modo a justificar a intervenção judicial assim, podemos afirmar que com a ação de simples apreciação se visa eliminar uma incerteza objetiva sobre a situação jurídica do autor⁸⁵.

Não obstante esta distinção de princípio, é incontestável afirmarmos que a ação de simples apreciação, tal como a ação inibitória, desempenha uma função preventiva na medida em que visa afastar uma ameaça ou risco de uma interferência ilícita de terceiro em esfera alheia.

No entanto, a realidade é que a providência de tutela decretada nas ações de simples apreciação consubstancia uma simples declaração quanto à existência do direito não indo além da mera declaração extrapolando para a concreta condenação em inibição como ocorre no âmbito das ações inibitórias.

Assim, em jeito de nota conclusiva, podemos afirmar, baseados no estudo desenvolvido por RAPISARDA⁸⁶, que os efeitos que se pretendem alcançar com a ação inibitória se afastam dos efeitos que se pretendem obter com a ação de simples apreciação e isto porque na ação inibitória se impõe uma obrigação de comportamento que o sujeito passivo da ação deverá, no futuro atender, por sua vez; na ação de simples apreciação negativa há uma simples afirmação da liberdade da esfera jurídica do ator perante os limites ou prejuízos que derivam do comportamento alheio, sem nenhuma fixação de obrigações jurídicas.

O mesmo se verifica na ação de simples apreciação positiva em que o autor obtém uma certeza quanto à titularidade de uma vantagem jurídica, mas não uma concreta imposição de cessar a atuação⁸⁷.

⁸⁴ LEBRE DE FREITAS, *ob. cit.* pág., 27, nota 17.

⁸⁵ RUI PINTO, *A questão de mérito...cit.*, pág. 345.

⁸⁶ CRISTINA RAPISARDA, *ob. cit.*, pág. 120.

⁸⁷ Neste âmbito LUÍS MIGUEL MESQUITA, *As ações declarativas...cit.*, págs. 71 e 72, vai mais longe afirmando que “na linha do princípio do pedido (...): limitando-se o autor a pedir a declaração da existência ou inexistência de um direito, o juiz não pode, na sentença, condenar o réu a praticar certo facto ou a abster-se de determinados comportamentos. O juiz tem, pois, de limitar-se, sob pena de a sentença ser nula, a declarar a existência ou a inexistência do direito ou a existência ou inexistência de um facto. Nada mais do que isto. Se o autor, por exemplo, se limitou a pedir a declaração do seu direito de propriedade, o tribunal fica impossibilitado de condenar o demandado a não atravessar, no futuro, a propriedade. Na verdade, bem ou mal, o autor entendeu que a mera declaração judicial era suficiente para pôr termo a futuras violações”.

7.4. A TUTELA INIBITÓRIA E AS AÇÕES DECLARATIVAS CONSTITUTIVAS

O artigo. 10.º n.º 3, alínea. c) do CPC legitima os chamados pedidos de natureza constitutiva, pedidos estes que se diferenciam tanto dos pedidos de mera apreciação como dos pedidos de condenação. A base distintiva entre a ação inibitória e as ações declarativas constitutivas encontra-se no facto de na ação constitutiva o autor pedir através de sentença, a constituição, a extinção ou a modificação de uma relação jurídica substantiva⁸⁸.

Como explica LEBRE DE FREITAS⁸⁹, pela ação constitutiva exerce-se um direito potestativo de exercício judicial sendo que além do juízo prévio sobre a existência do direito potestativo, através desta ação visa-se fundamentalmente definir seja para o futuro ou retroativamente a situação jurídica constitutiva⁹⁰.

Ora, assim sendo, podemos concluir com segurança que se o efeito útil desta ação se alcança através das meras palavras escritas do juiz que criam, extinguem ou modificam o direito não sendo necessária a condenação do réu a praticar ou a abster-se de praticar um qualquer ato então, a ação constitutiva em nada se confunde com a ação inibitória onde, como vimos, se pretende a condenação do réu com efeitos para o futuro a abster-se de praticar atos contrários ao direito.

Portanto, na ação inibitória não basta que o juiz redija uma sentença afirmando que o ato que previsivelmente o réu vai praticar é ilícito porque contrário ao direito, é preciso ir mais longe condenado o réu a abster-se de praticar esse mesmo ato.

7.5. A TUTELA INIBITÓRIA E AS AÇÕES DECLARATIVAS DE CONDENAÇÃO

Continua LEBRE DE FREITAS a sua exposição acerca das várias espécies de ações, mas agora centrando-se na referência à ação de condenação onde, segundo o supracitado autor se vai mais longe: desta ação pretende-se fundamentalmente, que em sua consequência, se condene o réu na prestação de uma coisa ou de um facto.

⁸⁸ LUÍS MIGUEL MESQUITA, *As ações declarativas...cit.*, pág. 80

⁸⁹ LEBRE DE FREITAS, *ob. cit.*, pág. 33

⁹⁰ LEBRE DE FREITAS, *ob. cit.*, pág. 34

Pressuposto lógico da condenação é a violação de um direito, portanto, nestas o autor vai em busca de uma tutela para um evento ilícito ou danoso já exaurido⁹¹, o autor vai em busca de uma tutela para um litígio.

Assim, numa primeira análise – e, portanto, meramente perfunctória – podemos afirmar que à semelhança das ações de simples apreciação e das ações constitutivas, também as ações de condenação se distinguem das ações inibitórias precisamente porque nestas últimas se visa alcançar uma tutela para um evento futuro, isto é, para impedir a prática, no futuro, de um ato contrário ao direito sem que esteja pressuposta, sequer, a existência de um litígio⁹².

Acontece que, como explica LEBRE DE FREITAS, não é necessário que a violação esteja consumada à data do recurso a juízo ou mesmo à data da sentença⁹³. A ação de condenação pode, de facto, ter lugar na previsão da violação do direito, dando então lugar a uma intimação ao réu para que se abstenha de o violar.

Portanto, trata-se daquilo que RAPISARDA⁹⁴ designa por *azione di remozione*. Assim, é facilmente apreensível que quando no âmbito de uma ação de condenação o autor pede a condenação do réu a abster-se de praticar certos atos no futuro nos encontramos no âmbito da tutela inibitória e do pedido inibitório⁹⁵.

Assim, lado a lado com a doutrina maioritária, podemos afirmar que não restam dúvidas de que, se a tutela inibitória se destina a impedir a prática, repetição ou continuação do ilícito

⁹¹ RUI PINTO, *A questão de mérito...cit.*, pág. 352.

⁹² A este propósito, façamos especial referência ao Acórdão do STJ de 21 de junho de 2022, processo n.º 11/20.0YHLSB.L1.S1 onde o juiz relator NUNO PINTO OLIVEIRA faz uma breve reflexão quanto à necessidade de existência de um litígio para que haja ação. Afirma a sentença recorrida que “inexiste um litígio” que coubesse ao tribunal solucionar, o que implicaria a absolvição das Recorridas do pedido, mas em lado algum do nosso ordenamento se estabelece a pré-existência de um “litígio” como pressuposto do direito de ação ou do pedido. Mais se refere que, o CPC só emprega a palavra “litígio” para designar o conjunto das posições das partes no processo – ou seja, o próprio pleito, que a Sentença recorrida aliás identifica concreta e perfeitamente no seu relatório, denunciando que o litígio, claro, existe (e note-se que estamos no contexto de uma ação contestada...). Há então que visitar o conceito de ações preventivas de condenação, repetida e enfaticamente consagradas no nosso ordenamento jurídico e.g. nos artigos 20.º, n.º 5 da CRP, 2.º, n.º 2 e 10.º, n.º 3, alínea b) do CPC e artigo 3.º, n.º 1 da Lei 62/2011. Estas normas apenas exigem que se verifique um risco de violação (ameaça) e não que a violação seja iminente (o que seria até incoerente na medida em que uma ação de condenação, pelo tempo que demora a ser julgada, não pode constituir um meio adequado a prevenir uma violação que se apresente como iminente...)

⁹³ Como explica LUÍS MIGUEL MESQUITA, *As ações declarativas...cit.*, pág. 76, “tradicionalmente, associa-se a condenação (e a correspondente ação) a uma violação efetiva de um direito perpetrada pelo réu. Por exemplo, este não pagou dentro do prazo, a dívida que tinha para com o autor; ou, noutro exemplo, não restituiu, a tempo e horas, uma coisa pertencente a este, ou causou danos nessa coisa, etc, etc. Mas a ação de condenação pode também destinar-se a afastar ou a tentar evitar um comportamento futuro do demandado suscetível de ofender um direito. Por isso o artigo. 10.º, n.º 3, alínea. b) do CPC, nos diz que a ação de condenação pressupõe ou prevê a ofensa de um direito”.

⁹⁴ CRISTINA RAPISARDA, *ob. cit.*, 121.

⁹⁵ LUIZ MARINONI, *Técnica processual e tutela dos direitos*, AAFDL Editora, 2020, págs. 174 e ss.

e a ação de condenação na sua vertente preventiva visa a condenação do réu na abstenção da prática de determinados atos no futuro então estamos a tratar de duas ações que se confundem por se tratar do mesmo tipo de tutela.

No entanto, este entendimento não é unânime há quem defenda que neste tipo de ações - as ações de condenação repressivas - o autor pede uma tutela para os efeitos presentes e passados de um evento ilícito que ainda não se efetivou⁹⁶. Assim, se na *azione di remozione* se requer uma tutela para efeitos presentes isto significa que também não podemos entender a ação inibitória como uma *azione di remozione* ou uma ação de condenação negativa na medida em que, como vimos a ação inibitória consubstancia uma tutela que se volta exclusivamente para o futuro.

Não partilhamos deste último pensamento. Entendemos que tecnicamente, a ação inibitória consubstancia, verdadeiramente, uma ação declarativa de condenação em facto negativo.

⁹⁶ RUI PINTO, *A questão de mérito...cit.*, pág. 353.

CAPÍTULO II

Concluído que está o percurso sobre as notas fundamentais que se reconhecem à ação inibitória, temos agora as bases necessárias para percebermos, na prática, de que forma é que a ação inibitória ganha efetividade.

Centraremos, agora, o nosso estudo num campo onde a ação inibitória em Portugal tem ganho cada vez mais expressão observando, como é que os tribunais e, em concreto, o juiz trata esta tão enigmática figura processual.

É, então, o tempo de nos debruçarmos sobre o regime das cláusulas contratuais gerais e, em especial, sobre a ação inibitória do uso ou recomendação de cláusulas contratuais gerais abusivas percebendo os seus contornos práticos e analisando um tema que na doutrina tem gerado controvérsia e que se prende, precisamente, com os efeitos da sentença inibitória.

8. CONTRATOS DE ADESÃO E CLÁUSULAS CONTRATUAIS GERAIS

Se é certo que o presente trabalho de investigação não se centra na discussão acerca do conteúdo e especificidades do contrato de adesão ou das cláusulas contratuais gerais, a verdade é que se torna indispensável dedicar alguns pontos da presente exposição à análise destas figuras que serão, efetivamente, uma ponte de ligação para o tema central da segunda parte da nossa exposição⁹⁷.

Começamos por dedicar o nosso estudo à figura do *contrato de adesão* e, para tal, é imprescindível fazer alusão aos fenómenos de massificação da produção e do consumo característicos das sociedades industriais e pós-industriais na medida em que, os contratos de adesão são consequência da emergência da *sociedade de massas* que trouxe a si associada uma verdadeira viragem de paradigma.

O fenómeno de massificação do consumo significou um aumento bastante significativo da celebração de negócios jurídicos podemos mesmo dizer que se assistiu a uma verdadeira massificação do comércio jurídico⁹⁸.

⁹⁷ A discussão acerca da eficácia da declaração por decisão inibitória de nulidade de uma Cláusula Contratual Geral perante um profissional não demandado na ação.

⁹⁸ ALMENO DE SÁ, *Cláusulas contratuais gerais e diretiva sobre cláusulas abusivas*, 2a edição, Almedina, Coimbra, 1955-2005., pág. 164.

Ora, este aumento exponencial da contratação trouxe a si associadas necessidades prementes de racionalização, planeamento, celeridade e eficácia às quais a negociação individualizada dos contratos (que acarreta custos avultados e, acima de tudo, um dispêndio de tempo considerável) não permitia dar resposta.

Com a urgência que se sentia em atender a estas necessidades deixou desde logo de ser viável manter a negociação individualizada dos contratos.

Neste contexto “começaram a surgir e a multiplicar-se no comércio jurídico os casos em que a *lex contractus* é praticamente elaborada por um só dos contraentes, sem nenhum debate prévio acerca do seu conteúdo”⁹⁹. Portanto, assistimos à adaptação do contrato de forma a acompanhar a mudança dos tempos ajustando-se funcionalmente às atuais estruturas de produção económica e à distribuição de bens e serviços¹⁰⁰.

O surgimento na vida moderna deste tipo de contratos deveu-se sobretudo à vantagem que advinha para as empresas e para a vida económica na organização, racionalização e normalização da atividade contratual dirigida a um número elevado e indeterminado de destinatários. A mais disso, surge essencialmente pela insuficiência dos tipos contratuais legalmente previstos para cobrir satisfatoriamente as formas negociais surgidas na vida económica¹⁰¹.

Apesar das vantagens que estas novas formas de contratar representam, a verdade é que ganhando-se rapidez na contratação acabou por se perder num outro ponto absolutamente central; ANTUNES VARELA¹⁰², refere-se a esta nova realidade contratual como uma verdadeira limitação de facto à liberdade contratual¹⁰³ isto porque, se é certo que

⁹⁹ ANTUNES VARELA, *Das obrigações em Geral*, Vol. 1, 10ª Edição, Almedina, Coimbra, 2000, pág. 252.

¹⁰⁰ MARGARIDA DE MENEZES LEITÃO, “Clausulas Contratuais Gerais e Negócio Jurídico Bancário”, *Data Venia nob*, pág. 154 – no sentido de demonstrar a adaptação do contrato às atuais estruturas de produção económica e à distribuição de bens e serviços, a autora dá-nos alguns exemplos: “à produção e distribuição standard corresponde, no plano negocial, a contratação standard: produção em massa, distribuição em cadeia, contratos em série”.

¹⁰¹ MARGARIDA DE MENEZES LEITÃO, *ob. cit.*, pág. 134.

¹⁰² ANTUNES VARELA, *ob. cit.*, págs. 252 a 254.

¹⁰³ ALMENO DE SÁ, *ob. cit.*, pág. 163, diz-nos que a liberdade contratual constitui “um dos princípios básicos do direito privado. Na sua plena aceção, ela postula negociações preliminares íntegras ao fim das quais as partes, tendo ponderado os respetivos interesses e os diversos meios de os prosseguir, assumem, com discernimento e liberdade, determinadas estipulações”. Este princípio está consagrado no artigo 405.º do Código Civil, prescreve o nº1 do referido preceito normativo que “dentro dos limites da lei, as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, celebrar contratos diferentes dos previstos neste código e incluir nestes as cláusulas que lhes aprouver”. Portanto, podemos desta análise concluir que a técnica de contratação prevista no Código Civil pressupõe que ambas as partes negociais têm liberdade (nomeadamente) de estipulação. Acontece que na moderna sociedade de massas em que nos integramos, às partes, por vezes, não é dada liberdade de estipulação do conteúdo do contrato, prescinde-se, verdadeiramente, da chamada *fase de negociação*. Os

a formação do contrato (pelo menos na sua formação tradicional) é normalmente precedida de uma livre discussão entre as partes sobre o teor de cada uma das cláusulas contratuais (fase de negociação) a verdade é que neste tipo de contratos o outro contraente – que não o predisponente¹⁰⁴ - tem apenas liberdade de aceitar ou não o contrato que lhe é apresentado¹⁰⁵ sendo que esta liberdade - nomeadamente quando um determinado profissional detém o monopólio sobre aquele serviço que, não raras vezes, é absolutamente essencial - é, em grande medida, precária¹⁰⁶.

A questão é que, não obstante este facto, os contratos de adesão não podem ser banidos da nossa ordem jurídica, como explica ANTÓNIO PINTO MONTEIRO¹⁰⁷, “os contratos de adesão são uma prática irreversível e ineliminável, destinada a satisfazer interesses objetivamente justificados das empresas”.

