



Corte Especial

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL
N. 676.608-RS (2015/0049776-9)**

Relator: Ministro Og Fernandes

Embargante: Maria Ritta Lemos de Almeida

Advogados: Fábio Davi Bortoli - RS066539

Alexandre Luis Judacheski e outro(s) - RS066424

Embargado: Oi S.A

Advogados: Teresa Cristina Fernandes Moesch - RS008227

Luciana Rodrigues Fialho de Souza e outro(s) - RS074531A

Bárbara Van Der Broocke de Castro e outro(s) - DF036208

Kátia Goretti Dias Vazzoller e outro(s) - RS084557

EMENTA

Embargos de divergência em agravo em recurso especial. Civil. Processual Civil. Telefonia fixa. Cobrança indevida. Ação de repetição de indébito de tarifas. 1) Restituição em dobro do indébito (parágrafo único do artigo 42 do CDC). Desinfluência da natureza do elemento volitivo do fornecedor que realizou a cobrança indevida. Dobra cabível quando a referida cobrança consubstanciar conduta contrária à boa-fé objetiva. 2) Aplicação do prazo prescricional decenal do Código Civil (art. 205 do Código Civil). Aplicação analógica da Súmula 412/STJ. 3) Modulação parcial dos efeitos da decisão. Conhecimento e provimento integral do recurso.

1. Trata-se de embargos de divergência interpostos contra acórdão em que se discute o lapso prescricional cabível aos casos de repetição de indébito por cobrança indevida de valores referentes a serviços não contratados, promovida por empresa de telefonia. Discute-se, ainda, acerca da necessidade de comprovação da má-fé pelo consumidor para aplicação do art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor.

2. Na configuração da divergência do presente caso, temos, de um lado, o acórdão embargado da Terceira Turma concluindo que a norma do art. 42 do Código de Defesa do Consumidor pressupõe

a demonstração de que a cobrança indevida decorreu de má-fé do credor fornecedor do serviço, enquanto os acórdãos-paradigmas da Primeira Seção afirmam que a repetição em dobro prescinde de má-fé, bastando a culpa. Ilustrando o posicionamento da Primeira Seção: EREsp 1.155.827/SP, Rel. Min. Humberto Martins, Primeira Seção, DJe 30/6/2011. Para exemplificar o posicionamento da Segunda Seção, vide: EREsp 1.127.721/RS, Rel. Min. Antônio Carlos Ferreira, Rel. p/ Acórdão Min. Marco Buzzi, Segunda Seção, DJe 13/3/2013.

3. Quanto ao citado parágrafo único do art. 42 do CDC, abstrai-se que a cobrança indevida será devolvida em dobro, “salvo hipótese de engano justificável”. Em outras palavras, se não houver justificativa para a cobrança indevida, a repetição do indébito será em dobro. A divergência aqui constatada diz respeito ao caráter volitivo, a saber: se a ação que acarretou cobrança indevida deve ser voluntária (dolo/má-fé) e/ou involuntária (por culpa).

4. O próprio dispositivo legal caracteriza a conduta como engano e somente exclui a devolução em dobro se ele for justificável. Ou seja, a conduta base para a repetição de indébito é a ocorrência de engano, e a lei, rígida na imposição da boa-fé objetiva do fornecedor do produto ou do serviço, somente exclui a devolução dobrada se a conduta (engano) for justificável (não decorrente de culpa ou dolo do fornecedor).

5. Exigir a má-fé do fornecedor de produto ou de serviço equivale a impor a ocorrência de ação dolosa de prejudicar o consumidor como requisito da devolução em dobro, o que não se coaduna com o preceito legal. Nesse ponto, a construção realizada pela Segunda Seção em seus precedentes, ao invocar a má-fé do fornecedor como fundamento para a afastar a duplicação da repetição do indébito, não me convence, pois atribui requisito não previsto em lei.

6. A tese da exclusividade do dolo inviabiliza, por exemplo, a devolução em dobro de pacotes de serviços, no caso de telefonia, jamais solicitados pelo consumidor e sobre o qual o fornecedor do serviço invoque qualquer “justificativa do seu engano”. Isso porque o requisito subjetivo da má-fé é prova substancialmente difícil de produzir. Exigir que o consumidor prove dolo ou má-fé do fornecedor é imputar-lhe prova diabólica, padrão probatório que vai de encontro às próprias filosofia e *ratio* do CDC.

7. Não vislumbro distinção para os casos em que o indébito provém de contratos que não envolvam fornecimento de serviços públicos, de forma que também deve prevalecer para todas as hipóteses a tese, que defendi acima, de que tanto a conduta dolosa quanto culposa do fornecedor de serviços dá azo à devolução em dobro do indébito, de acordo com o art. 42 do CDC. Nessas modalidades contratuais, também deve prevalecer o critério dúplice do dolo/culpa. Assim, tanto a conduta dolosa quanto a culposa do fornecedor de serviços dão substrato à devolução em dobro do indébito, à luz do art. 42 do CDC.

8. A Primeira Seção, no julgamento do REsp 1.113.403/RJ, de relatoria do Ministro Teori Albino Zavascki (DJe 15/9/2009), submetido ao regime dos recursos repetitivos do art. 543-C do Código de Processo Civil e da Resolução STJ 8/2008, firmou o entendimento de que, ante a ausência de disposição específica acerca do prazo prescricional aplicável à prática comercial indevida de cobrança excessiva, é de rigor a incidência das normas gerais relativas à prescrição inculpidas no Código Civil na ação de repetição de indébito de tarifas de água e esgoto. Assim, tem-se prazo vintenário, na forma estabelecida no art. 177 do Código Civil de 1916, ou decenal, de acordo com o previsto no art. 205 do Código Civil de 2002. Diante da mesma conjuntura, não há razões para adotar solução diversa nos casos de repetição de indébito dos serviços de telefonia.

9. A tese adotada no âmbito do acórdão recorrido, de que a pretensão de repetição de indébito por cobrança indevida de valores referentes a serviços não contratados, promovida por empresa de telefonia, configuraria enriquecimento sem causa e, portanto, estaria abrangida pelo prazo fixado no art. 206, § 3º, IV, do Código Civil, não parece ser a melhor. A pretensão de enriquecimento sem causa (ação *in rem verso*) possui como requisitos: enriquecimento de alguém; empobrecimento correspondente de outrem; relação de causalidade entre ambos; ausência de causa jurídica; inexistência de ação específica. Trata-se, portanto, de ação subsidiária que depende da inexistência de causa jurídica. A discussão acerca da cobrança indevida de valores constantes de relação contratual e eventual repetição de indébito não se enquadra na hipótese do art. 206, § 3º, IV, do Código Civil, seja porque a causa jurídica, em princípio, existe (relação contratual prévia

em que se debate a legitimidade da cobrança), seja porque a ação de repetição de indébito é ação específica. Doutrina.

10. Na hipótese aqui tratada, a jurisprudência da Segunda Seção, relativa a contratos privados, seguia compreensão que, com o presente julgamento, passa a ser superada, em consonância com a dominante da Primeira Seção, o que faz sobressair a necessidade de privilegiar os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança dos jurisdicionados.

11. Assim, proponho modular os efeitos da presente decisão para que o entendimento aqui fixado seja empregado aos indébitos de natureza contratual não pública pagos após a data da publicação do acórdão.

12. Embargos de divergência conhecidos e providos integralmente, para impor a devolução em dobro do indébito.

13. Fixação das seguintes teses. Primeira tese: *A restituição em dobro do indébito (parágrafo único do artigo 42 do CDC) independe da natureza do elemento volitivo do fornecedor que realizou a cobrança indevida, revelando-se cabível quando a referida cobrança consubstanciar conduta contrária à boa-fé objetiva.* **Segunda tese:** *A ação de repetição de indébito por cobrança de valores referentes a serviços não contratados promovida por empresa de telefonia deve seguir a norma geral do prazo prescricional decenal, consoante previsto no artigo 205 do Código Civil, a exemplo do que decidido e sumulado no que diz respeito ao lapso prescricional para repetição de tarifas de água e esgoto (Súmula 412/STJ).* **Modulação dos efeitos:** *Modulam-se os efeitos da presente decisão – somente com relação à primeira tese – para que o entendimento aqui fixado quanto à restituição em dobro do indébito seja aplicado apenas a partir da publicação do presente acórdão. A modulação incide unicamente em relação às cobranças indevidas em contratos de consumo que não envolvam prestação de serviços públicos pelo Estado ou por concessionárias, as quais apenas serão atingidas pelo novo entendimento quando pagas após a data da publicação do acórdão.*



ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça,

Prosseguindo no julgamento, após o voto do Sr. Ministro Relator conhecendo dos embargos de divergência e dando-lhes provimento, nos moldes do voto do Sr. Ministro Herman Benjamin, no que foi acompanhado pelos Srs. Ministros Luis Felipe Salomão, Mauro Campbell Marques, Raul Araújo, Laurita Vaz, Humberto Martins e Jorge Mussi, e a ratificação dos votos das Sras. Ministras Nancy Andrighi e Maria Thereza de Assis Moura, por maioria, conhecer dos embargos de divergência e dar-lhes provimento, com modulação dos efeitos, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão, Mauro Campbell Marques, Raul Araújo, Laurita Vaz, João Otávio de Noronha, Humberto Martins, Herman Benjamin e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator. Vencidas as Sras. Ministras Nancy Andrighi e Maria Thereza de Assis Moura que conheciam dos embargos e davam-lhes provimento, mas por outro fundamento e sem modulação dos efeitos. Vencido parcialmente o Sr. Ministro Raul Araújo quanto ao prazo prescricional.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Felix Fischer.

Impedido o Sr. Ministro Benedito Gonçalves.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros João Otávio de Noronha e Napoleão Nunes Maia Filho.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília (DF), 21 de outubro de 2020 (data do julgamento).

Ministro Francisco Falcão, Presidente

Ministro Og Fernandes, Relator

DJe 30.3.2021

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Og Fernandes: Trata-se de embargos de divergência interpostos contra acórdão em que se discute o lapso prescricional cabível aos casos de repetição de indébito por cobrança indevida de valores referentes a serviços não contratados, promovida por empresa de telefonia. Discute-se, ainda, acerca da necessidade de comprovação da má-fé pelo consumidor para aplicação do art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor.

O acórdão embargado, oriundo da Terceira Turma, assentou, com base em outros arestos da Terceira e Quarta Turmas, bem como da Segunda Seção, que

se deve aplicar o prazo constante do art. 206, § 3º, V, do Código Civil/2002 (trienal). Ademais, entendeu que a repetição em dobro do indébito não prescinde da má-fé do credor:

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Serviço de telefonia. Ação de repetição de indébito cumulada com indenizatória. Cobrança indevida de valores. 1. Prescrição trienal. Art. 206, § 3º, V, do CC/2002. 2. Repetição, em dobro, do indébito. Necessidade de demonstração da má-fé do credor. 3. Dano moral. Não ocorrência. Modificação do acórdão recorrido. Impossibilidade. Súmula 7/STJ. 4. Falta de prequestionamento da matéria. Súmulas n. 282 e 356 do STF. 4. Agravo regimental improvido.

1. O entendimento da Segunda Seção desta Corte é de que o prazo prescricional para a ação de repetição de indébito da cobrança de valores referentes a serviços não contratados, promovida por empresa de telefonia, é o trienal, previsto no art. 206, § 3º, V, do Código Civil.

2. “A repetição em dobro do indébito, prevista no art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, não prescinde da demonstração da má-fé do credor” (Rcl n. 4892/PR, Relator o Ministro Raul Araújo, Segunda Seção, DJe 11/5/2011).

3. Não há como modificar o entendimento do Tribunal local, tanto em relação a não ocorrência do dano moral quanto à ausência de má-fé da empresa, sem adentrar no reexame do conjunto fático-probatório dos autos, procedimento sabidamente vedado na via do recurso especial (Súmula n. 7/STJ).

4. A indicação dos dispositivos legais sem que tenham sido debatidos pelo Tribunal de origem, obsta o conhecimento do recurso especial pela ausência de prequestionamento. Incidência dos óbices dos enunciados n. 282 e 356 da Súmula do STF.

5. Agravo regimental improvido.

Por sua vez, os acórdãos apontados como paradigmas, oriundos da Primeira e Segunda Turmas, assentaram que se deve aplicar o prazo decenal, no mesmo sentido em que pacificado para repetição de indébito de tarifas de água e esgoto, bem como que basta a configuração de culpa para o cabimento da devolução em dobro dos valores pagos indevidamente pelo consumidor na cobrança indevida de serviços públicos concedidos. Trago à baila os precedentes colacionados:

Administrativo e Consumidor. Agravo regimental no recurso especial. Telefonia. Repetição de indébito. Prescrição decenal. Analogia com o entendimento firmado no Recurso Especial Repetitivo 1.113.403/RJ. Precedentes.

1. O prazo prescricional para o ressarcimento por cobrança indevida de serviço telefônico é de 10 (dez) anos, o mesmo aplicável às ações pertinentes a tarifas

de água e esgoto (REsp 1.113.403/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, DJe 15/9/2009, julgado na forma do art. 543-C do CPC). Precedentes.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1.499.268/RS, de minha relatoria, Segunda Turma, julgado em 5/5/2015, DJe 22/5/2015.)

Processual Civil. **Telefonia. Repetição de indébito. Cobrança indevida de valores. Aplicação das normas insculpidas no Código Civil. Prescrição decenal. Precedentes.**

1. A Primeira Seção, no julgamento do REsp 1.113.403/RJ, de relatoria do Min. Teori Albino Zavascki (DJe 15.9.2009), submetido ao regime dos recursos repetitivos do art. 543-C do Código de Processo Civil, firmou o entendimento de que, ante a ausência de disposições específicas acerca do prazo prescricional aplicável à prática comercial indevida de cobrança excessiva, é de rigor a aplicação das normas gerais relativas à prescrição insculpidas no Código Civil na ação de repetição de indébito de tarifas de água e esgoto. Assim, tem-se prazo vintenário, na forma estabelecida no art. 177 do Código Civil de 1916, ou decenal, de acordo com o previsto no art. 205 do Código Civil de 2002. **Diante da mesma conjuntura, não há razão para adotar solução diversa nos casos de repetição de indébito dos serviços de telefonia.** Precedentes: REsp 762.000/MG, Rel. Min. Francisco Falcão, 1ª Turma, DJe 2.3.2009; REsp 1.032.952/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 26.3.2009.

2. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no REsp 1.516.647/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 7/5/2015, DJe 22/5/2015.)

Civil e Administrativo. Prescrição. Pretensão de ressarcimento. Cobrança indevida. Serviço telefônico. Prazo decenal.

1. A Primeira Seção do STJ, examinando o REsp 1.113.403/RJ na forma do art. 543-C do CPC, decidiu que o prazo prescricional da pretensão de ressarcimento por cobrança indevida de coleta de esgoto é de 10 (dez) anos, nos termos do art. 205 do CC. Na oportunidade, registrou-se ser essa a solução por não haver norma específica a reger a hipótese.

2. Inexistindo razões justificadoras de tratamento diferenciado, deve também ser decenal a prescrição para a repetição de valores indevidamente exigidos a título de serviço telefônico. Diversos julgamentos unipessoais proferidos por Ministros desta Corte Superior apontam para o mesmo entendimento.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1.516.262/RS, de minha relatoria, Segunda Turma, julgado em 7/5/2015, DJe 28/5/2015.)

Administrativo e Processual Civil. Fundamentos não atacados. Súmula 182/STJ. Fornecimento de energia elétrica. Cobrança indevida. Culpa da concessionária. Devolução em dobro. Art. 42 do CDC. Prescrição. Repetição de indébito. Regime jurídico aplicável. Prazos gerais do Código Civil. Entendimento fixado sob o rito do art. 543-C do CPC. Súmula 412/STJ.

1. Não se conhece de Agravo Regimental na parte que deixa de impugnar especificamente fundamentação de decisum atacado (aplicação da Súmula 211/STJ e inadmissibilidade de Recurso Especial baseado em violação de Resolução). Incidência da Súmula 182/STJ.

2. O STJ firmou o entendimento de que basta a configuração de culpa para o cabimento da devolução em dobro dos valores pagos indevidamente pelo consumidor na cobrança indevida de serviços públicos concedidos. Nesse sentido: AgRg no AREsp 143.622/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 26.6.2012; AgRg no Ag 1.417.605/RJ, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 2.2.2012; AgRg no REsp 1.117.014/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 19.2.2010; e REsp 1.085.947/SP, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJe 12.11.2008.

3. A Primeira Seção, no julgamento do REsp 1.113.403/RJ, da relatoria do Ministro Teori Albino Zavascki (DJe 15.9.2009), sob o regime dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC e Resolução 8/2008/STJ), firmou o entendimento de que a Ação de Repetição de Indébito de tarifas de água e esgoto submete-se ao prazo prescricional estabelecido no Código Civil. Sendo assim, a prescrição é regida pelas normas de Direito Civil: prazo de 20 anos nos termos do CC/1916, ou de 10 anos consoante o CC/2002, observando-se a regra de transição prevista no art. 2.028 do CC/2002.

4. “A ação de repetição de indébito de tarifas de água e esgoto sujeita-se ao prazo prescricional estabelecido no Código Civil” (Súmula 412/STJ).

5. Tal posicionamento se aplica à presente hipótese - fornecimento de energia elétrica -, pois também se refere à pretensão de consumidor de Repetição de Indébito relativo a serviço público concedido. Na mesma linha: AgRg no AREsp 194.807/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 24.9.2012.

6. Agravo Regimental conhecido em parte e, nessa parte, não provido.

(AgRg no AREsp 262.212/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 19/2/2013, DJe 7/3/2013.)

Administrativo. Processual Civil. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Fornecimento de água. Cobrança indevida. Repetição de indébito. Culpa da concessionária. Devolução em dobro. Violação ao art. 42 do CDC. Súmula 7/STJ.

1. “O STJ firmou o entendimento de que basta a configuração de culpa para o cabimento da devolução em dobro dos valores pagos indevidamente pelo

consumidor na cobrança indevida de serviços públicos concedidos” (AgRg no AREsp 262.212/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 7/3/2013).

2. A alteração das conclusões adotadas pela Corte de origem, tal como colocada a questão nas razões recursais, demandaria, necessariamente, novo exame do acervo fático-probatório constante dos autos, providência vedada em recurso especial, conforme o óbice previsto na Súmula 7/STJ.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 371.431/MS, Rel. Min. Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 17/10/2013, DJe 22/10/2013.)

Admitidos os embargos em relação apenas a esta divergência (e-STJ, fls. 717/720), a embargada apresentou impugnação (e-STJ, fls. 724/732), opinando o MPF pelo desprovimento do recurso (e-STJ, fls. 730/737).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Og Fernandes (Relator): Inicialmente, impende ressaltar, somente para não deixar dúvidas, que os embargos de divergência foram conhecidos apenas no ponto em que se discute o lapso prescricional cabível aos casos de repetição de indébito por cobrança indevida de valores referentes a serviços não contratados, promovida por empresa de telefonia.

A suposta divergência apresentada em relação à aplicação do art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, não se mostra existente, pois já está pacificado o entendimento acerca do cabimento da repetição em dobro tão somente nos casos em que demonstrada a má-fé do credor. Incide, pois, a Súmula 168/STJ: “Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado.”

No que diz respeito ao tema da prescrição, sobre o qual se conheceu da divergência, defende a parte embargante que a prescrição aplicável ao caso deve ser a decenal, não a trienal. Fundamenta com fulcro em acórdãos proferidos no âmbito da Segunda Turma desta Colenda Corte Superior.

De fato, sobre o tema, no âmbito da Segunda Turma, tive oportunidade de integrar julgamentos em que ficou assentado que a repetição o indébito por cobrança indevida de valores referentes a serviços não contratados, promovida por empresa de telefonia, deveria seguir a norma geral do lapso prescricional (art. 205, Código Civil), a exemplo do que decidido e sumulado (Súmula 412/

STJ) no que diz respeito ao lapso prescricional para repetição de indébito de tarifas de água e esgoto. Relatei casos sobre o tema também, posicionando-me nesse sentido.

Com efeito, o STJ firmou orientação de que o prazo prescricional para o ressarcimento por cobrança indevida de serviço telefônico é de 10 (dez) anos, o mesmo prazo é aplicável às ações pertinentes a tarifas de água e esgoto (REsp 1.113.403/RJ, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJe 15/9/2009, julgado na forma do art. 543-C do CPC). A propósito:

Processual Civil e Administrativo. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Serviço de telefonia. Cobrança indevida. Prescrição. Recurso que não impugna, especificamente, o fundamento da decisão agravada. Súmula 182/STJ. Confirmação da decisão que dá provimento ao recurso especial, para afastar a prescrição quinquenal, por estar o acórdão do Tribunal de origem em confronto com a orientação jurisprudencial do STJ. Agravo regimental improvido.

I. No presente Agravo Regimental, a agravante não impugna, especificamente, o fundamento da decisão agravada, e apresenta fundamentos outros, dela dissociados.

II. Interposto Agravo Regimental, sem impugnar, especificamente, os fundamentos da decisão agravada, e apresentando, ainda, outra fundamentação, dela dissociada, constitui óbice ao conhecimento do inconformismo a Súmula 182 desta Corte.

III. A Primeira Seção do STJ, ao julgar, sob o rito do art. 543-C do CPC, o Recurso Especial 1.113.403/RJ (Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 15/09/2009), assim se pronunciou sobre o prazo prescricional para as ações de repetição de indébito relativo às tarifas de serviços cobradas indevidamente: (a) 20 (vinte) anos, na forma do art. 177 do Código Civil de 1916; ou (b) 10 (dez) anos, tal como previsto no art. 205 do Código Civil de 2002, observando-se a regra de direito intertemporal, estabelecida no art. 2.028 do Código Civil de 2002.

IV. No caso do autos, as instâncias ordinárias assentaram ser indevida a cobrança de valores, nas contas telefônicas, desde dezembro de 2007. Portanto, aplica-se, para a sua restituição, o prazo prescricional decenal, anteriormente à propositura da demanda.

V. Agravo Regimental improvido.

(AgRg no AREsp 695.329/RS, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 15/9/2015, DJe 25/9/2015.)

Administrativo. Serviços de fornecimento de água. Cobrança de tarifa progressiva. Legitimidade. Repetição de indébito de tarifas. Aplicação do prazo prescricional do Código Civil. Precedentes.

1. É legítima a cobrança de tarifa de água fixada por sistema progressivo.

2. A ação de repetição de indébito de tarifas de água e esgoto sujeita-se ao prazo prescricional estabelecido no Código Civil.

3. Recurso especial da concessionária parcialmente conhecido e, nessa parte, provido. Recurso especial da autora provido. Recursos sujeitos ao regime do art. 543-C do CPC.

(REsp 1.113.403/RJ, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, DJe 15/9/2009.)

Direito Civil e do Consumidor. Recurso especial. Relação entre banco e cliente. Consumo. Celebração de contrato de empréstimo extinguindo o débito anterior. Dívida devidamente quitada pelo consumidor. Inscrição posterior no SPC, dando conta do débito que fora extinto por novação. *Responsabilidade civil contratual. Inaplicabilidade do prazo prescricional previsto no artigo 206, § 3º, V, do Código Civil.*

1. O defeito do serviço que resultou na negativação indevida do nome do cliente da instituição bancária não se confunde com o fato do serviço, que pressupõe um risco à segurança do consumidor, e cujo prazo prescricional é definido no art. 27 do CDC.

2. É correto o entendimento de que o termo inicial do prazo prescricional para a propositura de ação indenizatória é a data em que o consumidor toma ciência do registro desabonador, pois, pelo princípio da *actio nata*, o direito de pleitear a indenização surge quando constatada a lesão e suas consequências.

3. A violação dos deveres anexos, também intitulados instrumentais, laterais, ou acessórios do contrato - tais como a cláusula geral de boa-fé objetiva, dever geral de lealdade e confiança recíproca entre as partes -, implica responsabilidade civil contratual, como leciona a abalizada doutrina com respaldo em numerosos precedentes desta Corte, reconhecendo que, no caso, a negativação caracteriza ilícito contratual.

4. O caso não se amolda a nenhum dos prazos específicos do Código Civil, incidindo o prazo prescricional de dez anos previsto no artigo 205, do mencionado Diploma.

5. Recurso especial não provido.

(Recurso Especial 1.276.311/RS, Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 17/10/2011.)

Agravo regimental no recurso especial. Processual Civil. Ação indenizatória. Violação do art. 535 do CPC. Inexistência. Prescrição. Reexame de matéria fática. Súmula 7/STJ. Impossibilidade.

1. Inexistência de maltrato ao art. 535 do CPC quando o acórdão recorrido, ainda que de forma sucinta, aprecia com clareza as questões essenciais ao julgamento da lide.

2. O artigo 206, § 3º, V, do Código Civil, regula o prazo prescricional relativo à reparação de danos na responsabilidade civil extracontratual.

3. A pretensão indenizatória da parte autora, nascida do inadimplemento contratual, obedece ao prazo prescricional decenal por ter natureza contratual.

4. Não apresentação pela parte agravante de argumentos novos capazes de infirmar os fundamentos que alicerçaram a decisão agravada.

5. *Agravo regimental desprovido.*

(AgRg no REsp 1.317.745/SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, DJe 14/5/2014.)

Processual Civil e Civil. Agravo regimental. Agravo em recurso especial. Sociedade de economia mista concessionária de serviço público. Ação de cumprimento contratual. Prescrição decenal. Art. 205 do Código Civil. Recurso desprovido.

1. O prazo prescricional relativo à ação de cumprimento contratual ajuizada contra sociedade de economia mista concessionária de serviço pública é de dez anos (art. 205 do Código Civil).

2. Precedentes do STJ.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 138.704/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Terceira Turma, DJe 22/8/2013.)

