

O direito do consumidor à repetição do indébito em dobro

Fábio Calheiros do Nascimento
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Introdução

Como é cediço, a Lei Federal n. 8.078/1990, também conhecida como Código de Defesa do Consumidor completa 25 anos neste ano de 2015. Não exatamente de vigência, tendo em conta que esse diploma efetivamente entrou em vigor apenas nos idos de 1991, mas, sim, de ingresso no ordenamento jurídico pátrio.

Reconhecido internacionalmente como uma lei avançada e muito bem redigida, ela se colocou, ao lado do Código Civil, como um dos principais diplomas legais do sistema. Se antes apenas o Código Civil tinha essa importância toda, a ponto de ser chamado de “constituição do cidadão comum”, o crescimento populacional, a urbanização e a fabricação em massa, entre outros fatores, fizeram com que essa realidade fosse alterada.

Não há quem não seja consumidor. Como a mídia gosta de ressaltar, o consumo se inicia pela manhã com o toque do alarme do aparelho eletrônico, com o banho no chuveiro antes do trabalho, com a ingestão de um copo de café, e assim segue por todo o dia, até que se finda de noite com o merecido descanso sobre o colchão recentemente adquirido com garantia.

O propósito explícito do Código de Defesa do Consumidor foi o de reequilibrar, tanto quanto possível, a relação jurídica existente entre fornecedor e consumidor, expressamente tido como vulnerável (art. 4º, I), e por isso foi bem detalhista.¹ Um dos campos em que havia esse desequilíbrio é a cobrança de dívidas por parte dos consumidores.

¹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 94.

Como se extrai da doutrina, o abuso dos fornecedores que são credores não ocorre apenas no Brasil no que se refere à cobrança de dívidas.² E se esse abuso não encontra limites geográficos, também não encontra limites fáticos, com a subsunção de consumidores a situações de constrangimento e de cobrança em duplicidade.

O presente artigo visa analisar o artigo 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, que trata da repetição do indébito em dobro em caso de cobrança de dívida paga indevidamente pelo consumidor ao fornecedor. Por óbvio, sem pretender esgotar o tema, ele é dividido em apenas três partes, sendo que a última se subdivide em mais três.

Ele é iniciado com a análise da repetição do indébito no Código Civil de 1916, época em que surgiu a conhecida Súmula 159 do Supremo Tribunal Federal, que serviu, e ainda serve, de fundamento importante na análise da matéria. Depois, de modo bem sucinto, é apresentado o artigo 940 do Código Civil de 2002, mas com o objetivo de expor elementos que sirvam como paradigma de comparação com o artigo 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor.

Enfim, na terceira e última parte, já entrando na análise do referido dispositivo normativo do diploma consumerista, ele é destrinchado de modo a ser analisado com mais acuidade. Primeiro é passado em revista o que se entende por cobrar, que foi o verbo escolhido pelo legislador consumerista para descrever a conduta incorreta do fornecedor. Nesse trecho, se faz um contraponto com o verbo demandar, escolhido pelo legislador civil.

Na sequência são explicados os motivos pelos quais a aplicação exclusiva do artigo 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor se limita àqueles casos em que o consumidor efetivamente paga a dívida indevida.

Por derradeiro, no trecho final deste artigo é perscrutada a questão mais interessante, isto é, o que se entende por “*engano justificável*”, o que perpassa tanto a compreensão do sentido e do alcance dessa expressão, como também da escolha da espécie de responsabilidade civil escolhida pelo legislador na imputação da repetição do indébito

² BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos e. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 339.

em dobro. Essa divergência acerca da espécie de responsabilidade é, por assim dizer, a cereja do bolo, pois é o tema de maior controvérsia na doutrina e na jurisprudência, ou, para ser mais preciso, entre doutrina e jurisprudência. É uma queda de braço que, é o que se espera, seja vencida pela doutrina.

1. A repetição do indébito no Código Civil de 1916

Dispunha o artigo 1.531 do Código Civil de 1916 que:

Aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressaltar as quantias recebidas, ou pedir mais do que for devido, ficará obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado e, no segundo, o equivalente do que dele exigir, salvo se, por lhe estar prescrito o direito, decair da ação.

Haurido do título 34 do Livro III das Ordenações Filipinas, que expressamente contém menção ao ato de demandar maliciosamente, o artigo 1.531 do Código Bevilacqua passou a ser interpretado e aplicado de modo a se exigir a má-fé do credor, como se verifica da conhecida Súmula 159 do Supremo Tribunal Federal, datada de dezembro de 1963, que tem a seguinte redação: “Cobrança excessiva, mas de boa-fé, não dá lugar às sanções do art. 1.531 do Código Civil”.