Assim sendo, terá de se encontrar uma solução equilibrada que, tendo em conta a necessidade de termos na nossa ordem jurídica este tipo de técnicas de contratação pelas vantagens que delas advém, tenha especial prudência na regulação desta figura pelos possíveis perigos que este domínio da contratação pode acarretar.

Ora a estes contratos que contém cláusulas previamente redigidas por apenas uma das

contratos de adesão são o exemplo claro de contratação sem precedência de qualquer fase de negociação representando, desta forma, uma limitação clara à liberdade contratual.

¹⁰⁴ Predisponente é aquele que predispõe unilateralmente as cláusulas.

¹⁰⁵ Também neste sentido, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “Contratos de adesão: o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo decreto-lei nº 446/85, de 25 de outubro”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 46 (1986), págs. 740 e 741 nos alerta precisamente para esta problemática da contratação standard é que nesta, a liberdade do aderente fica “praticamente limitada a aceitar ou rejeitar, sem poder realmente interferir, ou interferir de forma significativa, na conformação do conteúdo negocial que lhe é proposto, visto que o emitente das “condições gerais” não está disposto a alterá-las ou a negociá-las”.

¹⁰⁶ Podemos falar aqui de casos em que os consumidores, necessitados de celebrar o contrato (pela essencialidade do serviço) são forçados a aceitar o modelo que lhe é imposto pelo profissional o que significa que, muitas vezes, a liberdade de celebrar ou não o contrato vê-se, também ela, limitada. MARGARIDA DE MENEZES LEITÃO, ob. cit., pág. 135 – elenca ainda, a mais da restrição à liberdade factual de contratar do consumidor individual quatro outros perigos que podem advir do recurso a este tipo de contratos: este podem acarretar por um lado a “alteração das soluções equilibradas (apesar de supletivas) consagradas na lei, com favorecimento unilateral do emitente do formulário contratual”; podem ainda significar “uma possível cartelização integral de setores económicos, através de impressos idênticos em todas as empresas, de tal modo que quem os recusar exclui-se do tráfico jurídico”; a mais disso pode ainda significar a “criação, por entidades privadas de regras que, de facto, se assemelham ao direito imperativo estadual” e; talvez o maior receio que existe neste tipo de contratação, “(...) o contrato contém, por vezes, cláusulas de que o utente do bem ou serviço não se apercebe, disseminadas como estão no amplo contexto do contrato e impressas em caracteres de leitura não convidativa, além de frequentemente estarem redigidas em termos técnicos, dificilmente acessíveis a não especialistas”.

¹⁰⁷ ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “Contratos de adesão: o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo decreto-lei nº 446/85, de 25 de outubro”, cit., pág. 741.

partes – tratam-se, *hoc sensu*, de cláusulas contratuais gerais - sem que a contraparte negocial possa alterá-las, portanto, contratos que se impõem em bloco à contraparte sem que a mesma tenha possibilidade de negociar, deu-se a designação, como tivemos oportunidade de adiantar *supra*, de *contratos de adesão*.

Os contratos de adesão representam uma verdadeira “manifestação jurídica da moderna vida económica”¹⁰⁸, um modo de contratação típico da sociedade industrial moderna.

A fórmula *contratos de adesão* exprime a posição da contraparte – cuja liberdade se limita à adesão ou rejeição do contrato, os particulares são apenas livres de aderir ao modelo que lhes é oferecido ou de o rejeitar não tendo liberdade para discutir ou alterar o ordenamento negocial apresentado – e realçar o significado da aceitação, isto é, a adesão a cláusulas que são previamente redigidas e formuladas pela contraparte negocial ou, até mesmo, por terceiro¹⁰⁹.

Dedicámo-nos à análise das vantagens e desvantagens que desta técnica de contratação advêm; tivemos, ainda, oportunidade de dedicar um parágrafo ao exame da própria designação dada a este tipo de contratos.

Desta feita, é tempo de nos centrarmos na sua definição.

Neste ponto seguimos a noção avançada por ANTUNES VARELA que apesar do lapso temporal que nos separa do momento da sua formulação, a mesma não perdeu a sua atualidade.

Entenda-se, por conseguinte, que contrato de adesão é “aquele em que um dos contraentes – o cliente, o consumidor – como sucede, por exemplo na generalidade dos contratos de seguro e de transporte por via aérea, férrea ou marítima ou dos contratos bancários, não tendo a menor participação na preparação e redação das respetivas cláusulas, se limita a aceitar o texto que o outro contraente oferece, em massa, ao público interessado”¹¹⁰.

Assim sendo, podemos em jeito de síntese conclusiva identificar três características essenciais dos contratos de adesão: a *pré-disposição* na medida em que são elaboradas, previamente à celebração do contrato, cláusulas que integrarão o conteúdo de todos os

¹⁰⁸ Célebre subtítulo de um estudo desenvolvido por CARLOS MOTA PINTO sobre esta temática.

¹⁰⁹ ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “O novo regime jurídico dos contratos de adesão/ cláusulas contratuais gerais”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Vol. I, Ano 62 (2002).

¹¹⁰ ANTUNES VARELA, *ob. cit.*, págs. 252 e 253.

contratos – ou de certa categoria de contratos – a celebrar no futuro; a *unilateralidade* que exalta do facto de apenas uma das partes negociais – o predisponente ou terceiro – redigir as referidas cláusulas sem que o aderente/consumidor/particular o possa auxiliar nessa atividade e; a *rigidez* que é realçada pela impossibilidade de o aderente/consumidor/particular negociar ou alterar o conteúdo do contrato que lhe é apresentado¹¹¹.

Caraterizado que está o contrato de adesão façamos agora referência a uma outra figura que lhe anda quase sempre associada: as *cláusulas contratuais gerais*.

Quando *supra* tivemos oportunidade de refletir sobre as especificidades e conteúdo dos contratos de adesão acabámos por, em certa medida, levantar o pano que cobre a figura das cláusulas contratuais gerais antecipando, ainda que superficialmente, a análise das suas especificidades.

As cláusulas contratuais gerais são cláusulas que se caraterizam por serem previamente elaboradas tendo em vista a celebração – no futuro – de um conjunto de contratos que serão, em regra, de adesão. Como tal, regra geral (veremos mais à frente que nem sempre será assim), os contratos de adesão são constituídos por cláusulas contratuais gerais.

De notar que o legislador português não estipulou uma qualquer definição para a figura das cláusulas contratuais gerais apenas descreveu o fenómeno que pretendeu regular¹¹², portanto, compete à jurisprudência e à doutrina um verdadeiro *refining* do conceito¹¹³.

ALMENO DE SÁ¹¹⁴ define as cláusulas contratuais gerais como sendo “estipulações predispostas em vista de uma pluralidade de contratos ou de uma generalidade de pessoas, para serem aceites em bloco, sem negociação individualizada ou possibilidade de alterações singulares”¹¹⁵.

Podemos então caraterizar as cláusulas contratuais gerais recorrendo à mobilização das suas caraterísticas essenciais: a *pré-formulação*¹¹⁶, isto é, são cláusulas formuladas

¹¹¹ ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “O novo regime jurídico dos contratos de adesão/ cláusulas contratuais gerais”, cit.

¹¹² ALMENO DE SÁ, ob. cit., pág. 211.

¹¹³ ALMENO DE SÁ, ob. cit., pág. 212.

¹¹⁴ ALMENO DE SÁ, ob. cit., pág. 212.

¹¹⁵ Também ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português I*, Almedina, 1999, pág. 353, nos dá uma definição para a figura das cláusulas contratuais gerais, este diz-nos que as cláusulas contratuais gerais são “proposições pré-elaboradas que proponentes ou destinatários indeterminados se limitam a propor ou a aceitar”.

¹¹⁶ Importa neste ponto deixar uma nota importante que se prende com o facto de, apesar de muitas vezes pensarmos que as cláusulas são pré-formuladas pelo predisponente, isto é, uma das partes negociais, a verdade é que isto nem sempre se passa desta forma; muitas vezes acontece que são associações representativas – que

antes mesmo de existir uma relação contratual; a *imodificabilidade/ ne varietur* portanto, o particular/aderente/consumidor não tem liberdade de modificar o conteúdo das cláusulas e; a *generalidade e indeterminação* o que significa, por um lado, que estas são redigidas com o objetivo de fazerem parte de todos ou de uma determinada categoria de contratos que o predisponente venha a realizar no futuro e, por outro, caracterizam-se ainda pela sua indeterminação o que significa que as cláusulas contratuais gerais são redigidas para um número não individualizado de pessoas¹¹⁷.

8.1. CONTRATOS DE ADESÃO E CLÁUSULAS CONTRATUAIS GERAIS – DOIS CONCEITOS QUE DESIGNAM A MESMA REALIDADE?

De facto, aquilo que dissemos acerca dos contratos de adesão aplica-se quase integralmente às cláusulas contratuais gerais e a verdade é que no ordenamento jurídico português o legislador não estabelece de forma clara a distinção entre cláusulas contratuais gerais e contratos de adesão.

Esta falta de regulamentação deixa à doutrina um campo propício para a reflexão e para o debate: há quem entenda que existe verdadeiramente uma equivalência entre o instituto das cláusulas contratuais gerais e o dos contratos de adesão; num outro sentido surgem aqueles que entendem que os contratos de adesão seriam o género do qual as cláusulas contratuais gerais constituiriam uma espécie e; por último surgem aqueles que entendem que os contratos de adesão são formados individualmente a partir da aceitação das cláusulas contratuais gerais pelo aderente¹¹⁸.

tomam a designação de *pré-recomendante* - que recomendam, elas mesmas, as cláusulas. Mas note-se que, nem por isso, elas perdem a característica de cláusulas pré-formuladas.

¹¹⁷ Neste ponto importa deixar a nota de que, como refere ALMENO DE SÁ, *ob. cit.*, pág. 213, estas características que atribuímos à figura das cláusulas contratuais gerais “não devem ser tomadas como elementos autónomos ou isolados, mas antes como aspetos parcelares de um todo: elas só ganham sentido na unidade conceitual, sendo certo que todas elas reciprocamente se implicam”.

¹¹⁸ MILENA ANGÉLICA DRUMOND MORAIS DIZ, *Cláusulas Contratuais Gerais e Contratos Assimétricos*, Lisboa, 2014, pág. 16, disponível em https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/31988/1/ulfd133526_tese.pdf.

Ora, a propósito desta questão e, seguindo o entendimento de autores como PATRÍCIA PINTO ALVES¹¹⁹, LUÍS POÇAS¹²⁰ ou ANTÓNIO PINTO MONTEIRO¹²¹: se é certo que quando nos referimos a contratos de adesão e a cláusulas contratuais gerais se trata de designar de forma diversa o mesmo processo e, regra geral, o contrato de adesão se concluir mediante recurso a cláusulas contratuais gerais, a verdade é que pode perfeitamente ocorrer que falte às cláusulas previamente redigidas e inseridas nos contratos de adesão determinadas notas características das cláusulas contratuais gerais – como sejam a generalidade e indeterminação – que nos levem a concluir pela inexistência das mesmas, não obstante haver ainda contrato de adesão.

Portanto, há contratos que reúnem as características da pré-disposição, unilateralidade e rigidez que identificam o contrato de adesão sem que o seu conteúdo seja formado por cláusulas contratuais gerais.

Assim sendo, podemos concluir que a noção de contratos de adesão tem um conteúdo mais amplo do que a de cláusulas contratuais gerais isto porque, enquanto o conceito de cláusulas contratuais gerais exige a cumulação das cinco características supramencionadas¹²², o conceito de contrato de adesão prescinde de dois desses requisitos – a generalidade e a indeterminação – o que significa que abarcará uma panóplia mais alargada de realidades.

Desta feita, podemos então verificar que; se é certo que nos contratos de adesão se verifica sempre a adesão a cláusulas pré-formuladas, a verdade é que estas mesmas cláusulas pré-formuladas não serão sempre e necessariamente cláusulas contratuais gerais¹²³.

A mais disto, não podemos esquecer-nos de que, quando falamos em contrato de adesão nos referimos a uma verdadeira modalidade de contrato que se caracteriza por ser

¹¹⁹ PATRÍCIA PINTO ALVES, “Os contratos de adesão: verdadeiras cláusulas contratuais gerais?”, *Julgar online*, março de 2021, págs. 12 e 13.

¹²⁰ LUÍS POÇAS, “Os novos requisitos formais das cláusulas contratuais gerais (lei 32/2021): implicações, em particular, no contrato de seguro”, *Revista de Direito Comercial*, junho de 2021, pág. 901.

¹²¹ ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “O novo regime jurídico dos contratos de adesão/ cláusulas contratuais gerais”, *cit.*

¹²² (1) unilateralidade; (2) pré-elaboração; (3) rigidez; (4) generalidade e; (5) indeterminação.

¹²³ A este propósito pensemos nos casos dos contratos que se destinam a ser aceites por destinatários individualizados, as cláusulas que compõem o conteúdo do contrato são redigidas a pensar num número individualizado de destinatários o que significa que não reúnem uma das características das cláusulas contratuais gerais – a generalidade e indeterminação – não podendo ser consideradas como tal.

imposto embloco sem possibilidade de discussão pelos destinatários; já quando falamos em cláusulas contratuais gerais falamos – passo a redundância – numa verdadeira categoria de cláusulas que compõem o contrato que será um contrato de adesão¹²⁴.

Em suma: pode haver contrato de adesão sem que o mesmo seja composto por cláusulas contratuais gerais, mas, dificilmente haverá a redação de cláusulas contratuais gerais se não se tiver em vista a celebração de múltiplos contratos no futuro que serão necessariamente de adesão¹²⁵.

Dedicámos um dos pontos do nosso estudo à distinção destas figuras precisamente porque, hodiernamente, a mesma assume (ainda) especial relevância prática.

É que, apesar do regime jurídico das cláusulas contratuais gerais (que analisaremos no ponto seguinte) se aplicar não apenas aos contratos de adesão cujo conteúdo seja formado por cláusulas contratuais gerais, mas, abranger igualmente os contratos de adesão cujo conteúdo seja formado por cláusulas que não preencham os requisitos da generalidade e indeterminação¹²⁶; a verdade é que há determinados institutos criados para serem aplicados exclusivamente a contratos de adesão cujo conteúdo seja formado por cláusulas contratuais gerais, refiro-me concretamente à *ação inibitória*.

8.1.1. *RATIO* SUBJACENTE AO REGIME DOS CONTRATOS DE ADESÃO E DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS GERAIS

Precisamente para regular estas figuras, o legislador nacional, correspondendo aos apelos que se vinham fazendo sentir em grande medida por parte das instâncias centrais europeias, acaba por instituir um regime próprio das cláusulas contratuais gerais através

¹²⁴ J. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Cláusulas Contratuais Gerais, Cláusulas Abusivas e o novo Código Civil*, disponível em <https://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Ascensao-Jose-Oliveira-CLAUSULAS-CONTRATUAIS-GERAIS-CLAUSULAS-ABUSIVAS-E-O-NOVO-CODIGO-CIVIL.pdf>.

¹²⁵ LUÍS POÇAS, ob. cit., pág. 902 – chama-nos a atenção, contrariamente ao que acabamos de expor que “nem sempre os contratos regulados por recurso a cláusulas contratuais gerais resultam de uma mera adesão às mesmas.

¹²⁶ Como preceitua o artigo 1.º do Decreto-Lei 446/85, de 25 de outubro que institui o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais; o âmbito de aplicação do referido diploma abrange não apenas as cláusulas contratuais gerais elaboradas sem prévia negociação individual que proponentes ou destinatários indeterminados se limitem, respetivamente, a subscrever ou a aceitar (nº 1) como também as cláusulas inseridas em contratos individualizados, mas cujo conteúdo previamente elaborado o destinatário não pode influenciar (nº 2).

Decreto-lei nº 446/85, de 25 de outubro (doravante, RJCCG)¹²⁷ que, manifestamente inspirado no já revogado *AGB Gesetz*, de 9 de dezembro de 1976¹²⁸, não só vem introduzir uma enormíssima reforma no direito dos contratos¹²⁹ como permitiu que dispuséssemos no ordenamento jurídico português de meios próprios de combate aos abusos que a técnica de contratação mediante condições gerais fomenta¹³⁰.