Nesse sentido, a tese perfilhada, a qual aderi, tem como base a não existência de norma específica a reger a hipótese. Trata-se de norma supletiva do Código Civil, que assim dispõe: “Art. 205. A prescrição ocorre em 10 (dez) anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor”.

Com a devida vênia, a tese adotada no âmbito do acórdão recorrido, de que a pretensão de repetição de indébito por cobrança indevida de valores referentes a serviços não contratados, promovida por empresa de telefonia, configuraria enriquecimento sem causa e, portanto, estaria abrangida pelo prazo fixado no art. 206, § 3º, IV, do Código Civil, não parece ser correta.

A pretensão de enriquecimento sem causa (ação *in rem verso*) possui como requisitos: enriquecimento de alguém; empobrecimento correspondente de outrem; relação de causalidade entre ambos; ***ausência de causa jurídica; inexistência de ação específica***. Trata-se, portanto, de ação subsidiária que depende da inexistência de causa jurídica. É o que estabelece o Código Civil, *verbis*:

884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

Art. 886. Não caberá a restituição por enriquecimento, se a lei conferir ao lesado outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido.

A discussão acerca da cobrança indevida de valores constantes de relação contratual e eventual repetição de indébito não se enquadra na hipótese do art. 206, § 3º, IV, do Código Civil, seja porque a causa jurídica, em princípio, existe (relação contratual prévia em que se debate a legitimidade da cobrança), seja porque a ação de repetição de indébito é ação específica.

Como bem ponderou Caio Mário da Silva Pereira, ainda acerca do Código Civil de 1916 (conclusão aplicável ao Código Civil de 2002), após situar o pagamento indevido no quadro do instituto do enriquecimento sem causa:

O Código Civil brasileiro, a exemplo do austríaco e do português, cogitou em particular do pagamento indevido, aliás considerado já no Direito Romano a mais típica hipótese entre os diversos meios de prover a restituição fundada em justificação deficiente [...] o pagamento indevido é tido, na moderna dogmática, como modalidade peculiar de enriquecimento sem causa, **admitindo-se, todavia, que a ação de repetição seja específica, e só na sua falta caiba a de in rem verso genérica** (PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil - vol. 2, 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996).

No mesmo sentido:

Importante assinalar que a ação de *in rem verso*, no direito moderno, diversificou-se da antiga *actio* romana assim denominada.

Em verdade, modernamente, a ação em destaque deixou a aplicação especializada que lhe conferia o velho Direito Romano, para tornar-se na ação de locupletamento de indébito, vindo em socorro de todo aquele que tenha sido lesado em seu patrimônio **e que não possa invocar uma relação obrigacional**" (AZEVEDO, Álvaro Vilação (coord.); MATHIAS, Carlos Fernando. Código Civil Comentado - Tomo IX, São Paulo: Atlas, 2004, pág. 172).

O mestre Orlando Gomes, de forma certa, conclui que, não estabelecido o caráter subsidiário, todas as ações seriam absorvidas pela de *in rem verso*, convertido o princípio condenatório do enriquecimento sem causa numa panaceia. Transcrevo:

A ação de enriquecimento cabe toda vez que, havendo direito de pedir a restituição do bem obtido sem causa justificativa de aquisição, o prejudicado não dispõe de outra ação para exercê-lo. Tem, portanto, caráter subsidiário. Só se justifica nas hipóteses em que não haja outro meio para obter a reparação

do direito lesado. A esta conclusão, aceita pela maioria dos escritores, chegou o direito italiano no qual não cabe, quando o prejudicado pode obter por meio de outra ação, indenização do dano sofrido. Se não fora assim, todas as ações seriam absorvidas pela de *in rem verso*, convertido o princípio condenatório do enriquecimento sem causa numa panaceia (GOMES, Orlando. Obrigações, 15ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002, pág. 252).

Merece menção, ainda, o Enunciado n. 188/STJ, aprovado na III Jornada de Direito Civil: “188 – Art. 884: A existência de negócio jurídico válido e eficaz é, em regra, uma justa causa para o enriquecimento”.

Verifica-se, pois, que o prazo prescricional estabelecido no art. 206, § 3º, IV, do Código Civil deve ser interpretado de forma restritiva, para os casos subsidiários de ação de *in rem verso*.

Portanto, no presente caso, a parte embargante sustenta a tese vencedora, fazendo jus ao provimento do recurso.

Ante o exposto, voto pelo conhecimento, em parte, e, no ponto conhecido, pelo provimento dos embargos de divergência, de sorte a vingar a tese de que a repetição de indébito por cobrança indevida de valores referentes a serviços não contratados, promovida por empresa de telefonia, deve seguir a norma geral do lapso prescricional (10 anos - art. 205, Código Civil), a exemplo do que decidido e sumulado (Súmula 412/STJ) no que diz respeito ao lapso prescricional para repetição de indébito de tarifas de água e esgoto.

É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha: Trata-se de embargos de divergência interpostos por *Maria Ritta Lemos de Oliveira* com o propósito de que se reforme acórdão da Terceira Turma da relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze assim ementado:

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Serviço de telefonia. Ação de repetição de indébito cumulada com indenizatória. Cobrança indevida de valores. 1. Prescrição trienal. Art. 206, § 3º, V, do CC/2002. 2. Repetição, em dobro, do indébito. Necessidade de demonstração da má-fé do credor. 3. Dano moral. Não ocorrência. Modificação do acórdão recorrido. Impossibilidade. Súmula 7/STJ. 4. Falta de prequestionamento da matéria. Súmulas n. 282 e 356 do STF. 5. Agravo regimental improvido.

1. O entendimento da Segunda Seção desta Corte é de que o prazo prescricional para a ação de repetição de indébito da cobrança de valores referentes a serviços não contratados, promovida por empresa de telefonia, é o trienal, previsto no art. 206, § 3º, V, do Código Civil.

2. 'A repetição em dobro do indébito, prevista no art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, não prescinde da demonstração da má-fé do credor' (Rcl n. 4892/PR, Relator o Ministro Raul Araújo, Segunda Seção, DJe 11/5/2011).

3. Não há como modificar o entendimento do Tribunal local, tanto em relação a não ocorrência do dano moral quanto à ausência de má-fé da empresa, sem adentrar no reexame do conjunto fático-probatório dos autos, procedimento sabidamente vedado na via do recurso especial (Súmula n. 7/STJ).

4. A indicação dos dispositivos legais sem que tenham sido debatidos pelo Tribunal de origem, obsta o conhecimento do recurso especial pela ausência de questionamento. Incidência dos óbices dos enunciados n. 282 e 356 da Súmula do STF.

5. Agravo regimental improvido.

A embargante sustenta a existência de divergência de entendimentos no âmbito desta Corte relativamente a duas teses: prazo prescricional para a ação de repetição de indébito de serviços de telefonia, se decenal ou trienal; e exigência ou não de prova de má-fé para se determinar a devolução em dobro de valores indevidamente cobrados.

O eminente relator conheceu dos embargos de divergência apenas na parte em que se discute o lapso prescricional da ação de repetição de indébito por cobrança indevida de serviços de telefonia, visto que, com relação à outra matéria, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça já estaria pacificado, o que atrai a incidência da Súmula n. 168 do STJ: "*Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado*".

Sua Excelência proveu os embargos de divergência para fazer prevalecer a tese fixada nos paradigmas, de sorte a se aplicar o prazo decenal previsto no art. 205 do Código Civil, a exemplo do que decidido e sumulado (Súmula n. 412 do STJ) no que diz respeito ao lapso prescricional para a repetição de indébito de tarifas de água e esgoto.

Pedi vista antecipadamente, porquanto, em caso similar, suscitei preliminar de não cabimento dos embargos de divergência, questão que ainda não foi solucionada pela Corte Especial. Refiro-me aos Embargos de Divergência em

Agravo em Recurso Especial n. 600.663/RS, que se encontra com pedido de vista do Ministro Herman Benjamin após a preliminar por mim suscitada.

A similaridade com o mencionado precedente, cujo julgamento encontra-se em curso, reside no fato de que os embargos de divergência foram interpostos contra acórdão que negou provimento a agravo regimental interposto contra decisão que desprovera agravo em recurso especial por aplicação do óbice das Súmulas n. 83 e 7 do STJ.

Com efeito, a Corte Especial firmou o entendimento de que, desprovidos o agravo em recurso especial e o respectivo agravo regimental, ainda que se adote fundamentação que passe pelo exame do mérito do apelo extremo, é incabível a interposição de embargos de divergência ante a incidência da Súmula n. 315 do STJ.

Eis a ementa do julgado:

Embargos de divergência em agravo de instrumento. Enunciado n. 315 da Súmula/STJ. Embargos não conhecidos.

- Nos termos do art. 546, incisos I e II, do Código de Processo Civil e do art. 266 do RISTJ, cabem embargos de divergência, apenas, contra acórdão proferido em recurso especial e em recurso extraordinário.

- São cabíveis embargos de divergência, ainda, diante da exceção criada pela jurisprudência da Corte, nas hipóteses em que se conhece do agravo de instrumento previsto no art. 544, caput, do Código de Processo Civil para dar provimento ao recurso especial na forma do § 3º do mesmo dispositivo. É que, nesse caso, embora dispensada a reatuação do feito, o próprio recurso especial terá sido julgado.

- Inadmitido o recurso especial na origem e desprovidos o agravo de instrumento (atual agravo em REsp) e o respectivo agravo regimental nesta Corte, mesmo que adotada fundamentação que passe pelo exame do mérito do apelo extremo, descabe a interposição de embargos de divergência, incidindo a vedação contida no enunciado n. 315 da Súmula/STJ.

Embargos de divergência não conhecidos. (EAg n. 1.186.352/DF, relator para o acórdão Ministro Cesar Asfor Rocha, DJe de 10.5.2012.)

Da mesma forma como ocorreu nos presentes autos, o julgado mencionado trata de hipótese em que o agravo foi desprovido, assim como o agravo regimental, tendo-se verificado que, no tocante à matéria de mérito, estava em consonância com a jurisprudência deste Tribunal, razão pela qual se aplicou a Súmula n. 83 do STJ.

A propósito, transcrevo os fundamentos ali adotados:

Para afastar qualquer dúvida e porque alegado nos embargos de divergência, observo que a decisão monocrática do em. Ministro Humberto Martins de fls. 363-365, apesar de mencionar inicialmente o art. 544, § 3º, do Código de Processo Civil e dizer que, “atendidos os pressupostos de admissibilidade do agravo de instrumento” (fl. 364), passaria “ao exame do recurso especial” (f. 364), julgou tão somente, na verdade, o agravo de instrumento, negando-lhe provimento, volto a dizer, com base exclusivamente no enunciado n. 83 da Súmula desta Corte. E nem poderia ser diferente, tendo em vista que a norma do § 3º do art. 544 do Código de Processo Civil apenas permite o *provimento do recurso especial* nos próprios autos do agravo de instrumento, sem necessidade de reatuação do feito, quando “o acórdão recorrido estiver em confronto com a súmula ou jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça”. Aqui, como o em. relator do agravo invocou o enunciado n. 83 da Súmula desta Corte para manter a negativa de seguimento do recurso especial, apenas seria possível o simples desprovimento do mesmo agravo.

Com isso, certo ou errado, o recurso especial permaneceu não admitido, sendo incabíveis os embargos de divergência, *mesmo que se tenha passado pelo tema de mérito do apelo extremo mediante o exame da jurisprudência predominante*. Incide a orientação do enunciado n. 315 da Súmula desta Corte, com o seguinte teor:

Não cabem embargos de divergência no âmbito do agravo de instrumento que não admite recurso especial (enunciado n. 315).

Entender de forma diversa, a meu ver, implica criar, sem amparo na lei ou no regimento interno, mais uma hipótese recursal neste Tribunal, não bastassem as tantas já existentes.

Para encerrar a análise desse ponto, quanto ao enunciado n. 316 da Súmula do STJ, invocado pelo em. Ministro Teori Albino Zavascki, *data venia*, é de ver que não é aplicável ao caso em debate. O referido enunciado é expresso ao dispor sobre o cabimento de embargos de divergência “contra acórdão que, *em agravo regimental*, decide recurso especial”.

A necessidade de sumular esse entendimento surgiu com a edição da Lei n. 9.756, de 17.12.1998, que, dando nova redação ao art. 557 do Código de Processo Civil, passou a admitir, expressamente, ao relator que julgasse monocraticamente, também, o recurso especial. A partir daí, passou-se a admitir o cabimento de embargos de divergência contra acórdão proferido *em agravo regimental*, desde que tenha sido interposto contra decisão monocrática de relator que tenha julgado o recurso especial. Enfim, amenizou-se a orientação do Supremo Tribunal Federal, representada no enunciado n. 599 da Súmula/STF, com o seguinte teor:

“São incabíveis embargos de divergência de decisão da Turma, *em agravo regimental*” (grifo meu).

Aqui, portanto, não tendo sido julgado pelo em. Ministro Humberto Martins, efetivamente, o recurso especial, mas o agravo de instrumento - improvido -, não incide o enunciado n. 316 da Súmula desta Corte, *sendo irrelevante que se tenha feito menção à jurisprudência deste Tribunal Superior* (grifos do original).

No mesmo sentido, colaciono ainda os seguintes precedentes:

De acordo com os arts. 546, I, do CPC e 266 do RISTJ, os embargos de divergência somente são cabíveis contra acórdão proferido em recurso especial.

A jurisprudência desta Corte, no entanto, admite, de forma excepcional, a oposição de embargos contra acórdão exarado em sede de agravo em recurso especial, quando a decisão, fundamentada na autorização prevista no art. 544, § 4º, "c", do CPC, conhece do agravo para dar provimento ao recurso especial. Isso se dá porque, nessa hipótese, ocorre verdadeiro julgamento do mérito do apelo excepcional, dispensando-se a reatuação do feito, em reverência aos princípios da celeridade e economia processual.

A contrario sensu, se conhecido o agravo para, tão somente, negar seguimento ao recurso especial, não se admite a interposição de embargos de divergência, mormente porque não houve o enfrentamento do mérito da irresignação. Incide, na hipótese, o óbice contido na Súmula 315/STJ, assim redigida: 'Não cabem embargos de divergência no âmbito do agravo de instrumento que não admite recurso especial'.

Agravo não provido. (AgRg nos EAREsp n. 243.145/MG, relatora para o acórdão Ministra Nancy Andrighi, Corte Especial, DJe de 24.6.2015.)

Agravo regimental nos embargos de divergência em agravo em recurso especial. Via especial não admitida por incidência da Súmula 315 do Superior Tribunal de Justiça. Não cabimento dos embargos de divergência.

1. Nos termos da jurisprudência reiterada desta Corte Superior, não se conhece dos embargos de divergência quando se nega provimento a agravo, pois a decisão está apenas confirmando a já prolatada pela instância de origem, isto é, a decisão que inadmitiu o recurso especial.

2. Na espécie, como se pode observar, o decisum monocrático e acórdão embargado, que o confirmou, negaram provimento ao agravo em recurso especial, porquanto incidente na espécie o óbice imposto pelas Súmulas 7 e 182 do Superior Tribunal de Justiça, bem como por estar o acórdão combatido em consonância com o entendimento desta Corte Superior.

3. Não se admitem embargos de divergência com o objetivo de discutir o acerto ou desacerto na aplicação da regra técnica de conhecimento de recurso especial, como no caso de discussão acerca da possibilidade ou não de incidência dos enunciados n. 7 e 83 da Súmula desta Corte.

4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg nos EAREsp n. 486.626/RJ, Corte Especial, relator Ministro Og Fernandes, DJe de 11.12.2014.)

Processo Civil. Embargos de divergência em agravo. Inadmissibilidade.

A teor da Súmula n. 315 do Superior Tribunal de Justiça, “não cabem embargos de divergência no âmbito do agravo de instrumento que não admite recurso especial”.

Esse entendimento, na linha do que decidiu a Corte Especial no EAg n. 1.186.352/DF, só pode ser mitigado na hipótese em que se conhece do agravo para dar provimento ao próprio recurso especial, o que não ocorreu na espécie.

Agravo regimental desprovido. (AgRg nos EAREsp n. 275.432/PE, Corte Especial, relator Ministro Ari Pargendler, DJe de 14.8.2013.)

Ante o exposto, peço vênia para, *divergindo do eminente relator, não conhecer dos embargos de divergência.*

É como voto.

Se vencido, contudo, na preliminar, adianto que pedirei nova vista para apresentação de voto meritório.

VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques: Senhores Ministros,

O meu voto é pelo conhecimento integral dos embargos de divergência e, no mérito, pelo total provimento, acompanhando a retificação feita pelo Excelentíssimo Relator, o eminente Ministro Og Fernandes, nos termos seguintes:

- 1) O prazo prescricional aplicável, no caso concreto, é o de 10 (dez) anos;
- 2) A devolução em dobro do indébito do parágrafo único do artigo 42 do Código de Defesa do Consumidor é cabível independentemente da natureza do elemento volitivo do fornecedor causador do dano, quando a cobrança indevida se dá de forma contrária à boa-fé objetiva.

Ainda, estou de acordo com o eminente Ministro Herman Benjamin, com relação à modulação dos efeitos da decisão: o entendimento que estamos fixando nesta assentada aplica-se somente a cobranças realizadas a partir da publicação do acórdão do presente julgamento, quanto a indébitos não decorrentes de prestação de serviço público.

É como voto.

VOTO-VISTA

Ementa: Direito Processual Civil e do Consumidor. Embargos de divergência. Repetição de indébito. Pagamento de valores relativos a serviços de telefonia não contratados. Prazo prescricional decenal. Matéria pacificada na Corte Especial. Devolução em dobro. Parágrafo único do art. 42 do CDC. Requisito subjetivo. Dolo/má-fé ou culpa. Irrelevância. Prevalência do critério da boa-fé objetiva. Modulação de efeitos aplicada. Art. 927, § 3º, do CPC/2015.

Identificação da Controvérsia

1. Trata-se de Embargos de Divergência que apontam dissídio concernente: a) ao *prazo prescricional* incidente em relação à pretensão deduzida em Ação de Repetição de Indébito, no que se refere às quantias pagas por serviços de telefonia que não foram contratados, e b) à exegese do art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor – CDC, notadamente quanto à necessidade de *elemento subjetivo* para fins de caracterização do *dever de restituição em dobro* da quantia cobrada indevidamente.

2. O dissídio foi adequadamente demonstrado, uma vez que o acórdão embargado aplicou o prazo trienal (art. 206, § 3º, V, do CC), enquanto os paradigmas, analisando a mesma relação de consumo, concluem pela incidência da prescrição decenal, com base no art. 205 do CC. Da mesma forma a dissonância na exegese do art. 42 do CDC foi adequadamente demonstrada.

Prazo Prescricional

3. Acompanho integralmente o bem fundamentado Voto do eminente Relator, Ministro Og Fernandes, que, aplicando a jurisprudência firmada pela Corte Especial, assentou a compreensão de que o prazo prescricional na Repetição de Indébito relativa a valores indevidamente cobrados por serviço de telefonia é de *dez anos*, conforme estabelecido no art. 205 do CC.

Interpretação do art. 42, parágrafo único, do CDC

4. Nos debates da sessão de 21/10/2020, o eminente Ministro Og Fernandes apresentou, como de costume, Voto preciso e muito bem fundamentado no sentido de *afastar o elemento subjetivo* como requisito

para *devolução em dobro de indébitos* cobrados dos consumidores, assim como de agregar o elemento da boa-fé objetiva.

5. Assim concluiu o eminente Min. Og Fernandes, no EAREsp 664.888/RS, de minha relatoria: “Ante o exposto, com essas considerações, peço vênias aos que possuem entendimento contrário, para acompanhar o voto trazido pelo em. Min. Herman Benjamin e dar provimento aos embargos de divergência.” Também manifestou Sua Excelência o entendimento de que “a *restituição em dobro* de indébito (parágrafo único do art. 42 do CDC) *independe da natureza do elemento volitivo do agente* que cobrou o valor indevido, revelando-se cabível quando a cobrança indevida consubstanciar conduta contrária à boa-fé objetiva.”

6. O eminente Ministro Og Fernandes adotou posição teórica centrada no *princípio da boa-fé objetiva* como critério para a devolução em dobro. Nessa mesma linha, que me parece a mais acertada, registro a *tese resolutive da divergência* definida pela Corte Especial na sessão de 21.10.2020, no julgamento dos EAREsp 600.663/RS (rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, rel. p/acórdão Ministro Herman Benjamin): “*A repetição em dobro, prevista no parágrafo único do art. 42 do Código de Defesa do Consumidor, é cabível quando a cobrança indevida consubstanciar conduta contrária à boa-fé objetiva, ou seja, independentemente da natureza do elemento volitivo.*”

Conclusão

7. Com essas considerações, *acompanho o brilhante Voto do eminente Relator, Ministro Og Fernandes*, para conhecer dos Embargos de Divergência e, no mérito, dar-lhes provimento, de forma a estipular que:

a) o *prazo prescricional da Repetição de Indébito é de dez anos (art. 205 do CC)*;

b) *a repetição em dobro, prevista no parágrafo único do art. 42 do CDC, é cabível quando a cobrança indevida consubstanciar conduta contrária à boa-fé objetiva, ou seja, deve ocorrer independentemente da natureza do elemento volitivo*;

c) *sejam modulados os efeitos da presente decisão para que o entendimento aqui fixado, relativamente à interpretação do art. 42 do*

CDC, seja aplicado aos indébitos não decorrentes da prestação de serviço público pagos após a data da publicação do presente acórdão; e

d) seja imposta a devolução em dobro do indébito no caso concreto.

O Sr. Ministro Herman Benjamin:

1. Identificação da controvérsia

Trata-se de Embargos de Divergência interpostos contra acórdão da Terceira Turma, relatados pelo eminente Ministro Marco Aurélio Bellizze, assim ementado:

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Serviço de telefonia. Ação de repetição de indébito cumulada com indenizatória. Cobrança indevida de valores. 1. Prescrição trienal. Art. 206, § 3º, V, do CC/2002. 2. Repetição, em dobro, do indébito. Necessidade de demonstração da má-fé do credor. 3. Dano moral. Não ocorrência. Modificação do acórdão recorrido. Impossibilidade. Súmula 7/STJ. 4. Falta de prequestionamento da matéria. Súmulas n. 282 e 356 do STF. 4. Agravo regimental improvido.

1. O entendimento da Segunda Seção desta Corte é de que o prazo prescricional para a ação de repetição de indébito da cobrança de valores referentes a serviços não contratados, promovida por empresa de telefonia, é o trienal, previsto no art. 206, § 3º, V, do Código Civil.

2. “A repetição em dobro do indébito, prevista no art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, não prescinde da demonstração da má-fé do credor” (Rcl n. 4892/PR, Relator o Ministro Raul Araújo, Segunda Seção, DJe 11/5/2011).

3. Não há como modificar o entendimento do Tribunal local, tanto em relação a não ocorrência do dano moral quanto à ausência de má-fé da empresa, sem adentrar no reexame do conjunto fático-probatório dos autos, procedimento sabidamente vedado na via do recurso especial (Súmula n. 7/STJ).

4. A indicação dos dispositivos legais sem que tenham sido debatidos pelo Tribunal de origem, obsta o conhecimento do recurso especial pela ausência de prequestionamento. Incidência dos óbices dos enunciados n. 282 e 356 da Súmula do STF.

5. Agravo regimental improvido.

No recurso, a parte embargante aponta a existência de dissídio com a jurisprudência da Segunda Turma do STJ no que se refere ao prazo prescricional no ressarcimento por cobrança indevida em relação de consumo no serviço de

telefonia. Afirma que, diferentemente do que estaria consignado no acórdão embargado, não há orientação pacífica a respeito da incidência do prazo trienal (art. 206, § 3º, IV, do CC). Pelo contrário, nos precedentes oriundos da Seção de Direito Público do STJ, e das Turmas que a compõem, o entendimento é de que o prazo prescricional é de dez anos (art. 205 do CC), tendo sido decidida a matéria em recurso repetitivo (REsp 1.113.403/RJ, Primeira Seção, Rel. Ministro Teori A. Zavascki) e, ademais, tendo sido editada a Súmula 412/STJ. Indica como paradigmas os acórdãos proferidos pela Segunda Turma do STJ no AgRg no REsp 1.499.268/RS e no AgRg no REsp 1.516.262/RS (Rel. Ministro Og Fernandes), bem como no AgRg no REsp 1.516.647/RS (Rel. Ministro Herman Benjamin). Há um segundo questionamento referente ao posicionamento distinto da Seção de Direito Público do STJ no que tange à exegese do art. 42 do CDC: a parte consumidora afirma que a melhor interpretação é a que afasta a repetição em dobro somente quando a fornecedora comprova erro escusável, sendo, portanto, desnecessária a prova, pelo consumidor, da má-fé da parte adversa. Cita dissídio com acórdãos da Primeira Turma (AgRg no AREsp 371.431/MS, Rel. Ministro Sérgio Kukina, DJe 22.10.2013) e da Segunda Turma do STJ (AgRg no AREsp 262.212/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 7.3.2013).

Foi apresentada impugnação.

O MPF emitiu parecer favorável ao conhecimento parcial do recurso e, na parte admitida, ao seu não provimento.