Essa exigência extraordinária consistente na presença da má-fé, que restou acolhida pela jurisprudência, adveio de lições doutrinárias no sentido de que a duplicação seria exagerada, e, por conta disto, em vez de se cogitar da possibilidade de redução da proporção dela, optou-se por restringir o campo de aplicação do dispositivo normativo aos casos de dolo. É isso que se infere da lição de Washington de Barros Monteiro, expressamente citado como fonte doutrinária em um dos julgados que serviram de base para a formulação da referida Súmula:

A propósito desse importante dispositivo legal cumpre salientar as seguintes aplicações práticas:
a) – sem prova de má-fé da parte do credor, que faz a cobrança excessiva, não se comina referida

possibilidade. A pena é tão grande e tão desproporcionada que só mesmo diante de prova inconcussa e irrefragável de dolo deve ela ser aplicada.

[...]

De ponderar que dita pena é para o caso de pedir o autor, com malícia, aquilo que já tinha recebido; de maneira que ela não cabe na hipótese em que o mesmo não logre obter integralmente o que pleiteia na ação. Se assim fora, toda vez que decaísse no pleito, total ou parcialmente, estaria o vencido obrigado a pagar ao réu o dobro do que estivera a reclamar judicialmente.³

Não é diferente a lição que se extrai da doutrina de José de Aguiar Dias, mas vale especialmente a menção a ela por conta da clareza com que expõe a quebra na sistemática de responsabilização civil, que se criou com a exigência de má-fé nos casos de repetição do indébito em dobro:

[...] a jurisprudência e os intérpretes da corrente dominante sentiram o excesso do artigo 1.531 (é o que tem aplicação mais constante) mas não o puderam localizar. A exorbitância só poderia estar na matéria de que cogita, isto é, na forma de liquidação que encerra e não no princípio geral da reparação por ato ilícito. De forma que o corretivo a aplicar às possíveis demasias da lei, transcrevendo, literalmente, um dispositivo draconiano das Ordenações, devia visar ao *quantum* da pena, porque ela é que envolveria descompensação, e não ao critério, que outro não era senão o aplicado a simples imprudência ou negligência, não se compreendendo que um Código que reconhece a responsabilidade em face de culpa leve abrisse, para a cobrança indébita, uma exceção estranha, que forra ao dever de reparação essa mesma culpa, ou até a culpa grave, pois só se comove em face da malícia ou dolo do autor.⁴

³ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das obrigações*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. v. 5, 2ª parte, p. 410.

⁴ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1950. v. II, p. 86-87.

Para o referido autor, não só era descabida a limitação da responsabilização civil do credor à situação em que ele agisse dolosamente, como haveria mesmo uma presunção de culpa *juris tantum*, de tal modo que caberia a ele, credor, a demonstração de que seu erro era escusável, para que então escapasse ao dever de reparar.

Essa interpretação do artigo 1.531 dada por José de Aguiar Dias tinha realmente todo o sentido, afinal de contas, estando o dispositivo normativo dentro do título referente às obrigações por atos ilícitos e se podendo tranquilamente extrair dos artigos 159 e 160 desse mesmo diploma legal que o ato ilícito se configurava tanto com a presença do dolo quanto da culpa, inexistia fundamento legítimo para se excluir a culpa das hipóteses ensejadoras de aplicação do artigo 1.531 do Código Civil de 1916.⁵

A despeito dessa crítica de peso e de ser regra básica de interpretação que onde a lei não distingue não cabe ao intérprete fazê-lo, a interpretação que prevaleceu acerca do referido artigo 1.531 até o fim da vigência do Código Civil de 1916 foi no sentido de que a má-fé tinha de ser comprovada pelo devedor cobrado para que então ele passasse a ter direito de receber em dobro o valor exigido.

2. A repetição do indébito no Código Civil de 2002

O artigo 940 do Código Civil atual contém redação idêntica à do artigo 1.531 do Código Civil de 1916. Nessa linha, é de se dizer que para a incidência dele, ao menos no período inicial de sua interpretação se passou a exigir, em primeiro lugar, o ajuizamento de ação judicial visando ao recebimento da quantia já paga, no todo ou em parte, de modo indevido, não bastando a simples exigência de pagamento; e, em segundo lugar, a má-fé do credor, o teor da Súmula 159 do Supremo Tribunal Federal.