O Decreto-Lei nº 446/85, de 25 de outubro foi posteriormente adaptado aos princípios consagrados na Diretiva nº 93/13/CEE de 5 de abril de 1993 relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com consumidores transposta para o ordenamento jurídico português através do Decreto-Lei nº 220/95, de 31 de janeiro; foi ainda pontualmente alterado pela Declaração de Retificação nº 114-B/95, de 31 de agosto, pelo Decreto-Lei nº 249/99, de 07 de julho e pelo Decreto-Lei nº 323/2001, de 17 de dezembro¹³¹; sem

¹²⁷ Decreto-lei que foi aprovado após sucessivas recomendações por parte do Conselho da Europa para criação de instrumentos eficazes de proteção dos consumidores. Em consequência destas sucessivas recomendações Mário Raposo – então Ministro da Justiça – encomendou a Mário Júlio de Almeida Costa a elaboração de um anteprojeto com o objetivo de regular a matéria dos contratos de adesão e das cláusulas contratuais gerais. Ora, para conseguir levar avante esta incumbência, Almeida Costa convidou Menezes Cordeiro e José Eduardo Tavares Sousa – este último teria a incumbência de suprir questões de índole processual que certamente se iriam colocar ao logo da elaboração deste anteprojeto. Desta colaboração nasce o Decreto-Lei nº 446/85, de 25 de outubro.

¹²⁸ Este diploma, como elucida JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *Responsabilidade e garantia em cláusulas contratuais gerais (DL nº446/85, de 25 de outubro)*, Coimbra, 1992, pág. 8, “representa, em larga medida, a consolidação legislativa das soluções a que os tribunais alemães tinham chegado, ao confrontarem-se ao longo de décadas, com questões relativas a cláusulas contratuais gerais”. Trata-se de um diploma pioneiro que trouxe inovações no que ao direito dos contratos diz respeito e que mais tarde vieram a ser fonte de inspiração para o ordenamento jurídico português vejamos: a). no §9 da lei passou a sujeitar-se a liberdade contratual na formulação de cláusulas contratuais gerais às restrições mais importantes que, através da figura geral do abuso do direito, limitam o exercício do direito subjetivo; b). passou a fazer-se menção dos tipos de cláusulas proibidas como condições gerais da contratação de uma empresa ou grupo de empresas; interessa ainda focar num terceiro ponto essencial trazido por este diploma: c). reconhece-se nos §§13 e ss o poder de fiscalização preventiva por parte dos tribunais contra as cláusulas contratuais gerais abusivas, portanto o equivalente à figura da ação inibitória prevista no ordenamento jurídico português.

¹²⁹ ANTUNES VARELA, *ob. cit.*, pág. 258.

¹³⁰ ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “Contratos de adesão: o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo decreto-lei nº 446/85, de 25 de outubro” *cit.*, pág. 737.

¹³¹ Todas estas alterações tiveram consequências importantíssimas, importa fazer-lhes especial referência: se é certo que o Decreto-Lei nº 446/85, de 25 de outubro na sua original versão apenas regulava as cláusulas contratuais gerais não sendo aplicável àquelas que apesar de estarem incluídas em contratos de adesão (em sentido restrito) não eram dotadas das características da indeterminação e generalidade a verdade é que o regime alterou-se com a Diretiva 93/13/CEE, do Conselho de 5 de abril de 1993 (relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores) na medida em que esta visou disciplinar as cláusulas abusivas redigidas previamente e sem que o consumidor tenha podido influenciar o seu conteúdo. Assim sendo, com a Diretiva 93/13 acaba por se estender a proteção atribuída pelo RJCCG a todo o tipo de cláusulas que se caracterizem pela sua rigidez ou ne variateur e pré-formulação – independentemente de nelas se verificarem os requisitos da generalidade e da abstração. A mais disso, foi posteriormente previsto

esquecer a recente Lei nº 32/2021, de 27 de maio que veio também ela introduzir alterações ao regime jurídico das cláusulas contratuais gerais isto porque vem estabelecer limitações formais à redação das cláusulas contratuais definindo limites mínimos quanto ao tamanho de letra e quanto ao espaçamento entre linhas.

A questão que se exalta neste ponto é a de saber se se justifica, efetivamente, a previsão de um regime jurídico próprio que se destine a regular esta especialíssima técnica de contratação.

A resposta a esta questão é simples e imediata: era urgente criar um regime próprio sobretudo porque as soluções vigentes para o comum dos contratos negociados não são satisfatórias porque não permitem considerar a situação peculiar dos contratos de adesão, resultando em prejuízo para o consumidor, privado de tutela adequada própria¹³².

O regime previsto para o comum dos contratos negociados não é suficiente para prevenir e combater os abusos que esta técnica de contratação fomenta.

É que vejamos, se num contrato negociado, o conteúdo deste beneficia da presunção de que corresponderá à vontade de ambas as partes, tal já não acontece, porém, quando em causa está um contrato de adesão¹³³.

Nos contratos de adesão, aquilo que verificamos é uma situação de inferioridade do aderente/consumidor/particular - inferioridade essa que não se confunde com um verdadeiro desnível de poder económico, em concreto de mercado de uma parte em relação à outra¹³⁴ – decorrente do próprio *modus de contratar*.

Na contratação estandardizada prescinde-se de uma fase de negociação, isto é, não existe um debate prévio acerca do conteúdo dos contratos como tal, é normal e provável que o aderente/consumidor/particular desconheça, grande parte das vezes, aspetos importantes do contrato o que leva a que exista aqui uma verdadeira superioridade

– através do Decreto-Lei nº 249/99, de 7 de julho - que o RJCCG se aplica aos contratos de adesão em sentido restrito (portanto a todos os contratos de adesão cujo conteúdo seja ou não formado por cláusulas contratuais gerais).

¹³² ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “Contratos de adesão: o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo decreto-lei nº 446/85, de 25 de outubro” cit., págs. 743 e 744.

¹³³ ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “Contratos de adesão: o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo decreto-lei nº 446/85, de 25 de outubro”, cit., pág. 743.

¹³⁴ MARIA INÊS VIANA DE OLIVEIRA MARTINS, ob. cit., pág. 417. Neste sentido, também SANDRA PASSINHAS, “O problema das cláusulas contratuais gerais é o da usura em massa? – Resposta a Pedro Pais de Vasconcelos”, *Revista de Direito Comercial*, nº1 (2018), págs. 178 a 179, faz especial referência no seu artigo a esta superioridade informacional do profissional utilizador de cláusulas contratuais gerais.

intelectual - *hoc sensu*, informacional - do utilizador/predisponente¹³⁵.

A mais disso, acontece com alguma frequência que o predisponente, valendo-se da situação de força que a sua posição no mercado lhe confere e da forma como este contrato é estabelecido, acaba, nas palavras de ALMENO DE SÁ¹³⁶ “por “ditar” de forma desrazoável os termos do acordo e de fazer valer unilateralmente os seus interesses, sem ter em conta na medida adequada, os legítimos interesses do seu parceiro negocial” incluindo nos contratos cláusulas manifestamente abusivas ou injustas.

Notemos que, este parceiro negocial, regra geral, não passa de um consumidor final que se encontra numa posição frágil e, por isso mesmo, suscetível de ser explorada pelo predisponente.

A doutrina fala mesmo de uma aparência das cláusulas contratuais gerais com um sistema de normas legais precisamente pela nota da pré- formulação e pelo seu aspeto e redação geral e abstrata que produz no aderente uma ideia de imodificabilidade que o desincentiva “a tomar consciência crítica do seu conteúdo”¹³⁷ e, conseqüentemente, a estar mais vulnerável à aceitação de cláusulas manifestamente abusivas.

ANTÓNIO PINTO MONTEIRO¹³⁸ bem como MARGARIDA DE MENEZES LEITÃO¹³⁹ em jeito de síntese arrumam os problemas especiais que as cláusulas contratuais gerais e os contratos de adesão levantam, em três planos: (1) no plano da formação do contrato porque aumentam consideravelmente o risco de o aderente desconhecer cláusulas que vão fazer parte do contrato; (2) no plano do conteúdo na medida em que favorecem a inserção de cláusulas abusivas e (3) no plano processual porque mostram a inadequação e insuficiência do normal controlo judiciário, que atua a posteriori, depende da iniciativa processual do lesado e tem os efeitos circunscritos ao caso concreto.

Portanto, foi precisamente para fazer face a estes problemas que surgiu um regime jurídico próprio destinado a regular estas figuras e que vem consagrar soluções importantes; soluções estas que não encontramos no regime previsto para o comum dos contratos negociados.

¹³⁵ MARIA INÊS VIANA DE OLIVEIRA MARTINS, ob. cit., pág. 417. Neste sentido, também SANDRA PASSINHAS, ob. cit., págs. 178 a 179, faz especial referência no seu artigo a esta superioridade informacional do profissional utilizador de cláusulas contratuais gerais.

¹³⁶ ALMENO DE SÁ, ob. cit., pág. 209.

¹³⁷ MARIA INÊS VIANA DE OLIVEIRA MARTINS, ob. cit., págs. 417 e 418.

¹³⁸ ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “Contratos de adesão: o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo decreto-lei nº 446/85, de 25 de outubro”, cit.

¹³⁹ MARGARIDA DE MENEZES LEITÃO, ob. cit., pág. 154.

Assim, como nos explica MARIA INÊS VIANA DE OLIVEIRA MARTINS “atribui-se à regulação sobre cláusulas contratuais gerais o escopo de proteger o aderente face a resultados desproporcionados derivados da conformação unilateral do clausulado pelo utilizador”¹⁴⁰.

9. CONTROLO DO CONTEÚDO DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS GERAIS

Feita esta prévia análise, interessa-nos agora determo-nos sobre a análise dos segundo e terceiro planos¹⁴¹ de especiais problemas que os contratos de adesão e as cláusulas contratuais gerais levantam.

Foquemo-nos, então, no problema relativo ao conteúdo do contrato.

Recuperando aquilo que já tive oportunidade de destacar *supra*, precisamente pelas especificidades que assume este tipo de contratação – seja (em virtude da ausência da fase de negociação) pelo desconhecimento do aderente de aspetos importantes do contrato; seja pela ausência de uma verdadeira liberdade de aceitação especialmente quando o predisponente detenha o monopólio sobre aquele serviço que muitas das vezes é um serviço essencial e o consumidor/aderente não tem outra hipótese se não adquirir o bem ou serviço – é recorrente que o aderente/consumidor/particular aceite submeter-se a cláusulas injustas ou abusivas.

Note-se que, poderíamos facilmente pensar que o problema da superioridade intelectual do predisponente se resolve com a consagração dos deveres de aceitação (artigo 4.º RJCCG), comunicação (artigo 5.º RJCCG) e informação (artigo 6.º RJCCG) e, de facto, resolve.

A questão é que a consagração pelo legislador destes deveres não é suficiente para prevenir a inserção de cláusulas abusivas e isto porque, por mais informação de que disponha o aderente acerca do conteúdo do contrato a verdade é que, muitas vezes, essa parte negocial não tem outra alternativa se não submeter-se a esse clausulado abusivo, nomeadamente, porque o serviço que visa contratar é absolutamente essencial e não há outra alternativa de contratação: seja porque o predisponente detém o monopólio da atividade

¹⁴⁰ MARIA INÊS VIANA DE OLIVEIRA MARTINS, ob. cit., pág. 419.

¹⁴¹ (2) no plano do conteúdo na medida em que favorecem a inserção de cláusulas abusivas e (3) no plano processual porque mostram a inadequação e insuficiência do normal controlo judiciário, que atua a posteriori, depende da iniciativa processual do lesado e tem os efeitos circunscritos ao caso concreto.

que explora, seja porque predisponentes concorrentes estipulam clausulado idêntico sendo o consumidor forçado pelas circunstâncias a aceitar o modelo que lhe é imposto ainda que esse modelo seja manifestamente abusivo.

Ora, para fazer face a estes abusos tornou-se essencial criar mecanismos diferenciados capazes de os combater.

Consideramos que a única forma suficientemente eficaz de fazer face a este flagelo da contratação *standard* seria proceder à fiscalização direta do conteúdo das próprias cláusulas contratuais gerais.

Neste sentido, não só se impõe uma sanção de nulidade para um elenco de cláusulas; como se criou uma concreta ação para fazer face aos abusos que a técnica de contratação mediante condições gerais fomenta – a *ação inibitória*.

9.1. A LISTA DE CLÁUSULAS PROIBIDAS

Analisemos cada uma destas soluções: o legislador estipula uma listagem de cláusulas que proíbe em termos absolutos e que constam dos artigos 18.º e 21.º do RJCCG ao lado de outras cuja proibição é apenas relativa, previstas nos artigos 19.º e 22.º do RJCCG são aschamadas *listas cinzentas*¹⁴².

Ora, nas cláusulas relativamente proibidas abre-se caminho a uma valoração judicial (ainda que segundo um modelo objetivo existindo um padrão de referência a ter em conta pelo tribunal ao ponderar sobre a validade de determinada cláusula¹⁴³), ao passo que no âmbito das cláusulas absolutamente proibidas se recorre a elementos previsionais fechados, que não justificam, de acordo com as representações do legislador, uma ulterior possibilidade de valoração^{144/145}.

¹⁴² ANTUNES VARELA, *ob. cit.*, pág. 259, diz-nos que as cláusulas estão organizadas nas categorias de relativa ou absolutamente proibidas consoante a maior ou menor gravidade do abuso contido nas mesmas.

¹⁴³ Quando e na medida em que infringjam o respetivo quadro negocial padronizado”. Daqui, e citando JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *ob. cit.*, pág. 10, podemos retirar uma importante ilação, “a lei não se limitou a estipular a possibilidade de valoração deste tipo de cláusulas. Preocupou-se também em adiantar, desde logo, os fatores sujeitos a ponderação, referenciando-os como o “quadro negocial padronizado”. A fórmula sintetiza o conjunto de elementos que importa ter em conta para a formulação do juízo de validade, apontando ao mesmo tempo o ângulo de análise, o modo de os perspetivar”. Por outras palavras, o padrão de referência, “o quadro negocial padronizado” é o modelo perante o qual se deverá apreciar determinada cláusula consoante a sua adequação ou divergência acentuada em relação ao quadro negocial típico de determinado setor de atividade.

¹⁴⁴ ALMENO DE SÁ, *ob. cit.*, pág. 257.

¹⁴⁵ Mas vejamos, seguindo o exposto por ALMENO DE SÁ, *ob. cit.*, pág. 258, apesar desta distinção entre cláusulas absoluta e relativamente proibidas a verdade é que não podemos afirmar que as proibições relativas

Além desta distinção – entre cláusulas absoluta ou relativamente proibidas -, o legislador fez ainda uma outra.

O legislador distinguiu: (a) as relações – a que se refere o artigo 17.º RJCCG - entre empresários ou os que exercem profissões liberais, singulares ou coletivos, ou entre uns e outros, quando intervenham apenas nessa qualidade e no âmbito da sua atividade específica, aos quais se aplicam exclusivamente os artigos 15.º, 16.º, 18.º e 19.º e; (b) as, como refere o artigo 20.º RJCCG, relações com os consumidores finais e, genericamente, todas as não abrangidas pelo artigo 17.º, às quais se aplicam as proibições das secções anteriores portanto, os artigos 15.º, 16.º, 18.º e 19.º (que se aplicam também aos profissionais) e as constantes da Secção III do RJCCG ou seja, os artigos 21.º e 22.º.

Assim, se é certo que nas relações com consumidores finais, além das cláusulas elencadas nos artigos 18.º e 19.º são ainda proibidas as que constam dos artigos 21.º e 22.º; já nas relações entre empresários ou entidades equiparadas apenas são proibidas as cláusulas previstas nos artigos 18.º e 19.º do RJCCG.