O Relator, eminente Ministro Og Fernandes, apresentou Voto no qual afastou a existência de dissídio em relação à exegese do art. 42 do CDC e reconheceu devidamente caracterizado o dissenso jurisprudencial quanto ao prazo de prescrição. Concluiu, na parte da qual conheceu, pelo provimento da pretensão recursal, com base nos seguintes fundamentos: a) a Repetição do Indébito por cobrança indevida de valores referentes a serviços não contratados, promovida por concessionárias de telefonia, deve seguir a norma geral do lapso prescricional (art. 205 do CC), a exemplo do que foi decidido e sumulado em relação ao prazo de prescrição para Repetição de Indébito de tarifa de água e esgoto (REsp 1.113.403/RJ, julgado no rito do art. 543-C do CPC/1973, e Súmula 412/STJ); b) o instituto do enriquecimento sem causa (ação *in rem verso*) possui como requisitos: enriquecimento de alguém, empobrecimento de outrem, causalidade entre um e outro fatos, ausência de causa jurídica e inexistência de ação específica; c) no caso dos autos, há causa jurídica, em princípio (a existência de relação contratual prévia em que se discute a legitimidade da cobrança), e

há ação específica (Repetição de Indébito), situação que, consoante doutrina civilista abalizada, afasta a ação *in rem verso* genérica e, conseqüentemente, a norma do art. 206, § 3º, IV, do CC. Na referida data, suspendeu-se o julgamento do feito em virtude de pedido de vista.

Em seguida, veio Voto-Vista do eminente Ministro João Otávio de Noronha. Nele, observou ter constatado nos presentes autos questão preliminar idêntica à debatida nos EAREsp 600.663/RS, isto é, que os Embargos de Divergência foram interpostos contra acórdão que negou provimento a Agravo Regimental que desproveu Agravo em Recurso Especial mediante aplicação, no referido ponto, da Súmula 83/STJ, motivo pelo qual considera que o recurso não ultrapassa o juízo de admissibilidade, nos termos da Súmula 315/STJ.

Por essa razão, divergindo do eminente Ministro Relator, votou pelo *não conhecimento* dos Embargos de Divergência, esclarecendo que, se vencido nesse tema, pedirá nova vista para apresentação de voto de mérito. Na referida sessão, o eminente Ministro Luis Felipe Salomão acompanhou a divergência, e o eminente Ministro Mauro Campbell Marques acompanhou o relator. Em seguida, pediu vista o eminente Ministro Raul Araújo.

Posteriormente, o eminente Ministro Raul Araújo trouxe judiciosas ponderações. Conheceu dos Embargos de Divergência para, no mérito, negar-lhes provimento, consignando que o prazo prescricional é de três anos (art. 206, § 3º, IV, do CC) com base nas seguintes premissas: a) se, de um lado, a Seção de Direito Público, no julgamento do REsp 1.113.403/RJ, no rito dos recursos repetitivos, adotou a prescrição decenal na repetição da cobrança indevida de tarifa de água e esgoto, a Segunda Seção, por outro lado, no julgamento do REsp 1.360.969/RS (que versa sobre repetição das parcelas de reajuste de planos de saúde, consideradas abusivas), também sob o regime dos recursos repetitivos (CPC/1973, art. 543-C), “tendo como relator o ilustre Ministro Marco Buzzi, e relator para acórdão o eminente Ministro Marco Aurélio Bellizze, chegou a conclusão diversa, confirmando aquele entendimento já antes adotado no acórdão ora embargado”; b) no voto do recurso repetitivo julgado na Seção de Direito Privado do STJ, o eminente Ministro Mauro Aurélio Bellizze teria exposto a evolução teórica do conceito de enriquecimento sem causa, concluindo que “o *Projeto de Código das Obrigações de Agostinho Alvim* veio dar origem ao enriquecimento sem causa como fonte primária de obrigações no nosso atual Código Civil, especialmente pelo fato de ter sido expresso como preceito de ordem genérica, não exaustivo, em franca substituição ao modelo clássico anteriormente adotado pelo Código Civil de 1916”; c) diferentemente

do CC/1916, o atual CC contém dispositivo que fixa prazo prescricional específico para as pretensões decorrentes de reparação civil (a regra do art. 177 do CC/1916 corresponde à do art. 205 do atual CC, mas neste último há o dispositivo específico do art. 206, § 3º, IV e V, o qual, versando sobre reparação civil, prevalece sobre a regra geral); d) por último, menciona que o atual CC segue a tendência dos ordenamentos jurídicos modernos que adotam prazos prescricionais mais reduzidos que os de legislações anteriores, em harmonia com a realidade social hodierna, daí por que deve prevalecer o aresto embargado, que bem aplicou o prazo prescricional trienal do art. 206, § 3º, IV, do CC.

Pedi vista dos autos.

2. Prazo prescricional

Acompanho integralmente o bem fundamentado Voto do eminente Relator, Ministro Og Fernandes, que, aplicando a jurisprudência firmada pela Corte Especial, assentou a compreensão de que o prazo prescricional na Repetição de Indébito relativa a valores indevidamente cobrados por serviço de telefonia é de *dez anos*, conforme estabelecido no art. 205 do CC.

3. Devolução em dobro do art. 42 do CDC

Nos debates da sessão de 21/10/2020, o eminente Ministro Og Fernandes apresentou, como de costume, Voto preciso e muito bem fundamentado no sentido de afastar o elemento volitivo doloso dos requisitos para devolução em dobro dos indébitos cobrados dos consumidores, assim como de agregar o elemento da *boa-fé objetiva*.

Assim concluiu Sua Excelência no EAREsp 664.888/RS, de minha relatoria: “Ante o exposto, com essas considerações, peço vênias aos que possuem entendimento contrário, para acompanhar o voto trazido pelo em. Min. Herman Benjamin e dar provimento aos embargos de divergência.” Também manifestou-se o eminente Ministro Og Fernandes o entendimento de que “a restituição em dobro de indébito (parágrafo único do art. 42 do CDC) *independe da natureza do elemento volitivo do agente que cobrou o valor indevido, revelando-se cabível quando a cobrança indevida consubstanciar conduta contrária à boa-fé objetiva.*”

O eminente Ministro Og Fernandes adotou a posição que integra o *princípio da boa-fé objetiva* como critério para a devolução em dobro. Registro,

na mesma linha, trechos da ementa com os fundamentos da *tese resolutive da divergência*, conforme decidido pela Corte Especial em sessão de 21.10.2020 no julgamento dos EAREsp 600.663/RS (rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, rel. p/acórdão Ministro Herman Benjamin) e reprisado nos demais Embargos de Divergência levados àquela assentada:

Contratos que envolvam o Estado ou suas Concessionárias de Serviços Públicos

13. Na interpretação do parágrafo único do art. 42 do CDC, deve prevalecer o *princípio da boa-fé objetiva*, métrica hermenêutica que dispensa a qualificação jurídica do elemento volitivo da conduta do fornecedor.

(...)

16. Agrega-se ao raciocínio construído na Primeira Seção a regra geral de que a responsabilidade do Estado e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público é *objetiva* em relação a danos causados a terceiros (art. 37, § 6º, da CF/1988). Cito precedentes do STJ sobre o tema: REsp 1.299.900/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 13/3/2015; AgInt no REsp 1.581.961/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 14/9/2016; AgInt no REsp 1.711.214/MT, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 18/11/2020; REsp 1.736.039/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 7/6/2018; AgInt no AREsp 1.238.182/PE, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 17/9/2018; AgInt no AREsp 937.384/PE, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 26/6/2018; REsp 1.268.743/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 7/4/2014; REsp 1.038.259/SP, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 22/2/2018.

17. Quanto ao art. 37, § 6º, da Carta Magna, o Supremo Tribunal Federal sedimentou, sob o rito da Repercussão Geral, a posição de que “a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público é objetiva relativamente a terceiros usuários e não-usuários do serviço, segundo decorre do art. 37, § 6º, da Constituição Federal.” (RE 591.874, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 26.8.2009, Repercussão Geral – Mérito, DJe 18.12.2009). Na mesma linha: ARE 1.043.232 AgR, Relator Ministro Alexandre de Moraes, Primeira Turma, DJe 13/9/2017; RE 598.356, Relator Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma, DJe 1º/8/2018; ARE 1.046.474 AgR, Relator Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 12/9/2017; e ARE 886.570 ED, Relator Ministro Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe 22/6/2017.

18. Ora, se a regra da responsabilidade civil objetiva impera, universalmente, em prestações de serviço público, como admitir que, nas relações de consumo – na presença de sujeito (consumidor) caracterizado *ope legis* como vulnerável (CDC, art. 4º, I) –, o paradigma jurídico seja o da responsabilidade subjetiva (com dolo ou culpa)? Seria contrassenso atribuir tal privilégio ao fornecedor, mormente por ser fato notório que dezenas de milhões dos destinatários finais dos serviços

públicos, afligidos por cobranças indevidas, personificam não só sujeitos vulneráveis, como também sujeitos indefesos e hipossuficientes econômica e juridicamente, ou seja, carentes em sentido lato, destituídos de meios financeiros, de informação e de acesso à justiça.

19. Compreensão distinta, centrada na necessidade de prova de elemento volitivo, na realidade inviabiliza a devolução em dobro, p. ex., de pacotes de serviços telefônicos jamais solicitados pelo consumidor, bastando ao fornecedor invocar uma justificativa qualquer para seu engano. Nas condições do mercado de consumo massificado, impor ao consumidor prova de dolo ou culpa corresponde a castigá-lo com ônus incompatível com os princípios da vulnerabilidade e da boa-fé objetiva, legitimando, ao contrário dos cânones do microsistema, verdadeira *prova diabólica*, o que contraria frontalmente a filosofia e *ratio* eticossocial do CDC. Assim, a expressão “salvo hipótese de engano justificável” do art. 42, parágrafo único, do CDC deve ser apreendida como *elemento de causalidade*, e não como *elemento de culpabilidade*.

Contratos que não envolvam prestação de serviços públicos

(...)

21. Tal qual ocorre nos contratos de consumo de serviços públicos, nas modalidades contratuais estritamente privadas também deve prevalecer a interpretação de que *a repetição de indébito deve ser dobrada quando ausente a boa-fé objetiva do fornecedor na cobrança realizada*. Ou seja, atribui-se ao engano justificável a natureza de variável da equação de causalidade, e não de elemento de culpabilidade, donde irrelevante a natureza volitiva da conduta que levou ao indébito.

Resumo da proposta de Tese Resolutiva da Divergência Jurisprudencial

22. A proposta aqui trazida – que procura incorporar, tanto quanto possível, o mosaico das posições, nem sempre convergentes, dos *Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Nancy Andrighi, Luis Felipe Salomão, Og Fernandes, João Otávio de Noronha e Raul Araújo* – consiste em reconhecer a *irrelevância da natureza volitiva da conduta* (se dolosa ou culposa) que deu causa à cobrança indevida contra o consumidor, para fins da devolução em dobro a que refere o parágrafo único do art. 42 do CDC, e fixar como parâmetro excludente da repetição dobrada a *boa-fé objetiva do fornecedor* (ônus da defesa) para apurar, no âmbito da causalidade, o engano justificável da cobrança.

23. Registram-se trechos dos Votos proferidos que contribuíram diretamente ou serviram de inspiração para a posição aqui adotada (grifos acrescentados):

23.1. **Ministra Nancy Andrighi:** “O requisito da comprovação da má-fé não consta do art. 42, parágrafo único, do CDC, nem em qualquer outro dispositivo da legislação consumerista. A parte final da mencionada regra – ‘salvo hipótese de engano justificável’ – não pode ser compreendida como necessidade de prova do elemento anímico do fornecedor.”

23.2. **Ministra Maria Thereza de Assis Moura:** “Os requisitos legais para a repetição em dobro na relação de consumo são a cobrança indevida, o pagamento em excesso e a inexistência de engano justificável do fornecedor. *A exigência de indícios mínimos de má-fé objetiva do fornecedor é requisito não previsto na lei e, a toda evidência, prejudica a parte frágil da relação.*”

23.3. **Ministro Og Fernandes:** “A restituição em dobro de indébito (parágrafo único do art. 42 do CDC) *depende da natureza do elemento volitivo do agente que cobrou o valor indevido, revelando-se cabível quando a cobrança indevida consubstancia conduta contrária à boa-fé objetiva.*”

23.4. **Ministro Raul Araújo:** “Para a aplicação da sanção civil prevista no art. 42, parágrafo único, do CDC, é necessária a caracterização de *conduta contrária à boa-fé objetiva* para justificar a reprimenda civil de imposição da devolução em dobro dos valores cobrados indevidamente.”

23.5. **Ministro Luis Felipe Salomão:** “O código consumerista introduziu novidade no ordenamento jurídico brasileiro, ao adotar *a concepção objetiva* do abuso do direito, que se traduz em uma cláusula geral de proteção da lealdade e da confiança nas relações jurídicas, *prescindindo da verificação da intenção do agente – dolo ou culpa –* para caracterização de uma conduta como abusiva (...). Não há que se perquirir sobre a existência de dolo ou culpa do fornecedor, mas, *objetivamente*, verificar se o engano/equívoco/erro na cobrança era ou não justificável.”

24. Sob o influxo da proposição do Ministro Luis Felipe Salomão, acima transcrita, e das ideias teórico-dogmáticas extraídas dos Votos das Ministras Nancy Andrichi e Maria Thereza de Assis Moura e dos Ministros Og Fernandes, João Otávio de Noronha e Raul Araújo, fica assim definida a resolução da controvérsia: *a repetição em dobro, prevista no parágrafo único do art. 42 do CDC, é cabível quando a cobrança indevida consubstancia conduta contrária à boa-fé objetiva, ou seja, deve ocorrer independentemente da natureza do elemento volitivo.*

Parcial modulação temporal dos efeitos da presente decisão

25. O art. 927, § 3º, do CPC/2015 prevê a possibilidade de modulação de efeitos não somente quando alterada a orientação firmada em julgamento de recursos repetitivos, mas também quando modificada jurisprudência dominante no STF e nos tribunais superiores.

26. Na hipótese aqui tratada, a jurisprudência da Segunda Seção, relativa a contratos estritamente privados, seguiu compreensão (critério volitivo doloso da cobrança indevida) que, com o presente julgamento, passa a ser completamente superada, o que faz sobressair a necessidade de privilegiar os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança dos jurisdicionados.

27. Parece prudente e justo, portanto, que se deva *modular os efeitos da presente decisão quanto à interpretação do art. 42 do CDC, de maneira que o entendimento aqui fixado seja aplicado aos indébitos de natureza contratual não pública cobrados após a data da publicação deste acórdão.*

Tese final - Art. 42 do CDC

28. Com essas considerações, acompanho o muito bem fundamentado voto do e. Relator, Ministro Og Fernandes, louvando os judiciosos votos dos e. Ministros que me antecederam, para conhecer dos Embargos de Divergência e, no mérito, fixar a seguinte tese: **A repetição em dobro, prevista no parágrafo único do art. 42 do código de defesa do consumidor, é cabível quando a cobrança indevida consubstancia conduta contrária à boa-fé objetiva, ou seja, independentemente da natureza do elemento volitivo.**

4. Caso concreto

No caso dos autos, o *acórdão recorrido* fixou como requisito a má-fé, para fins do parágrafo único do art. 42 do CDC, em indébito decorrente de contrato de prestação de serviço público de telefonia.

Assim, os Embargos de Divergência merecem ser providos para se impor a devolução em dobro do indébito.

5. Conclusão do Voto-Vista

Com essas considerações, *repetindo aqui o resultado do julgamento na Corte Especial (sessão de 21.10.2020 nos EAREsp 600.663/RS), acompanho o brilhante Voto do eminente Relator, Ministro Og Fernandes*, rendendo homenagens aos judiciosos votos dos eminentes Ministros que me antecederam, para conhecer dos Embargos de Divergência e, no mérito, dar-lhes provimento, de forma a estipular que:

a) o prazo prescricional da Repetição de Indébito é de dez anos (art. 205 do CC);

b) a repetição em dobro, prevista no parágrafo único do art. 42 do CDC, é cabível quando a cobrança indevida consubstancia conduta contrária à boa-fé objetiva, ou seja, deve ocorrer independentemente da natureza do elemento volitivo;

c) sejam modulados os efeitos da presente decisão para que o entendimento aqui fixado, relativamente ao art. 42 do CDC, seja aplicado aos indébitos *não* decorrentes da prestação de serviço público pagos após a data da publicação do presente *acórdão*; e

d) seja imposta a devolução em dobro do indébito no caso concreto.

É como *voto*.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: 1. Cuida-se de embargos de divergência interpostos por Maria Ritta Lemos de Almeida em face de acórdão proferido pela Terceira Turma, assim ementado:

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Serviço de telefonia. Ação de repetição de indébito cumulada com indenizatória. Cobrança indevida de valores. 1. Prescrição trienal. Art. 206, § 3º, V, do CC/2002. 2. Repetição, em dobro, do indébito. Necessidade de demonstração da má-fé do credor. 3. Dano moral. Não ocorrência. Modificação do acórdão recorrido. Impossibilidade. Súmula 7/STJ. 4. Falta de prequestionamento da matéria. Súmulas n. 282 e 356 do STF. 4. Agravo regimental improvido.

1. O entendimento da Segunda Seção desta Corte é de que o prazo prescricional para a ação de repetição de indébito da cobrança de valores referentes a serviços não contratados, promovida por empresa de telefonia, é o trienal, previsto no art. 206, § 3º, V, do Código Civil.

2. *“A repetição em dobro do indébito, prevista no art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, não prescinde da demonstração da má-fé do credor”* (Rcl n. 4892/PR, Relator o Ministro Raul Araújo, Segunda Seção, DJe 11/5/2011).

3. Não há como modificar o entendimento do Tribunal local, tanto em relação a não ocorrência do dano moral quanto à ausência de má-fé da empresa, sem adentrar no reexame do conjunto fático-probatório dos autos, procedimento sabidamente vedado na via do recurso especial (Súmula n. 7/STJ).

4. A indicação dos dispositivos legais sem que tenham sido debatidos pelo Tribunal de origem, obsta o conhecimento do recurso especial pela ausência de prequestionamento. Incidência dos óbices dos enunciados n. 282 e 356 da Súmula do STF.

5. Agravo regimental improvido.

Em suas razões, a embargante aponta divergência entre o acórdão impugnado e precedentes das Turmas de Direito Público, no sentido de que:

(i) o prazo prescricional para o ressarcimento por cobrança indevida de serviço telefônico é de 10 (dez) anos, o mesmo aplicável às ações pertinentes a tarifas de água e esgoto (*AgRg no REsp 1.499.268/RS*, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 05.05.2015, publicado no DJe de 27.05.2015; e *AgRg no REsp 1.516.647/RS*, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 07.05.2015, DJe 22.05.2015);

(ii) basta a configuração de culpa para o cabimento da devolução em dobro dos valores pagos indevidamente pelo consumidor na cobrança indevida de serviços públicos concedidos (*AgRg no AREsp 262.212/RS*, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 19.02.2013, DJe 07.03.2013; e *AgRg no AREsp 371.431/MS*, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 17.10.2013, DJe 22.10.2013).

Sustenta a autora da ação de repetição de indébito que, à luz do disposto no artigo 205 do Código Civil, a pretensão de ressarcimento de cobranças de “taxas indevidas/inexigíveis” de serviços telefônicos rege-se pelo prazo prescricional decenal, por decorrer de relação contratual preestabelecida; e a prova da má-fé do credor não é requisito para a incidência da sanção civil de pagamento em dobro, prevista no artigo 42 do Código de Defesa do Consumidor, que exige tão somente a demonstração de “engano justificável”.

Na sessão de julgamento da Corte Especial de 04.05.2016, o eminente relator, Ministro Og Fernandes, conheceu dos embargos de divergência apenas no tocante à prescrição e, nessa extensão, deu-lhes provimento, nos seguintes termos:

Com a devida vênia, a tese adotada no âmbito do acórdão recorrido, de que a pretensão de repetição de indébito por cobrança indevida de valores referentes a serviços não contratados, promovida por empresa de telefonia, configuraria enriquecimento sem causa e, portanto, estaria abrangida pelo prazo fixado no art. 206, § 3º, IV, do Código Civil, não parece ser correta.

A pretensão de enriquecimento sem causa (ação *in rem verso*) possui como requisitos: enriquecimento de alguém; *ausência de causa jurídica*; *inexistência de ação específica*. Trata-se, portanto, de ação subsidiária que depende da inexistência da causa. É o que estabelece o Código Civil, *verbis*:

(...)

A discussão acerca da cobrança indevida de valores constantes de relação contratual e eventual repetição de indébito não se enquadra na hipótese do art. 206, § 3º, IV, do Código Civil, seja porque a causa jurídica, em princípio, existe (relação contratual prévia em que debate a legitimidade da cobrança), seja porque a ação de repetição de indébito é ação específica.

(...)

O mestre Orlando Gomes, de forma certa, conclui que, não estabelecido o caráter subsidiário, todas as ações seriam absorvidas pela de *in rem verso*, convertido o princípio condenatório do enriquecimento sem causa numa panaceia.

(...)

Merece menção, ainda, o Enunciado 188/STJ, aprovado na III Jornada de Direito Civil: “188 - Art. 884: A existência de negócio jurídico válido e eficaz é, em regra, uma justa causa para o enriquecimento.”

Verifica-se, pois, que o prazo prescricional estabelecido no art. 206, § 3º, IV, do Código Civil deve ser interpretado de forma restritiva, para os casos subsidiários de ação de *in rem verso*.

Portanto, no presente caso, a parte embargante sustenta a tese vencedora, fazendo jus ao provimento do recurso.

Ante o exposto, voto pelo conhecimento, em parte, e, no ponto conhecido, pelo provimento dos embargos de divergência, de sorte a vingar a tese de que a repetição de indébito por cobrança indevida de valores referentes a serviços não contratados, promovida por empresa de telefonia, deve seguir a norma geral do lapso prescricional (10 anos - art. 205, Código Civil), a exemplo do que decidido e sumulado (Súmula 412/STJ) no que diz respeito ao lapso prescricional para repetição de indébito de tarifas de água e esgoto. (grifei)

O eminente Ministro João Otávio de Noronha, em 07.12.2016, divergiu do relator, não conhecendo dos embargos de divergência, ao argumento de que, “*desprovidos o agravo em recurso especial e o respectivo agravo regimental, ainda que se adote fundamentação que passe pelo exame do mérito do apelo extremo, é incabível a interposição de embargos de divergência ante a incidência da Súmula 315 do STJ*”.

Após pedido de vista, o eminente Ministro Raul Araújo apresentou voto em 20.09.2017, também divergindo do relator, mas conhecendo dos embargos de divergência para lhes negar provimento, considerando ser trienal o prazo prescricional aplicável à espécie, bem como “*necessário, para afastar a ressalva legal expressa de ‘hipótese de engano justificável’, que se comprove ou, pelas circunstâncias, se possa claramente identificar, no caso concreto, a má-fé do fornecedor para ser reconhecido o direito à devolução em dobro do valor pago*”.

Houve pedido de vista do eminente Ministro Herman Benjamin, que, em 20.02.2019, apresentou voto muito denso, conhecendo dos embargos de divergência para lhes dar provimento, a fim de: (i) reconhecer a incidência do prazo prescricional decenal à espécie; (ii) *estabelecer que a devolução em dobro de indébito (parágrafo único do art. 42 do CDC) ocorre quando o comportamento do fornecedor for doloso ou culposo; (iii) modular os efeitos da presente decisão para que o entendimento fixado seja aplicado aos indébitos que não decorram da prestação de serviço público pagos após a data da conclusão do presente julgamento; e (iv) no caso específico, impor a devolução em dobro do indébito.*

Pedi vista dos presentes autos, bem como dos referentes aos *Embargos de Divergência no Recurso Especial 1.413.542/RS* (da relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura), *Embargos de Divergência em Agravo em Recurso Especial 600.663/RS* (também da relatoria da citada Ministra), *664.888/RS* (Rel. Ministro Herman Benjamin) e *622.897/RS* (Rel. Ministro Raul Araújo), que tratam do mesmo tema.

É o relatório complementar.

2. Em melhor e mais aprofundado exame da questão, diante da dinâmica dos julgamentos sobre os mesmos temas ora tratados, realinhei-me para conhecer dos embargos de divergência em agravo, tendo em vista a notória similitude fática entre os arestos confrontados, apreciada que foi a matéria de mérito do recurso especial.

3. No que diz respeito à prescrição, ressalvado o meu entendimento, os embargos de divergência devem ser providos, na linha da exegese firmada por esta Corte Especial, em 20.02.2019, quando do julgamento do *EAREsp 750.497/RS* (pendente de publicação), no sentido de que ***“a repetição de indébito por cobrança indevida de valores referentes a serviços não contratados, promovida por empresa de telefonia, deve seguir a norma geral do lapso prescricional (10 anos - art. 205 do Código Civil), a exemplo do que decidido e sumulado (Súmula 412/STJ) no que diz respeito ao lapso prescricional para repetição de indébito de tarifas de água e esgoto”***.

4. No tocante à sanção civil de repetição em dobro, relembro que, no caso em julgamento, a petição inicial relata cobranças por serviços telefônicos não solicitados, o que reflete má prestação por parte do fornecedor Brasil Telecom, por isso pleiteou a declaração da inexigibilidade das cobranças e devolução em dobro dos valores pagos, além de indenização por dano moral.

O magistrado de piso julgou parcialmente procedente a pretensão autoral, reconhecendo a irregularidade das cobranças e determinando a repetição em dobro, sanção esta que foi afastada pelo Tribunal gaúcho.

A Terceira Turma, por sua vez, manteve a decisão monocrática da lavra do eminente Ministro Marco Aurélio Bellizze, que negou provimento ao agravo em recurso especial da consumidora, por considerar inaplicável a sanção da restituição em dobro dos valores indevidamente cobrados.

Nesse passo, como de sabença, o código consumerista é um microsistema jurídico interdisciplinar, que estabelece normas de ordem pública e de interesse

social, que, de um lado, reconhecem direitos subjetivos à parte mais fraca da relação de consumo – o consumidor – e, de outro, estipulam deveres jurídicos – regras gerais ou padrões de conduta – a serem observados pelo fornecedor, além das respectivas consequências jurídicas em caso de descumprimento, tudo isso com o escopo de reequilibrar a desigualdade fática entre os sujeitos.