O julgado abaixo do Superior Tribunal de Justiça evidencia a exigência desses dois requisitos para a aplicação desse dispositivo normativo do Código Civil de 2002:

⁵ BEVILAQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. Campinas: Servanda, 2007. p. 375-383.

Civil. Processo civil. Recurso especial. Ação de repetição de indébito. Duplo pagamento de insumos adquiridos por grande produtor rural. Pretensão veiculada com fundamento no CDC. Aplicação do direito à espécie. Possibilidade. Devolução simples do valor indevidamente pago. Aplicação dos arts. 964 e 965 do CC/16. Alegação de mora do credor. Inexistência. Juros moratórios contratuais. Data de início da incidência dos juros moratórios. Multa em face do alegado caráter protelatório dos embargos de declaração. Necessidade de fundamentação.

[...]

– Não é cabível a aplicação do art. 1.531 do CC/16, atual art. 940 do CC/02, porque aquele exige a cobrança injustificada por meio de ‘demanda’, ou seja, por ação judicial, além da ocorrência de má-fé do pretense credor.

– Como ambas as circunstâncias estão ausentes na presente hipótese, autoriza-se, apenas, a restituição simples do pagamento indevido, com fundamento nos arts. 964 e 965 do CC/16.

[...]

(STJ – 3ª T., REsp 872666/AL, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 14.12.2006)

Assim como o antigo artigo 1.531 do Código Civil de 1916, o atual artigo 940 do Código Civil de 2002 continuou sendo alvo de críticas doutrinárias no tocante à exigência de comprovação da má-fé por parte do devedor indevidamente cobrado pelo credor, para fins de recebimento da repetição do indébito em dobro. É o que se verifica, por exemplo, da doutrina de Cláudio Luiz Bueno de Godoy:

Para a responsabilização presente, havia sido sumulado, ainda sob a égide do CC/1916, o entendimento de que a sanção somente pudesse ser exigida quando a cobrança indevida ou excessiva dimanasse de má-fé do credor (Súmula n. 159 do STF), orientação a que não se acede, reiterando-se, como já dito em comentário ao art. 939, que melhor se considera que incida a penalidade por princípio, ressaltando-se ao credor apenas a

demonstração de que foram tomadas todas as medidas razoáveis esperadas para evitar a ocorrência, mesmo assim consumada.⁶

3. A repetição do indébito no Código de Defesa do Consumidor

O valor jurídico correspondente à vedação do enriquecimento sem causa se espalha por vários dispositivos do Código de Defesa do Consumidor, como não poderia deixar de ser, afinal de contas, se ele é importante para todo o ordenamento jurídico, o é ainda mais para este diploma legal, que veio à tona com o objetivo claro de reequilibrar as relações jurídicas entre consumidores e fornecedores, naturalmente desequilibradas pela vulnerabilidade daqueles, como evidenciam os incisos I e III, parte final, de seu artigo 4º.

O artigo 18, § 1º, inciso II e o artigo 20, inciso II da referida lei são dois exemplos claros de vedação ao enriquecimento sem causa por expressarem a restituição de valores pagos pelo consumidor em caso de extinção do negócio jurídico.

O dispositivo mais interessante, quando se trata de vedação ao enriquecimento sem causa, no entanto, é aquele previsto no artigo 42 do Código de Defesa do Consumidor, em seu parágrafo único, pelo fato de ele tratar, mais uma vez, a reboque dos supracitados artigos 1.531 do Código Civil de 1916 e 940 do Código Civil de 2002, da devolução em dobro do valor indevidamente cobrado, e, ainda, por outro lado, por excepcionar a obrigação do fornecedor no caso de engano justificável.

A redação do referido dispositivo é a seguinte:

Art.42. [...]

Parágrafo único - O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável.

⁶ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de et al. *Código Civil comentado*. PELUSO, Cezar (Coord.). Barueri: Manole, 2007. p. 784-785.

Consoante lição de Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamin, esse artigo não constava do projeto original do Código oriundo da comissão de juristas. Ele foi acrescido pelo substitutivo Ministério Público – Secretaria de Defesa do Consumidor.⁷

Alguns pontos o distinguem dos artigos anteriormente analisados, presentes no Código Civil de 1916 e no Código Civil de 2002.

3.1. Cobrar não é demandar

Tanto no Código Civil de 1916 (art. 1.531) quanto no de 2002 (art. 940) o legislador optou por usar o verbo “*demandar*” no contexto da repetição do indébito em dobro. Não foi essa a escolha do legislador consumerista. Ele optou pelo verbo “*cobrar*”, o que foi compreendido pela doutrina e pela jurisprudência como uma deliberada decisão pela inexigibilidade de ação judicial para a incidência da regra do artigo 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor. Dessa decisão duas inferências podem ser feitas: a primeira, que a regra incide se houver cobrança judicial ou extrajudicial, tanto faz; a segunda, que a regra somente incide se houver cobrança extrajudicial.