Portanto, nas relações com consumidores, o elenco de proibições assume uma maior vastidão o que evidencia a preocupação acrescida que o legislador teve no controlo do conteúdo dos contratos quando a contraparte é um consumidor sendo que isto demonstra a posição de fragilidade que o consumidor assume e, por isso mesmo, as necessidades de uma tutela mais acrescidas.

Note-se, no entanto, que o elenco de cláusulas proibidas previsto no RJCCG não é taxativo, como explica JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO¹⁴⁶ “será de todo ilegítimo considerar, por uma ilação *a contrario*, uma cláusula válida pelo simples facto de não estar especialmente proibida” o que significa que, apesar deste extenso elenco de cláusulas interdito, outras cláusulas podem vir – por decisão judicial – a ser consideradas também elas proibidas ainda que não estejam previstas nas normas do RJCCG na medida em que o controlo das cláusulas implica a sua submissão ao crivo da cláusula geral da boa-fé que, funcionando como norma de interpretação, poderá vetar estatuições situadas fora do alcance das normas de proibição¹⁴⁷ (vejamos, a este propósito os artigos 15.º e 16.º

são menos estritas do que as proibições absolutas isto porque em ambas “o preenchimento da previsão conduz diretamente, sem reservas, à nulidade da cláusula controvertida”.

¹⁴⁶ JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *ob. cit.*, pág. 6.

¹⁴⁷ JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *ob. cit.*, pág. 6.

RJCCG¹⁴⁸). Desta forma, como refere SANDRA PASSINHAS¹⁴⁹ “as cláusulas substancialmente contrárias à boa-fé, porquanto ofensivas dos valores fundamentais do direito, são, pois, eliminadas da nossa ordem jurídica, que as despe de qualquer força vinculativa”.

10. A AÇÃO INIBITÓRIA DE CLAUSULAS CONTRATUAIS GERAIS

Seguimos o nosso estudo agora centrado na solução encontrada para o terceiro plano de problemas (plano processual) que a contratação estandardizada levanta.

A contratação baseada em condições gerais faz exaltar a posição de inferioridade que o consumidor hodiernamente ocupa.

Notemos que esta inferioridade apresenta uma dupla faceta: afigura-se como uma inferioridade contratual, mas não só; o consumidor assume igualmente uma posição de inferioridade de litigância.

Ora, o mecanismo encontrado pelo legislador para fazer face a esta inferioridade de litigância protegendo de forma mais eficaz o aderente frágil da vinculação a cláusulas manifestamente abusivas foi, precisamente, a já nossa conhecida, *ação inibitória* que consubstancia uma forma complementar de tutela do aderente.

Atentemos no seguinte: do ponto de vista processual, existem dois tipos de controlo: (1) o controlo concreto ou incidental que, nas palavras de JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, “é o que se exerce no quadro de um litígio sobre a execução de determinado contrato, apreciando a validade de uma cláusula contratual geral nele inserida”¹⁵⁰ portanto, tem em vista a exclusão de uma determinada cláusula daquele concreto contrato já celebrado - trata-se, tecnicamente de uma ação declarativa de condenação -; no entanto, a este controlo concreto contrapõe-se-lhe um outro tipo de controlo processual das cláusulas contratuais gerais: (2) a ação inibitória – consagrada nos artigos. 25º e seguintes do RJCCG -, consubstancia, em termos técnicos, como vimos, uma ação declarativa de

¹⁴⁸ O artigo 15.º do RJCCG: “são proibidas as cláusulas contratuais gerais contrárias à boa fé” / o artigo 16.º RJCCG preceitua que “na aplicação da norma anterior devem ponderar-se os valores fundamentais do direito, relevantes em face da situação considerada, e, 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 objetivo que as partes visam atingir negocialmente, procurando-se a sua efetivação à luz do tipo de contrato utilizado.”

¹⁴⁹ SANDRA PASSINHAS, *ob. cit.*, págs. 179 e 180.

¹⁵⁰ JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *ob. cit.*, pág. 6.

condenação em prestação de facto negativo, trata-se de um sistema *ex ante* de controlo abstrato.

Aquilo que se verificou é que o controlo concreto da conformidade das cláusulas contratuais gerais não se afigura, grande parte das vezes, suficiente para acautelar a posição do aderente, desde logo porque a própria utilização de cláusulas contratuais gerais, é, por si só, um fator que inibe o aderente de defender autonomamente os seus interesses¹⁵¹ e, a mais disso, por uma restante panóplia de circunstancialismos: o aderente/consumidor terá, nestes casos, de se dirigir a tribunal e intentar uma ação pedindo a declaração de nulidade das respetivas cláusulas sendo que, muitas das vezes, estes não só não têm conhecimento dos seus direitos como os prejuízos que sofrem são de valor de tal forma reduzido que acabam por ficar inertes perante este tipo de agressões aos seus direitos.

Precisamente para fazer face a esta problemática, lançou-se mão da nossa já conhecida ação inibitória. Trata-se, neste contexto, da figura através da qual se pretende obter, por *decisão judicial preventiva*, a proibição de cláusulas contratuais gerais com um determinado conteúdo consubstancia, verdadeiramente, uma ação especialmente direcionada para a proteção dos interesses difusos dos consumidores/aderentes¹⁵².

Este processo abstrato de controlo, quando analisado no âmbito do regime jurídico das cláusulas contratuais gerais, destina-se a erradicar do tráfico jurídico cláusulas iníquas antes ou independentemente da sua inclusão efetiva em qualquer contrato singular, portanto, pode uma cláusula ser declarada nula sem que o seu utilizador tenha feito uso indevido dela. Assistimos aqui a uma fiscalização judicial de cláusulas sem que se torne necessária a sua utilização concreta em qualquer negócio jurídico.

Antes de entrarmos na análise de alguns dos pressupostos processuais desta ação importa retomar uma ideia já exposta no nosso estudo e que ganha especial importância neste momento do nosso estudo que se prende com o facto de ser entendimento generalizado que o recurso à ação inibitória apenas será possível quando em causa estiverem verdadeiras cláusulas contratuais gerais, isto é, quando estiverem reunidas as características da pré-formulação, da imodificabilidade ou *ne varietur*, da generalidade e

¹⁵¹ SANDRA PASSINHAS, ob. cit., pág. 176.

¹⁵² Façamos uma breve nota de forma a deixarmos claro em que se consubstanciam os interesses difusos, seguindo a definição apresentada por MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, “A tutela jurisdicional dos interesses difusos no direito português”, *Estudos de direito do consumidor*, nº6 (2004), págs. 280 e 281, estes podem ser definidos “como aqueles que pertencem a todos e a cada um dos membros de uma comunidade, de um grupo ou de uma classe, sendo, no entanto, insuscetíveis de apropriação individual por qualquer desses sujeitos”.

indeterminação. Fazendo a necessária ligação aos diplomas

européus, vejamos que o artigo 7.º/1 e 2 da Diretiva 93/13/CEE, do Conselho prescreve especificamente que os meios adequados e eficazes para pôr termo à utilização de cláusulas abusivas nos contratos celebrados com consumidores por um profissional – em concreto, a ação inibitória – têm como finalidade indagar se determinadas cláusulas contratuais redigidas com vista a uma *utilização generalizada*, têm ou não carácter abusivo. Faz-se aqui especial referência a cláusulas redigidas com vista a uma *utilização generalizada* o que nos leva a excluir o controlo preventivo da ação inibitória perante cláusulas que, apesar da sua pré-formulação e rigidez se destinem a um só contrato¹⁵³.

Feita que está esta nota, é o momento certo para concretizarmos alguns dos pressupostos processuais desta ação: relativamente à legitimidade processual (verdadeira exceção à regra geral), atentemos nos artigos 26.º e 27.º RJCCG; têm legitimidade ativa para intentar ação inibitória: as associações de defesa do consumidor dotadas de representatividade (nº1, al.a) do artigo 26.º RJCCG), as associações sindicais, profissionais ou de interesses económicos legalmente constituídas, atuando no âmbito das suas atribuições (nº1, al. b) do artigo 26.º RJCCG) e, tem ainda legitimidade para intentar ação destinada a obter a condenação na abstenção do uso ou da recomendação de cláusulas contratuais gerais, o Ministério Público, oficiosamente, por indicação do Provedor de Justiça ou quando entenda fundamentada a solicitação de qualquer interessado (nº1, al. c) do artigo 26.º RJCCG).

Por outro lado, esta ação pode ser intentada contra quem, predispondo cláusulas contratuais gerais, proponha contratos que as incluam ou aceite propostas feitas nos seus termos (nº1, al. a) do artigo 27.º RJCCG) mas não só; pode ainda ser intentada contra quem, independentemente da sua predisposição e utilização em concreto, as recomende a terceiros (nº1, al. b) do artigo 27.º RJCCG).

Importa ainda ressaltar que a ação inibitória pode ser intentada, em conjunto contra várias entidades que predisponham e utilizem ou recomendem as mesmas cláusulas contratuais gerais, ou cláusulas substancialmente idênticas, autoriza-se aqui a coligação de réus, é isto que estipula o nº2 do artigo 27.º RJCCG.

Portanto, da análise deste artigo 27.º percebemos que estão sujeitos a esta especial ação

¹⁵³ ANA SOFIA DA SILVA ANDRADE, “Algumas notas sobre as disposições processuais da lei das cláusulas contratuais gerais”, *Estudos de Direito do Consumo*, nº8 (2006-2007), págs. 645 e 646.

não apenas o utilizador das cláusulas, mas também o “recomendante” das mesmas – falamos aqui de organizações de interesses económicos ou câmaras de comércio que procedem à elaboração de condições gerais de modo que sejam utilizadas em todo um setor de atividade empresarial.

10.1. EFICÁCIA DA DECLARAÇÃO DE NULIDADE DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS GERAIS

Vimos já que o legislador sanciona com nulidade todas as cláusulas contratuais gerais abusivas, a qual pode ser declarada judicialmente: seja através de um controlo concreto; seja através da figura da ação inibitória criada para fazer face aos abusos que a técnica de contratação mediante condições gerais fomenta - a *ação inibitória*.

A questão que pretendemos resolver neste momento - até porque, todo o nosso estudo precedente nos forneceu as bases necessárias para que possamos deter-nos sobre este ponto em específico - é a de saber se a declaração, por sentença inibitória, de nulidade de uma cláusula contratual geral perante um determinado profissional produz ou pode produzir efeitos perante outro profissional não interveniente no processo.

Por outras palavras, apesar de uma determinada cláusula ter sido declarada nula em anterior ação inibitória poderá outro profissional – não demandado na ação - lançar mão da mesma e inseri-la nos seus contratos?

Neste ponto vamos, portanto, refletir acerca os efeitos da sentença inibitória¹⁵⁴ de

¹⁵⁴ Atentemos que, não vamos centrar-nos da análise dos efeitos da sentença proferida em resultado de um controlo incidental das cláusulas contratuais gerais precisamente porque é incontestável que a mesma produz efeitos meramente *inter partes*. O caráter abusivo de uma cláusula que consta de um concreto contrato será avaliado em função da concreta natureza dos bens ou serviços que sejam objeto do contrato e mediante a consideração de todas as circunstâncias que, no momento em que o contrato foi celebrado, rodearam a sua concreta celebração, bem como de todas as cláusulas do contrato, ou de outro contrato de que este dependa (vejamos a este propósito o artigo 4.º/1 da Diretiva 93/13). Como tal, sempre que em causa está um controlo concreto ou incidental de uma determinada cláusula contratual geral, esta apreciação não pode ser, de todo, absoluta na medida em que a mesma depende da avaliação das especificidades que envolvem a celebração do contrato. Desta forma, se é verdade que tendo em conta as especificidades de um caso concreto uma determinada cláusula pode ser declarada nula; igualmente verdade é que essa mesmíssima cláusula pode, tendo em conta o circunstancialismo de um outro caso, ser considerada plenamente válida.

A questão da eficácia *erga omnes* da sentença já pode verdadeiramente colocar-se quando em causa temos um controlo ex ante/abstrato da cláusula contratual geral isto porque, a mesma é declarada nula antes mesmo de ser incluída em qualquer contrato. Desta feita, o juiz, na apreciação da (in)validade da cláusula não tem em conta quaisquer factos específicos que envolvem a celebração de um qualquer contrato. Faz sentido que se coloque a questão de sabermos se, estando nós perante um controlo abstrato de uma cláusula contratual geral,

forma que possamos perceber se à mesma podem ser atribuídos efeitos *ultra partes*.

O nosso estudo assume máxima relevância pela multiplicidade de vozes divergentes que se têm feito ouvir, especialmente a nível europeu onde as soluções dadas a esta questão têm sido as mais variadas.

Em primeiro lugar, importa percebermos se a resposta a esta problemática se encontra nos diplomas nacional e europeus sobre esta matéria: a este propósito deixemos nota de que, o Decreto-Lei nº 446/85, de 25 de outubro não define quais os efeitos da sentença inibitória.

Essa mesma especificação também não encontramos nos diplomas europeus sobre esta matéria, mais concretamente: na Diretiva nº 93/13/CEE de 5 de abril de 1993 – esta não prevê um modelo específico que deva ser aplicado pelos Estados-Membros para pôr fim à utilização de cláusulas contratuais gerais abusivas; a mais disso, também não especifica o efeito jurídico de uma declaração de caráter abusivo de uma cláusula contratual geral -, no Decreto-Lei nº 220/95, de 31 de agosto ou no Decreto-Lei nº 249/99 de 7 de julho.

A falta de regulamentação específica leva-nos, portanto, a concluir que vigora neste ponto o princípio da autonomia processual dos Estados-Membros e, como tal, resposta a esta problemática será dada com recurso aos nossos institutos processuais de direito interno¹⁵⁵; mais concretamente com recurso à análise do instituto do caso julgado sendo que, dentro deste instituto processual analisaremos em concreto a figura da exceção dilatória do caso julgado bem como a figura da autoridade do caso julgado.

Desta feita, nos pontos seguintes vamos procurar saber se o caso julgado material formado a partir do trânsito em julgado da sentença inibitória vincula o profissional utilizador de cláusulas contratuais gerais não demandado no processo a ponto de, perante ele, ser indiscutível a questão da (in)validade de uma cláusula contratual geral já declarada nula em anterior ação inibitória.

a decisão que resultar desse mesmo controlo pode vincular sujeitos que não foram demandados na respetiva ação.

¹⁵⁵ Neste ponto deixemos uma importante nota: temos sempre de ter em mente que, apesar de a ação inibitória consubstanciar uma figura especialmente criada para fazer face aos abusos que a técnica de contratação mediante condições gerais fomenta a verdade é que esta não deixa de ser uma ação declarativa de condenação em prestação de facto negativo.

10.1.1. O Caso Julgado E O Princípio Da Ineficácia Do Caso Julgado Em Relação A Terceiros - Uma Regra Absoluta?

É incontestável que não podemos especificar quais os efeitos vinculativos do caso julgado sem antes deixarmos as necessárias considerações acerca desta concreta figura.

Urge começar por referir que as decisões judiciais só adquirem força de caso julgado após o seu trânsito em julgado, isto é, logo que não sejam suscetíveis de recurso ordinário ou de reclamação – artigo 628.º Código de Processo Civil (doravante CPC).

O valor de caso julgado é imputado *ex lege* à decisão transitada em julgado (porque o trânsito em julgado é requisito necessário à concessão de autoridade à decisão) sendo verdadeiramente uma qualidade desta¹⁵⁶.

O nosso estudo recairá exclusivamente sobre a análise da figura do caso julgado material¹⁵⁷. Este forma-se quando a sentença se pronuncia sobre o mérito da causa determinando a procedência ou a improcedência do pedido, isto é, forma-se caso julgado material quando a decisão transitada em julgado versa sobre a relação material controvertida.

Ora, quando proferida sentença inibitória o juiz pronuncia-se sobre o litígio como tal, a decisão inibitória quando transitada em julgado adquire força de caso julgado material (artigo 619.º CPC).