No dizer de Bruno Miragem, o direito do consumidor “*ao mesmo tempo em que tem por diretriz fundamental a proteção e promoção da igualdade entre as partes (consumidores e fornecedores), também tem como efeito o aperfeiçoamento do mercado de consumo, por intermédio da regulação do comportamento de seus agentes*” (*Curso do direito do consumidor* [livro eletrônico]. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018).

Nesse mister, o CDC estabelece uma proibição geral ao abuso do direito do fornecedor – detentor de posição privilegiada –, enumerando direitos básicos (e indisponíveis) do consumidor, entre os quais se insere a proteção contra métodos comerciais coercitivos ou desleais e contra práticas abusivas adotadas no fornecimento de produtos ou serviços (artigo 6º, inciso IV).

Sob tal ótica, exsurge o artigo 42 do CDC – cuja interpretação é objeto dos presentes embargos de divergência –, que descreve prática abusiva consistente na “cobrança irregular de dívidas de consumo”, tutelando, expressamente, a integridade moral e a dignidade do consumidor. Confira-se:

Art. 42. Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça.

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.

Malgrado se reconheça que a cobrança de débitos pelo fornecedor constitui exercício regular de direito, o dispositivo legal encarta normas jurídicas que vedam, expressamente, quaisquer abusos perpetrados com o escopo de obter a quitação de uma dívida, bem como aquele consubstanciado na exigência de valor indevido.

A norma de conduta inserta no *caput* do artigo proíbe que a cobrança de débitos de consumo seja realizada mediante ameaça, coação, constrangimento físico ou moral, emprego de afirmações falsas, incorretas ou enganosas, bem como que o consumidor seja exposto a ridículo ou haja interferência em seu trabalho, descanso ou lazer.

O *parágrafo único*, por sua vez, traz indiscutível norma sancionatória da conduta consubstanciada na *cobrança de dívida inexistente ou em valor maior que o devido*, cominando ao fornecedor a penalidade civil de *repetição em dobro do excesso cobrado*, “*salvo hipótese de engano justificável*”.

Em sede doutrinária e jurisprudencial, é incontroverso o entendimento de que os *elementos objetivos* do “tipo legal” (ensejador da incidência da sanção civil), são: (i) a cobrança extrajudicial indevida de dívida decorrente de contrato de consumo; e (ii) o efetivo pagamento do indébito pelo consumidor.

De outro lado, há o *elemento subjetivo* da conduta, em relação ao qual as Turmas de Direito Privado e as de Direito Público, *aparentemente*, controvertem: (i) a *má-fé*, consoante assente na Segunda Seção; ou (ii) a *culpa* e o *dolo*, nos termos da jurisprudência da Primeira Seção.

Deveras, o parágrafo único do artigo 42 do CDC tem por escopo coibir o exercício abusivo e opressivo da posição dominante do fornecedor, cominando a penalidade de devolução em dobro da quantia indevidamente cobrada da parte vulnerável da relação de consumo, que, muitas vezes, demora a ter ciência do excesso exigido ou, ainda quando ciente, vê-se obrigada a efetuar o pagamento a fim de garantir a continuidade do serviço prestado (notadamente quando se trata de serviço público essencial) ou a não inserção do seu nome em cadastro de inadimplentes.

De fato, o código consumerista introduziu novidade no ordenamento jurídico brasileiro, ao adotar a *concepção objetiva do abuso do direito*, que se traduz em uma cláusula geral de proteção da lealdade e da confiança nas relações jurídicas, prescindindo da verificação da intenção do agente — dolo ou culpa — para caracterização de uma conduta como abusiva.

Nessa perspectiva, o princípio da boa-fé objetiva figura como parâmetro principal de valoração do comportamento das partes, sobretudo do fornecedor, que, sendo titular de posição privilegiada, deve adotar as cautelas necessárias para evitar a quebra de confiança e a frustração das legítimas expectativas da parte vulnerável da relação de consumo.

Na lição de Cláudia Lima Marques, a boa-fé objetiva “*significa atuação refletida, uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes*” (*Contratos no código de defesa do consumidor*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 216).

Em sua função de controle, a boa-fé objetiva serve de limite ao exercício dos direitos subjetivos, “*seja reduzindo a liberdade dos parceiros contratuais aos definir algumas condutas como abusivas, seja controlando a transferência dos riscos profissionais e liberando o devedor em face da não razoabilidade de outra conduta*” (MARQUES, Cláudia Lima. *Op. cit.* p. 215).

Nesse sentido, a boa-fé traduz o padrão ético de confiança e lealdade que deve ser observado em qualquer relação jurídica, coibindo os excessos no exercício dos direitos subjetivos e, conseqüentemente, possibilitando a convivência social harmônica.

De outro lado, também se deve destacar a função criadora – também chamada de integrativa – da boa-fé objetiva, concebida como fonte autônoma de deveres anexos, instrumentais, laterais ou acessórios, tais como os deveres de informar, de cuidado, de lealdade e de cooperação.

Diante deste cenário, segundo penso, é que se deve dimensionar o conteúdo da jurisprudência da Segunda Seção, que, ao interpretar a norma inserta no parágrafo único do artigo 42 do CDC, considera necessária a constatação da má-fé do fornecedor para a aplicação da sanção civil de repetição em dobro.

Salta aos olhos, assim, que a expressão “má-fé”, constante dos precedentes da Segunda Seção, não foi empregada como sinônimo de “dolo” – que, sabidamente, não é exigido para configuração do exercício abusivo do direito (à luz da concepção objetiva adotada pelo CDC) –, mas, sim, como conduta contrária à boa-fé objetiva, que abrange os deveres anexos de cuidado, zelo e proteção nas relações jurídicas.

De acordo com as Turmas de Direito Privado, portanto, o “engano justificável”, na cobrança de dívida de consumo, não afasta a boa-fé objetiva, mas, a contrario sensu, o “engano injustificável” caracteriza a má-fé do fornecedor, que “erra” quando não poderia “errar”, tendo em vista as cautelas que lhe são exigidas por força de sua posição jurídica privilegiada.

Assim, a falta de cuidado (diligência, zelo) imposto ao fornecedor, quando da cobrança da dívida, é que qualifica o engano como injustificável e, conseqüentemente, caracteriza a conduta contrária à boa-fé objetiva, ou seja, a má-fé.

Nesse sentido, não há que perquirir a existência de dolo ou culpa do fornecedor, mas, objetivamente, verificar se o engano/equívoco/erro na cobrança era ou não justificável.

Deve-se analisar, no caso concreto, se a cobrança indevida decorreu ou não de conduta deliberada – inobservância do dever anexo de lealdade – ou mesmo

leviana do fornecedor, ao descumprir seu dever anexo de proteção (cuidado) para com a integridade pessoal e patrimonial do consumidor.

Sob tal ótica, *há inúmeros precedentes das Turmas de Direito Privado que pugnam pela inexistência de má-fé do fornecedor* – ou seja, inexistência de conduta contrária à boa-fé objetiva e, portanto, configurada hipótese de engano justificável –, *quando*: (i) o pagamento tiver sido efetuado em decorrência de cláusula contratual posteriormente declarada nula; ou (ii) houver controvérsia judicial em relação ao objeto da cobrança indevida. Confira-se:

Ação de repetição do indébito. Art. 965 do Código Civil de 1916. Art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor. Súmula n. 07 da Corte.

1. Já decidiu a Corte que àquele que recebeu o que não era devido, cabe fazer a restituição, sob pena de enriquecimento sem causa, pouco relevando a prova do erro no pagamento, em caso de contrato de abertura de crédito.

2. *No caso, não cabe a restituição em dobro, na guarida do art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, ausentes os seus pressupostos, considerando que o tema dos juros e encargos cobrados pelas instituições financeiras tem suscitado controvérsia judicial, até hoje submetida a incidência do Código de Defesa do Consumidor nas operações bancárias ao exame do Supremo Tribunal Federal.*

(...)

4. Recurso especial conhecido e provido, em parte. (REsp 505.734/MA, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 20.05.2003, DJ 23.06.2003) (grifei)

Contrato bancário. Natureza jurídica do contrato. Seguro. Prequestionamento. Código de Defesa do Consumidor. Juros. Capitalização. Taxa Referencial (TR). Art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor. Súmula n. 297 da Corte.

(...)

6. *O art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, relativo à repetição em dobro, não se aplica quando o objeto da cobrança está sujeito à controvérsia na jurisprudência dos Tribunais.*

7. Recurso dos autores não conhecido e recurso especial da instituição financeira parcialmente conhecido e, nessa parte, provido. (REsp 549.665/RS, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 05.10.2004, DJ 01.02.2005) (grifei)

Civil. Cláusula nula. Repetição do indébito. *O pagamento resultante de cláusula contratual mais tarde declarada nula em sede judicial deve ser devolvido de modo simples, e não em dobro; age no exercício regular de direito quem recebe a prestação prevista em contrato.*

Embargos de divergência conhecidos e providos. (REsp 328.338/MG, Rel. Ministro Ari Pargendler, Segunda Seção, julgado em 26.10.2005, DJ 01.02.2006) (grifei)

Agravo regimental. Ausência de argumentos capazes de infirmar os fundamentos da decisão agravada. Súmula 83. (...) CDC, art. 42.

- *Não incide a sanção do Art. 42, parágrafo único, do CDC, quando o encargo considerado indevido é objeto de controvérsia jurisprudencial.* (AgRg no Ag 764.333/RS, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, julgado em 19.09.2006, DJ 16.10.2006) (grifei)

Ação revisional. Sistema financeiro da habitação - SFH. Código de Defesa do Consumidor. Aplicabilidade. Amortização. Reajuste prévio. Cabimento. Restituição em dobro. Débito objeto de demanda. Inviabilidade. Tabela *price*. Capitalização. Verificação. Súmulas 5 e 7 do Superior Tribunal de Justiça. Anatocismo. Vedação. Suspensão. Execução extrajudicial. Possibilidade. TR. Utilização. Legalidade.

(...)

III - *É incabível a dobra prevista no artigo 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, quando o débito tem origem em encargos cuja validade é objeto de discussão judicial.*

(...) (REsp 756.973/RS, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 27.03.2007, DJ 16.04.2007)

Direito Civil. Plano de saúde. Reajuste por mudança de faixa etária. Restituição em dobro com base no CDC. Impossibilidade.

I - A jurisprudência das Turmas que compõem a Segunda Seção do STJ é firme no sentido de que a repetição em dobro do indébito, prevista no art. 42, parágrafo único, do CDC, pressupõe tanto a existência de pagamento indevido quanto a má-fé do credor.

II - No caso, *a iniciativa da empresa ré de reajustar as prestações do seguro saúde, com base na alteração da faixa etária, encontra-se amparada em cláusula contratual - presumidamente aceita pelas partes -, que até ser declarada nula, gozava de presunção de legalidade, não havendo razão, portanto, para se concluir que a conduta da administradora do plano de saúde foi motivada por má-fé.*

Recurso Especial provido. (REsp 871.825/RJ, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 12.08.2010, DJe 23.08.2010) (grifei)

Recurso especial. Ação ordinária (revisão contratual e repetição do indébito, em dobro). Alegação de negativa de prestação jurisdicional. Deficiência da fundamentação. Incidência do Enunciado n. 284/STF. Prescrição. Matéria não suscitada nas razões de apelação e, por isso, não decidida no acórdão recorrido. Ausência de prequestionamento. Repetição em dobro. Pressuposição

de demonstração de má-fé. Necessidade. Cobrança de encargos reputados indevidos. Afastamento da penalidade. Necessidade. Recurso especial provido em parte.

I - *A declaração de ilegalidade da cobrança de encargos insertos nas cláusulas contratuais, ainda que importe a devolução dos respectivos valores, não enseja a repetição em dobro do indébito, diante da inequívoca ausência de má-fé. Este entendimento estriba-se no argumento de que a consecução dos termos contratados, a considerar a obrigatoriedade que o contrato encerra, vinculando as partes contratantes, não revela má-fé do fornecedor, ainda, que, posteriormente, reste reconhecida a ilicitude de determinada cláusula contratual;*

II - *In casu*, ao contrário do que restou decidido pelo Tribunal de origem, não se constata sequer a ocorrência de distanciamento dos termos contratados pela empresa-construtora, ora recorrente, por aplicar, como índice de correção monetária, a TR (Taxa Referencial), em substituição à UPDF's (Unidade de Financiamento Padrão Diária), extinta em 1.7.1994.

III - Inexistindo cláusula contratual que preceituasse o índice substitutivo (como aduzido pelo Tribunal de origem, ressalte-se) e sendo este devido, já que não se afigura escorреito, tampouco razoável, que a prestação remanescesse estática, a adoção da TR, ainda que se revelasse, posteriormente, descabida, inócorrente erro grosseiro e, muito menos, má-fé da contratante a supedaneiar a repetição dobrada;

IV - Recurso Especial parcialmente provido. (REsp 1.060.001/DF, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 15.02.2011, DJe 24.02.2011) (grifei)

Agravo interno no agravo em recurso especial. Reajuste de idade. Plano de saúde. Revisão de contrato. Matéria que demanda reexame do conjunto fático - probatório dos autos, e cláusulas contratuais. Sumulas 5 e 7 do STJ. Acórdão em sintonia com o entendimento firmado no STJ. Agravo interno não provido.

(...)

5. *A iniciativa da empresa recorrida de reajustar as prestações do plano de saúde, com base na mudança da faixa etária, encontra-se amparada em cláusula contratual e presumidamente aceita pelas partes. Desse modo, não há razão para concluir que a conduta da administradora do plano de saúde foi motivada por má-fé, de forma a possibilitar a repetição em dobro de valores. Precedentes.*

6. Agravo interno não provido. (AgInt no AREsp 915.579/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 22.08.2017, DJe 29.08.2017)

Por outro turno, há julgados da Segunda Seção e das respectivas Turmas no sentido do cabimento da repetição em dobro em casos nos quais considerado *injustificável o engano* perpetrado pelo fornecedor por ocasião da cobrança indevida de dívida:

Ação civil pública. Direitos individuais homogêneos. *Cobrança de taxas indevidas. Candidatos a inquilinos. Administradoras de imóveis.* Legitimidade ativa do PROCON - Coordenadoria de Proteção e Defesa do Consumidor, por meio da Procuradoria Geral do Estado para ajuizar ação coletiva para proteção de direitos individuais homogêneos. Prescrição. Multa do art. 84, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor. Repetição em dobro. Multa do art. 538, parágrafo único, do Código de Processo Civil. Súmula n. 07 da Corte.

Precedentes.

(...)

4. *A repetição do indébito pelo valor em dobro não se impõe quando presente engano justificável, o que não é o caso quando o Acórdão recorrido identifica a existência de fraude à lei.*

5. O exame da documentação existente, que serviu de fundamento para a configuração da taxa cobrada como de intermediação, vedada na Lei especial de regência, não pode ser reexaminada, a teor da Súmula n. 07 da Corte.

(...)

7. Recursos especiais conhecidos e providos, em parte. (REsp 200.827/SP, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 26.08.2002, DJ 09.12.2002)

Agravo regimental no recurso especial. Civil e Processo Civil. Responsabilidade civil. Cobrança de dívida já paga. Apontamento nos cadastros de inadimplentes. Dano moral *in re ipsa*. Repetição dobrada com fundamento no artigo 42 do CDC. Engano não justificado.

(...)

3. Repetição dobrada do valor. Artigo 42 do CDC. *Não demonstrado pelo recorrente ser justificável o engano relativo ao repasse ao cartão Visa de créditos do pagamento de faturas do cartão Mastercard, por conta de numeração equivocada.* Correção do fundamento do aresto recorrido. Condenação mantida.

4. *Agravo desprovido.* (AgRg no REsp 1.200.417/MT, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 14.08.2012, DJe 20.08.2012)

Embargos de divergência em recurso especial. Civil e Consumidor. Ação de cobrança. Enriquecimento sem causa. Declaratória de ineficácia de quitação de débito. Privatização da Copesul. Aquisição de ações. Moedas de privatização. Valores cobrados a maior. Ressarcimento em dobro. Cabimento. Má-fé da instituição financeira caracterizada. Incidência do art. 42, parágrafo único, do CDC.

1. Incidência do art. 42, parágrafo único, do CDC. Esta Corte de Justiça possui entendimento consolidado acerca da viabilidade da repetição em dobro de valores nos casos em que comprovada a má-fé da parte que realizou a cobrança indevida.

A cobrança indevida caracterizou-se pela conduta da casa bancária de exigir dos mutuários, no bojo de contrato de mútuo, quantia superior à efetivamente utilizada para a aquisição das ações, diferença que passou a existir em decorrência de deságio sofrido pelas moedas da privatização.

Não integra o conceito de engano justificável a conduta da embargante que, na condição de instituição financeira mandatária, constituída por consumidor para a realização de negócio jurídico de aquisição de ações, descumpra cláusula expressa da avença e, mesmo após reiteradas solicitações dos mandantes para a prestação de contas, atinente à comprovação do valor pago pelas moedas da privatização, recusa-se ao cumprimento da obrigação. Má-fé caracterizada, devendo haver a devolução em dobro das quantias indevidamente exigidas.

2. Embargos de divergência conhecidos e desprovidos. (REsp 867.132/RS, Rel. Ministro Raul Araújo, Rel. p/ Acórdão Ministro Marco Buzzi, Segunda Seção, julgado em 28.11.2012, DJe 12.03.2013)

Agravo regimental em recurso especial. Contratos bancários. Cobrança indevida. Restituição em dobro. Configuração de dano moral. Redução do valor da indenização. Súmula 7/STJ.

1. *A jurisprudência desta Corte Superior possui entendimento no sentido da obrigatoriedade da restituição em dobro do valor cobrado indevidamente do consumidor, salvo no caso de engano justificável, circunstância afastada pelo acórdão recorrido.*

(...)

3. Agravo regimental a que se nega seguimento. (AgRg no REsp 1.427.535/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 03.02.2015, DJe 09.02.2015)

Civil. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Contrato bancário. Cobrança indevida. Restituição em dobro alegada omissão ao art. 535 do CPC. Inexistência. Recurso não provido.

(...)

2. *Não se tratando de engano justificável, circunstância afastada pelo acórdão recorrido, cabe a restituição em dobro do valor debitado indevidamente da conta do autor.*

3. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 619.334/ES, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 12.05.2015, DJe 18.05.2015)

Antes de encerrar este tópico, mister um registro.

Com efeito, recentemente esta Corte Especial, quando da conclusão do julgamento do *EAREsp 738.991/RS*, da relatoria do eminente Ministro Og

Fernandes, assinalou na ementa (publicada em 11.6.2019) uma afirmação que, salvo melhor juízo, não se coaduna com os respectivos autos nem retrata a exegese firmada pela maioria dos integrantes da Corte Especial.

É que, no item 2 da referida ementa, aplicou-se a Súmula 168/STJ a fim de se conhecer apenas parcialmente dos embargos, sob o fundamento de *estar pacificado o cabimento da repetição em dobro nos casos em que demonstrada a má-fé do credor*.

Contudo, tal assertiva, com a máxima vênia, configura equívoco, pois a tese sobre o artigo 42 do CDC não foi objeto do recurso especial nem do agravo nem dos embargos de divergência, não tendo sido sequer tratada pelos demais Ministros, ainda que fosse para também aplicar a Súmula 168/STJ.

O eminente Ministro Herman Benjamin, por ocasião da apresentação de seu voto-vista, bem explicitou que o referido recurso (*EAREsp 738.991/RS*) limitou-se a impugnar a questão do prazo prescricional. Confira-se:

Observe, apenas, que os Embargos de Divergência foram interpostos com a finalidade de discutir, exclusivamente, a exegese que deve prevalecer em relação ao prazo prescricional a incidir na hipótese dos autos (ou seja, o estabelecido no art. 205 ou no art. 206, § 3º, IV, do CC). *Com a vênia do e. Ministro Relator, a leitura das razões recursais evidencia que não houve nenhuma manifestação do embargante relativa a suposto dissídio na interpretação do art. 42 do CDC, razão pela qual, nesse ponto, não se trata de aplicar a Súmula 168/STJ – o tema, reitero, simplesmente não faz parte do objeto recursal.*

Desse modo, apenas para registro, assinalo que o julgado em referência não tem força para, de qualquer modo, vincular o exame da controvérsia atinente à interpretação da norma inserta no artigo 42 do Código de Defesa do Consumidor, objeto dos presentes embargos de divergência.

5. Assim posta a questão, penso que a divergência entre a Primeira e a Segunda Seções é apenas aparente, mas que, todavia, vem gerando inúmeros problemas interpretativos e de aplicação das teses jurídicas.

De fato, embora se utilizem de expressões semânticas diferentes, ambos os órgãos julgadores ostentam o mesmo entendimento de que a repetição em dobro, prevista no parágrafo único do artigo 42 do CDC, revela-se cabível quando a cobrança indevida consubstanciar conduta contrária à boa-fé objetiva, seja por força de inobservância do dever anexo de lealdade – ato deliberado, com intuito fraudulento e malicioso, de prejudicar o consumidor –, ou do dever anexo de proteção/cuidado, ensejando ato

que denote leviandade em relação às cautelas exigidas no sentido de preservação da integridade pessoal e patrimonial do vulnerável.

A clareza sobre o real alcance da expressão “má-fé” – para fins de incidência da sanção civil de repetição em dobro –, tal como exposto no raciocínio ora desenvolvido, poderá modificar, para melhor, a conduta indiligente de alguns fornecedores, que passarão a agir com maior cuidado/zelo/atenção quando os consumidores apontarem irregularidades nas cobranças de supostas dívidas, o que se coaduna com o *princípio da harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo, previsto no inciso III do artigo 4º do CDC, que, além de determinar a observância à boa-fé objetiva, proíbe o enriquecimento sem causa de qualquer uma das partes*. Confira-se:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes *princípios*:

(...)

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

(...) (grifei)

Nessa linha de entendimento, uma vez apontada a cobrança indevida pelo consumidor, caberá ao fornecedor, na fase instrutória do processo, produzir prova apta a demonstrar que não atuou em contrariedade à boa-fé objetiva, isto é, que não agiu de forma desleal ou descuidada, pois o engano cometido era, sim, justificável, afastando-se, assim, a incidência da sanção civil de devolução em dobro.

6. Assim, em resumo, *a fim de afastar o aparente conflito entre as Turmas de Direito Privado e de Direito Público e, conseqüentemente, manter estável e coerente a jurisprudência desta Corte, prestigiando-se o postulado da segurança jurídica, nos termos do artigo 926 do CPC de 2015, creio seja fundamental estabelecer as seguintes premissas sobre o tema em julgamento:*

(i) *a sanção civil de devolução em dobro, encartada no parágrafo único do artigo 42 do CDC, revela-se possível quando a cobrança indevida consubstanciar*

má-fé, compreendida esta como conduta contrária à boa-fé objetiva, seja por força de inobservância do dever anexo de lealdade – ato deliberado, com intuito fraudulento e malicioso, de prejudicar o consumidor –, ou do dever anexo de proteção – ato que denote leviandade em relação às cautelas exigidas no sentido de preservação da integridade pessoal e patrimonial do vulnerável;

(ii) *nessa perspectiva, caberá ao fornecedor, na contestação ou na fase instrutória do processo, demonstrar que não atuou em contrariedade à boa-fé objetiva, isto é, que não agira de forma desleal ou descuidada, pois o engano cometido era, sim, justificável; e*

(iii) *se houver divergência jurisprudencial em relação ao objeto da cobrança indevida ou caso a cláusula contratual em que se baseie for posteriormente declarada nula, configurar-se-á hipótese de engano justificável, excludente apta a afastar a incidência da sanção civil de repetição em dobro do indébito.*

7. Nesse quadro, à luz das supracitadas premissas, submeto a seguinte tese objetiva aos demais membros da Corte Especial: *a repetição em dobro, prevista no parágrafo único do artigo 42 do CDC, revela-se cabível quando a cobrança indevida consubstanciar conduta contrária à boa-fé objetiva.*

Ademais, a fim de evitar surpresas, em respeito à segurança jurídica, *adiro à proposta de modulação de efeitos decisórios, formulada pelo eminente Ministro Herman Benjamin, para que a exegese ora fixada seja aplicada a pedidos de devolução em dobro relacionados a contratos de consumo que não envolvam prestação de serviços públicos pelo Estado ou por concessionárias somente a partir da conclusão do presente julgamento.*

8. Na hipótese concreta dos autos, a autora ajuizou, em 28.06.2013, ação declaratória de inexigibilidade de dívida cumulada com pedido de repetição do indébito, afirmando que a companhia telefônica, nas faturas emitidas a partir de janeiro de 2009, inserira, de forma arbitrária e sem comunicação, a cobrança de serviço não contratado nem solicitado.

Na inicial, especificou números de protocolos de reclamações junto à companhia telefônica, alegando que:

Em vista de tais fatos, a autora entrou em contato diversas vezes com o serviço de atendimento ao consumidor, 10314, a fim de requerer a retirada de tal valor de sua conta telefônica, sem obter, contudo, qualquer êxito. Muito pelo contrário, as contas telefônicas dos meses seguintes continuaram a chegar à residência da autora com o valor do serviço não contratado nem solicitado, não havendo, assim, qualquer enquadramento legal ou contratual autorizador.

Como as ligações realizadas para o serviço de atendimento ao consumidor 10314 não surtiram efeito, visto que as cobranças não eram canceladas, a autora dirigiu-se diversas vezes até o ponto comercial da empresa ré, para requerer a retirada do valor ilegal, o que também não resolveu o problema.

Tamanho desrespeito pela consumidora já vem ocorrendo há mais de 4 (quatro) anos, obrigando a requerente a ligar todos os meses para solicitar a retirada dos serviços ilegais que ela nunca solicitou nem contratou, e, mesmo assim, a empresa ré, continua a realizar as cobranças.