Para Antônio Herman Vasconcelos e Benjamin o artigo 42 está na Seção V do Código de Defesa do Consumidor e nesta parte do diploma não são tratadas questões judiciais.⁸ Sendo assim, a interpretação adequada seria a segunda, repetindo-se o indébito em dobro com base na lei consumerista apenas nos casos de cobrança extrajudicial.

Não é essa a opinião de Luiz Antônio Rizzato Nunes, para quem “seria pueril afirmar que na cobrança abusiva, só por ser judicial, o credor não responde pelas penas do parágrafo único do art.42.”⁹ Ainda conforme o referido autor, “como é que uma atitude abusiva se transmutaria em lícita apenas pelo fato do ajuizamento da medida? Se assim fosse, bastaria dar entrada em ações judiciais para, burlando a lei, praticar toda sorte de abusos”.¹⁰

⁷ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos e. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Op.cit., p. 338-339.

⁸ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos e. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Op.cit., p. 348.

⁹ NUNES, Luiz Rizzato. *Curso de direito do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 580-581.

¹⁰ NUNES, Luiz Rizzato. Op.cit., p. 581.

Ele segue a primeira corrente de interpretação supracitada, que realmente parece ser a mais correta. Tanto faz se a cobrança é judicial ou extrajudicial. O Código de Defesa do Consumidor incide porque há uma relação de consumo, ainda que não exista contrato, por conta da aplicação do artigo 29 do referido diploma, que não desaparece com o ajuizamento da ação. Ademais, onde a lei não diferencia, não cabe ao intérprete fazê-lo. Tendo a lei dito apenas cobrar, e sendo certo que a cobrança pode ser judicial ou extrajudicial, o dispositivo normativo em tela deve incidir em ambos os contextos fáticos.

A discussão não é meramente acadêmica, embora se o fosse já seria válida, afinal de contas, como já se verificou, para a incidência do artigo 940 do Código Civil a repetição do indébito, na visão da jurisprudência predominante, depende de má-fé do cobrador. De outro lado, para a incidência do artigo 42, parágrafo único do Código de Defesa do Consumidor, já se aceita na jurisprudência tanto a má-fé, entendida como dolo, como também a culpa; e se espera que acabe por prevalecer, algum dia, a posição de que a regra consiste em uma presunção de culpa do fornecedor, o que é ainda mais benéfico para quem foi cobrado, no caso, o consumidor.

3.2. A devolução deriva do pagamento efetivo do consumidor

Interpretar é extrair o alcance e o significado do dispositivo normativo. A interpretação deve respeitar os limites semânticos expressos na lei, sob pena de se fazer substituir a escolha democrática feita pelo legislador pela escolha do intérprete, que pode até ser melhor do que a do legislador, mas certamente não é legítima. Nesse sentido é a explicação de Elival da Silva Ramos:

O primeiro e principal desses parâmetros consiste na exigência de que toda e qualquer interpretação constitucional seja compatível com a amplitude de sentidos projetada pelo texto da norma. Se a interpretação-aplicação de natureza jurídica consiste na construção de normas reguladoras de conduta a partir de textos prescritivos, que vinculam a atividade do intérprete-aplicador, é absolutamente inaceitável que a norma por este concretizada não revele a aderência à textualidade do dispositivo

aplicado. O texto normativo é, pois, ao mesmo tempo, o ponto de partida do processo hermenêutico e o mais expressivo balizador da adequação de seus resultados.¹¹

No caso da interpretação do parágrafo único do artigo 42 do Código de Defesa do Consumidor, é importante que esses limites semânticos do dispositivo normativo sejam respeitados no que se refere ao uso do termo “*pagou*” por parte do legislador.¹²

O legislador foi claro ao dizer que o consumidor tem direito à repetição do indébito, mas estabeleceu como parâmetro para a repetição em dobro o valor que o consumidor pagou e não o valor que lhe foi cobrado. Quisesse o legislador que o valor cobrado indevidamente servisse de padrão para a repetição do indébito em dobro, não teria acrescentado a expressão “*do que pagou em excesso*”. Seria redigido o referido dispositivo da seguinte forma: “*O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito em dobro, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável*”.