Importa agora percebermos quais os efeitos que resultam da imputação do valor do caso julgado à decisão judicial: nas palavras de MARIA JOSÉ CAPELO, “o caso julgado visa obstar a que idêntico objeto processual seja reapreciado em juízo”¹⁵⁸ mais à frente na sua exposição a citada autora conclui que “o caso julgado reivindicou e firmou o seu estatuto processual, determinando a conceção do mesmo como facto que obsta à apreciação do mérito da causa, uma vez intentada ação idêntica”¹⁵⁹ portanto, este impõe às partes, em primeiro lugar uma norma de comportamento, baseada no prévio acerto, com o referido efeito preclusivo das respetivas situações jurídicas;

¹⁵⁶ MARIA JOSÉ CAPELO, *A Sentença entre a Autoridade e a Prova – Em busca de traços distintivos do caso julgado civil*, Almedina, Coimbra, 2019, pág. 86

¹⁵⁷ Não vamos estudar a figura do caso julgado formal – que se forma quando a decisão transitada em julgado versa sobre uma específica questão processual – precisamente porque não assume relevância para a resolução da nossa questão concreta.

¹⁵⁸ MARIA JOSÉ CAPELO, *ob. cit.*, pág. 47.

¹⁵⁹ MARIA JOSÉ CAPELO, *ob. cit.*, pág. 49.

corresponde igualmente à inadmissibilidade de nova decisão em futuro processo entre as partes e com o mesmo objeto, seja repetindo-a (proibição de repetição), seja modificando-a (proibição de contradição).

Isto significa que - nas palavras de LEBRE DE FREITAS¹⁶⁰ -, “uma vez conformadas, pela sentença, as situações jurídicas das partes, elas passam a ser indiscutíveis”.

A força obrigatória do caso julgado desdobra-se numa dupla eficácia designada por efeito negativo e efeito positivo do caso julgado: (1) o efeito negativo leva a que, entre as mesmas partes e com o mesmo pedido e causa de pedir não seja admissível nova discussão. Portanto, o caso julgado opera negativamente consubstanciando uma exceção dilatória que inviabiliza a repetição da causa; (2) mas o caso julgado tem ainda um efeito positivo, a este propósito demonstra MARIA JOSÉ CAPELO que este efeito positivo do caso julgado é absolutamente fundamental na medida em que “a autoridade do caso julgado enquanto *exceção* não seria capaz de esgotar a imutabilidade processual “necessária”, *inter partes*, do efeito jurídico-substantivo atingido numa outra causa”¹⁶¹. A este efeito positivo do caso julgado dá-se a designação de autoridade do caso julgado que consiste na vinculação das partes e do tribunal a uma decisão anterior¹⁶².

Vimos já – ainda que numa análise meramente superficial – em que consiste o instituto processual do caso julgado e quais os seus efeitos.

Importa agora percebermos quais as finalidades desta figura milenária.

A este propósito, consideramos que o caso julgado surge precisamente como instituto de garantia da pacificação das relações jurídicas em litígio, assegurando a tutela da paz e da segurança jurídica no domínio das decisões judiciais. É, portanto, incontestável que as finalidades de segurança jurídica e depacificação social seriam gravemente postas em causa se se admitisse que entre as mesmas partes sob o ponto de vista da sua qualidade jurídica, fosse possível discutir o já apreciado em causa anterior¹⁶³.

10.1.1.1. Os sujeitos vinculados pela força do caso julgado

¹⁶⁰JOSÉ LEBRE DE FREITAS, “Um polvo chamado autoridade do caso julgado”, *Revista da Ordem dos Advogados*, nº3-4 (2019), pág. 693.

¹⁶¹MARIA JOSÉ CAPELO, *ob. cit.*, pág. 49.

¹⁶²MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, “O objeto da sentença e o caso julgado material - Estudo sobre a funcionalidade processual”, *BMJ*, 325º, pág. 159.

¹⁶³MARIA JOSÉ CAPELO, *ob. cit.*, págs. 43 e 345.

Ainda que em traços gerais, tivemos oportunidade de apurar em que se consubstancia o instituto processual do caso julgado, aferimos quais os seus respetivos efeitos e dedicámos um parágrafo à reflexão acerca das suas finalidades.

Desta feita, é chegado o momento de perceber quais os sujeitos que ficam vinculados pela força deste instituto.

Clarifiquemos neste ponto que, a regra herdada por nós das fontes romanas é a de que o caso julgado não deve aproveitar nem prejudicar terceiros – *nec res inter alios judicata aliis non prejudicare* – assim, podemos já afirmar que vigora entre nós um verdadeiro princípio da ineficácia do caso julgado em relação a terceiros.

Este princípio justifica-se, acima de tudo, porque a sentença é produto da atividade conjunta do juiz e das partes.

Desta feita compreende-se que a mesma tenha como destinatários naturais as partes intervenientes no processo e apenas estas.

A mais disso, ALBERTO DOS REIS¹⁶⁴ alerta-nos para outra problemática que advém da extensão do caso julgado àqueles que não foram demandados no processo judicial, diz-nos o referido autor que “estender a eficácia da sentença a terceiros, estranhos ao processo, que não intervieram nele, que não foram ouvidos nem convencidos, que não foram colocados em

condições de dizer da justiça, de alegar as suas razões de exercer qualquer espécie de influência na formação da convicção do juiz – é uma violência que pode redundar numa iniquidade” remata o autor dizendo que “a sentença pode ser injusta; pode, por erro de facto ou erro de direito, exprimir uma vontade diversa da verdadeira vontade da lei (...). As partes foram negligentes em carrear os materiais de conhecimento; as partes foram inábeis na orientação do litígio; as partes desfiguraram de tal maneira a relação jurídica controvertida que deram ao juiz uma visão errada do caso a decidir. Que elas sofram as consequências da sua incúria, da sua imperícia ou do seu desatino, está bem; que a sua conduta desastrosa ou maliciosa vá prejudicar terceiros, eis o que seria de todo em todo indesculpável.”

Feitas estas considerações iniciais poderíamos – ainda que resultado de uma análise meramente perfunctória - pensar que o nosso problema ficou resolvido; aplica-sea

¹⁶⁴ ALBERTO DOS REIS, “Eficácia do caso julgado em relação a terceiros”, *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. XVII, págs. 208 e 209.

regra da eficácia *inter partes* do caso julgado e concluímos, sem mais, que a sentença inibitória não produz efeitos em relação aos profissionais não intervenientes no processo na medida em que estes não são parte passiva na ação inibitória.

Acontece, porém, que a regra milenária de que o caso julgado apenas produz efeitos em relação às partes não é absoluta¹⁶⁵ e, portanto, a adoção deste princípio não significa que o caso julgado não possa de todo em todo produzir efeitos em relação a terceiros e, conseqüentemente, que todos aqueles que não figuram no processo como partes possam ignorar as sentenças proferidas e transitadas nas diferentes ações agindo como se elas não existissem na esfera das realidades jurídicas¹⁶⁶.

Hodiernamente, o direito processual toma em relação ao fenómeno da força expansiva do caso julgado uma atitude de transigência prudente – e não de absoluta hostilidade - limitando cautelosamente os efeitos reflexos do caso julgado a certos casos ou a certas formas de interdependência e isto é assim, precisamente, porque temos um processo inspirado no conceito de juiz forte e ativo, o juiz não é mais o sujeito distante e frio que não dialoga ou coopera com as partes.

Hoje, vigora entre nós o princípio da gestão processual – artigo 6.º CPC - que impõe ao juiz que esteja atento à tramitação, mas também ao coração do processo (aos factos, ao pedido e às provas). O juiz, nas palavras de LUÍS MIGUEL MESQUITA¹⁶⁷, deve interferir no processo – processo esse assente numa ideia de cooperação entre o juiz e as partes – a fim de alcançar não apenas a celeridade, mas uma composição materialmente justa dos interesses conflitantes.

O princípio da gestão é nas palavras de LUÍS MIGUEL MESQUITA “um fogo que arde e que é bem visto” que deriva de uma conceção publicista moderna, uma visão cooperativa e anti formalista do processo: o juiz tem poderes, é a autoridade que exerce poderes num

¹⁶⁵ ALBERTO DOS REIS, “Eficácia do caso julgado em relação a terceiros” cit., pág. 209, neste sentido dá conta de que “nunca o princípio da irrelevância do caso julgado em relação a terceiros foi observado em todo o seu rigor. Nem mesmo no direito romano clássico, no período de maior pureza de conceitos jurídicos, encontrou ambiente favorável, como regra inflexível e absoluta, o aforismo de que o caso julgado não aproveita nem prejudica terceiros”. Diz-nos ainda o autor que, não obstante ter sido o direito romano que formulou a construção do caso julgado contida nos três requisitos: *eadem personae, eadem res, eadem causa petendi* e; de ter sido o direito romano que deu curso ao postulado “*nec res inter alios iudicata aliis prodesset aut nocere solet*”. Foi também o direito romano que, no entanto, se viu forçado a “quebrar a rigidez do princípio e a admitir, em certos casos, que uma sentença proferida entre duas pessoas determinadas atingisse terceiros estranhos à causa”.

¹⁶⁶ ANTUNES VARELA/ JOSÉ MIGUEL BEZERRA E/ SAMPAIO E NORA, *ob. cit.*, pág. 724.

¹⁶⁷ LUÍS MIGUEL MESQUITA, “Princípio da Gestão Processual: O “Santo Graal” do novo Processo Civil?”, *Revistade Legislação e Jurisprudência* 3995, Ano 145º, Novembro-Dezembro de 2015, págs. 95 e ss.

órgão de soberania que é o tribunal.

Ora, facilmente se compreende que dentro desta realidade processual a atitude do legislador relativamente à eficácia reflexa do caso julgado será de prudente e benévola transigência¹⁶⁸ e isto é assim, precisamente, porque os direitos de terceiros a que o caso julgado se poderá estender estão mais acautelados e garantidos neste hodierno sistema processual – cuja introdução foi formalizada com a reforma de 2013 – em que o juiz não tem apenas o dever de decidir, o juiz tem o dever de gerir bem o processo para então decidir.

Assim sendo, podemos afirmar que existem casos – ainda que contados porque a regra é a da ineficácia do caso julgado em relação a terceiros - em que a sentença produz efeitos e pode ser invocada ou executada contra quem não foi parte no respetivo processo.

Desta feita, chegou o momento de percebermos se a força do caso julgado de que fica investida a sentença inibitória transitada em julgado se estende aos profissionais/predisponentes não demandados no processo.

Se assim for, estamos aqui perante uma verdadeira exceção ao princípio da ineficácia do caso julgado em relação a terceiros.

10.1.2. A Exceção Dilatória Do Caso Julgado E A Extensão Subjetiva Da Eficácia Do Caso Julgado

A problemática a que nos propusemos resolver é, incontornavelmente, prática.

Assim sendo, para que possamos dar-lhe uma resposta certa e fundamentada teremos de recorrer à aplicação dos institutos de direito processual ao nosso caso concreto.

Portanto, o que faremos nos pontos seguintes é indagar se a força obrigatória do caso julgado,

através da sua dupla eficácia (efeito negativo e positivo), se estende ao profissional utilizador de cláusulas contratuais gerais não demandado na ação inibitória de tal forma que perante estes não se possa voltar a levantar a questão da (in)validade daquela concreta cláusula contratual geral ou de outra de conteúdo equivalente.

Para facilitar o nosso estudo e a subsequente exposição do mesmo, coloquemos

¹⁶⁸ ALBERTO DOS REIS, “Eficácia do caso julgado em relação a terceiros”. cit., pág. 216.

duas questões fundamentais às quais procuraremos dar resposta ao longo da nossa exposição:

- I. Na eventualidade de um determinado consumidor/particular/aderente intentar ação contra um profissional/predisponente que não foi parte na ação inibitória requerendo a declaração de nulidade de uma cláusula contratual geral que já haja sido declarada nula por sentença inibitória, o juiz absolve o réu da instância por se ter verificado a *exceção dilatória do caso julgado material*?
- II. Não estando nós, neste caso, perante a exceção dilatória do caso julgado ainda assim o juiz desta nova ação está vinculado à anterior decisão inibitória por força da figura da *autoridade do caso julgado*?

A exposição destas duas questões é fundamental na medida em que será dependendo do conteúdo das respostas que dermos às mesmas que estaremos em condições de aferir, fundamentadamente, se os efeitos da sentença inibitória se estendem a estes profissionais.

Dediquemo-nos à análise da primeira questão¹⁶⁹:

Como vimos *supra*, uma vez transitada em julgado a sentença inibitória, esta decisão de mérito passa a ter valor de caso julgado material assim, se uma das partes intentar ação idêntica pode ser invocada a exceção do caso julgado material, como obstáculo à apreciação do mérito da causa (artigo 577.º/i) CPC) ou seja, o que já se discutiu – no caso, a nulidade daquela concreta cláusula contratual geral – torna-se indiscutível dentro e fora do processo.

Mas vejamos, a verificação da exceção dilatória do caso julgado encontra-se dependente da existência de uma especial relação de identidade entre ações judiciais.

Desta feita, para que possamos afirmar que em causa temos a exceção dilatória do caso julgado é necessário que ocorra a denominada *tríplice identidade*, isto é, que se verifique uma correspondência entre os sujeitos, causa de pedir e pedido das duas ações.

Verificada a tríplice identidade podemos então concluir que existe uma “repetição

¹⁶⁹ “Na eventualidade de um determinado consumidor/particular/aderente intentar ação contra um profissional/predisponente que não foi parte na ação inibitória requerendo a declaração de nulidade de uma cláusula contratual geral que já antes haja sido declarada nula por sentença inibitória, o juiz absolve o réu da instância por se ter verificado a exceção dilatória do caso julgado material?”

da causa” para efeitos do artigo 580.º/1 CPC.

Numa análise meramente superficial, poderíamos ser levados a concluir que apesar do pedido e da causa de pedir serem idênticos, a identidade das partes não se verifica na medida em que não houve presença física do autor e réu (desta nova ação) na ação inibitória precedente.

Como tal, numa primeira apreciação podemos afirmar que não está verificada a *tríplice identidade* que nos permite demonstrar que estamos perante a exceção do caso julgado.

Mas não tiremos conclusões precipitadas é que, seguindo o ensinamento de LEBRE DE FREITAS¹⁷⁰, “para se entender a tripla identidade, tem que se ir além da mera verificação de que a segunda ação é proposta pela mesma pessoa que foi uma das partes na primeira contra a mesma pessoa que nela foi a respetiva contraparte”¹⁷¹.

Vejamos, segundo o artigo 581.º/2 do CPC “há identidade dos sujeitos quando as partes são as mesmas sob o ponto de vista da sua qualidade jurídica” ora, deste preceito normativo retiramos conclusões importantíssimas: é que, assim sendo, ficam abrangidos pelos efeitos do caso julgado não apenas as mesmas pessoas jurídicas que sejam parte numa e noutra ação mas também pessoas distintas que revistam idêntica qualidade jurídica precisamente porque a identidade dos sujeitos também se verifica nestes casos.

Ora, a qualidade jurídica afere-se perante a posição de ambas na relação jurídica que constitui elemento material das pretensões deduzidas. Vejamos alguns exemplos: no âmbito da figura da representação, a parte é o representado e não o representante a mais disso; transmitida a terceiro a situação substantiva da parte, depois de transitada a sentença de mérito, deve considerar-se que o adquirente tem a mesma qualidade jurídica do transmitente pelo que há identidade de parte¹⁷².

Mas, a identidade dos sujeitos não se restringe aos casos supramencionados. Importa agora refletirmos acerca da extensão subjetiva da eficácia do caso julgado a

¹⁷⁰ JOSÉ LEBRE DE FREITAS, “Um polvo chamado autoridade do caso julgado” cit., pág. 694.

¹⁷¹ MARIA JOSÉ CAPELO, *ob. cit.*, pág. 322, neste sentido diz-nos que “o caso julgado abarca os sujeitos que identificam a situação jurídica adquirida ou herdada, isto é, com a configuração que lhe conferiu uma sentença transitada em julgado”; também neste sentido, RUI PINTO, “Exceção e autoridade de caso julgado – algumas notas provisórias”, Revista Julgar online (2018), disponível em <https://julgar.pt/excecao-e-autoridade-de-caso-julgado-algumas-notas-provisorias/>, pág. 10, alerta-nos, precisamente, para o facto de que para se aferir a identidade das partes “não releva o estrito conceito formal de parte, mas, na verdade, um conceito material de parte. Este apura-se pelo âmbito de eficácia material do objeto processual e não pela estrita e literal titularidade da instância”.