Tendo em vista toda a situação ocorrida, a qual ainda perdura, a autora já desistiu de tentar resolver o problema amigavelmente, visto que até a presente data a empresa ré nunca efetuou as devoluções dos valores conforme haviam acordado no serviço de atendimento ao consumidor 10314, e muito menos retirou os serviços.

Se não fosse só, quando a autora realizava as reclamações, as atendentes do serviço 10314 da empresa ré referiam que seria enviado uma nova conta com o valor correto, contudo, essas contas nunca foram remetidas para a autora, que acabava efetuando os pagamentos das contas incorretas para não ser bloqueado o seu telefone. (fl. 3/4)

Por fim, a autora requereu: (i) o reconhecimento da inexigibilidade das cobranças efetuadas sem contratação ou solicitação; (ii) a inversão do ônus da prova; (iii) que a ré fosse obrigada a juntar aos autos as faturas telefônicas dos últimos dez anos, com as discriminações dos valores cobrados e pagos; (iv) *a devolução em dobro das cobranças indevidas*; e (v) o pagamento de indenização por danos morais.

Na contestação (fls. 87/110), a ré defendeu: (i) que o terminal reclamado encontra-se inativo desde 2011; (ii) a incidência de prescrição trienal na espécie; (iii) a regularidade das cobranças, pois os serviços prestados teriam sido solicitados via call center; (iv) que, administrativamente, as objeções da autora foram analisadas e julgadas improcedentes (fl. 99); (v) configurado o consentimento tácito do consumidor em relação às cobranças, dado o período de inércia até a propositura da ação; (vi) a inexistência de má-fé de sua parte (a ensejar eventual repetição em dobro), uma vez que os serviços cobrados foram, efetivamente, prestados, ainda que haja controvérsia sobre sua contratação; e (vii) a inexistência de dano moral.

O magistrado de piso, ao julgar parcialmente procedente a pretensão autoral – reconhecendo a incidência da prescrição quinquenal e a irregularidade das cobranças e determinando a repetição em dobro do indébito –, assim consignou sobre o ônus da prova e a sanção civil cominada à fornecedora:

Nesse contexto, resta comprovado nos autos (fls. 30/67), a cobrança dos serviços acima referidos, sendo que com relação ao pedido de repetição do indébito em dobro, devem ser considerados os serviços lançados nas faturas nos últimos 05 (cinco) anos, atinentes ao prazo prescricional, mediante liquidação de sentença.

Além disso, no tocante ao questionamento de cláusulas sobre a aludida contratação, incumbia à concessionária requerida encartar aos autos os documentos que vinculassem as partes, comprovando a regular contratação, instalação e a efetiva utilização dos serviços reclamados pela parte autora, ônus que não se desincumbiu, eis que limita-se a juntar aos autos telas de atendimento confusas, as quais não se prestam para o fim colimado, especialmente quanto ao dever de prestar informações claras e seguras aos consumidores.

(...)

Nesse contexto, distribuídos os ônus da prova e compulsados os autos, especialmente as provas juntadas por parte da concessionária requerida, nelas observo não há nenhum indicio de que a parte autora tivesse, efetivamente, celebrado qualquer espécie de contrato para a prestação dos serviços reclamados, "112-Plano Conta Completa", cujos valores mensais correspondentes, foram lançados como se fossem de sua responsabilidade, devendo, assim, ser julgado procedente o pedido neste sentido. (fls. 192/193)

O Tribunal de origem deu provimento ao recurso da companhia telefônica, considerando descabida a sanção da repetição em dobro, nos seguintes termos:

No que pertine à restituição, descabida a repetição dobrada, na medida em que a melhor exegese do parágrafo único do art. 42 do Código de Defesa do Consumidor é no sentido de que a devolução em dobro somente é cabível quando houver demonstração de má-fé do fornecedor do produto ou serviço.

No caso, observa-se que a cobrança efetuada pela demandada não decorreu de má-fé, mas, sim, de mera falha na prestação no serviço. Ademais, a má-fé não se presume, devendo ser cabalmente comprovada.

(...)

Logo, ausente prova da má-fé da empresa ré, a repetição dos valores cobrados indevidamente da parte autora deve se dar pela forma simples. (fls. 351/352)

No recurso especial, fundado nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, a autora apontou, entre outros, violação do artigo 42 do CDC, sustentando que a companhia telefônica não se desincumbira de demonstrar a ausência de dolo ou culpa na cobrança efetuada sem embasamento legal ou contratual.

Diante desse cenário, e dos fundamentos até aqui expostos, penso que, *diferentemente do provimento exarado pela Terceira Turma*, a insurgência especial comportava mesmo acolhida, pois suficientes os indícios de má-fé (conduta contrária à boa-fé objetiva) trazidos pela autora na inicial, no sentido da existência de reiteradas reclamações, por vários anos, sobre a irregularidade das cobranças, fato que foi, expressamente, confirmado pela ré na contestação, que – consoante assente pelo magistrado de piso – não juntara documentos aptos a demonstrar a razoabilidade do seu equívoco, limitando-se a afirmar que ocorrera contratação via *call center*, sem apresentar as gravações respectivas.

Outrossim, ainda que houvesse prévia contratação (o que não foi provado pela fornecedora), a reclamação da consumidora deveria ter ensejado a imediata regularização da cobrança, com a exclusão dos serviços repudiados, o que, de forma flagrantemente abusiva - e, no mínimo, descuidada -, não ocorreu.

9. Ante o exposto, ousou divergir do eminente e culto Relator para conhecer integralmente dos embargos de divergência e dar-lhes provimento para, reformando o acórdão embargado, prover parcialmente o recurso especial a fim de: (i) reconhecer a incidência da prescrição decenal à espécie, ressalvado meu entendimento pessoal; (ii) estabelecer que a repetição em dobro, prevista no parágrafo único do artigo 42 do CDC, revela-se cabível quando a cobrança indevida consubstanciar conduta contrária à boa-fé objetiva, devendo ser observadas as premissas delineadas no item 6 do presente voto; e (iii) no caso concreto, considerar devida a devolução em dobro pleiteada na inicial.

Por fim, adiro à proposta do eminente Ministro Herman Benjamin de modulação de efeitos da exegese conferida ao parágrafo único do artigo 42 do CDC, no que diz respeito a pedidos de devolução em dobro relacionados a contratos de consumo que não envolvam prestação de serviços públicos pelo Estado ou por concessionárias, cuja incidência dar-se-á somente a partir da conclusão do presente julgamento.

É como voto.

VOTO-VOGAL

A Sra. Ministra Nancy Andrighi: Cuida-se de embargos de divergência opostos por *Maria Ritta Lemos de Almeida* contra acórdão da Terceira Turma do STJ que negou provimento a agravo em recurso especial.

Nos autos, discute-se: (i) qual o prazo prescricional aplicável para ajuizamento de ação de repetição de indébito por cobrança indevida de valores referentes a serviços de telefonia: se decenal, conforme art. 205 do CC/2002, ou trienal, nos termos do art. 206, § 3º, IV, do CC/2002; e (ii) a necessidade de comprovação de má-fé pela operadora de telefonia por cobranças abusivas de serviços não contratados ou não autorizados para que ocorra a devolução em dobro dos valores indevidamente cobrados, à luz do art. 42, parágrafo único, do CDC.

Após as sólidas argumentações lançadas pelo i. Ministro relator, bem como pelo Min. Herman Benjamin e pelo Min. Luis Felipe Salomão, gostaria de acrescentar as razões a seguir.

1. Do conhecimento dos embargos de divergência

O acórdão embargado encontra-se assim ementado:

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Serviço de telefonia. Ação de repetição de indébito cumulada com indenizatória. Cobrança indevida de valores. 1. Prescrição trienal. Art. 206, § 3º, V, do CC/2002. 2. Repetição, em dobro, do indébito. Necessidade de demonstração da má-fé do credor. 3. Dano moral. Não ocorrência. Modificação do acórdão recorrido. Impossibilidade. Súmula 7/STJ. 4. Falta de prequestionamento da matéria. Súmulas n. 282 e 356 do STF. 4. Agravo regimental improvido.

1. O entendimento da Segunda Seção desta Corte é de que o prazo prescricional para a ação de repetição de indébito da cobrança de valores referentes a serviços não contratados, promovida por empresa de telefonia, é o trienal, previsto no art. 206, § 3º, V, do Código Civil.

2. “A repetição em dobro do indébito, prevista no art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, não prescinde da demonstração da má-fé do credor” (Rcl n. 4.892/PR, Relator o Ministro Raul Araújo, Segunda Seção, DJe 11/5/2011).

3. Não há como modificar o entendimento do Tribunal local, tanto em relação a não ocorrência do dano moral quanto à ausência de má-fé da empresa, sem adentrar no reexame do conjunto fático-probatório dos autos, procedimento sabidamente vedado na via do recurso especial (Súmula n. 7/STJ).

4. A indicação dos dispositivos legais sem que tenham sido debatidos pelo Tribunal de origem, obsta o conhecimento do recurso especial pela ausência de prequestionamento. Incidência dos óbices dos enunciados n. 282 e 356 da Súmula do STF.

5. Agravo regimental improvido.

Conforme se verifica abaixo, os acórdãos apontados como paradigmas são capazes de demonstrar o dissídio jurisprudencial tanto com relação ao prazo prescricional quanto com relação à suposta necessidade de demonstração de má-fé para a repetição em dobro do indébito no CDC. Vejam-se quais são os acórdãos paradigmas:

Administrativo e Consumidor. Agravo regimental no recurso especial. Telefonia. Repetição de indébito. Prescrição decenal. Analogia com o entendimento firmado no Recurso Especial Repetitivo 1.113.403/RJ. Precedentes.

1. O prazo prescricional para o ressarcimento por cobrança indevida de serviço telefônico é de 10 (dez) anos, o mesmo aplicável às ações pertinentes a tarifas de água e esgoto (REsp 1.113.403/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, DJe 15/9/2009, julgado na forma do art. 543-C do CPC). Precedentes.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1.499.268/RS, Segunda Turma, julgado em 5/5/2015, DJe 22/5/2015)

Processual Civil. Telefonia. Repetição de indébito. Cobrança indevida de valores. Aplicação das normas insculpidas no Código Civil. Prescrição decenal. Precedentes.

1. A Primeira Seção, no julgamento do REsp 1.113.403/RJ, de relatoria do Min. Teori Albino Zavascki (DJe 15.9.2009), submetido ao regime dos recursos repetitivos do art. 543-C do Código de Processo Civil, firmou o entendimento de que, ante a ausência de disposições específicas acerca do prazo prescricional aplicável à prática comercial indevida de cobrança excessiva, é de rigor a aplicação das normas gerais relativas à prescrição insculpidas no Código Civil na ação de repetição de indébito de tarifas de água e esgoto. Assim, tem-se prazo vintenário, na forma estabelecida no art. 177 do Código Civil de 1916, ou decenal, de acordo com o previsto no art. 205 do Código Civil de 2002. Diante da mesma conjuntura, não há razão para adotar solução diversa nos casos de repetição de indébito dos serviços de telefonia. Precedentes: REsp 762.000/MG, Rel. Min. Francisco Falcão, 1ª Turma, DJe 2.3.2009; REsp 1.032.952/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 26.3.2009.

2. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no REsp 1.516.647/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 7/5/2015, DJe 22/5/2015)

Civil e Administrativo. Prescrição. Pretensão de ressarcimento. Cobrança indevida. Serviço telefônico. Prazo decenal.

1. A Primeira Seção do STJ, examinando o REsp 1.113.403/RJ na forma do art. 543-C do CPC, decidiu que o prazo prescricional da pretensão de ressarcimento

por cobrança indevida de coleta de esgoto é de 10 (dez) anos, nos termos do art. 205 do CC. Na oportunidade, registrou-se ser essa a solução por não haver norma específica a reger a hipótese.

2. Inexistindo razões justificadoras de tratamento diferenciado, deve também ser decenal a prescrição para a repetição de valores indevidamente exigidos a título de serviço telefônico. Diversos julgamentos unipessoais proferidos por Ministros desta Corte Superior apontam para o mesmo entendimento.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1.516.262/RS, de minha relatoria, Segunda Turma, julgado em 7/5/2015, DJe 28/5/2015)

Administrativo e Processual Civil. Fundamentos não atacados. Súmula 182/STJ. Fornecimento de energia elétrica. Cobrança indevida. Culpa da concessionária. Devolução em dobro. Art. 42 do CDC. Prescrição. Repetição de indébito. Regime jurídico aplicável. Prazos gerais do Código Civil. Entendimento fixado sob o rito do art. 543-C do CPC. Súmula 412/STJ.

1. Não se conhece de Agravo Regimental na parte que deixa de impugnar especificamente fundamentação de decisum atacado (aplicação da Súmula 211/STJ e inadmissibilidade de Recurso Especial baseado em violação de Resolução). Incidência da Súmula 182/STJ.

2. O STJ firmou o entendimento de que basta a configuração de culpa para o cabimento da devolução em dobro dos valores pagos indevidamente pelo consumidor na cobrança indevida de serviços públicos concedidos. Nesse sentido: AgRg no AREsp 143.622/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 26.6.2012; AgRg no Ag 1.417.605/RJ, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 2.2.2012; AgRg no REsp 1.117.014/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 19.2.2010; e REsp 1.085.947/SP, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJe 12.11.2008.

3. A Primeira Seção, no julgamento do REsp 1.113.403/RJ, da relatoria do Ministro Teori Albino Zavascki (DJe 15.9.2009), sob o regime dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC e Resolução 8/2008/STJ), firmou o entendimento de que a Ação de Repetição de Indébito de tarifas de água e esgoto submete-se ao prazo prescricional estabelecido no Código Civil. Sendo assim, a prescrição é regida pelas normas de Direito Civil: prazo de 20 anos nos termos do CC/1916, ou de 10 anos consoante o CC/2002, observando-se a regra de transição prevista no art. 2.028 do CC/2002.

4. "A ação de repetição de indébito de tarifas de água e esgoto sujeita-se ao prazo prescricional estabelecido no Código Civil" (Súmula 412/STJ).

5. Tal posicionamento se aplica à presente hipótese - fornecimento de energia elétrica -, pois também se refere à pretensão de consumidor de Repetição de Superior Tribunal de Justiça Indébito relativo a serviço público concedido.

Na mesma linha: AgRg no AREsp 194.807/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 24.9.2012.

6. Agravo Regimental conhecido em parte e, nessa parte, não provido.

(AgRg no AREsp 262.212/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 19/2/2013, DJe 7/3/2013)

Administrativo. Processual Civil. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Fornecimento de água. Cobrança indevida. Repetição de indébito. Culpa da concessionária. Devolução em dobro. Violação ao art. 42 do CDC. Súmula 7/STJ.

1. “O STJ firmou o entendimento de que basta a configuração de culpa para o cabimento da devolução em dobro dos valores pagos indevidamente pelo consumidor na cobrança indevida de serviços públicos concedidos” (AgRg no AREsp 262.212/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 7/3/2013).

2. A alteração das conclusões adotadas pela Corte de origem, tal como colocada a questão nas razões recursais, demandaria, necessariamente, novo exame do acervo fático-probatório constante dos autos, providência vedada em recurso especial, conforme o óbice previsto na Súmula 7/STJ.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 371.431/MS, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 17/10/2013, DJe 22/10/2013)

Dessa forma, conheço os embargos de divergência em toda a sua extensão, para abranger tanto a prescrição quanto a repetição de indébito.

2. Do prazo prescricional

A questão do enriquecimento sem causa, no direito brasileiro, está ordenada a partir do disposto no art. 884 do CC/2002, cuja redação é a seguinte:

Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

Parágrafo único. Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido.

Como afirma a doutrina, o enriquecimento ilícito ou sem causa, também denominado enriquecimento indevido, ou locupletamento, é, de modo geral, todo aumento patrimonial que ocorre sem causa jurídica, mas também tudo o

que se deixa de perder sem causa legítima (César Fiuza. **Contornos teórico-dogmáticos do princípio do enriquecimento sem causa**. In: Revista Juris Plenum, Caxias do Sul (RS), v. 11, n. 62, mar./abr. 2015)

É certo que, com relação a esse instituto, há problemas a resolver antes de ser possível, com segurança, estrutura-lo de forma a permitir a aplicação do art. 884 do CC/2002 no direito brasileiro.

Com relação ao suporte fático específico que constitui a base da obrigação de restituir decorrente da vedação do enriquecimento sem causa, formou-se inicialmente a teoria do deslocamento patrimonial, segundo a qual é necessário tanto o enriquecimento de alguém quanto um prejuízo no patrimônio de outro.

O problema dessa teoria é que há casos em que não há uma efetiva diminuição patrimonial por parte do lesado, mas apenas um enriquecimento de um terceiro.

Em resposta a esses desafios, formulou-se a teoria do ato ilícito, pela qual o fato gerador do enriquecimento sem causa é o mesmo em todas as situações, tendo como elemento decisivo a aquisição em desconformidade ao direito de um benefício a partir de um patrimônio alheio. Quanto a essa teoria, a doutrina explica que:

Haveria, portanto, uma relação de causalidade entre a intromissão e o lucro gerado, não existindo tal relação se o resultado fosse obtido através de outros meios que não a intervenção ilícita em patrimônio alheio. Assim, se determinado produto poderia ter sido fabricado, mas a custo mais elevado, sem o roubo da patente, o roubo da mesma não geraria enriquecimento. Veja-se que há necessidade de uma relação de causalidade entre o fato e o evento concreto, mas, frise-se, e uma relação de condicionalidade (*condition sine qua non*) e não uma relação de causalidade adequada. (Guilherme Araujo Drago. **O enriquecimento sem causa no novo Código Civil: a delimitação do art. 884**. In: RDPriv, v. 12, n. 48, out./dez. 2011).

Da mesma forma, tal teoria apresenta suas limitações, o que resultou na teoria da divisão da base da obrigação, o qual, segundo DRAGO (Op. cit) tem base na doutrina alemã e afirma existir, ao menos, duas classes de enriquecimento sem causa: “*uma seria relativa aquelas situações onde o enriquecimento foi gerado com base em uma prestação do empobrecido e a outra abrangeria todas as outras situações não fundadas em prestação*”. Tal teoria seria apta a justificação o reconhecimento jurídico da intervenção no direito alheio, tema abordado no REsp 1.698.701/RJ (Terceira Turma, DJe 08/10/2018).

Analisados os suportes fáticos que dão ensejo à aplicação do enriquecimento sem causa, passa-se a analisar quais são seus demais requisitos. César Fiuza (Op. cit) afirma que existem quatro requisitos que devem ser preenchidos para a aplicação do instituto, quais sejam:

1 - Diminuição patrimonial do lesado;

2 - Aumento patrimonial do beneficiado sem causa jurídica que o justifique. A falta de causa se equipara à causa que deixa de existir. Se, num primeiro momento, houve causa justa, mas esta deixou de existir, o caso será de enriquecimento indevido. O enriquecimento pode ser por aumento patrimonial, mas também por outras razões, tais como, poupar despesas, deixar de se empobrecer, etc., tanto nas obrigações de dar, quanto nas de fazer e de não fazer.

3 - Relação de causalidade entre o enriquecimento de um e o empobrecimento de outro. Esteja claro, que as palavras “enriquecimento” e “empobrecimento” são usadas aqui, em sentido figurado, ou seja, por enriquecimento entenda-se o aumento patrimonial, ainda que diminuto; por empobrecimento entenda-se a diminuição patrimonial, mesmo que ínfima.

4 - Dispensa-se o elemento subjetivo para a caracterização do enriquecimento ilícito.

Pode ocorrer de um indivíduo se enriquecer sem causa legítima, ainda sem o saber. É o caso da pessoa que, por engano, efetua um depósito na conta bancária errada. O titular da conta está se enriquecendo, mesmo que não o saiba. Evidentemente, os efeitos do enriquecimento ocorrido de boa-fé, não poderão ultrapassar, por exemplo, a restituição do indevidamente auferido, sem direito a indenização.

Nesse mesmo sentido, a Primeira Seção do STJ, ao discutir o prazo prescricional aplicável para repetição de indébito na prestação de serviços de fornecimento de água e esgoto, afirmou o seguinte:

A pretensão de enriquecimento sem causa (ação *in rem verso*) possui como requisitos: enriquecimento de alguém; empobrecimento correspondente de outrem; relação de causalidade entre ambos; ausência de causa jurídica; e inexistência de ação específica. Trata-se, portanto, de ação subsidiária que depende da inexistência de causa jurídica. É o que estabelece o Código Civil, verbis: Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários. Art. 886. Não caberá a restituição por enriquecimento, se a lei conferir ao lesado outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido. (REsp 1.532.514/SP, Primeira Seção, DJe 17/05/2017)

Contudo, possivelmente a principal chave teórico-doutrinária para o deslinde desde julgamento reside na definição da “causa”, cuja ausência é necessária para a incidência do art. 884. Sobre este ponto, deve-se fazer referência, de modo inicial, à doutrina:

A primeira questão que carece elucidar é a definição de causa. Há várias espécies de causa. Pelo menos duas nos interessam: a causa eficiente e a causa final. Causa eficiente é aquilo que enseja o ato. Assim, a aquisição da propriedade de certo bem pode ter como causa eficiente um contrato de compra e venda. Aqui teríamos dois atos: a celebração do contrato e a aquisição da propriedade, o primeiro causa do segundo. Quando se fala em enriquecimento sem causa, é normalmente à causa eficiente que se está referindo. No entanto, há também a causa final. Causa final de um ato jurídico e, conseqüentemente, de um ato que enriquece, é a atribuição jurídica do ato, relacionada ao fim prático que se obtém como decorrência dele. Responde à pergunta “para que serve o ato?”. Na compra e venda, por exemplo, a causa seria a transferência da propriedade. É para isso que serve esse contrato. Assim, a causa do enriquecimento do comprador foi a transferência da propriedade que ocorreu em razão de um contrato de compra e venda. Não pode ser causa de enriquecimento (aumento patrimonial) o furto ou o pagamento indevido. Mas o furto e o pagamento indevido não são as únicas causas de enriquecimento ilícito. Outras causas há, como por exemplo, o pagamento de dívidas sem a devida correção monetária. Outros exemplos analisaremos mais adiante. (César Fiuza. **Contornos teórico-dogmáticos do princípio do enriquecimento sem causa**. In: Revista Juris Plenum, Caxias do Sul (RS), v. 11, n. 62, mar./abr. 2015)

Seguindo a linha de raciocínio proposta pela doutrina mencionada acima, é dever dos julgadores se questionarem qual a causa que propiciou o enriquecimento indevido da operadora de telefonia, ao cobrar tarifas superiores à contratada. Caso ela seja inexistente, então entra em cena o instituto do enriquecimento sem causa.

Contudo, o que se verifica é que – de forma precedente à cobrança indevida – existe um contrato celebrado entre o consumidor e a operadora de telefonia. Portanto, as cobranças indevidas se encontram em um contexto de relação de consumo, fundamentada num contrato, que lhe serviu de fundamento – isto é, causa – para essas cobranças indevidas.

No mesmo sentido, a Primeira Seção do STJ afastou a aplicação do prazo prescricional previsto no art. 206, § 3º, IV do CC/2002, por entender que não seria a hipótese de enriquecimento sem causa a cobrança indevida de tarifas de serviços de água e esgoto, conforme trecho do voto do Ministro relator:

A discussão acerca da cobrança indevida de valores constantes de relação contratual e eventual repetição de indébito não se enquadra na hipótese do art. 206, § 3º, IV, do Código Civil, seja porque a causa jurídica, em princípio, existe (relação contratual prévia em que se debate a legitimidade da cobrança), seja porque a ação de repetição de indébito é ação específica. (...) O mestre Orlando Gomes, de forma certa, conclui que, não estabelecido o caráter subsidiário, todas as ações seriam absorvidas pela de in rem verso, convertido o princípio condenatório do enriquecimento sem causa em uma panaceia. Transcrevo: A ação de enriquecimento cabe toda vez que, havendo direito de pedir a restituição do bem obtido sem causa justificativa de aquisição, o prejudicado não dispõe de outra ação para exercê-lo. Tem, portanto, caráter subsidiário. Só se justifica nas hipóteses em que não haja outro meio para obter a reparação do direito lesado. A esta conclusão, aceita pela maioria dos escritores, chegou o direito italiano no qual não cabe, quando o prejudicado pode obter por meio de outra ação, indenização do dano sofrido. Se não fora assim, todas as ações seriam absorvidas pela de in rem verso, convertido o princípio condenatório do enriquecimento sem causa numa panaceia (GOMES, Orlando. Obrigações, 15ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002, pág. 252). Merece menção, ainda, o enunciado n. 188/STJ, aprovado na III Jornada de Direito Civil: 188 – Art. 884: A existência de negócio jurídico válido e eficaz é, em regra, uma justa causa para o enriquecimento. Observa-se, apenas para efeito de anotação, que os mesmos pressupostos para incidência, nos casos desta demanda, do prazo vintenário, sob a vigência do Código Civil de 1916, operam-se, igualmente, para a aplicação do prazo decenal, já sob a égide do Código Civil de 2002. É que não há qualquer alteração, na essência, do instituto da prescrição disposto nestas situações, a não ser o próprio lapso temporal, o qual foi reduzido de 20 (vinte) para 10 (dez) anos. Disso resulta que as premissas postas no julgamento do REsp 1.113.403/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, se aplicam integralmente, desimportando que a repetição do indébito se opere pelo prazo vintenário ou decenal, a depender do enquadramento dos fatos ainda no regime do Código Civil de 1916 ou já no âmbito do Código Civil de 2002. Verifica-se, pois, que o prazo prescricional estabelecido no art. 206, § 3º, IV, do Código Civil deve ser interpretado de forma restritiva para os casos subsidiários de ação de in rem verso. De outra parte, inexistente qualquer violação do dispositivo do art. 2.028 do Código Civil de 2002, desde que, com o entendimento da incidência da prescrição decenal, no caso, a regra de transição – estabelecida pelo art. 2.028 do Código Civil de 2002 – foi devidamente observada. (REsp 1.532.514/SP, Primeira Seção, DJe 17/05/2017)

Não se desconhece que, no âmbito da Segunda Seção do STJ, venha aplicando o prazo prescricional trienal, com fundamento no enriquecimento sem causa (art. 206, § 3º, IV, do CC/2002).