É exatamente isso que frisa James Eduardo Oliveira:

Ressalte-se, ademais, que a norma traduz punição que tem como premissas a irregularidade da cobrança e a concretude do pagamento indevido. Sem que tenha havido pagamento de dívida inexistente ou pagamento superior ao quantum devido, deixa de existir substrato fático explicitamente contemplado na norma de regência.¹³

Flávio Tartuce e Daniel Neves também fazem questão de salientar esse detalhe:

¹¹ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 168.

¹² “O consumidor que é cobrado por uma quantia indevida, quer no total, quer no que se refere a eventual excesso, tem direito à devolução do que pagou a mais em dobro, salvo quando o engano for justificável, caso em que só haveria dever de devolução do valor singelo”. (NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano; MATOS, Yolanda Alves Pinto Serrano de. *Código de Defesa do Consumidor interpretado*. 6. ed. São Paulo: Verbatim, 2014. p. 207.).

¹³ OLIVEIRA, James Eduardo. *Código de Defesa do Consumidor anotado e comentado: doutrina e jurisprudência*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 487.

Uma leitura apressada da norma pode trazer a conclusão de que a mera cobrança indevida é motivo para o pagamento em dobro do que está sendo cobrado. Todavia, como se nota, o dispositivo está tratando de repetição, o que, obviamente, exige o pagamento indevido.¹⁴

Não tem direito à repetição do indébito em dobro, portanto, o consumidor que simplesmente é cobrado indevidamente por dívida que já pagou, mas nada paga ao fornecedor. Claro que, nesse caso, não seria desarrazoado cogitar de indenização por danos extrapatrimoniais ao consumidor indevidamente cobrado, mas uma coisa não se confunde com a outra. A repetição do indébito deriva da vedação ao enriquecimento sem causa e a indenização da responsabilidade civil.¹⁵

Sem dúvida, isso abre a porta para a aplicação do artigo 940 do Código Civil de 2002, aplicável subsidiariamente por força do artigo 7º do Código de Defesa do Consumidor, aos casos de consumidores que são apenas cobrados indevidamente, mas na esfera judicial.¹⁶

Em suma, portanto, há três situações distintas que precisam ser bem diferenciadas para que a vedação ao enriquecimento sem causa do fornecedor não acarrete justamente o enriquecimento sem causa do consumidor, pela inadequada interpretação do parágrafo único do artigo 42 do Código de Defesa do Consumidor, especialmente no cotejo com o artigo 940 do Código Civil de 2002:

¹⁴ TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito do consumidor: direito material e processual*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2014. p. 421.

¹⁵ Em sentido contrário: “Além disso, entendemos, através de uma interpretação extensiva e finalística, que o parágrafo único do art. 42 refere-se não só aos casos de pagamento em virtude de cobrança acima do valor devido (excesso), mas também àqueles casos em que o consumidor efetivou o pagamento total e, ainda assim, continua a ser cobrado pelo fornecedor (inexistência de débito). Em resumo, a norma diz respeito à quantia cobrada indevidamente, seja por valor superior ao devido, seja por obrigação já cumprida”. (MORAIS, Ezequiel; PODESTÁ, Fábio Henrique; CARAZAI, Marcos Marins. *Código de Defesa do Consumidor comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 214.).

¹⁶ “O art. 7º do CDC é uma interface permeável do CDC com o sistema geral do direito civil. É uma cláusula de abertura desse microsistema, que não deseja ser exaustivo. O mandamento constitucional de proteção do consumidor (art. 5º, XXXII, da CF/1988) deve ser cumprido por todo o sistema, em diálogo de fontes, e não somente através do Código de Defesa do Consumidor, mandado elaborar pelo art. 48 do ADCT. O chamado ‘direito do consumidor’ tem muitas fontes legislativas, tantas quantas assegurarem as leis ordinárias, os tratados, os princípios gerais e os costumes. Em resumo, sempre que outra lei assegure algum ‘direito’ (não um dever!) para o consumidor, esta lei pode se somar ao CDC, ser incorporada na tutela especial, ser recebida pelo microsistema do CDC e ter a mesma preferência no trato das relações de consumo que o CDC”. (MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; MIRAGEM, Bruno. Op. cit., p. 357.).

1. consumidor cobrado extrajudicialmente por quantia já paga, mas que não paga nada ao fornecedor – perdas e danos (eventualmente);
2. consumidor cobrado, judicial ou extrajudicialmente, por quantia já paga e que paga novamente a quantia ao fornecedor – repetição do indébito em dobro (art. 42, par. único, CDC) – salvo se houver engano justificável do fornecedor +- perdas e danos (eventualmente);
3. consumidor cobrado judicialmente por quantia já paga, mas que não paga nada ao fornecedor – repetição do indébito em dobro (art. 940, CC/02) + perdas e danos (eventualmente).