¹⁷² JOSÉ LEBRE DE FREITAS, “Um polvo chamado autoridade do caso julgado” cit., pág. 694.

terceiros e isto porque, a identidade dos sujeitos estende-se àqueles que não sendo titulares da instância serão, ainda assim, abrangidos pela força do caso julgado formado na primeira ação¹⁷³, portanto, a identidade das partes para estes efeitos é entendida em termos abrangentes a incluir terceiros alheios ao processo, mas aos quais se estende a eficácia subjetiva do caso julgado.

Estamos, neste ponto, perante uma verdadeira exceção ao princípio da ineficácia do caso julgado em relação a terceiros.

Vejam, os efeitos do caso julgado não se estendem a todo e qualquer terceiro. Como tivemos oportunidade de referir, a regra que ainda hoje vigora entre nós é a da eficácia *inter partes*.

Mas repare-se que também clarificámos que esta regra não é absoluta pois existem, efetivamente, casos em que ocorre o extrapolar dos efeitos da sentença vinculando terceiros (que não são parte na ação). Identifiquemos, então, quem são esses terceiros de forma que possamos aferir se o profissional utilizador de cláusulas contratuais gerais não demandado, apesar de não ser parte da ação inibitória, se inclui em alguma das categorias de terceiros a quem se estende a eficácia do caso julgado.

Vejam, então; neste grupo incluem-se, em primeiro lugar, os *terceiros juridicamente indiferentes* – conceito importado do direito italiano, mais concretamente do estudo de BETTI¹⁷⁴ - que são aqueles que nenhuns prejuízos sofrem com o caso julgado alheio ora, desta primeira categoria podemos facilmente excluir o profissional não demandado porque, *a contrario sensu*, o caso julgado causa-lhe prejuízos de ordem jurídica, é que, se ficassem vinculados pela sentença inibitória estariam estes inibidos da utilização de determinadas cláusulas essenciais para a formação dos seus contratos.

Mas note-se, não são apenas os terceiros juridicamente indiferentes que ficam abrangidos pela extensão subjetiva da eficácia da sentença, juntamente com estes, ficam ainda os *terceiros titulares de relações jurídicas concorrentes* com a que a sentença reconheceu. Ora, é precisamente neste grupo de terceiros que LEBRE DE FREITAS¹⁷⁵ inclui

¹⁷³ ANTUNES VARELA/ JOSÉ MIGUEL BEZERRA/ SAMPAIO E NORA, *ob. cit.*, pág. 302.

¹⁷⁴ EMILIO BETTI, citado por ALBERTO DOS REIS, “Eficácia do caso julgado em relação a terceiros” *cit.*, pág. 231, classifica os terceiros em duas grandes categorias: na primeira categoria inserem-se os terceiros juridicamente indiferentes; já na segunda incluem-se os terceiros juridicamente interessados. BETTI diz-nos que os terceiros juridicamente indiferentes são aqueles que nenhuns prejuízos sofrem com o caso julgado alheio pelo contrário, os terceiros juridicamente interessados são aqueles a que o caso julgado pode causar prejuízo ou trazer uma qualquer vantagem de ordem jurídica.

¹⁷⁵ JOSÉ LEBRE DE FREITAS, “Um polvo chamado autoridade do caso julgado” *cit.*, pág. 694.

os contraentes beneficiários da nulidade de uma cláusula contratual geral. Assim sendo, são titulares de relações jurídicas concorrentes - e, portanto, os efeitos da sentença inibitória estender-se-ão aos mesmos -, os consumidores/particulares/aderentes perante os quais o profissional vencido na ação inibitória tenha predisposto cláusula contratual geral declarada nula ainda que estes não tenham intervindo como parte ativa na ação em que haja sido declarada a nulidade da mesma.

Mas atente-se bem no que se disse: são terceiros para estes efeitos os *beneficiários da nulidade de uma cláusula contratual*, portanto, desta categoria ficam excluídos os profissionais/predisponentes não demandados no processo na medida em que, é incontestável que estes não são, de todo, beneficiários da nulidade de uma cláusula contratual geral.

Concluimos, assim, que a extensão do caso julgado às situações jurídicas concorrentes se dá apenas *secundum eventum litis*¹⁷⁶ o que significa que o caso julgado alheio produz efeitos perante estes terceiros quando o resultado do processo lhes seja favorável, e apenas nesses casos.

Para além destes, abrangidos pela extensão subjetiva da eficácia da sentença ficam ainda os *titulares da situação jurídica cuja conservação ou constituição dependa do exercício da vontade negocial de uma das partes no processo*. Consideramos que desta categoria estão igualmente excluídos os profissionais utilizadores de cláusulas contratuais gerais não demandados no processo.

Todos estes casos de extensão a terceiros da eficácia da sentença – que consubstanciam uma clara exceção ao princípio da ineficácia do caso julgado em relação a terceiros - são equiparados aos da estrita identidade de partes para efeitos do artigo 581.º CPC.

Assim sendo, não se verificando um dos elementos da tríplice identidade – a identidade das partes – podemos já concluir de forma clara e fundamentada que a questão da nulidade de uma determinada cláusula contratual geral já anteriormente declarada nula por sentença inibitória não é indiscutível perante um profissional não demandado na referida ação precisamente porque o efeito negativo do caso julgado não se produz em relação a estes profissionais, estes não ficam abrangidos pela força do caso julgado (in

¹⁷⁶ Cujá tradução à letra é “segundo o resultado do processo”.

casu, pela exceção do caso julgado).

10.1.3. Estará O Profissional Utilizador De Cláusulas Contratuais Gerais Não Demandado Na Ação Inibitória Abrangido Pela Autoridade Do Caso Julgado?

Analisemos agora a segunda questão a que nos propusemos dar resposta¹⁷⁷.

Importa desde já clarificar que, não obstante não se verificar no nosso caso a exceção dilatória do caso julgado – como tivemos oportunidade de apreciar no ponto precedente -, a verdade é temos ainda de perceber se o profissional/predisponente não demandado no processo fica, ainda assim, vinculado pela força do caso julgado, mas agora, pelo seu efeito positivo externo¹⁷⁸ ou autoridade do caso julgado *stricto sensu*.

As figuras da exceção dilatória do caso julgado e a da autoridade do caso julgado não se confundem; por um lado, como clarifica RUI PINTO¹⁷⁹, “enquanto com o efeito negativo um ato processual decisório anterior obsta a um ato processual decisório posterior, com o efeito positivo um ato processual decisório anterior determina (ou pode determinar) o sentido de um ato processual decisório posterior” portanto, este efeito positivo admite a produção de decisões de mérito sobre objetos processuais conexos coma condição da prevalência do sentido decisório da primeira decisão, contrariamente ao que acontece na exceção dilatória do caso julgado.

A mais disso e citando MARIA JOSÉ CAPELO¹⁸⁰, estas duas figuras distinguem-se ainda na medida em que, “enquanto na primeira vertente negativa do instituto do caso julgado se atende à existência de uma ação idêntica, na “nova” função tomam-se em consideração o dispositivo e o seu papel prejudicial na nova causa” portanto, a autoridade do caso julgado distingue-se da exceção de caso julgado na medida em que, a invocação e o funcionamento da autoridade do caso julgado dispensam a identidade do pedido e da

¹⁷⁷ “Não estando nós, neste caso, perante a exceção do caso julgado, ainda assim, o juiz desta nova ação está vinculado à anterior decisão inibitória por força da figura da autoridade do caso julgado?”

¹⁷⁸ Falamos aqui exclusivamente do efeito positivo externo do caso julgado. Este efeito positivo externo distingue-se do efeito positivo interno do caso julgado. Seguindo o entendimento de RUI PINTO, “Exceção e autoridade de caso julgado– algumas notas provisórias” cit., pág. 17, o efeito positivo interno do caso julgado consiste na vinculação ao objeto processual e aos sujeitos da própria decisão enquanto o efeito positivo externo é aquele que se refere aos objetos processuais que estejam em relação conexa com o objeto da decisão.

¹⁷⁹ RUI PINTO, Exceção e autoridade de caso julgado– algumas notas provisórias” cit., pág. 7.

¹⁸⁰ MARIA JOSÉ CAPELO, ob. cit., pág. 51.

causa de pedir assentando agora na verificação de uma relação prejudicial entre os objetos das duas ações¹⁸¹.

Feita que está a distinção entre estas duas figuras urge definir, em termos concretos, em que se consubstancia a autoridade do caso julgado *stricto sensu*.

Para tal acompanhemos a exposição de LEBRE DE FREITAS que nos diz que “o efeito positivo externo do caso julgado, pressupondo igualmente a identidade das partes, assenta sempre na existência duma relação de prejudicialidade entre a primeira e a segunda ação” portanto, a figura da autoridade do caso julgado está tendencialmente circunscrita no âmbito de uma relação de prejudicialidade objetiva ou seja; na primeira ação decide-se a questão jurídica cuja resolução constitua pressuposto necessário da decisão de mérito a proferir na segunda¹⁸².

Por outras palavras, entendemos que o caso julgado se impõe por via da sua autoridade (ou efeito positivo) quando a concreta relação ou situação jurídica definida na primeira decisão não coincide com o objeto da segunda ação – portanto, pedido ou causa de pedir – mas, no entanto, constitui pressuposto ou condição da definição da relação ou situação jurídica que nesta é necessário regular e definir.

Feitas as notas introdutórias sobre esta enigmática figura cabe-nos agora estabelecer a necessária relação da mesma com o nosso caso concreto: dissemos *supra* que para que o caso julgado se imponha por via da sua autoridade é necessário que se verifique preenchido o pressuposto da identidade das partes (conceito este entendido em termos abrangentes a incluir terceiros abrangidos pela extensão da eficácia subjetiva da sentença) sendo que, na exposição que fizemos acerca da tríplice identidade para efeitos de verificação da exceção dilatória do caso julgado, acabámos por concluir pela não identidade das partes nestas duas ações, conclusão que transpomos para este ponto do nosso estudo.

Mas vejamos, apesar de ser ponto assente na doutrina esta exigência de identidade das partes, a realidade é que já assistimos a decisões dos tribunais em que a autoridade do

¹⁸¹ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 11 de junho de 2019, proc.355/16.5T8PMS.C1, Relatado por MARIA CATARINA GONÇALVES.

¹⁸² JOSÉ LEBRE DE FREITAS, “Um polvo chamado autoridade do caso julgado” cit., pág. 700. Também neste sentido, RUI PINTO, Exceção e autoridade de caso julgado– algumas notas provisórias” cit., pág. 25 define o efeito positivo externo do caso julgado como consistindo na “vinculação de uma decisão posterior a uma decisão já transitada em razão de uma relação de prejudicialidade ou de concurso entre os respetivos objetos processuais ou, em termos mais simples, em razão de objetos processuais conexos”.

caso julgado se estende a casos em que não há identidade de objetos, nem de sujeitos¹⁸³ o que, efetivamente, poderia dar o mote para que possamos concluir pela vinculação destes profissionais à sentença inibitória por via da sua autoridade.

Mas, não tenhamos ilusões não obstante esta “abertura” a verdade é que devemos entender que esta corrente jurisprudencial é absolutamente inaceitável na medida em que, coloca em causa não só o princípio do contraditório como também consubstancia uma nítida violação do direito de defesa dos sujeitos: o direito de defesa “postula o conhecimento efetivo do processo instaurado, a conceção dum prazo suficientemente amplo para a oposição e o tempero da rigidez das preclusões e cominações decorrentes da falta de contestação”¹⁸⁴; o princípio do contraditório, é hodiernamente entendido como a “garantia da participação efetiva das partes no desenvolvimento de todo o litígio, mediante a possibilidade de, em plena igualdade, influírem em todos os elementos (*factos, provas, questões de direito*) que se encontrem em ligação com o objeto da causa e que em qualquer fase do processo apareçam como potencialmente relevantes para a decisão”¹⁸⁵.

Impor-se, por força da autoridade do caso julgado, a decisão proferida em ação inibitória em que este profissional não foi demandado não só consubstancia uma clara violação ao seu direito de oposição como significa a preclusão do direito do profissional não demandado de incidir ativamente no desenvolvimento e no êxito do processo onde foi proferida a decisão que o vinculará o que não podemos, de modo algum, tolerar¹⁸⁶.

Mesmo que, em termos remotos, pudéssemos admitir a dispensa de identidade das partes, terá sempre – para que a autoridade do caso julgado *stricto sensu* se possa impor – de se indagar se existe uma relação de prejudicialidade entre a ação inibitória que culmina com a declaração de nulidade de uma determinada cláusula contratual geral perante um ou vários profissionais demandados e a ação intentada contra um outro profissional - que não foi parte na ação anterior - que utiliza cláusulas iguais ou equiparadas¹⁸⁷ à que foi declarada nula isto porque, o conceito de autoridade do caso

¹⁸³ Exemplo disto é o aresto do Supremo Tribunal de Justiça de 21 de março de 2013, proc.3210/07, Relatado por ÁLVARO RODRIGUES.

¹⁸⁴ JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *ob.cit.*, pág. 109.

¹⁸⁵ JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *ob. cit.*, págs. 126 e 127.

¹⁸⁶ Também neste sentido, RUI PINTO, Exceção e autoridade de caso julgado— algumas notas provisórias” cit., pág. 19, diz-nos que “o caso julgado abrange os sujeitos que puderam exercer o contraditório sobre o objeto da decisão”.

¹⁸⁷ As cláusulas substancialmente equiparáveis às que foram declaradas nulas são, também elas, proibidas, desta feita evita-se que as empresas demandadas recorram a formas indiretas que contornar as proibições decretadas pelo tribunal.

julgado *stricto sensu* está circunscrito às relações de prejudicialidade entre objetos processuais.

A resposta a esta questão é simples: aquilo que se verifica não é qualquer relação de prejudicialidade entre os dois objetos, mas sim uma perfeita identidade isto porque, na primeira ação discute-se a validade de determinada cláusula contratual geral sendo que nesta segunda ação, é essa mesma validade que se vem questionar novamente.

Assim sendo, não só falta o requisito da identidade das partes como também não se verifica uma relação de prejudicialidade objetiva entre estas duas ações que nos possa levar a concluir que os efeitos da sentença inibitória abrangem profissionais não demandados por via da sua autoridade.

Como tal, a (in)validade de uma cláusula contratual geral já declarada nula por sentença inibitória em que este profissional utilizador de cláusulas contratuais gerais não foi demandado será apreciada pelo juiz nesta nova ação sem que haja consideração pelo sentido decisório tomado na precedente ação inibitória.

10.2. A EFICÁCIA *ULTRA PARTES* LIMITADA DA SENTENÇA INIBITÓRIA

Tivemos oportunidade de aferir que a força do caso julgado de que fica investida a sentença inibitória transitada em julgado, não se estende aos profissionais utilizadores de cláusulas contratuais gerais não intervenientes no processo¹⁸⁸ e isto porque, a força do caso julgado, em concreto, os seus efeitos negativo e positivo não atingem o profissional utilizador de cláusulas contratuais gerais não demandado na ação inibitória.

Assim, podemos agora concluir com segurança – na linha de entendimento de autores como ANTÓNIO PINTO MONTEIRO¹⁸⁹, MARGARIDA DE MENEZES LEITÃO¹⁹⁰, ANA SOFIA DA

¹⁸⁸ Uma breve nota que me parece importante deixar neste momento de *rescaldo de tudo quanto foi dito* é que, não obstante o legislador não ter determinado em concreto quais os efeitos jurídicos da sentença inibitória, a verdade é que este nos deixou algumas referências que poderão, de facto, indiciar que a decisão inibitória não produz efeitos em relação aos profissionais não demandados no processo. Para tal atentemos no preceituado no artigo 27.º RJCCG, no seu n.º 2 o legislador prevê a chamada coligação de réus. Ora, parece claro que se a sentença inibitória produzisse efeitos *erga omnes* o legislador não dedicava um número de um preceito normativo a prever especialmente esta figura até porque, sejam ou não demandados na ação os profissionais utilizadores das cláusulas contratuais gerais estariam sempre abrangidos por aquela decisão.