Contudo, em uma renovada análise da questão, não parece o mais correto considerar que uma cobrança indevida, no contexto de uma relação de consumo

de serviço de telefonia, seja uma forma de enriquecimento sem causa, pois, a rigor, nessas situações há uma causa, um fundamento, que é o contrato existente entre consumidor e operadora. E, na ausência de regra específica, aplica-se a regra geral, disposta no art. 205 do CC/2002, que prevê um prazo de prescrição de dez anos.

Essa situação, de qualquer forma, está se modificando no âmbito da Segunda Seção, pois no julgamento do EREsp 1.280.825/RJ, que tive a oportunidade de relatar, para uma situação muito semelhante, reconheceu-se como correto o prazo de prescrição decenal, previsto no art. 205 do CC/2002, conforme se percebe na ementa do mencionado julgamento:

Embargos de divergência em recurso especial. Responsabilidade civil. Prescrição da pretensão. Inadimplemento contratual. Prazo decenal. Interpretação sistemática. Regimes jurídicos distintos. Unificação. Impossibilidade. Isonomia. Ofensa. Ausência.

1. Ação ajuizada em 14/08/2007. Embargos de divergência em recurso especial opostos em 24/08/2017 e atribuído a este gabinete em 13/10/2017.

2. O propósito recursal consiste em determinar qual o prazo de prescrição aplicável às hipóteses de pretensão fundamentadas em inadimplemento contratual, especificamente, se nessas hipóteses o período é trienal (art. 206, § 3, V, do CC/2002) ou decenal (art. 205 do CC/2002).

3. Quanto à alegada divergência sobre o art. 200 do CC/2002, aplica-se a Súmula 168/STJ (“Não cabem embargos de divergência quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado”).

4. O instituto da prescrição tem por finalidade conferir certeza às relações jurídicas, na busca de estabilidade, porquanto não seria possível suportar uma perpétua situação de insegurança.

5. Nas controvérsias relacionadas à responsabilidade contratual, aplica-se a regra geral (art. 205 CC/02) que prevê dez anos de prazo prescricional e, quando se tratar de responsabilidade extracontratual, aplica-se o disposto no art. 206, § 3º, V, do CC/02, com prazo de três anos.

6. Para o efeito da incidência do prazo prescricional, o termo “reparação civil” não abrange a composição da toda e qualquer consequência negativa, patrimonial ou extrapatrimonial, do descumprimento de um dever jurídico, mas, de modo geral, designa indenização por perdas e danos, estando associada às hipóteses de responsabilidade civil, ou seja, tem por antecedente o ato ilícito.

7. Por observância à lógica e à coerência, o mesmo prazo prescricional de dez anos deve ser aplicado a todas as pretensões do credor nas hipóteses de

inadimplemento contratual, incluindo o da reparação de perdas e danos por ele causados.

8. Há muitas diferenças de ordem fática, de bens jurídicos protegidos e regimes jurídicos aplicáveis entre responsabilidade contratual e extracontratual que largamente justificam o tratamento distinto atribuído pelo legislador pátrio, sem qualquer ofensa ao princípio da isonomia.

9. Embargos de divergência parcialmente conhecidos e, nessa parte, não providos.

(REsp 1.280.825/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Segunda Seção, julgado em 27/06/2018, DJe 02/08/2018)

Conclui-se, nesse quesito, que os embargos de divergência merecem provimento, para aplicar na hipótese dos autos o prazo prescricional decenal, nos termos do art. 205 do CC/2002.

3. Da repetição de indébito no CDC

Devemos considerar esse momento de extrema importância para a jurisprudência do STJ, pois nos permite revisitar um tema altamente relevante para a defesa do consumidor e, ainda, realizar uma eventual correção de rumo, no sentido de conferir uma maior efetividade às normas jurídicas em vigor.

Não se desconhece que este assunto se encontra atualmente pacificado no âmbito das Turmas da Segunda Seção, que sempre exigiram a comprovação da má-fé por parte do fornecedor para que ocorra a devolução em dobro prevista no mencionado dispositivo da legislação consumerista. Apenas como exemplos, citem-se apenas dois, sob minha própria relatoria, que reafirmam essa posição comum à Segunda Seção do STJ, quais sejam:

A jurisprudência das Turmas que compõem a Segunda Seção do STJ é firme no sentido de que a repetição em dobro do indébito, sanção prevista no art. 42, parágrafo único, do CDC, pressupõe tanto a existência de pagamento indevido quanto a má-fé do credor. (...)

(REsp 1.032.952/SP, Terceira Turma, DJe 26/03/2009)

Processual Civil. Agravo em recurso especial. Contrato imobiliário. Repetição de indébito. Má-fé 1. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que a devolução em dobro dos valores pagos pelo consumidor somente é possível quando demonstrada a má-fé do credor. 2. Agravo não provido.

(AgRg no REsp 1.441.094/PB, Terceira Turma, DJe 01/09/2014)

É certo que os julgamentos mencionados acima não abordavam serviços de telefonia, mas indubitavelmente discorriam sobre relações de consumo e, assim, atraíam a aplicação do CDC.

Mencionou-se acima que este momento era de grande importância, pois obrigou-nos a uma reflexão sobre a formação desse entendimento jurisprudencial comum às Turmas da Segunda Seção. Por isso, é necessário fazer uma breve reflexão sobre os precedentes das Turmas que compõem a Segunda Seção.

Nos julgamentos acima mencionados, entre os precedentes citados está o REsp 401.589/RJ (Quarta Turma, DJ 04/10/2004, p. 303), julgado no ano de 2004, assim ementado:

Processual Civil. Recurso especial. Omissão. Ausência. Contrato de promessa de compra e venda. TR. Previsão contratual. Incidência. Repetição de indébito. Dobro. Impossibilidade.

1. Não há falar em violação ao art. 535 do CPC, se o acórdão recorrido, ao solucionar a controvérsia, longe de ser omissivo, bem delinea as questões a ele submetidas, mesmo porque não carrega a pecha de omissivo, pois o órgão judicial, para expressar a sua convicção, não precisa aduzir comentários sobre todos os argumentos levantados pelas partes.

2. Conforme orientação da Segunda Seção desta Corte, a TR pode ser utilizada como índice de correção monetária dos débitos, desde que previsto contratualmente, como na espécie (súmula 295/STJ).

3. A jurisprudência iterativa da Terceira e Quarta Turma orienta-se no sentido de admitir, em tese, a repetição do indébito, ficando relegado às instâncias ordinárias o cálculo do montante, a ser apurado, se houver, mas sempre na forma simples. Precedentes.

4. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.

(REsp 401.589/RJ, Quarta Turma, DJ 04/10/2004, p. 303)

No voto condutor, encontra-se a seguinte fundamentação, com menção a outro julgamento, o REsp 505.734/MA:

Outrossim, a irrisignação da recorrente atinente à restituição em dobro de eventual indébito também merece guarida. Com efeito, a aplicação da sanção prevista no art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor pressupõe a existência de pagamento indevido e má-fé/culpa do credor, o que, *in casu*, não está evidenciado. Em hipótese semelhante decidiu a colenda Terceira Turma, quando do julgamento do REsp 505.734/MA, DJ 23.06.2003, em acórdão da relatoria do Min. Carlos Alberto Menezes Direito (...)

Por sua vez, o voto condutor do julgamento do REsp 505.734/MA (Terceira Turma, DJ 23/06/2003), que parece ser o primeiro julgamento acerca do tema na Terceira Turma, afirma o seguinte:

Indica, ainda, afronta ao art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor alegando que “afronta a esse dispositivo legal ocorreu na medida em que não houve pagamento e o recorrente foi condenado a devolver um indevido inexistente e em dobro”, invocando a Súmula n. 159 do Supremo Tribunal Federal, ao argumento de que, embora houvesse cobrança excessiva, sem a má-fé não cabe o pagamento em dobro. O Acórdão recorrido afirmou ser “fato incontroverso que a cobrança e o pagamento dos valores apurados como indevidos e em excesso às fls. do Laudo Pericial, foram efetivamente realizados antes mesmo do ajuizamento da ação de execução. Esta serviu apenas para que ficasse constatado nos autos dos embargos do devedor a ela opostos, o alegado indébito”. Assim, o Acórdão recorrido confirma que houve a cobrança e o pagamento indevido, o que justifica a repetição. Esta Corte tem precedente no sentido de que se admite a repetição do indébito “de valores pagos em virtude de cláusulas ilegais, em razão do princípio que veda o enriquecimento injustificado do credor” (REsp n. 453.782/RS, Relator o Senhor Ministro Aldir Passarinho Junior, DJ de 24/2/03; do mesmo Relator: REsp n. 79.448/RS, DJ de 10/6/02). Afirma o recorrente que somente caberia a devolução em dobro se efetuada a cobrança com má-fé. E nesse flanco, a meu sentir, tem razão o Banco recorrente. Para a repetição em dobro deve haver a prova de que o credor agiu com má-fé. Somente se há comportamento malicioso do autor, agindo de forma consciente, ou seja, sabendo que não tem o direito pretendido, é possível exigir-se a repetição em dobro. E, no caso, não há mesmo como configurar que tenha o Banco credor assim agido. Como sabido, embora diversa a regra daquela do art. 1.531 do Código Civil, tenho que o requisito da má-fé também está presente no art. 42 do Código de Defesa do Consumidor. Em matéria de cobrança decorrente de financiamento, que suscita controvérsia nos Tribunais, não se pode identificar, a meu sentir, nem a má-fé nem mesmo dolo ou culpa. *Tanto isso é verdade, que persiste ainda hoje, submetida ao crivo do Colendo Supremo Tribunal Federal, a questão da incidência do Código de Defesa do Consumidor nas operações bancárias, embora, depois de oscilação, tenha sido assentado o tema nesta Corte. Daí que merece conhecido e provido, em parte, o especial neste aspecto para afastar a repetição em dobro.* (Grifou-se)

Nessa assentada, a Terceira Turma não apenas entendeu que o requisito da comprovação da má-fé está previsto no art. 42, parágrafo único, do CDC, como também considerou o fato de, à época do julgamento – no ano de 2003 – ainda estar pendente de julgamento sobre a constitucionalidade da aplicação da legislação de defesa do consumidor às instituições financeiras pelo Supremo Tribunal Federal.

Essa questão foi apenas terminantemente pacificada no ano de 2006, com o julgamento ADI 2.591, nos termos da ementa abaixo:

Ementa: Código de Defesa do Consumidor. Art. 5º, XXXII, da CB/88. Art. 170, V, da CB/88. Instituições financeiras. Sujeição delas ao Código de Defesa do Consumidor, excluídas de sua abrangência a definição do custo das operações ativas e a remuneração das operações passivas praticadas na exploração da intermediação de dinheiro na economia [art. 3º, § 2º, do CDC]. Moeda e taxa de juros. Dever-poder do Banco Central do Brasil. Sujeição ao Código Civil. 1. As instituições financeiras estão, todas elas, alcançadas pela incidência das normas veiculadas pelo Código de Defesa do Consumidor. 2. "Consumidor", para os efeitos do Código de Defesa do Consumidor, é toda pessoa física ou jurídica que utiliza, como destinatário final, atividade bancária, financeira e de crédito. 3. O preceito veiculado pelo art. 3º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor deve ser interpretado em coerência com a Constituição, o que importa em que o custo das operações ativas e a remuneração das operações passivas praticadas por instituições financeiras na exploração da intermediação de dinheiro na economia estejam excluídas da sua abrangência. 4. Ao Conselho Monetário Nacional incumbe a fixação, desde a perspectiva macroeconômica, da taxa base de juros praticável no mercado financeiro. 5. O Banco Central do Brasil está vinculado pelo dever-poder de fiscalizar as instituições financeiras, em especial na estipulação contratual das taxas de juros por elas praticadas no desempenho da intermediação de dinheiro na economia. 6. Ação direta julgada improcedente, afastando-se a exegese que submete às normas do Código de Defesa do Consumidor [Lei n. 8.078/90] a definição do custo das operações ativas e da remuneração das operações passivas praticadas por instituições financeiras no desempenho da intermediação de dinheiro na economia, sem prejuízo do controle, pelo Banco Central do Brasil, e do controle e revisão, pelo Poder Judiciário, nos termos do disposto no Código Civil, em cada caso, de eventual abusividade, onerosidade excessiva ou outras distorções na composição contratual da taxa de juros. Art. 192, da CB/88. Norma-objetivo. Exigência de lei complementar exclusivamente para a regulamentação do sistema financeiro. 7. O preceito veiculado pelo art. 192 da Constituição do Brasil consubstancia norma-objetivo que estabelece os fins a serem perseguidos pelo sistema financeiro nacional, a promoção do desenvolvimento equilibrado do País e a realização dos interesses da coletividade. 8. A exigência de lei complementar veiculada pelo art. 192 da Constituição abrange exclusivamente a regulamentação da estrutura do sistema financeiro. Conselho Monetário Nacional. Art. 4º, VIII, da Lei n. 4.595/64. Capacidade normativa atinente à constituição, funcionamento e fiscalização das instituições financeiras. Ilegalidade de resoluções que excedem essa matéria. 9. O Conselho Monetário Nacional é titular de capacidade normativa --- a chamada capacidade normativa de conjuntura --- no exercício da qual lhe incumbe regular, além da constituição e fiscalização, o funcionamento das instituições financeiras, isto

é, o desempenho de suas atividades no plano do sistema financeiro. 10. Tudo o quanto exceda esse desempenho não pode ser objeto de regulação por ato normativo produzido pelo Conselho Monetário Nacional. 11. A produção de atos normativos pelo Conselho Monetário Nacional, quando não respeitem ao funcionamento das instituições financeiras, é abusiva, consubstanciando afronta à legalidade. (ADI 2.591, Relator(a): Min. Carlos Velloso, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 07/06/2006, DJ 29-09-2006 pp-00031 Ement Vol-02249-02 pp-00142 RTJ Vol-00199-02 pp-00481)

Portanto, tem-se uma interessante situação que, mudou-se um pressuposto de aplicação jurisprudencial de uma norma jurídica, mas não se alterou seu resultado último. As Terceira e Quarta Turmas do STJ continuaram a exigir a comprovação da má-fé para a devolução em dobro, que, em realidade, é um requisito previsto apenas na legislação civil, mas totalmente ausente na literalidade da lei de defesa do consumidor, como será discutido a seguir.

Não à toa que doutrinadores, como Cláudia Lima Marques, afirmarem que, em mais de 20 (vinte) anos de vigência do CDC o disposto no art. 42, parágrafo único, tenha alcançado relativa ou pouca efetividade (MARQUES, C.L.; BENJAMIN, A.H.V.; e MIRAGEM, B. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: RT, 5ª ed, 2016, p. 1.099).

Levantando-se, assim, a influência dos precedentes das Turmas da Segunda Seção do STJ, cumpre-nos refazer uma cuidadosa interpretação do CDC, no que diz respeito à repetição de valores cobrados indevidamente pelos fornecedores. Essa é a redação do dispositivo legal em discussão:

CDC

Art. 42. Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça.

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.

Da leitura do dispositivo, portanto, podemos concluir que os requisitos para a ocorrência de uma repetição de indébito, em dobro, são: (i) a existência de uma relação de consumo; (ii) a ocorrência de uma cobrança indevida; (iii) o pagamento pelo consumidor do valor indevido; e (iv) ausência de engano justificável por parte do fornecedor.

A existência da relação de consumo é pressuposto fundamental para a incidência do CDC. Sem ela, as regras aplicáveis seriam aquelas prevista na legislação civil, em que há a necessidade de comprovação da má-fé para a repetição em dobro.

Configura-se cobrança indevida toda vez que ao consumidor é apresentado uma fatura em que constam valores a maior ou serviços não contratados, bem como quando – muito comum por parte das instituições financeiras – os valores são retirados diretamente da conta corrente dos consumidores. A questão do pagamento pelo consumidor é um requisito básico, pois não se pode repetir aquilo que não se pagou.

O último requisito diz respeito à inexistência de “engano justificável”, quer dizer que, se o fornecedor provar que a cobrança indevida ocorreu de forma justificada, o consumidor fará jus apenas a devolução do valor que pagou em excesso ao fornecedor. Esse requisito, como é possível perceber, é o mais controverso por potencialmente confundir conceitos e merecerá maiores comentários a seguir.

A doutrina mais balizada sobre o assunto é unânime em afastar o elemento anímico (culpa ou dolo) para a configuração da repetição em dobro do valor cobrado indevidamente pelos fornecedores.

Na opinião de Flávio Tartuce, “*a exigência de prova de má-fé ou culpa do credor representa a incidência de um modelo subjetivo de responsabilidade, totalmente distante do modelo objetivo adotado do CDC, que dispensa o elemento culposo*” (**Manual de direito do consumidor**. Rio de Janeiro: Método, 5ª ed., 2016, p. 506).

Por sua vez, Bruno Miragem afirma o seguinte, ao analisar o art. 42, parágrafo único, do CDC:

É de se 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 independentemente de ter agido ou não com culpa ou dolo. (...) Não se pode concordar, assim, com o entendimento que condiciona a devolução em dobro dos valores cobrados indevidamente, à demonstração (em regra, pelo consumidor) da presença de conduta reprovável do fornecedor (dolo ou culpa), uma vez que esta interpretação coloca em evidente contrariedade ao disposto no texto da norma. (**Curso de Direito do Consumidor**. São Paulo: RT, 2ª ed., 2010, p. 209-210)

No mesmo sentido, a professora Cláudia Lima Marque afirma que, a princípio, toda cobrança a maior do consumidor é indevida, devendo ocorrer a repetição em dobro, exceto se o fornecedor justificar o engano na cobrança, conforme sua lição a seguir:

A devolução simples do cobrado indevidamente é para casos de erros escusáveis dos contratos entre iguais, dois civis ou dois empresários, e está prevista no CC/2002. No sistema do CDC, todo engano na cobrança de consumo é, em princípio, injustificável, mesmo o baseado em cláusulas abusivas inseridas no contrato de adesão, ex vi o disposto no parágrafo único do art. 42. Cabe ao fornecedor provar que seu engano na cobrança, no caso concreto, foi justificado. (MARQUES, C.L.; BENJAMIN, A.H.V.; e MIRAGEM, B. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: RT, 5ª ed, 2016, p. 1099).

Por sua vez, o professor Leonardo de Faria Beraldo afirma que, com a referência à expressão “engano justificável”, neste ponto, o CDC se afasta da responsabilidade objetiva para adotar uma regra de culpa presumida do fornecedor, a quem caberá provar que não agiu com má-fé na cobrança de valores indevidos junto ao consumidor (*A vulnerabilidade do consumidor e a devolução em dobra da cobrança indevidamente paga*. In: LIMA, T.M.M.; SÁ, M.F.F.; MOUREIRA, D.L. **Autonomia e vulnerabilidade**. Belo Horizonte: Arraes, 2017).

Dessa forma, feita essa breve referência doutrinária – reconhecendo a relatoria de julgamentos no sentido de exigir a comprovação pelo consumidor da má-fé do fornecedor – entendo que a orientação das Turmas da Segunda Seção deve ser alterada por dois motivos essenciais e, neste ponto, ousa divergir da proposta de conciliação apresentada pelo bem lançado voto do i. Min. Luís Felipe Salomão.

Primeiro, o requisito da comprovação da má-fé não consta do art. 42, parágrafo único, do CDC, nem em qualquer outro dispositivo da legislação consumerista. A parte final da mencionada regra – “salvo hipótese de engano justificável” – não pode ser compreendida como necessidade de prova do elemento anímico do fornecedor.

Ademais, em segundo lugar, por ser a parte vulnerável e hipossuficiente da relação de consumo, não é justo impor ao consumidor o dever de provar que o valor indevido foi cobrado de modo culposo. Lembre-se que, por definição, o consumidor é a parte vulnerável de toda e qualquer relação de consumo, como bem mencionou o Min. Herman Benjamin, “*a vulnerabilidade é um traço*

universal de todos os consumidores, ricos ou pobres, educados ou ignorantes, crédulos ou espertos” (In: GRINOVER, Ada Pellegrini e outros. Código de defesa do consumidor comentado. São Paulo: Forense, 1993, p. 224-225).

Em realidade, deve ocorrer exatamente o contrário, ao reconhecer o caráter hipossuficiente do consumidor: o fornecedor tem a possibilidade de comprovar que o erro foi justificável e, assim, ser afastada a penalidade civil da repetição em dobro.

Nesse sentido, como bem mencionado pelo professor Leonardo de Faria Beraldo, o “engano justificável” previsto no dispositivo legal em discussão consiste em uma excludente de culpabilidade no que toca ao pleito da devolução em dobro, sendo que nas hipóteses em que houver essa justificativa caberá apenas a devolução simples dos valores indevidamente cobrados.

Com isso, abandona-se qualquer perquirição em torno da presença ou não da boa-fé objetiva e subjetiva ou de qual o correto contorno da má-fé do fornecedor para ensejar a devolução em dobro e, assim, as pretensões passam a ser analisadas sob uma luz muito simples, transparente e consentânea com o direito de defesa do consumidor.

4. Da proposta de modulação dos efeitos

Quanto à modulação dos efeitos deste julgamento, o i. Min. Herman Benjamin propõe, com fundamento no art. 927, § 3º, do CPC/2015, que os efeitos deste julgamento – qual seja, o entendimento segundo o qual repetição em dobro não depende da demonstração pelo consumidor de má-fé do fornecedor – para seja aplicada somente aos valores pagos indevidamente pelos consumidores após a conclusão deste julgamento.

Nos termos do mencionado dispositivo legal, a modulação do julgamento pode ocorrer “no interesse social e no da segurança jurídica”. No entanto, parece-me na hipótese em julgamento não há “interesse social” a ser protegido.

Veja-se que, por força de lei, o consumidor é reconhecidamente a parte vulnerável na relação de consumo (art. 4º, I, do CDC) e que a defesa do consumidor deve ter como princípio a “*harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica, com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores*” (art. 4º, III, do CDC).

Ademais, o CDC dispõe que um dos direitos básicos do consumidor é “a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos” (art. 6º, VI, do CDC). Também não podemos nos olvidar que a defesa do consumidor é um dos princípios sobre os quais se fundamenta a ordem econômica brasileira, nos termos do art. 170, V, da Constituição Federal.

Dessa forma, rogando todas as vênias ao Min. Herman Benjamin, não se mostra possível a modulação proposta, nos termos do art. 927, § 3º, do CPC/2015, pois *não há interesse social em reduzir a proteção do consumidor*. Como mencionado acima, o consumidor é a parte vulnerável e hipossuficiente na relação de consumo e merece toda a salvaguarda jurídica que lhe é oferecida pelo ordenamento jurídico brasileiro, que se orienta decididamente para sua proteção e defesa.

5. Das Conclusões

Forte nessas razões, com as razões adicionais expostas acima e rogando todas as vênias à divergência, para *conhecer e dar provimento* aos embargos de divergência, sem modulação dos efeitos deste julgamento, e, assim: (I) dar parcial provimento ao recurso especial com a determinação da devolução em dobro dos valores cobrados indevidamente pela parte embargada; e (II) fazer incidir na hipótese dos autos o prazo prescricional decenal, conforme disposto no art. 205 do CC/2002.

RETIFICAÇÃO DE VOTO

O Sr. Ministro Og Fernandes: Como o julgamento ainda não se findou, retifico parcialmente o meu voto nos termos a seguir expostos.

Como Relator, votei para conhecer parcialmente do recurso, com o seguinte fundamento:

A suposta divergência apresentada em relação à aplicação do art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, não se mostra existente, pois já está pacificado o entendimento acerca do cabimento da repetição em dobro apenas nos casos em que demonstrada a má-fé do credor. Incide, pois, a Súmula 168/STJ: “Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado”.

Ocorre que a jurisprudência não está sedimentada no âmbito desta Corte Especial, como se percebe claramente quando se vê que teremos vários processos

discutindo esse tema na sessão de hoje, a exemplo dos EAREsp n. 664.888/RS e 1.413.542/RS.

Assim, voto pelo conhecimento integral do recurso e, no mérito, pelo seu integral provimento, adotando o entendimento de que: 1) a restituição em dobro de indébito (parágrafo único do art. 42 do CDC) independe da natureza do elemento volitivo do agente que cobrou o valor indevido, revelando-se cabível quando a cobrança indevida consubstanciar conduta contrária à boa-fé objetiva; 2) a repetição de indébito por cobrança indevida de valores referentes a serviços não contratados, promovida por empresa de telefonia, deve seguir a norma geral do lapso prescricional (10 anos - art. 205, Código Civil), a exemplo do que decidido e sumulado (Súmula 412/STJ) no que diz respeito ao lapso prescricional para repetição de indébito de tarifas de água e esgoto.

É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Raul Araújo: Os embargos de divergência sob exame fundamentam-se na alegação de que o acórdão recorrido, ao adotar prazo prescricional de três anos para a pretensão da parte autora - ora embargante - de repetir indébitos decorrentes de cobrança indevida de valores relativos a serviços de telefonia, não contratados, teria divergido de entendimento firmado pelas eg. Primeira e Segunda Turmas desta Corte de Justiça, segundo o qual tal prazo seria de dez anos, bem como sobre a necessidade ou não de comprovação da má-fé para a devolução em dobro dos valores pagos indevidamente pelo consumidor na cobrança indevida de serviços públicos concedidos

Quanto à questão do prazo prescricional, enquanto o acórdão recorrido adota como fundamento o art. 206, § 3º, V, do vigente Código Civil, os paradigmas indicados apontam para a aplicação do art. 205, também do Código Civil de 2002.