3.3. O engano justificável

O preceito contido no parágrafo único do artigo 42 do Código de Defesa do Consumidor tem caráter claramente punitivo. É essa a opinião de boa parte da doutrina especializada.¹⁷ Para que essa punição não ocorra, a norma abre exceção para o “engano justificável”.

Ao abrir essa exceção à punição do fornecedor, a lei gera duas questões para a doutrina e a jurisprudência, quais sejam: o que se entende por engano justificável e a quem incumbe fazer a prova de que houve ou não houve o referido engano.

Como leciona Bruno Miragem, o “engano justificável” assemelha-se em muito ao erro substancial do artigo 138 do Código Civil, na parte em que consta que ele “poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio”.¹⁸ Essa opinião é compartilhada por Flávio Tartuce e Daniel Neves.¹⁹

¹⁷ TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção, op. cit., p. 421; MIRAGEM, Bruno. Pretensão de repetição de indébito do consumidor e sua inserção nas categorias gerais do direito privado. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 79, p. 393, 2011; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos e. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Op.cit., BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos e. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Op.cit., p. 347.

¹⁸ MIRAGEM, Bruno. Pretensão de repetição de indébito do consumidor e sua inserção nas categorias gerais do direito privado. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 79, p. 395, 2011.

¹⁹ TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito do consumidor: direito material e processual*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2014. p. 421.

É interessante essa analogia, porque o erro também pode ser de direito e parece que a jurisprudência aceita mesmo que o engano seja tanto fático quanto jurídico, como se pode extrair das ementas indicadas abaixo:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. SERVIÇO DE ÁGUA E ESGOTO. TARIFA. COBRANÇA INDEVIDA. DEVOLUÇÃO EM DOBRO. ART. 42, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. NÃO INCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE CULPA OU MÁ-FÉ. ENGANO JUSTIFICÁVEL. PRECEDENTES.

1. A controvérsia dos autos cinge-se à aplicação do parágrafo único do art. 42 do Código de Defesa do Consumidor (restituição em dobro). O escopo do mencionado artigo é evitar a inclusão de cláusulas abusivas e nulas que permitam que o fornecedor de produtos e serviços se utilize de métodos constrangedores de cobrança.

2. Na hipótese dos autos, a cobrança indevida se deu em razão de interpretação equivocada de legislação estadual (Decreto Estadual n. 21.123/83), com o consequente enquadramento incorreto da entidade recorrente, o que, nos termos dos mais recentes precedentes desta Corte, afasta a atração do referido artigo.

3. Caracterizado engano justificável na espécie, notadamente porque o Tribunal de origem, apreciando o conjunto fático-probatório, não constatou a presença de culpa ou má-fé, é de se afastar a repetição em dobro.

4. Precedentes: REsp 1.099.680/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 29.3.2011; AgRg no REsp 1.105.682/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 16.2.2011; AgRg no Resp 1.151.496/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 2.12.2010.

Embargos de divergência improvidos.

(STJ - 1ª Seção, EREsp 1155827/SP, rel. Min. Humberto Martins, j. 22.06.2011)

ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE ÁGUA E ESGOTO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. DEVOLUÇÃO EM DOBRO. ANÁLISE DA PRESENÇA DE ENGANO JUSTIFICÁVEL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. A jurisprudência desta Corte entende que é cabível a devolução em dobro nos casos de cobrança indevida de tarifa de água, salvo comprovação de engano justificável. Entretanto, a verificação da presença de tal requisito enseja análise de matéria fática, o que atrai o óbice da Súmula 7/STJ.

2. Agravo regimental não provido.

(STJ - 2ª T., AgRg no REsp 1505340/SP, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 21.05.2015).

A segunda questão, mais complexa, e que gera grande debate doutrinário e jurisprudencial, diz respeito à espécie de responsabilidade civil de que se trata no dispositivo legal em comento. Trata-se de responsabilidade subjetiva pura e simples, de responsabilidade subjetiva com presunção de culpa do fornecedor ou de responsabilidade objetiva?