¹⁸⁹ ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “Contratos de adesão: o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo decreto-lei n.º 446/85, de 25 de outubro”, cit., págs. 761 e 762.

¹⁹⁰ MARGARIDA DE MENEZES LEITÃO, ob. cit., pág. 193.

SILVA ANDRADE¹⁹¹ - que apesar de uma determinada cláusula contratual geral ter sido declarada nula por sentença inibitória transitada em julgado tal não inibe um outro profissional que não foi demandado no referido processo de lançar mão da mesma e de a predispor em contratos futuros¹⁹².

Não obstante o que acabámos de referir; há quem entenda que não é inteiramente rigoroso afirmar-se que a sentença inibitória produz efeitos apenas e só inter partes vejamos porquê: recuperemos a nota avançada *supra*; LEBRE DE FREITAS inclui os contraentes beneficiários da nulidade de uma cláusula contratual geral na categoria de terceiros titulares de relações jurídicas concorrentes ou seja, aqueles que apesar de não serem partes na ação inibitória, ficam abrangidos pela extensão subjetiva da eficácia da sentença. Isto significa que o consumidor/aderente/particular pode valer-se, sem mais, de anterior decisão inibitória^{193/194}. No entanto, temos sempre de harmonizar este entendimento com aquilo que ficou exposto *supra* é que; se é verdade que o aderente se pode fazer valer de anterior decisão inibitória (é precisamente o que preceitua o artigo 32º RJCCG¹⁹⁵) é

¹⁹¹ ANA SOFIA DA SILVA ANDRADE, ob. cit., pág. 660.

¹⁹² Não podemos, todavia, ignorar que, em termos práticos, uma decisão judicial que declara o carácter abusivo de uma determinada cláusula contratual geral ou a sua ilegalidade consubstancia um precedente jurídico com efeitos indiretos significativos sobre outros profissionais que predisponham cláusulas iguais ou equivalentes às que foram declaradas nulas. Assim, não obstante, não ficarem vinculados à decisão inibitória, estes profissionais deverão esperar uma apreciação semelhante à que foi proferida em ação inibitória o que acaba sempre por inibir os demais profissionais de as predispor. Assim, apesar da inexistência de um efeito *erga omnes* tal não significa que a declaração de nulidade de uma determinada cláusula - ainda que com efeitos apenas perante o profissional demandado - não tenha um efeito dissuasor perante outros profissionais utilizadores de cláusulas contratuais gerais.

¹⁹³ Note-se que, como alerta ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “Contratos de adesão: o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo decreto-lei nº 446/85, de 25 de outubro”, cit., a própria natureza e as finalidades da sentença inibitória justificam esta eficácia *ultra partes* da sentença inibitória – os seus efeitos extrapolam além das partes – em sentido estrito - e abrangem terceiros vinculados pela eficácia subjetiva da sentença inibitória.

¹⁹⁴ Esta solução está em conformidade com as orientações dadas pelo Tribunal de Justiça da União Europeia quando inquirido acerca do modo de interpretação dos diplomas europeus nesta matéria. Vejamos a este propósito o acórdão do TJUE, 26 - Abr - 2012, Intel, C-472/10, EU:C:2012:242 onde se conclui que “o artigo 6.º/1, da Diretiva 93/12, conjugado com o seu artigo 7.º/1 e 2 deve ser interpretado no sentido de que:

(1) não se opõe a que a declaração de nulidade de uma cláusula abusiva que faz parte das condições gerais dos contratos celebrados com os consumidores, no âmbito de uma ação inibitória intentada contra um profissional no interesse público e em nome dos consumidores por um organismo designado pela legislação nacional produza, em conformidade com a referida legislação, efeitos para todos os consumidores que tenham celebrado com o profissional em causa um contrato ao qual se aplicam as mesmas condições gerais, incluindo para os consumidores que não eram partes no processo relativo à ação inibitória; quando o carácter abusivo de uma cláusula das condições gerais dos contratos tiver sido reconhecido no âmbito de tal processo, os órgãos jurisdicionais nacionais estão obrigados, também no futuro, a retirar oficiosamente daí todas as consequências previstas pelo direito nacional, para que a referida cláusula não vincule os consumidores que tenham celebrado com o profissional em causa um contrato ao qual se aplicam as mesmas condições gerais.”

¹⁹⁵ Pode ler-se no nº.1 do art.32º do RJCCG que: “As cláusulas contratuais gerais objeto de proibição definitiva por decisão transitada em julgado, ou outras que se lhe equiparem substancialmente, não podem ser incluídas

igualmente verdade que esta decisão inibitória não produz efeitos perante profissionais não demandados na ação como tal, o aderente pode fazer-se valer desta decisão apenas e só quando esteja a contratar com o mesmo sujeito vencido na ação inibitória. Se este requisito não estiver preenchido – o da identidade do profissional demandado – já o aderente não se pode valer desta.

Ora, a este fenómeno a doutrina dá a designação de eficácia *ultra partes* – *ultra partes* porque qualquer consumidor/aderente pode invocá-la na medida em que, enquanto terceiros titulares de relações jurídicas concorrentes ficam abrangidos pela eficácia subjetiva do caso julgado da sentença inibitória - *limitada* – porque essa faculdade conferida aos consumidores/aderentes apenas pode ser exercida contra o profissional vencido na ação inibitória - da sentença inibitória.

Designação que aceitamos na sua plenitude.

10.2.1. O Acórdão Do TJUE, 21-Dez-2016, Biuro Podrózy Partner, C-119/15, Ecli:Eu:C:2016:987

Neste momento do nosso estudo afigura-se essencial destacar o acórdão TJUE, 21-Dez.-2016, *Biuro podrózy Partner*, C-119/15, ECLI:EU:C:2016:987, esta decisão prejudicial é proferida na sequência de um litígio que opõe um profissional às autoridades polacas da concorrência e da proteção dos consumidores relativamente à aplicação de uma coima a esse profissional pela utilização de cláusulas contratuais gerais consideradas equivalentes às cláusulas já anteriormente declaradas abusivas.

A questão ganha especial importância porque esse profissional não foi parte no processo que culminou na declaração de nulidade dessas mesmas cláusulas.

Ora, neste contexto, aquilo que se vem questionar ao TJUE é, se da interpretação dos diplomas europeus sobre esta matéria é possível admitir que os Estados-Membros possam atribuir à decisão que declara abusiva uma determinada cláusula efeitos *erga omnes*.

em contratos que o demandado venha a celebrar, nem continuar a ser recomendadas” – a referência a “(...) contratos que o demandado venha a celebrar (...)” dá cabimento à ideia segundo a qual, independentemente de quem seja a sua contraparte contratual, o profissional vencido na ação está sempre inibido de predispor de cláusulas iguais ou equivalentes àquelas que fora declaradas nulas precisamente porque o aderente é terceiro titular de uma relação jurídica concorrente e, por isso mesmo, os efeitos subjetivos da sentença inibitória estendem-se-lhe e este pode lançar mão da mesma.

Tivemos oportunidade de referir que nesta matéria vigora o princípio da autonomia processual dos Estados-Membros precisamente porque os diplomas relativos a esta disciplina não nos dão uma solução concreta para esta questão.

Desta feita, o que realmente se verifica neste processo é que o TJUE é convidado a determinar os limites da autonomia processual dos Estados-Membros no âmbito da Diretiva 93/13 (bem como o justo equilíbrio entre a proteção eficaz dos consumidores contra cláusulas abusivas e o direito do profissional a ser ouvido, garantido pelo artigo 47º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia).

Nas conclusões do citado acórdão podemos ler: “O artigo 6º/1, e o artigo 7º da Diretiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores, conjugados com os artigos 1.º e 2.º da Diretiva 2009/22/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de abril de 2009, relativa às ações inibitórias em matéria de proteção dos interesses dos consumidores, e à luz do artigo 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, devem ser interpretados no sentido de que *não se opõem a que a utilização de condições gerais, cujo conteúdo seja equivalente ao de cláusulas declaradas ilícitas por uma decisão jurisdicional transitada em julgado e inscritas num registo nacional das cláusulas e de condições gerais declaradas ilícitas, seja considerada, relativamente a um profissional que não foi parte no processo que levou à inscrição dessas cláusulas no referido registo, um comportamento ilícito. Desde que - o que cabe ao órgão jurisdicional de reenvio verificar - esse profissional beneficie de um direito de recurso efetivo”*.

Portanto, da análise a este acórdão podemos retirar uma importante ilação: é que mesmo que a solução extraída dos instrumentos de direito interno fosse a da eficácia *ultra partes* da sentença inibitória (com a condição de ser garantido um efetivo direito ao profissional afetado - mas não demandado - de recorrer dessa decisão porque só assim se garante o direito à defesa destes sujeitos prevista no artigo 47.º da Carta dos Direitos fundamentais da União), não teríamos quaisquer entraves a tal interpretação na medida em que esta estaria ainda em plena harmonia com as orientações europeias.

Acontece que, apesar desta abertura dada pela interpretação feita pelo TJUE do direito europeu, o nosso direito interno (aquele que, nesta matéria em concreto, prevalecerá na medida em que, reafirmemos, vigora – neste caso específico – o princípio da autonomia processual dos Estados-Membros) não se compatibiliza com uma solução

como esta por tudo quanto foi dito nesta exposição.

De notar ainda que, não será igualmente adequado transpormos para o nosso ordenamento jurídico a solução polaca e admitirmos que as decisões proferidas no âmbito de um controlo abstrato têm um efeito *erga omnes* em relação a todos os profissionais a partir da inscrição no registo das cláusulas abusivas; precisamente porque esta não terá cabimento no nosso direito e a verdade é que, temos de ter prudência com aquilo que “importamos”. Citando Eça de Queirós, “a civilização custa-nos caríssimo, com os direitos de alfândega: e é em segunda mão, não foi feita para nós, fica-nos curta nas mangas...”.

10.3. OS EFEITOS DO CASO JULGADO (EM RAZÃO DO SEU SENTIDO) NEGATIVO

Antes de concluirmos o nosso estudo façamos uma indispensável referência a um ponto que tem levantado algumas questões.

Refletimos, no nosso texto, acerca dos efeitos do caso julgado positivo, isto é, quando a decisão julga procedente o pedido do autor¹⁹⁶ mais concretamente, quando a cláusula sujeita a apreciação judicial é declarada abusiva.

No entanto, não nos centrámos no estudo dos efeitos do caso julgado negativo, isto é, da decisão inibitória que julga improcedente o pedido do autor e, portanto, declara plenamente válida a cláusula contratual geral sujeita a apreciação judicial.

Acontece que, da análise dos efeitos do caso julgado negativo emerge uma importante questão à qual urge dar resposta: a questão que se tem colocado é a de saber *se não obstante uma cláusula ter sido declarada válida por decisão inibitória essa mesma cláusula pode vir a ser sujeita a um controlo concreto da sua validade*.

Relativamente a esta problemática consideramos que uma decisão inibitória nacional que declara a validade de uma determinada cláusula contratual geral não é nem pode ser absoluta a ponto de obstar a um posterior controlo concreto da mesma cláusula.

Isto é assim desde logo porque os mecanismos de que o juiz se socorre para aferir a validade da cláusula diferem largamente consoante estejamos perante um controlo concreto ou abstrato, vejamo-lo: quando em causa temos um controlo *ex ante*/abstrato da cláusula contratual geral esta é declarada válida sem que o juiz, na apreciação da sua validade, tenha em consideração quaisquer factos específicos que envolvem a celebração

¹⁹⁶ RUI PINTO, Exceção e autoridade de caso julgado— algumas notas provisórias” cit., pág. 2

do contrato em que a mesma venha a ser incluída.

No entanto, quando em causa está um controlo concreto ou incidental das cláusulas contratuais gerais impõe-se sempre considerar todas as circunstâncias que rodearam a celebração do contrato, bem como as restantes cláusulas que formam o regulamento contratual em causa, nas palavras de ALMENO DE SÁ, é imprescindível a “apreciação da situação negocial”¹⁹⁷.

Ora, se é certo que de uma ponderação em abstrato, sem que se tenha em conta quaisquer especificidades do caso concreto, uma cláusula pode ser considerada plenamente válida; é igualmente certo que o controlo concreto da validade dessa mesma cláusula pode conduzir a um juízo diferenciado na medida em que este exige a ponderação da natureza dos bens ou serviços que sejam objeto do contrato em que esta se encontra inserida e mediante a consideração de todas as circunstâncias que, no momento em que o contrato foi celebrado, rodearam a sua celebração, bem como de todas as cláusulas do contrato, ou de outro contrato de que este dependa.

Assim, parece-nos difícil aceitar um regime que prevê que o caráter válido de uma cláusula contratual geral seja estabelecido em termos absolutos durante um controlo

¹⁹⁷ ALMENO DE SÁ, *ob. cit.*, pág. 257.

abstrato na medida em que a apreciação do carácter da cláusula pode variar tendo em conta a ponderação concreta das circunstâncias específicas do caso concreto.

Desta feita, a sentença inibitória que declara válida uma determinada cláusula contratual geral não pode produzir efeitos tais que obstem a que essa mesma cláusula considerada válida seja sujeita a um posterior controlo concreto da sua validade precisamente porque a mesma cláusula pode, efetivamente, em termos abstratos ser considerada plenamente válida, mas, não obstante este facto, acabar por se configurar abusiva mediante da ponderação dos fatores atendíveis do caso concreto.

CONCLUSÃO

Neste texto tivemos, num primeiro momento, oportunidade de refletir acerca do “cabimento” de uma tutela meramente preventiva num sistema processual ao qual, desde sempre se reconheceu uma função quase exclusivamente repressiva.

Cedo no nosso estudo, percebemos que a emergência de *novos direitos* de caráter não patrimonial, obrigou o processo a adaptar-se à nova realidade. Nova realidade que obrigou a engrenagem a criar novos eixos.

Deixámos, assim, de conceber o processo como “*unifuncional*”, comportando somente uma função repressiva, para lhe reconhecermos uma verdadeira “*trifuncionalidade*”. Desta forma, concluímos que o processo comporta três funções específicas e fundamentais, funções estas que acompanham, todo o ciclo de vida de uma situação juridicamente relevante: naquilo que podemos reconhecer como a primeira função do processo civil, o mesmo sustenta a eficácia de um direito subjetivo após a violação do mesmo, assumindo, portanto, a tradicional função repressiva; por outro lado, o processo civil assume uma segunda função: a função constitutiva de sustentação da realização de um direito subjetivo; por fim, o processo assume, ainda, uma função preventiva.

Reconhecida ao processo uma função preventiva foi tempo de nos debruçarmos acerca da ação de prevenção por excelência: a ação inibitória.

Tivemos oportunidade de nos debruçar sobre a análise dos pontos fundamentais desta tão enigmática figura, ancorados no longo caminho que a doutrina internacional – em especial, italiana e brasileira – tem feito no estudo da ação preventiva por excelência.

Feita a análise dos seus pontos fundamentais, num constante trabalho de adequação ao nosso sistema – para não correremos o risco de importar algo que nos fique curto nas mangas – foi altura de percebermos se a ação inibitória se pode incluir no âmbito de um qualquer mecanismo de tutela processual já previsto no CPC.

Neste sentido pudemos concluir, que, não se tratando de uma providência cautelar, de uma ação declarativa constitutiva ou mesmo de uma ação declarativa de simples apreciação, a ação inibitória, consubstancia, em termos formais uma verdadeira ação de condenação. Não nos restaram dúvidas de que, se a tutela inibitória se destina a impedir a prática, repetição ou continuação do ilícito e a ação de condenação na sua vertente preventiva visa a condenação do réu na abstenção da prática de determinados atos no futuro tratando-se, portanto, de duas ações que se confundem por se tratar do mesmo tipo de tutela.

Feito o caminho introdutório e reconhecendo a capacidade do sistema processual português para abarcar uma tutela exclusivamente preventiva, foi tempo de a vermos “atuar na prática”.