O eminente Relator, *Ministro Og Fernandes*, votou pelo conhecimento e provimento dos embargos de divergência, considerando, em síntese, que a discussão acerca da cobrança indevida de valores constantes de relação contratual e eventual repetição de indébito não se enquadraria na hipótese do art. 206, § 3º, IV, do Código Civil, “*seja porque a causa jurídica, em princípio, existe (relação contratual prévia em que se debate a legitimidade da cobrança), seja porque a ação de repetição de indébito é ação específica*”.

Aderiu, assim, o ilustre Ministro Relator à tese adotada em precedente da eg. Primeira Seção, julgada sob o regime do art. 543-C do CPC de 1973, da relatoria do saudoso *Ministro Teori Zavascki*, assim ementado:

Administrativo. Serviços de fornecimento de água. Cobrança de tarifa progressiva. Legitimidade. Repetição de indébito de tarifas. Aplicação do prazo prescricional do Código Civil. Precedentes.

1. É legítima a cobrança de tarifa de água fixada por sistema progressivo.

2. A ação de repetição de indébito de tarifas de água e esgoto sujeita-se ao prazo prescricional estabelecido no Código Civil.

3. Recurso especial da concessionária parcialmente conhecido e, nessa parte, provido. Recurso especial da autora provido. *Recursos sujeitos ao regime do art. 543-C do CPC.*

(REsp 1.113.403/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 09/09/2009, DJe de 15/09/2009).

Seguiram-se o voto-vista do eminente *Ministro João Otávio de Noronha*, preliminarmente, não conhecendo dos embargos de divergência, no que foi acompanhado pelo ilustre *Ministro Luis Felipe Salomão*, e o voto do digno *Ministro Mauro Campbell Marques* acompanhando o voto do *Ministro Relator*.

Quanto à devolução dos valores indevidamente pagos, os embargos de divergência sob exame têm como ponto nodal a divergência acerca da necessidade ou não de comprovação da má-fé para a devolução em dobro dos valores pagos indevidamente pelo consumidor na cobrança indevida de serviços públicos concedidos.

Pedi vista, para melhor exame da matéria.

Feito este breve relato, passa-se a fazer algumas ponderações acerca do tema em questão.

A propósito do prazo prescricional em discussão, no citado julgamento do REsp 1.113.403/RJ, a *quaestio juris* a ser resolvida deu-se entre a aplicação da norma do art. 27 do Código de Defesa do Consumidor, que fixa em cinco anos o prazo prescricional para a “*pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço*”, e a do art. 177 do Código Civil de 1916, que dispunha sobre a regra geral da prescrição das ações pessoais, fixando o prazo “*ordinariamente, em vinte anos, as reais em dez, entre presentes e entre ausentes, em quinze, contados da data em que poderiam ter sido propostas*”.

Examinando a questão, o Relator, ilustre e saudoso *Ministro Teori Zavascki*, ponderou que o art. 27 do CDC estaria intimamente ligado ao art. 14 do mesmo Código, tratando, assim, da responsabilidade do fornecedor pelo fato do serviço. No caso então apreciado, entendeu o digno Ministro Relator que a pretensão não era de reparação por *defeito na prestação de serviços*, e sim de restituição de tarifa de serviço paga indevidamente, no caso “*a cobrança do serviço de fornecimento de água mediante tarifa progressiva escalonada de acordo com o consumo*”. Por isso, afastou a aplicação da regra do art. 27 do CDC.

Nessa linha de raciocínio, ponderou:

Não se trata, pois, de ação de reparação de danos causados por defeitos na prestação de serviços. Não há como aplicar à hipótese, portanto, o prazo do referido art. 27 do CDC. Também não se pode supor aplicável o prazo quinquenal estabelecido no Código Tributário Nacional - CTN, para restituição de créditos tributários, eis que a tarifa (ou preço) não tem natureza tributária. Quanto a esse aspecto, há mais de um precedente da própria Seção (EREsp 690.609, Min. Eliana Calmon, DJ 07/04/08; REsp 928.267, Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 21/08/09). Não havendo norma específica a reger a hipótese, aplica-se o prazo prescricional estabelecido pela regra geral do Código Civil, ou seja: de 20 anos, previsto no art. 177 do Código Civil de 1916 ou de 10 anos, previsto no art. 205 do Código Civil de 2002. Observar-se-á, na aplicação de um e outro, se for o caso, a regra de direito intertemporal estabelecida no art. 2.028 do Código Civil de 2002 (“Art. 2.028. Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada”). Na hipótese dos autos, a matéria de direito intertemporal não está em causa.

Após citar precedentes da relatoria da ilustre *Ministra Nancy Andriighi* e do eminente *Ministro Ari Pargendler*, inclusive a respeito do direito intertemporal, conclui o ilustre *Ministro Teori Zavascki*:

No caso dos autos, a situação é semelhante: trata-se de pretensão à devolução de valores indevidamente cobrados por serviços de esgoto que, consoante o acórdão, não foram prestados pela concessionária. A demanda foi ajuizada em 25/04/2002, objetivando o ressarcimento de valores recolhidos nos últimos vinte anos. Desse modo, adotados os fundamentos do precedente citado, deve ser restabelecido, quanto à prescrição, o acórdão de fls. 1.393/1.398.

E foi acompanhando esse precedente que os vv. acórdãos ora apontados como paradigmas foram proferidos:

Administrativo e Consumidor. Agravo regimental no recurso especial. *Telefonia. Repetição de indébito. Prescrição decenal.* Analogia com o entendimento firmado no Recurso Especial Repetitivo 1.113.403/RJ. Precedentes.

1. O prazo prescricional para o ressarcimento por cobrança indevida de serviço telefônico é de 10 (dez) anos, o mesmo aplicável às ações pertinentes a tarifas de água e esgoto (REsp 1.113.403/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, DJe 15/9/2009, julgado na forma do art. 543-C do CPC). Precedentes.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1.499.268/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Og Fernandes, DJe de 27/3/2015)

Processual Civil. Telefonia. Repetição de indébito. Cobrança indevida de valores. Aplicação das normas insculpidas no Código Civil. Prescrição decenal. Precedentes.

1. A Primeira Seção, no julgamento do REsp 1.113.403/RJ, de relatoria do Min. Teori Albino Zavascki (DJe 15.9.2009), submetido ao regime dos recursos repetitivos do art. 543-C do Código de Processo Civil, firmou o entendimento de que, ante a ausência de disposições específicas acerca do prazo prescricional aplicável à prática comercial indevida de cobrança excessiva, é de rigor a aplicação das normas gerais relativas à prescrição insculpidas no Código Civil na ação de repetição de indébito de tarifas de água e esgoto. Assim, tem-se prazo vintenário, na forma estabelecida no art. 177 do Código Civil de 1916, ou decenal, de acordo com o previsto no art. 205 do Código Civil de 2002. Diante da mesma conjuntura, não há razão para adotar solução diversa nos casos de repetição de indébito dos serviços de telefonia. Precedentes: REsp 762.000/MG, Rel. Min. Francisco Falcão, 1ª Turma, DJe 2.3.2009; REsp 1.032.952/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 26.3.2009.

2. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no REsp 1.516.647/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 22/5/2015)

2. Não obstante o brilhantismo do raciocínio acima exposto, a col. Segunda Seção, no julgamento do REsp 1.360.969/RS, também sob o regime dos recursos repetitivos (CPC/73, art. 543-C), tendo como relator o ilustre *Ministro Marco Buzzi*, e relator para acórdão o eminente *Ministro Marco Aurélio Bellizze*, chegou a conclusão diversa, confirmando aquele entendimento já antes adotado no acórdão ora embargado, conforme ementa a seguir transcrita:

1. Recurso especial representativo de controvérsia. Civil. **Contrato de plano ou seguro de assistência à saúde.** Pretensão de nulidade de cláusula de reajuste. Alegado caráter abusivo. Cumulação com pretensão de restituição dos valores

pagos indevidamente. Efeito financeiro do provimento judicial. Ação ajuizada ainda na vigência do contrato. Natureza continuativa da relação jurídica. Decadência. Afastamento. Prazo prescricional trienal. Art. 206, § 3º, IV, do Código Civil de 2002. Pretensão fundada no enriquecimento sem causa.

2. Caso concreto: entendimento do Tribunal a quo converge com a tese firmada no repetitivo. **Prescrição trienal. Enriquecimento sem causa.**

Pedido de reconhecimento da prescrição anual prevista no art. 206, § 1º, II do CC/2002. Afastamento. Recurso especial a que se nega provimento.

1. Em se tratando de ação em que o autor, ainda durante a vigência do contrato, pretende, no âmbito de relação de trato sucessivo, o reconhecimento do caráter abusivo de cláusula contratual com a consequente restituição dos valores pagos indevidamente, torna-se desprocedente a discussão acerca de ser caso de nulidade absoluta do negócio jurídico - com provimento jurisdicional de natureza declaratória pura, o que levaria à imprescritibilidade da pretensão - ou de nulidade relativa - com provimento jurisdicional de natureza constitutiva negativa, o que atrairia os prazos de decadência, cujo início da contagem, contudo, dependeria da conclusão do contrato (CC/2002, art. 179). Isso porque a pretensão última desse tipo de demanda, partindo-se da premissa e ser a cláusula contratual abusiva ou ilegal, é de natureza condenatória, fundada no ressarcimento de pagamento indevido, sendo, pois, alcançável pela prescrição. Então, estando o contrato ainda em curso, esta pretensão condenatória, prescritível, é que deve nortear a análise do prazo aplicável para a persecução dos efeitos financeiros decorrentes da invalidade do contrato.

2. Nas relações jurídicas de trato sucessivo, quando não estiver sendo negado o próprio fundo de direito, pode o contratante, durante a vigência do contrato, a qualquer tempo, requerer a revisão de cláusula contratual que considere abusiva ou ilegal, seja com base em nulidade absoluta ou relativa. Porém, sua pretensão condenatória de repetição do indébito terá que se sujeitar à prescrição das parcelas vencidas no período anterior à data da propositura da ação, conforme o prazo prescricional aplicável.

3. Cuidando-se de pretensão de nulidade de cláusula de reajuste prevista em contrato de plano ou seguro de assistência à saúde ainda vigente, com a consequente repetição do indébito, **a ação ajuizada está fundada no enriquecimento sem causa e, por isso, o prazo prescricional é o trienal de que trata o art. 206, § 3º, IV, do Código Civil de 2002.**

4. É da invalidade, no todo ou em parte, do negócio jurídico, que nasce para o contratante lesado o direito de obter a restituição dos valores pagos a maior, porquanto o reconhecimento do caráter ilegal ou abusivo do contrato tem como consequência lógica a perda da causa que legitimava o pagamento efetuado. A partir daí fica caracterizado o enriquecimento sem causa, derivado de pagamento indevido a gerar o direito à repetição do indébito (arts. 182, 876 e 884 do Código Civil de 2002).

5. A doutrina moderna aponta pelo menos *três teorias para explicar o enriquecimento sem causa*: a) a *teoria unitária* da deslocação patrimonial; b) a *teoria da ilicitude*; e c) a *teoria da divisão do instituto*. Nesta última, basicamente, reconhecidas as origens distintas das anteriores, a estruturação do instituto é apresentada de maneira mais bem elaborada, abarcando o termo causa de forma ampla, subdividido, porém, em categorias mais comuns (não exaustivas), a partir dos variados significados que o vocábulo poderia fornecer, tais como o enriquecimento por prestação, por intervenção, resultante de despesas efetuadas por outrem, por desconsideração de patrimônio ou por outras causas.

6. No Brasil, antes mesmo do advento do Código Civil de 2002, em que há expressa previsão do instituto (arts. 884 a 886), doutrina e jurisprudência já admitiam o enriquecimento sem causa como fonte de obrigação, diante da vedação do locupletamento ilícito.

7. O art. 884 do Código Civil de 2002 adota a doutrina da divisão do instituto, admitindo, com isso, *interpretação mais ampla* a albergar o termo causa tanto no sentido de *atribuição patrimonial* (simples deslocamento patrimonial), como no sentido *negocial* (de origem contratual, por exemplo), cuja ausência, na modalidade de enriquecimento por prestação, demandaria um exame subjetivo, a partir da *não obtenção da finalidade almejada com a prestação*, hipótese que *mais se adequa à prestação decorrente de cláusula indigitada nula (ausência de causa jurídica lícita)*.

8. Tanto os atos unilaterais de vontade (promessa de recompensa, arts. 854 e ss.; gestão de negócios, arts. 861 e ss.; pagamento indevido, arts. 876 e ss.; e o próprio enriquecimento sem causa, art. 884 e ss.) como os negociais, conforme o caso, comportam o ajuizamento de ação fundada no enriquecimento sem causa, cuja pretensão está abarcada pelo prazo prescricional trienal previsto no art. 206, § 3º, IV, do Código Civil de 2002.

9. A pretensão de repetição do indébito somente se refere às prestações pagas a maior no período de três anos compreendidos no interregno anterior à data do ajuizamento da ação (art. 206, § 3º, IV, do CC/2002; art. 219, *caput* e § 1º, CPC/1973; art. 240, § 1º, do CPC/2015).

10. Para os efeitos do julgamento do recurso especial repetitivo, fixa-se a seguinte tese: *Na vigência dos contratos de plano ou de seguro de assistência à saúde, a pretensão condenatória decorrente da declaração de nulidade de cláusula de reajuste nele prevista prescreve em 20 anos (art. 177 do CC/1916) ou em 3 anos (art. 206, § 3º, IV, do CC/2002), observada a regra de transição do art. 2.028 do CC/2002.*

11. Caso concreto: Recurso especial interposto por Unimed Nordeste RS Sociedade Cooperativa de Serviços Médicos Ltda. a que se nega provimento.

(REsp 1.360.969/RS, Rel. Ministro Marco Buzzi, Rel. p/ acórdão Ministro Marco Aurélio Bellizze, Segunda Seção, julgado em 10/08/2016, DJe de 19/09/2016)

Naquela ocasião, o eminente *Ministro Marco Aurélio Bellizze*, no esmerado voto condutor do julgado, expôs a evolução teórica do *conceito de enriquecimento sem causa*, valioso para solução dos acórdãos ora confrontados, apoiando-se na doutrina de **LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO**, sintetizando as considerações teóricas do eminente civilista da Universidade de Lisboa, nos seguintes termos:

(...)

Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, eminente civilista, professor da Universidade de Lisboa, explica os principais fundamentos de cada uma delas, em artigo publicado pela Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, do qual reproduzo os seguintes excertos:

3. Configuração dogmática do instituto

A configuração dogmática do *enriquecimento sem causa* tem suscitado, porém, certa controvérsia na doutrina, apontando-se as seguintes posições: a) teoria unitária da deslocação patrimonial; b) teoria da ilicitude; c) doutrina da divisão do instituto.

3.1. A teoria unitária da deslocação patrimonial

De acordo com a *tradicional doutrina unitária* da deslocação patrimonial, surgida quando da elaboração do Código Civil alemão, *a cláusula geral de enriquecimento sem causa institui uma pretensão de aplicação direta, bastando para tal, única e simplesmente, a verificação de detenção injustificada de um enriquecimento à custa de outrem.*

Essa concepção funda-se essencialmente na doutrina de **Savigny**, segundo a qual *a pretensão de enriquecimento se constitui sempre ao se verificar uma deslocação patrimonial sem causa, diretamente entre o enriquecido e o empobrecido, independentemente da forma que se revista essa deslocação.*

Exigir-se-ia consequentemente que aquilo que produz o enriquecimento de uma pessoa tivesse pertencido anteriormente ao patrimônio de outra, só assim podendo esta recorrer à ação de enriquecimento. *Tal regra valeria para todas as categorias de enriquecimento sem causa, uma vez que o fundamento comum a todas elas seria a restituição de tudo o que saiu de determinado patrimônio.* Para os partidários dessa concepção, *não haveria consequentemente base para a criação de uma tipologia de pretensões de enriquecimento.*

Assim, de acordo com essa teoria, *o fundamento comum a todas as pretensões de enriquecimento residiria na oposição entre a aquisição de uma vantagem e a legitimidade de sua manutenção.*

Segundo tal concepção, os casos típicos de enriquecimento sem causa, especialmente previstos na lei, nada mais representariam do que uma mera enumeração de *exemplos* característicos.

Fundamental em matéria de enriquecimento sem causa é antes o conceito unitário de deslocação patrimonial, entendida como uma transmissão de bem de uma pessoa para outra, efetuada diretamente mediante uma deslocação de valor entre dois patrimônios.

(...)

3.2. A teoria da ilicitude

A tradicional doutrina unitária da deslocação patrimonial entra, porém, em crise após o surgimento da obra de **Fritz Schulz**, na qual o autor apresenta a questão jurídica da aplicação do instituto ao problema da intervenção em bens ou direitos alheios.

No entender de Schulz, *a base do instituto do enriquecimento não reside na deslocação patrimonial sem causa jurídica, mas antes numa ação contrária ao direito, que o autor considera ser o conceito central na dogmática do instituto. A seu ver, existiria um princípio de aplicação geral de que ninguém deveria obter um ganho por intervenção ilícita num direito alheio, expressos em diversos preceitos do Código. Desse princípio resultaria que quem efetuasse uma intervenção objetivamente ilícita no direito alheio deveria restituir o resultado dessa intervenção.* (...)

Assim, pela referência a um conceito de ilicitude delitual, dirigida à ação, Schulz *aproxima o enriquecimento sem causa da responsabilidade civil, qualificando a obrigação de restituir o enriquecimento como uma sanção para todo o tipo de comportamentos ilícitos. Entre eles incluir-se-iam o enriquecimento por prestação e o derivado de fato da natureza, existindo, no primeiro caso, uma ilícita aceitação ou detenção da coisa por parte do enriquecido e, no segundo caso, uma intromissão equiparada a um comportamento ilícito.*

Na doutrina de Schulz, *o enriquecimento sem causa deixa assim de ser visto como fundado nas deslocações patrimoniais sem causa e passa a ser considerado com base na violação de um direito alheio.*

(...)

3.3. A doutrina da divisão do instituto

Outra concepção corresponde à doutrina da *divisão do instituto do enriquecimento em categorias autônomas e distintas* entre si. Essa doutrina tem essencialmente a sua origem nos trabalhos de **Walter Wilburg** e **Ernst Von Caemmerer**. *A tese principal desses autores reside na divisão do instituto do enriquecimento sem causa em duas categorias principais: uma relativa as situações de enriquecimento geradas com base em uma prestação do empobrecido e outra abrangendo as situações de enriquecimento não-*

fundadas na prestação, atribuindo-se, nesta última, papel preponderante ao enriquecimento por intervenção.

A doutrina da *divisão do instituto rompe completamente com o tratamento dogmático unitário do enriquecimento sem causa*, que deixa inclusive de ser considerado como sujeito a princípios comuns ou a uma mesma ordenação sistemática. Efetivamente, *de acordo com essa nova concepção, o enriquecimento por prestação passa a ser visto como um anexo do Direito dos contratos, inserido no regime da transmissão dos bens*, enquanto o *enriquecimento por intervenção é visto antes como anexo a um prolongamento da eficácia do direito de propriedade, inserindo-se no âmbito da proteção jurídica dos bens.*

Na opinião de **Wilburg**, nunca fora demonstrado que as restituições fundadas na realização de uma *prestação sem causa* e as baseadas num *enriquecimento sem prestação* tivessem o mesmo fundamento, existindo antes entre elas uma *perfeita diferenciação de pressupostos*, pelo que não haveria qualquer possibilidade de as reconduzir a um princípio genérico comum. O *enriquecimento por prestação seria baseado num ato voluntário do seu autor*, constituindo uma forma de impugnação jurídica desse ato, sendo a base de tal impugnação sobretudo o *erro sobre a causa jurídica* da sua prestação. Já o *enriquecimento não-fundado numa prestação* teria como *fim a recuperação de um direito afetado pela aquisição do enriquecido* (normalmente a propriedade), sendo, por isso, pretensão a um *prolongamento da eficácia desse direito.*

(...)

A teoria de **Wilburg** veio a ser desenvolvida por **Ernst Von Caemmerer**, que parte do conceito central de "*conteúdo de destinação*" na sua construção da teoria do enriquecimento sem causa. O autor *entende que a proibição do enriquecimento injustificado consiste apenas numa máxima de justiça comutativa que se encontra a um nível de abstração tal, que carece de preenchimento pelo julgador, efetuado pela integração ao caso numa categoria específica de enriquecimento sem causa.* Assim, apresenta uma tipologia de hipóteses de enriquecimento sem causa distinguindo entre o *enriquecimento por prestação* (Leistungskondiktion), *enriquecimento por intervenção* (Eingriffskondiktion), *enriquecimento por liberação de uma dívida paga por terceiro* (Rückgriffskondiktion) e *enriquecimento resultante de despesas efetuadas em coisa alheia* (Verwendungskondiktion). Essa *tipologia não é, porém, fechada*, na medida em que posteriores concretizações permitiriam o surgimento de novas categorias. *Tal tipologia constituiria o ponto de partida para a construção de diversas pretensões de enriquecimento, que não apenas se distinguiriam pelo seu objeto, mas também pelo no seu conteúdo e extensão.*

(Revista CEJ. N. 25. O enriquecimento sem causa no novo Código Civil Brasileiro. Brasília. Abr/Jun 2004. p. 25-27).

Pela leitura do artigo acima, percebe-se que a teorização do instituto, na moderna doutrina alemã, foi desenvolvida gradativamente, evoluindo à medida em que se aprofundava o conceito de causa.

Em primeiro plano, partindo-se da *teoria de Savigny* (1849), não se fazia distinção alguma (por isso chamada *unitária*), tendo causa uma conotação de *fato natural* (causa no sentido de causa de atribuição patrimonial), simples deslocamento de patrimônio.

Sucedeu-lhe a *teoria da ilicitude* de *Schulz* (1909), onde o instituto do enriquecimento sem causa pareceu ganhar uma feição de *princípio jurídico geral*, por meio do qual se sancionava a atuação contrária ao direito (causa no sentido de causa lícita, legal ou conforme o direito).

Seguiu-se a *teoria da divisão*, na qual, basicamente, reconhecidas as origens distintas das anteriores, a estruturação do instituto é apresentada de maneira mais bem elaborada, *abarcando o termo causa de forma ampla, subdividido*, porém, em *categorias mais comuns (não exaustivas)*, a partir dos variados significados que o vocábulo poderia fornecer.

Inicialmente, na proposta de **Wilburg** (1934), numa subdivisão mais abrangente, onde o enriquecimento sem causa poderia ter *origem em uma prestação* (como dever anexo dos contratos) *ou numa não-prestação do empobrecido* (como anexo do direito de propriedade).

Posteriormente, desenvolvida por **Caemmerer** (1954), em *quatro categorias* ainda *mais específicas* (enriquecimento por prestação, enriquecimento por intervenção, enriquecimento resultante de despesas efetuadas por outrem, enriquecimento por desconsideração de patrimônio), num *sistema aberto* em que pretensões outras poderiam surgir a partir das diversas abordagens (de objeto, conteúdo e extensão) realizadas no universo do enriquecimento sem causa.

No Brasil, o instituto foi introduzido no projeto do Código Civil por obra do Prof. Agostinho Alvim, sistematizador do *Livro das Obrigações* e, por isso, responsável pela *alteração substancial do título pertinente aos atos unilaterais, nele fazendo incluir o enriquecimento sem causa, o pagamento indevido e a gestão de negócios como fontes originárias de obrigações decorrentes da declaração unilateral da vontade* (cf. Exposição de Motivos do Projeto de Código Civil, itens 21 e 22, r).

Em artigo doutrinário de referência sobre o instituto, publicado em maio de 1957, ele destaca as *diferenças centrais entre o sistema clássico, adotado pelo Código de 1916, e o moderno, defendido no seu Anteprojeto de Código de Obrigações (arts. 143 e ss.), que viria a ser o precursor dos atos unilaterais assim como dispostos no Código Civil de 2002.*

Influenciado não só pelo direito alemão, como também pelas doutrinas suíça, francesa e italiana, para ele o *conceito de causa, na teoria do enriquecimento, estaria vinculado à noção de contrapartida, contraprestação*, ou seja, aquilo que pode explicar o enriquecimento (**Revista dos Tribunais**. V. 259. Ano 46. São Paulo. Maio de 1957. **Do enriquecimento sem causa**. p. 25).

Prosseguindo na fundamentação daquele magnífico voto condutor, o ilustre *Ministro Marco Aurélio Bellizze* observa que também a orientação jurisprudencial do col. Superior Tribunal de Justiça desde cedo se firmou no sentido de admitir o enriquecimento sem causa como fonte de obrigação, “*diante da vedação ao locupletamento ilícito, assegurada, por conseguinte, a ação correspondente*”, citando, exemplificativamente, o seguinte acórdão:

Civil. Enriquecimento ilícito (ou sem causa). Prescrição. Correção monetária.

I - Não se há negar que o *enriquecimento sem causa é fonte de obrigações*, embora não venha expresso no Código Civil, o fato é que o *simples deslocamento de parcela patrimonial* de um acervo que se empobrece para outro que se enriquece e o bastante para *criar efeitos obrigacionais*.

II - Norma que estabelece o elenco de causas interruptivas da prescrição incluiu também como tal qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do direito pelo devedor. Inteligência do art. 172 do Código Civil.

III - Recurso não conhecido.