A ideia de que se trata de responsabilidade objetiva atrai autores de renome, tal como Bruno Miragem, que lida com a matéria nos seguintes termos:

Trata-se de regra que regula a ação de repetição de indébito pelo consumidor, a qual estabelece sanção para o fornecedor, correspondente ao exato valor do débito cobrado indevidamente. É de perceber que não se exige na norma em destaque, a existência de culpa do fornecedor pelo equívoco da cobrança. Trata-se, pois, de espécie de imputação objetiva, pela qual o fornecedor responde independente de ter agido ou não com culpa ou dolo. Em última análise, terá seu fundamento na responsabilidade pelos riscos do negócio, no qual se inclui a eventualidade de cobrança de quantias incorretas e indevidas do consumidor. [...] Neste sentido, a nosso ver, não procede o entendimento de que a repetição em dobro só será devida quanto demonstrada a culpa ou má-fé do fornecedor, caso contrário, o consumidor faria jus apenas à restituição do valor que pagou indevidamente.²⁰

²⁰ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 209.

Não parece ser adequada essa interpretação, contudo, pois ao se aceitar a adoção da responsabilidade objetiva, somente não seria responsabilizado o fornecedor com a repetição do indébito em dobro se conseguisse demonstrar o rompimento do nexu causal, o que não ocorreria nem mesmo em situações corriqueiras e que costumeiramente são aceitas pela doutrina e pela jurisprudência como engano justificável, tal como o mau funcionamento da máquina ou a demora na entrega da cobrança.²¹ Com isso, talvez, à vista da desproporção, a jurisprudência poderia começar a criar outros óbices à aplicação da norma, tal como o fez com o artigo 935 do Código Civil de 1916 com a Súmula 159 do Supremo Tribunal Federal.

Nem se diga que a sistemática do Código de Defesa do Consumidor é a da responsabilidade objetiva e que essa interpretação representaria uma quebra de paradigma, pois além de haver dispositivos desse mesmo diploma excepcionando essa regra, tal como o artigo 14, § 4º, que trata da responsabilidade civil dos profissionais liberais, na espécie, vale salientar, não está a se lidar apenas com a repetição do indébito pura e simples, mas, sim, da punição com a repetição em dobro.

Sob esse prisma, se afigura mais razoável pensar na responsabilidade subjetiva, mas com presunção de culpa do fornecedor. A cobrança indevida seria o fator desencadeador da aplicação do artigo 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, tendo o fornecedor o ônus de comprovar que, de sua parte, não houve sequer culpa leve. É essa a posição de Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamin, que menciona que “a prova da justificabilidade do engano, na medida em que é matéria de defesa, compete ao fornecedor”. Partindo de outro ponto de vista, também é essa a interpretação que tem Ezequiel Moraes acerca do tema:

Caso haja engano que justifique a cobrança de quantia indevida, o ônus da prova cabe ao fornecedor, nos termos do art. 6º, VIII (possibilidade de inversão do ônus da prova – como regra de instrução ou como regra de julgamento).²²

²¹ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos e. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Op.cit., p. 349.

²² MORAIS, Ezequiel; PODESTÁ, Fábio Henrique; CARAZAI, Marcos Marins. Op. cit., p. 215.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, salvo melhor juízo, a questão não está pacificada. No voto condutor do Ministro Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamin no REsp 1.079.064/SP, mencionado em vários julgamentos que envolvam o artigo 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor como suposto divisor de águas no tribunal é possível inferir a adoção da responsabilidade subjetiva com presunção de culpa do fornecedor dos seguintes trechos:

Ocorre que esta Corte firmou entendimento inverso, de que basta a configuração de culpa para o cabimento da devolução em dobro dos valores pagos indevidamente pelo consumidor. Tive oportunidade de consignar, em trabalho doutrinário, que tanto a má-fé como a culpa (imprudência, negligência e imperícia) dão ensejo à punição tratada no dispositivo em comento. Nessa esteira, concluí que “o engano é justificável exatamente quando não decorre de dolo ou de culpa” (Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto, 9. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 408).

[...]

In casu, nota-se que a recorrida não se desincumbiu de demonstrar a ausência de dolo ou culpa na errônea cobrança da tarifa de água e esgoto [...]²³

Há arestos mais recentes, entretanto, que tratam a matéria de outra forma, dando a entender que não há uma posição pacífica, como se verifica abaixo:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONTRATO BANCÁRIO. AÇÃO REVISIONAL. JUROS REMUNERATÓRIOS. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA COBRANÇA ABUSIVA. LIMITAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 83/STJ. CAPITALIZAÇÃO MENSAL DE JUROS. TAXA ANUAL SUPERIOR AO DUODÉCUPLO DA TAXA MENSAL DE JUROS. PACTUAÇÃO. SÚMULA 83/STJ. TAC E

²³ STJ - 2ª T., j. 02.04.2009, DJe 20/04/2009.