No segundo Capítulo da nossa dissertação tivemos oportunidade de refletir acerca da contratação baseada em condições gerais centrando o nosso estudo nos especiais problemas que podem advir para os consumidores. Vimos que neste domínio ocorre tipicamente uma perturbação do equilíbrio negociatório na medida em que, as cláusulas aparecem como unilateralmente predispostas para uma série de contratos e acabam por se integrar num contrato singular sem que a contraparte do utilizador possa influir nos respetivos termos contratuais¹⁹⁸. Demonstrámos igualmente que esta conjectura leva, grande parte das vezes, a que ocorram da parte do profissional utilizador de cláusulas contratuais gerais abusos que representam, verdadeiramente, a violação dos direitos consagrados dos seus parceiros negociais. Parceiros negociais estes que, grande parte das vezes, não passam de consumidores finais que se encontram numa posição frágil e, por isso, mesmo suscetível de ser explorada pela parte negocial mais forte – o profissional utilizador de cláusulas contratuais gerais.

Vimos ainda que o consumidor assume, neste tipo de contratação, uma dupla posição de inferioridade: assume uma posição de inferioridade contratual, mas também de litigância. Precisamente para fazer face a este desnível das partes negociais lançou-se mão de mecanismos diferenciados que têm como principal intuito *impedir o abuso da liberdade de conformação do contrato por parte do utilizador das cláusulas contratuais gerais*¹⁹⁹.

Centrámo-nos na análise da figura à qual se recorreu com o especial intuito de colmatar a inferioridade de litigância do consumidor, isto é, a ação inibitória e, ancorados num estudo prévio acerca dos contornos desta figura processual, propusemo-nos analisar os efeitos do caso julgado formado a partir do trânsito em julgado da mesma. Só assim foi possível apurar com precisão se a decisão inibitória produz efeitos *ultra partes* vinculando o profissional utilizador de cláusulas contratuais gerais não demandado na ação inibitória.

No nosso estudo, tentámos demonstrar, de uma forma fundamentada, lado a lado com a doutrina portuguesa maioritária que a regra da eficácia *inter partes* das sentenças só pode ser excecionada no âmbito do direito do consumidor para permitir que a decisão inibitória

¹⁹⁸ ALMENO DE SÁ, *ob. cit.*, pág. 208.

¹⁹⁹ ALMENO DE SÁ, *ob. cit.*, pág. 210.

produza efeitos e possa ser invocada por consumidores/aderentes que, não obstante não terem sido parte ativa na ação inibitória, contratem com o profissional demandado e vencido na ação.

Contudo, a regra da eficácia *inter partes* das sentenças já não poderá ser excecionada para permitir que os profissionais utilizadores de cláusulas contratuais gerais não demandados na ação inibitória fiquem abrangidos pela força do caso julgado e isto porque, os mesmos são, em relação à referida ação, terceiros. E são terceiros aos quais não se estende a força do caso julgado material de que fica investida a decisão inibitória transitada em julgado precisamente porque estes profissionais não se incluem em nenhuma das categorias de terceiros abrangidos pela extensão subjetiva da eficácia das sentenças. Desta feita, a admitirmos que a sentença inibitória tem efeitos *ultra partes*, nunca poderemos perder de vista que os mesmos serão sempre limitados.

Terminamos assim o nosso percurso, conscientes de que não podemos, escudados numa necessidade cega de resolver problemas antigos da justiça portuguesa - como sejam a morosidade na resolução dos litígios e a sobrecarga dos tribunais -, colocar em causa os direitos e garantias processuais reconhecidos aos sujeitos no geral e, em particular, aos profissionais utilizadores de cláusulas contratuais gerais. Não há dúvidas de que um regime como o polaco garante um elevado nível de tutela dos consumidores na medida em que se atribui às decisões proferidas no âmbito do controlo abstrato um efeito *erga omnes* o que obsta, de forma célere e eficaz à utilização das cláusulas declaradas abusivas bem como de cláusulas equiparadas; mas coloca em causa direitos fundamentais constitucionalmente protegidos dos sujeitos como seja o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos – artigo 20.º da Constituição da República Portuguesa – cuja restrição não podemos, de modo algum, tolerar.

Tivemos oportunidade de analisar, a possibilidade de uma cláusula declarada válida por sentença inibitória vir a ser sujeita (*a posteriori*) a um controlo concreto da sua validade e, neste ponto, concluímos com segurança que nada obsta a esta dupla sindicância na medida em que, apesar uma determinada cláusula ser declarada válida em resultado de um controlo abstrato; tal não impossibilita que, quando apreciada tendo como referência o circunstancialismo de um caso concreto, a mesma seja considerada nula.

11. BIBLIOGRAFIA

11.1. LISTA BIBLIOGRÁFICA

ANDRADE, MANUEL DE, *Noções elementares de processo civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 1979;

BEDAQUE, JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS, *Direito e Processo Influência do Direito Material Sobre o Processo*, Malheiros (12 agosto 2006);

CAPELO, MARIA JOSÉ, *A Sentença entre a Autoridade e a Prova – Em busca de traços distintivos do caso julgado civil*, Almedina, Coimbra, 2019;

CASTRO, ANSELMO, *Direito Processual Civil declaratório I*, Almedina, Coimbra (1981);

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Tratado de Direito Civil Português I*, Almedina, 1999;

FREITAS, JOSÉ LEBRE DE, *Introdução ao processo civil conceito e princípios gerais à luz do novo código*, 4ª edição, GESTLEGAL, Coimbra, 2017;

MARINONI, LUÍZ GUILHERME, *Técnica processual e tutela dos direitos*, AAFDL Editora, 2020;

MONTEIRO, JORGE SINDE, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Almedina, Coimbra, 1989;

PIMENTA, PAULO, *Processo Civil Declarativo*, Almedina, 2ª edição;

RAPISARDA, CRISTINA, *Profili della tutela civile inibitoria*, CEDAM (março, 1987);

REIS, ALBERTO DOS, *Código de Processo Civil anotado*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, vol. I;

RIBEIRO, JOAQUIM DE SOUSA, *Responsabilidade e garantia em cláusulas contratuais gerais /DL no 446/85, de 25 de outubro*, Coimbra, 1992;

SOUSA, MIGUEL TEIXEIRA DE, *O objeto da sentença e o caso julgado material - Estudo sobre a funcionalidade processual*, BMJ, 325º;

SÁ, ALMENO DE, *Cláusulas contratuais gerais e diretiva sobre cláusulas abusivas*, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 1955-2005;

VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES, *Das obrigações em Geral*, Vol. 1, 10ª Edição, Almedina, Coimbra, 2000;

VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES /BEZERRA, JOSÉ. MIGUEL /NORA, SAMPAIO E, *Manual de Processo Civil*, 2ª edição, Coimbra Editora.

11.2. ARTIGOS DE REVISTA

ALVES, JOÃO “Algumas notas sobre a tramitação da ação inibitória de cláusulas contratuais gerais”, *Revista do CEJ* número 6, 1.º semestre de 2007;

ALVES, PATRÍCIA PINTO, “Os contratos de adesão: verdadeiras cláusulas contratuais gerais?”, *Julgar online*, março de 2021, disponível em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2021/03/20210331-JULGAR-Os-contratos-de-adesão-Patr%C3%ADcia-Pinto-Alves.pdf> (última consulta a 08 de dezembro de 2023);

ANDRADE, ANA SOFIA DA SILVA, “Algumas Notas Sobre As Disposições Processuais da Lei das cláusulas Contratuais Gerais”, *Estudos de Direito do Consumo*, no8, págs. 636 a 668, disponível em: https://www.fd.uc.pt/cdc/pdfs/rev_8_completo.pdf (última consulta a 08 de dezembro de 2023);

BARBOSA, MAFALDA MIRANDA, “Entre a ilicitude e o dano”, *Revista de Direito da Responsabilidade*, ano 1, 2019 (última consulta a 08 de dezembro de 2023);

FREITAS, JOSÉ LEBRE DE, “Um polvo chamado autoridade do caso julgado”, *Revista da Ordem dos Advogados*, no3-4 (2019), págs. 691 a 722, disponível em: https://portal.oa.pt/media/130329/roa-iii_iv-2019.pdf (última consulta a 08 de dezembro de 2023);

KERN, RICARDO ALESSANDRO, “A tutela inibitória do ilícito: apontamentos doutrinários”, *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n.º 3148 (fevereiro de 2012);

LEITÃO, MARGARIDA DE MENEZES LEITÃO, “Cláusulas Contratuais Gerais e Negócio Jurídico Bancário”, *Data Venia no6*, págs. 120 a 194, disponível em: https://datavenia.pt/ficheiros/edicao06/datavenia06_p119-204.pdf (última consulta a 08 de dezembro de 2023);

LOPES, JOÃO BATISTA / LOPES, MARIA ELIZABETH DE CASTRO, “A Tutela Inibitória”, *Enciclopédia Jurídica da PUCSP*;

MARINONI, LUÍZ GUILHERME:

- “Ações inibitória e de ressarcimento na forma específica no Anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos para a Iberoamérica (art. 7.º)”, *Rio de Janeiro: Revista Forense*, 2005, vol. 381, pág. 122
- “Tutela Inibitória: Individual e Coletiva”, *Revista dos Tribunais*; 1ª edição (1 janeiro 2012).

MARTINS, MARIA INÊS VIANA DE OLIVEIRA, “O controlo do conteúdo das cláusulas contratuais gerais no contrato de seguro”, *Revista Thesis Juris – RTJ*, São Paulo, v.9, no2, págs. 416 a 422.

MESQUITA, LUÍS MIGUEL, “Princípio da Gestão Processual: O “Santo Graal” do novo Processo Civil?”, *Revista de Legislação e Jurisprudência* 3995, Ano 145o, Novembro-Dezembro de 2015, págs. 91 a 108.

MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO:

- “Contratos de adesão: o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo decreto-lei no 446/85, de 25 de outubro”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 46 (1986), págs. 734 a 762.
- “O novo regime jurídico dos contratos de adesão/ cláusulas contratuais gerais”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Vol. I, Ano 62 (2002), disponível em: <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista/ano-2002/ano-62-vol-i-jan-2002/artigos-doutrinais/antonio-pinto-monteiro-o-novo-regime-juridico-dos-contratos-de-adesao-clausulas-contratuais-gerais/> (última consulta a 08 de dezembro de 2023);

MOREIRA, JOSÉ CARLOS BARBOSA, “Tutela Sancionatória e Tutela Preventiva”, *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, vol. 19 (1979), pág. 121

OLIVEIRA, PAULO ROGÉRIO DE, “Aspetos da tutela inibitória, Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça”, *Lex*: 230;

PASSINHAS, SANDRA, “O problema das cláusulas contratuais gerais é o da usura em massa? – Resposta a Pedro Pais de Vasconcelos”, *Revista de Direito Comercial*, no1 (2018), págs.. 159 a 187, disponível em: <https://www.fd.uc.pt/~sandrap/pdfs/artigousura.pdf> (última consulta a 08 de dezembro de 2023);

PINTO, RUI, “Exceção e autoridade de caso julgado – algumas notas provisórias”, *Revista Julgar online* (2018), págs.. 1 a 30, disponível em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2018/11/20181126-ARTIGO-JULGAR-Exceção-e-autoridade-do-caso-julgado-Rui-Pinto.pdf> (última consulta a 08 de dezembro de 2023);

PIMENTA, ANDRE AFECHÉ, “A tutela inibitória puramente preventiva”, *Conteúdo Jurídico*, Brasília DF: 12 (2013)

POÇAS, LUÍS, “Os novos requisitos formais das cláusulas contratuais gerais (lei 32/2021): implicações, em particular, no contrato de seguro”, *Revista de Direito Comercial*, junho de 2021, págs. 899 a 905, disponível em: <https://static1.squarespace.com/static/58596f8a29687fe710cf45cd/t/60dc9f3654cf5e4d64d89c2e/1625071415927/2021-17+-+0897-0928.pdf> (última consulta a 08 de dezembro de 2023);

REIS, ALBERTO DOS, “Eficácia do caso julgado em relação a terceiros”, *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. XVII, págs. 207 a 273.

SOUSA, MIGUEL TEIXEIRA DE:

- “A tutela jurisdicional dos interesses difusos no direito português”, *Estudos de direito do consumidor*, no6 (2004), págs.. 280 a 293, disponível em:

https://www.fd.uc.pt/cdc/pdfs/rev_6_completo.pdf (última consulta a 08 de dezembro de 2023);

- “O fim do processo declarativo”, *Revista de Direito e Estudos Sociais*, Coimbra, n.º 3-4

11.3. LISTA DE DOCUMENTOS DE CONSULTA ONLINE

ASCENSÃO, J. OLIVEIRA, *Cláusulas Contratuais Gerais, Cláusulas Abusivas e o novo Código Civil*, disponível em <https://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Ascensao-Jose-Oliveira-CLAUSULAS-CONTRA-TUAIS-GERAIS-CLAUSULAS-ABUSIVAS-E-O-NOVO-CODIGO-CIVIL.pdf> ((última consulta a 08 de dezembro de 2023);

BÜRGERLICHES GESETZBUCH – BGB. Disponível na sua versão traduzida para inglês em: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.pdf (última consulta a 09 de dezembro de 2023);

COSTITUZIONE ITALIANA disponível para consulta em: https://www.senato.it/sites/default/files/media-documents/COST_PORTOGHESE.pdf (última consulta a 09 de dezembro de 2023);

DIZ, MILENA ANGELICA DRUMOND MORAIS, *Cláusulas Contratuais Gerais e Contratos Assimétricos*, Lisboa, 2014, disponível em https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/31988/1/ulfd133526_tese.pdf (última consulta a 09 de dezembro de 2023);

GESETZ GEGEN DEN UNLAUTEREN WETTBEWERB – UWG, disponível em https://www.gesetze-im-internet.de/uwg_2004/BJNR141400004.html (última consulta a 09 de dezembro de 2023);

LEI N.º 7.347/85 disponível para consulta em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17347orig.htm (última consulta a 09 de dezembro de 2023);

MARINONI, LUIZ GUILHERME, *Tutela Inibitória e Tutela de remoção do ilícito*, Panamá disponível em <https://www.mpmg.mp.br/data/files/80/10/52/54/DA44A7109CEB34A7760849A8/Tutela%20Inibitoria%20e%20Tutela%20de%20Remocao%20do%20Illicito.pdf> (última consulta a 09 de dezembro de 2023);

PINTO, RUI, *A questão de mérito na tutela cautelar*, Lisboa, 2007, disponível em https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/168/1/16452_Microsoft_Word_-_DOUTORAM14OUTsete.pdf (última consulta a 08 de dezembro de 2023);

PALMBO, AMEDEO, *La Tutela Inibitoria*. Roma, Universidade de Roma, 2010, disponível em

<https://arcadia.sba.uniroma3.it/bitstream/2307/569/1/LA%20TUTELA%20INIBITORIA.pdf> (última consulta a 21.11.2023).

12.4. LISTA DE OBRAS NÃO PUBLICADAS

BARBOSA, MAFALDA MIRANDA, Do nexo de causalidade ao nexo de imputação: contributo para a compreensão da natureza binária e personalística do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual, Coimbra, 2013, pág. 576

MESQUITA, LUÍS MIGUEL:

- Lições de Direito Processual Civil I, Teoria Geral do Processo Civil Declarativo, Coimbra, 2020/2021;
- As ações declarativas – A tutela processual declarativa, 3ª lição, Coimbra
- Os procedimentos cautelares – A tutela cautelar, lição 4, Coimbra, pág. 90/94/95

12.5. JURISPRUDÊNCIA NACIONAL E EUROPEIA

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 11 de junho de 2019, proc.355/16.5T8PMS.C1, Relatado por MARIA CATARINA GONÇALVES.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 21 de março de 2013, proc.3210/07, Relatado por ÁLVARO RODRIGUES.

Tribunal de Justiça da União Europeia, 21-Dez.-2016, *Biuro podrózy Partner*, C-119/15, ECLI:EU:C:2016:987. TJUE, 26 - Abr - 2012, *Invitel*, C-472/10

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo 11/20.0YHL.SB.L1.S1 de 21 de junho de 2022, relator NUNO PINTO DE OLIVEIRA

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo n.º 225/20.2YHLSB.SI de 09 de dezembro 2021 relatado por MANUEL CAPELO