TEC. FUNDAMENTO AUTÔNOMO E SUFICIENTE PARA MANTER O ACÓRDÃO RECORRIDO NÃO ATACADO. SÚMULA 283/STF. REPETIÇÃO SIMPLES DO INDÉBITO. AGRAVO NÃO PROVIDO.

[...]

6. Quanto à repetição do indébito, esta eg. Corte tem jurisprudência pacífica no sentido de seu cabimento na forma simples, pois a devolução em dobro dos valores pagos pelo consumidor somente é possível quando demonstrada a má-fé do credor.

7. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STJ - 4ª T., AgRg no AgRg no AREsp 618411/MS, rel. Min. Raul Araújo, j. 26.05.2015).

Conclusão

No direito, raramente se pode dizer que uma interpretação é errada. No mais das vezes, há argumentos para sustentar mais de uma interpretação ao mesmo dispositivo normativo. Não bastasse essa dificuldade, que acaba por impactar a segurança jurídica, há a dificuldade de se adaptar a interpretação à realidade social. Como ensina Clóvis Bevilacqua:

Supor que há somente uma interpretação exata, desde que a lei é publicada até aos seus últimos instantes, é desconhecer o fim da lei, que não é um objeto de conhecimento, mas ‘um instrumento para se alcançarem os fins humanos, para fomentar a cultura, conter os elementos anti-sociais e desenvolver as energias da nação.’²⁴

Pois bem, quando alguém se propõe a escrever sobre a interpretação de um dispositivo normativo, é evidente que há a intenção de reforçar uma interpretação possível, seja por argumentos jurídicos, seja por argumentos sociais.

²⁴ BEVILAQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. Campinas: Servanda, 2007. p. 65.

Na espécie, o propósito específico foi o de mostrar que a melhor interpretação para o parágrafo único do artigo 42 do Código de Defesa do Consumidor precisa se descolar totalmente da interpretação que se dava ao antigo artigo 1.1531 do Código Civil de 1916 e que se dá, ainda, ao artigo 940 do Código Civil, ao menos por parte da jurisprudência predominante.

Em virtude dos termos escolhidos pelo legislador consumerista, o referido dispositivo normativo parece adequar-se melhor à realidade social, especialmente do mercado de consumo, se for interpretado no sentido de que cabe a repetição do indébito em dobro tanto na cobrança judicial como na extrajudicial, desde que tenha havido efetivo pagamento do valor indevido por parte do consumidor.

Também parece ser mais adequado ao escopo de reequilibrar a relação jurídica entre fornecedor e consumidor que esse artigo seja interpretado de modo a ser presumida a culpa *lato sensu* do fornecedor nesta cobrança indevida, ficando o fornecedor então com o ônus de demonstrar que houve engano justificável. Como visto, a doutrina diverge acerca da espécie de responsabilidade civil que deve ser adotada nesse contexto, mas parece já haver uma posição predominante quanto à responsabilidade subjetiva com presunção de culpa do fornecedor. O problema está na interpretação que é dada pelo Superior Tribunal de Justiça, o último intérprete da legislação infraconstitucional e incumbido de transformar os anseios do legislador em realidade. A par de ter parecido se definir pelo mesmo caminho da presunção de culpa do fornecedor em determinado momento, há vários julgados desse mesmo tribunal atribuindo ao consumidor o ônus de provar a culpa do fornecedor.

O que se espera com este singelo artigo é que as ideias defendidas ajudem a reforçar a posição daqueles que com ela compactuam e a convencer aqueles que pensam de modo diverso, especialmente se escolhidos para transformar a realidade por meio de decisões judiciais.

Referências bibliográficas

BEVILAQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. Campinas: Servanda, 2007.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de direito do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1950. v. II.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de et al. *Código Civil comentado*. PELUSO, Cezar (Coord.). Barueri: Manole, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. Pretensão de repetição de indébito do consumidor e sua inserção nas categorias gerais do direito privado. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 79, p. 385-403, 2011.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das obrigações*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. v. 5, 2ª parte.

MORAIS, Ezequiel; PODESTÁ, Fábio Henrique; CARAZAI, Marcos Marins. *Código de Defesa do Consumidor comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano; MATOS, Yolanda Alves Pinto Serrano de. *Código de Defesa do Consumidor interpretado*. 6. ed. São Paulo: Verbatim, 2014.

NUNES, Luiz Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

OLIVEIRA, James Eduardo. *Código de Defesa do Consumidor anotado e comentado: doutrina e jurisprudência*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito do consumidor: direito material e processual*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2014.