(REsp 11.025/SP, Terceira Turma, Relator o Ministro Waldemar Zveiter, DJ de 24/02/1992)

Deduz, assim, o eminente *Ministro Marco Aurélio Bellizze* que, nesse contexto, seguindo os parâmetros traçados para o sistema moderno, “*o Projeto de Código das Obrigações de Agostinho Alvim veio dar origem ao enriquecimento sem causa como fonte primária de obrigações no nosso atual Código Civil, especialmente pelo fato de ter sido expresso como preceito de ordem genérica, não exaustivo, em franca substituição ao modelo clássico anteriormente adotado pelo Código Civil de 1916*”.

Nessa linha, após citar vasta jurisprudência da Segunda Seção e das Turmas que a compõem, conclui:

Com essas considerações, mais aprofundadas, pelo menos do ponto de vista teórico, aproveito para reiterar a minha opção pela doutrina *mais ampla do conceito de causa (teoria da divisão do instituto)*, e reconhecer, com isso, o interesse para o ajuizamento de demanda fundada no enriquecimento sem causa (lícita; enriquecimento por prestação), ainda que entre as partes tenha havido acordo de vontades anterior (causa negocial).

Por conseguinte, pretensões dessa natureza (assim como todas aquelas decorrentes de atos unilaterais: promessa de recompensa, arts. 854 e ss.; gestão de negócios, arts. 861 e ss.; pagamento indevido, arts. 876 e ss.; e o próprio enriquecimento sem causa, art. 884 e ss.) devem se sujeitar ao prazo prescricional *trienal*, conforme art. 206, § 3º, IV, do CC/2002.

3. Outro aspecto a ser considerado, registrado no mencionado voto condutor do acórdão da Segunda Seção, é a inexistência, no regime do Código Civil de 1916, de dispositivo que fixasse prazo prescricional específico para as pretensões decorrentes de reparação civil.

Aplicava-se, assim, a situações da espécie o artigo 177 do Código Civil revogado:

Art. 177. As ações pessoais prescrevem, ordinariamente, em vinte anos, as reais em dez, entre presentes e entre ausentes, em quinze, contados da data em que poderiam ter sido propostas.

Regulação diferente é a do Código Civil de 2002, cujas normas a respeito da prescrição dispõem:

Art. 205. A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor.

Art. 206. Prescreve:

(...)

§ 3o Em três anos:

(...)

IV - a pretensão de ressarcimento de enriquecimento sem causa;

V - a pretensão de reparação civil;

.....

Como se vê, enquanto no regime do Código de 1916 a inexistência de norma específica acerca da prescrição, para as reparações de dano, atraía a aplicação da norma geral, no Código Civil de 2002 passa-se exatamente o contrário: aplica-se a norma especial, afastando-se a geral.

No ponto, vale uma vez mais mencionar o multicitado voto do ilustrado *Ministro Marco Aurélio Bellizze*:

Essa nova perspectiva do Código Civil/2002 – de equivalência do prazo prescricional da pretensão relativa ao ressarcimento por enriquecimento sem causa com aquele referente à reparação civil (seja ela contratual ou extracontratual, inclusive a decorrente de dano moral) – conduz à *uniformidade de aplicação do lapso temporal prescricional trienal*, impedindo que esse critério de fixação possa ficar ao talante exclusivo do autor, tópico que será abordado especificamente mais adiante (item 6).

Portanto, a par das disposições legais especiais (v.g. o acidente de consumo, cuja pretensão estará sujeita ao prazo quinquenal do art. 27 do CDC), qualquer outra hipótese de reparação civil inespecificamente considerada, seja ela decorrente de responsabilidade contratual (inadimplemento) ou extracontratual (risco ou dano, inclusive moral), deverá observar como regra o prazo prescricional trienal da pretensão a ela relativa (art. 206, § 3º, V, do CC/2002).

A propósito, trago à colação os comentários do Prof. **Gustavo Tepedino**, a respeito da novel pretensão de reparação civil, prevista no art. 206, § 3º, V, do CC/2002:

Inova o CC ao dispor, nos prazos especiais de prescrição, sobre a pretensão de reparação civil. Na ausência de prazo específico no CC1916, o prazo prescricional para a pretensão por perdas e danos decorrentes de responsabilidade civil era vintenário, salvo lei especial dispendo sobre a matéria, consoante disposto no art. 177 do CC1916. Verifica-se, com isso, uma redução brutal do prazo prescricional que antes era de vinte anos e agora passa a ser de apenas três anos. *Importante notar que o dispositivo tem incidência tanto na responsabilidade civil contratual como extracontratual, haja vista a dicção ampla do preceito.*

(Tepedino, Gustavo et alli. **Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República**. V. I. 3ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar. 2014. p. 411).

Nesse compasso, seja a reparação civil decorrente da responsabilidade contratual (arts. 389 a 405) ou extracontratual (arts. 927 a 954), ainda que exclusivamente moral (art. 186, parte final) ou conseqüente de abuso de direito (art. 187), a prescrição das pretensões dessa natureza originadas sob a égide do novo paradigma do Código Civil de 2002 deve observar o prazo comum de 3 (três) anos, mercê do art. 206, § 3º, V.

Esse tema foi objeto de debate na V Jornada de Direito Civil, do Conselho da Justiça Federal e do Superior Tribunal de Justiça, realizada em novembro de 2011, ocasião em que foi editado o Enunciado n. 418, segundo o qual *“o prazo prescricional de três anos para a pretensão de reparação civil aplica-se tanto à responsabilidade contratual quanto à responsabilidade extracontratual”*.

4. Finalmente, há que se observar que o Código Civil de 2002 segue a tendência dos ordenamentos jurídicos modernos que adotam prazos prescricionais mais reduzidos que os de legislações anteriores, em harmonia com a realidade social hodierna, marcada pelas facilidades de acesso a informações e conhecimento de direitos, com a conseqüente ampliação dos meios de defesa destes, em sua configuração individual, coletiva e difusa.

Também quanto a esse ponto, o voto condutor dos EREsp 1.360.969/RS, da lavra do digno *Ministro Marco Aurélio Bellizze*, faz brilhante ponderação com repercussão no exame destes embargos de divergência:

É importante destacar que, ao contrário do que a primeira vista possa parecer, prazos processuais mais elásticos não significam maior exercício de cidadania ou da defesa de direitos.

Ao revés, impedem a desejada estabilização das relações jurídicas consolidadas pelo tempo; dificultam a produção da prova, tornando-a dispersa ou ainda mais precível; postergam o exercício dos direitos e, com isso, diminuem a sua efetividade; agravam o passivo das condenações; obstruem o sistema judiciário mediante a propositura tardia de milhares de demandas de massa (e.g. expurgos inflacionários de cadernetas de poupança ou de FGTS; subscrição de ações de telefonia), prejudicando, assim, a consolidação do exercício desses direitos por meio da tutela coletiva.

Reitero, portanto, que, a meu juízo, não se justifica a tolerância de uma cláusula tida por abusiva por aproximadamente uma década, além de que a repetição por esse longo período (agravamento do passivo) poderia comprometer, inclusive, a higidez do próprio sistema coletivo de assistência à saúde, em prejuízo dos próprios consumidores, inclusive o demandante.

5. Com base nas considerações até aqui expostas, e com a devida vênia do eminente Ministro Relator, é o caso de prevalecer o entendimento pacificado no âmbito da col. Segunda Seção, prestigiado nos seguintes arestos:

Agravo regimental no recurso especial. Ação indenizatória cumulada com repetição de indébito. Recurso interposto sob a égide do CPC/73. Cobrança de serviços de telefonia não contratados. Prescrição trienal. Art. 206, § 3º, IV, do Código Civil. Agravo regimental não provido.

1. Inaplicabilidade do NCPC neste julgamento ante os termos do Enunciado n. 1 aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

2. *Conforme jurisprudência assentada na Segunda Seção desta Corte, nas ações de repetição de indébito promovidas contra empresas de telefonia, em razão da cobrança indevida de valores referentes a serviços não contratados, o prazo prescricional aplicável é regido pelo art. 206, § 3º, IV, do CC/2002.*

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1.523.591/RS, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 24/05/2016, DJe de 1º/06/2016)

Agravo regimental no recurso especial. Empresa de telefonia. Cobrança indevida. Serviços não contratados. Repetição do indébito. Prescrição. Comprovação do débito. Fundamento inatacado. Súmula n. 283/STF. Reexame de provas. Inviabilidade. Súmula n. 7/STJ.

1. *Esta Corte entende que incide o prazo prescricional de 3 (três) anos previsto no art. 206, § 3º, V, do CC/2002 na ação de repetição de indébito por cobrança indevida de valores referentes a serviços não contratados, promovida por empresa de telefonia.*

2. A ausência de impugnação dos fundamentos do acórdão recorrido enseja o não conhecimento do recurso, incidindo o enunciado da Súmula n. 283 do Supremo Tribunal Federal.

3. A reforma do julgado demandaria o reexame do contexto fático-probatório, procedimento vedado na estreita via do recurso especial, a teor da Súmula n. 7/STJ.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1.526.869/RS, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 17/03/2016, DJe de 31/03/2016)

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Ação de repetição de indébito. Empresa de telefonia. Cobrança indevida de valores. Prescrição trienal. Precedentes de ambas as Turmas componentes da Segunda Seção desta Corte. Violação do art. 205 do CC. Não ocorrência. Agravo regimental improvido.

1. *Segundo as Turmas integrantes da Segunda Seção desta Corte, o prazo prescricional da ação de repetição de indébito por cobrança indevida de valores referentes a serviços não contratados, promovida por empresa de telefonia, é o previsto no art. 206, § 3º, V, do Código Civil, ou seja, 3 (três) anos. Precedentes.*

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1.516.148/RS, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 18/02/2016, DJe de 26/02/2016)

Agravo regimental em agravo em recurso especial. Consumidor e Processual. Ação de repetição de indébito. Cobrança indevida de valores. Incidência das normas relativas à prescrição insculpidas no Código Civil. Prazo especial. Prescrição trienal. Pretensão de ressarcimento de enriquecimento sem causa.

1. *Esta Corte entende que o prazo prescricional da ação de repetição de indébito por cobrança indevida de valores referentes a serviços não contratados, movida contra empresa de telefonia, como no caso dos autos, é o previsto no art. 206, § 3º, V, do Código Civil, ou seja, 3 anos. Precedentes.*

2. Incide, nesse ponto, a Súmula 83/STJ, aplicável também aos recursos especiais interpostos pela alínea a do permissivo constitucional, segundo iterativa jurisprudência deste Tribunal.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 729.090/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 27/10/2015, DJe de 05/11/2015)

Agravo regimental em agravo em recurso especial. Consonância do acórdão recorrido com o entendimento preconizado por esta Corte. Súmula 83/STJ.

1. *De acordo com a jurisprudência desta Corte, incide a prescrição trienal, a teor do art. 206, § 3º, IV, do CC, na ação de repetição de indébito por cobrança indevida de valores referentes a serviços não contratados com empresa de telefonia. Precedentes.*

2. O acolhimento da pretensão recursal a fim de afastar as conclusões do aresto estadual demandaria incontornável incursão no conjunto fático-probatório dos autos, o que esbarra na Súmula n. 7 do STJ.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 740.896/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 17/09/2015, DJe de 22/09/2015)

Sobre a necessidade da prova de má-fé para a devolução em dobro, o acórdão embargado adota o entendimento segundo o qual a aplicação do art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor somente é justificável quando ficarem configuradas tanto a cobrança indevida quanto a má-fé do credor fornecedor do serviço.

De fato, no âmbito da eg. *Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça*, tem prevalecido o entendimento de que é necessária a caracterização da má-fé para justificar a devolução em dobro dos valores recebidos indevidamente. Assim o demonstram os acórdãos a seguir:

Agravo interno no agravo em recurso especial. Cobrança de serviços de telefonia não contratados. 1. Prazo prescricional trienal. Precedentes. 2. Má-fé não comprovada. *Impossibilidade de devolução em dobro dos valores cobrados indevidamente. Súmula 83 do STJ.* 3. *Dano moral não demonstrado. Modificação. Necessidade de reexame de fatos e provas. Óbice da Súmula n. 7/STJ.* 4. Alegada ofensa ao art. 475-B, § 1º, do CPC/1973. Falta de prequestionamento. 5. Agravo interno desprovido.

1. O entendimento das Turmas integrantes da Segunda Seção desta Corte é no sentido de que o prazo prescricional da ação ordinária por cobrança indevida de valores referentes a serviços de telefonia não contratados, como no caso dos autos, é o previsto no art. 206, § 3º, IV, do Código Civil, ou seja, 3 anos.

2. *Outrossim, a jurisprudência da Segunda Seção desta Corte Superior entende ser impossível a restituição em dobro do indébito sem a prova de que a instituição financeira tenha agido de má-fé.*

3. A análise quanto à ocorrência do dano moral demanda o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, o que é vedado nesta Corte, ante o óbice constante do enunciado sumular n. 7/STJ.

4. O art. 475-B, § 1º, do CPC/1973, tido por violado no apelo nobre, não foi debatido no acórdão recorrido, tampouco cuidou o agravante de prequestioná-lo em embargos declaratórios, faltando, desse modo, o indispensável prequestionamento da matéria. Assim, aplicáveis os enunciados n. 282 e 356 da Súmula do STF.

5. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no AREsp 708.688/RS, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 19/05/2016, DJe de 31/05/2016)

Agravo regimental em agravo em recurso especial. Contrato de promessa de compra e venda de imóvel em construção. Prazo de tolerância para entrega em dias úteis. Súmula 284/STF. *Restituição simples ao consumidor. Ausência de má-fé. Súmula 83/STJ. Reexame. Súmula 7/STJ.* Recurso que deixa de impugnar especificamente os fundamentos da decisão ora agravada. Incidência da Súmula 182 do STJ. Recurso manifestamente inadmissível. Aplicação de multa. Art. 1.021, § 4º, CPC. Agravo não conhecido.

1. A mera alegação de violação à legislação federal, desacompanhada de argumentação jurídica pertinente e apta a demonstrar em que medida houve a alegada vulneração atrai a incidência da Súmula 284/STF e impede o conhecimento do recurso.

2. *A Segunda Seção desta Corte firmou o entendimento de que a devolução em dobro dos valores pagos pelo consumidor somente é possível quando demonstrada a má-fé do credor. Precedentes.*

3. O Tribunal de origem entendeu como não configurada a má-fé da parte credora, afastando a devolução em dobro do indébito. Nesse contexto, a modificação de tal entendimento lançado no acórdão recorrido demandaria nova análise do acervo fático-probatório dos autos, o que é vedado pela Súmula 7 do STJ.

4. Inexistindo impugnação específica, como seria de rigor, aos fundamentos da decisão ora agravada, essa circunstância obsta, por si só, a pretensão recursal, pois, à falta de contrariedade, permanecem incólumes os motivos expendidos pela decisão recorrida.

Incide na espécie a Súmula 182/STJ.

5. O recurso mostra-se manifestamente inadmissível, a ensejar a aplicação da multa prevista no artigo 1.021, § 4º, do CPC, no percentual de 1% sobre o valor atualizado da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito da respectiva quantia, nos termos do § 5º, do citado artigo de lei.

6. Agravo regimental não conhecido, com aplicação de multa.

(AgRg no AgRg no AREsp 731.339/DF, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 03/05/2016, DJe de 06/05/2016)

Por outro lado, é fato também que as egrégias *Primeira e Segunda Turmas*, em seus julgados, têm chegado a conclusão diferente, como demonstram os arestos apontados pela embargante como paradigmas, além de outros, como os seguintes:

Agravo regimental. Agravo em recurso especial. Prazo prescricional. Repetição de indébito. Tarifa de água e esgoto. Artigo 205 do Código Civil. Devolução em dobro. Improvimento do agravo regimental.

1. Por ocasião do julgamento do REsp 1.113.403/RJ, Relator Ministro Teori Albino Zavascki (DJe 15/9/2009), sujeito à sistemática do artigo 543-C do CPC, fixou-se o entendimento de que a ação de repetição de indébito referente às tarifas de água e esgoto sujeita-se ao prazo prescricional geral estabelecido no Código Civil. Nos termos do CC/1916, tal prazo é de 20 anos, ou de 10 anos, conforme previsto no CC/2002.

2. *A hipótese não é de restituição simples do indébito, pois a cobrança de tarifa pelo serviço público não prestado (água e esgoto), pela concessionária recorrente, não se deu por erro justificável (engano), senão por culpa, o que acarreta a restituição em dobro, nos termos do artigo 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor.*

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 147.707/RJ, Rel. Ministro Olindo Menezes - Desembargador Convocado do TRF 1ª Região -, Primeira Turma, julgado em 20/08/2015, DJe de 31/08/2015)

Processual Civil. Direito do Consumidor. Ação de obrigação de fazer. CEDAE. Emissão de fatura por estimativa. Cobrança indevida. Aplicação do artigo 42 do CDC. Devolução em dobro. Prova de que o autor faz jus a “tarifa social”.

1. O STJ firmou a orientação de que tanto a má-fé como a culpa (imprudência, negligência e imperícia) dão ensejo à punição do fornecedor do produto na restituição em dobro.

2. Hipótese em que o Tribunal de origem consignou: *“Portanto, não há discussão acerca da aplicação do artigo 42, parágrafo único do CDC, que autoriza a devolução em dobro do indébito, já que comprovada a conduta da concessionária ré em emitir faturas com base em estimativas e não de acordo com o consumo efetivamente medido pelo hidrômetro levando em conta a tarifa social. Corroborando esse entendimento firmou orientação o Colendo Superior Tribunal de Justiça que nessa hipótese não é necessário a existência de dolo para que haja condenação à*

devolução em dobro, assim se posicionando: "O STJ firmou orientação de que basta a configuração de culpa para o cabimento da devolução em dobro dos valores pagos indevidamente pelo consumidor" (REsp 1.079.064/SP - 2ª Turma - Rel. Min. Hermam Benjamin, DJe 20/04/2009) Nesse diapasão, correta foi a decisão de 1º grau que, não reconhecendo engano justificável capaz de afastar a culpa da concessionária, reconheceu a incidência do artigo 42, parágrafo único do CDC, com a consequente devolução em dobro do indébito" (fl. 268, e-STJ). A revisão desse entendimento demanda nova análise dos elementos fático-probatórios, o que esbarra no óbice da Súmula 7/STJ.

3. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no AREsp 488.147/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 10/03/2015, DJe de 06/04/2015)

É necessário, portanto, que esta col. *Corte Especial* prossiga na sua missão de estabilização da jurisprudência, como é de ser, no julgamento de embargos de divergência.

Nesse mister, vê-se que o art. 42 do Código de Defesa do Consumidor tem a seguinte redação:

Art. 42. Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça.

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.*

Do que se extrai da leitura do dispositivo grifado, é correto reconhecer que não traz, em sua literalidade, a exigência da comprovação da má-fé para a caracterização do direito à devolução em dobro da quantia paga em excesso.

Não obstante essa primeira constatação, é certo também que o Direito, e o próprio Código de Defesa do Consumidor como expressão deste, não se presta a proporcionar desequilíbrio e insegurança nas relações jurídicas, permitindo e patrocinando transferências de patrimônio entre contratantes sem causa proporcional que a justifique, sem razoabilidade.

Certamente por isso, no parágrafo único do art. 42 do CDC, o legislador teve o cuidado de fazer expressa ressalva, contida na parte final do dispositivo, de que, na hipótese de engano justificável, a devolução em dobro não é devida. O engano justificável, no caso, seria do fornecedor-credor, ao cobrar, indevidamente, determinada quantia.

Não se pode olvidar que os dispositivos legais não devem ser interpretados isoladamente ou literalmente, mas seguindo-se as boas técnicas de hermenêutica, entre as quais a histórica, a sistemática e a teleológica.

Nesse sentido, é importante destacar que a relação de consumo da qual ora se trata é também uma relação contratual, e, como tal, fundada na premissa de que vigora entre as partes contraentes o Princípio da Boa-fé, sobre o qual **JOSÉ CARLOS MALDONADO DE CARVALHO** oferece a seguinte lição:

O Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 4º, inciso III, contempla expressamente o princípio da boa-fé nas relações de consumo, como instrumento fundamental nas relações entre consumidores e fornecedores.

É, por conseguinte, um dever de conduta, e, fundamentalmente, um princípio orientador do comportamento que cada parte deve adotar.

(...)

Isso significa que “as pessoas devem adotar um comportamento leal em toda a fase prévia à constituição de tais relações (diligência *in contrahendo*); e que devem também se comportar lealmente no desenvolvimento das relações jurídicas já constituídas entre eles. Este dever de comportar-se segundo a boa-fé se projeta a sua vez nas direções em que se diversificam todas as relações jurídicas: direitos e deveres. *Os direitos devem exercitar-se de boa-fé; as obrigações devem exercitar-se de boa fé*”.

(in Direito do Consumidor: fundamentos doutrinários e visão jurisprudencial. 4ª Ed., 2009. Lumen Juris, Rio de Janeiro, p. 14/15).

Grifou-se o período final da transcrição acima, uma vez que a cobrança de determinada quantia pelo fornecedor deve ser vista, *a priori*, como o exercício de um direito ou de um pretense direito vislumbrado de boa-fé sob a ótica de um dos contratantes, caracterizando, quando muito, um “engano justificável”, somente excepcionalmente ocorrendo de o valor cobrado ser fruto de má-fé, não tendo respaldo algum (mínimo mesmo) na relação contratual vigente com o consumidor.

Noutras palavras, não se pode presumir que, em regra, o fornecedor deliberadamente conceba formas de cobrança de quantias que sabe não amparadas pela relação contratual, com a intenção de obter vantagem indevida sobre o consumidor, violando o contratado e a própria legislação consumerista protetiva.

Afinal, é noção consolidada no Direito a de que a boa-fé presume-se (assim como a normalidade das coisas), a má-fé prova-se (assim como a anormalidade das coisas).

Esta Corte Especial tem decidido nesse sentido inúmeras vezes, conforme se exemplifica com o acórdão abaixo:

Processo Civil. Recurso repetitivo. Art. 543-c do CPC. Fraude de execução. Embargos de terceiro. Súmula n. 375/STJ. Citação válida. Necessidade. Ciência de demanda capaz de levar o alienante à insolvência. Prova. Ônus do credor. Registro da penhora. Art. 659, § 4º, do CPC. Presunção de fraude. Art. 615-A, § 3º, do CPC.

1. Para fins do art. 543-c do CPC, firma-se a seguinte orientação: 1.1. É indispensável citação válida para configuração da fraude de execução, ressalvada a hipótese prevista no § 3º do art. 615-A do CPC.

1.2. O reconhecimento da fraude de execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente (Súmula n. 375/STJ).

1.3. *A presunção de boa-fé é princípio geral de direito universalmente aceito, sendo milenar a parêmia: a boa-fé se presume; a má-fé se prova.*

1.4. Inexistindo registro da penhora na matrícula do imóvel, é do credor o ônus da prova de que o terceiro adquirente tinha conhecimento de demanda capaz de levar o alienante à insolvência, sob pena de tornar-se letra morta o disposto no art. 659, § 4º, do CPC.

1.5. Conforme previsto no § 3º do art. 615-A do CPC, presume-se em fraude de execução a alienação ou oneração de bens realizada após a averbação referida no dispositivo.

2. Para a solução do caso concreto: 2.1. Aplicação da tese firmada.

2.2. Recurso especial provido para se anular o acórdão recorrido e a sentença e, consequentemente, determinar o prosseguimento do processo para a realização da instrução processual na forma requerida pelos recorrentes.

(REsp 956.943/PR, Rel. Ministra Nancy Andrigli, Rel. p/ acórdão Ministro João Otávio de Noronha, Corte Especial, julgado em 20/08/2014, DJe de 1º/12/2014)

O fato é que a questão da devolução de valores pagos indevidamente, e da necessidade de comprovação da má-fé para justificá-la, não é nova.

À época da entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor, vigia no ordenamento jurídico brasileiro o art. 1.531 do Código Civil de 1916, que assim dispunha:

Art. 1.531. *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 o devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado e, no segundo, o equivalente do que lhe exigir, salvo se, por lhe estar prescrito o direito, decair da ação.*

A mesma norma foi replicada no Código Civil de 2002, cujo art. 940 assim dispõe:

Art. 940. *Aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressalvar 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 houver prescrição.*

Embora nem o dispositivo do revogado Código Civil de 1916, nem tampouco o do Código Civil de 2002, refiram-se à necessidade de comprovação de má-fé para sua aplicação, o entendimento prevalente na doutrina cedo consolidou-se no sentido de exigir-se a comprovação da má-fé para ter lugar a devolução em dobro.

CLÓVIS BEVILÁQUA, na edição de 1939 dos seus comentários ao Código Civil de 1916, já definia a norma contida no art. 1.531 nos seguintes termos:

Outra pena civil imposta ao que tenta extorquir o alheio, sob o color de cobrar dívidas.

(Código Civil Comentado, 4ª ed., Livraria Francisco Alves, Rio de Janeiro-RJ, 1939, vol. V, p. 313.)

Trata-se a devolução em dobro, portanto, de sanção civil, cabível, por óbvio, nas hipóteses de má-fé do agente.

Nessa senda, a matéria veio a ser sumulada pelo colendo *Supremo Tribunal Federal*, em 1963, com a edição da *Súmula 159*:

Cobrança excessiva, mas de boa fé, não dá lugar às sanções do art. 1.531 do Código Civil.

De um dos precedentes que justificaram a edição da súmula - o Recurso Extraordinário 48.986 -, extrai-se o seguinte trecho do voto do Relator, nobre *Ministro Ribeiro da Costa*:

A aplicação da pena prevista no art. 1.531 do Código Civil, deve filiar-se a prática de ato ilícito que exterioriza verdadeira extorsão.

Eis as palavras de **Clóvis**: outra pena civil imposta ao que tenta extorquir o alheio, sob color de cobrar dívidas (C. Civil - Comentado - 3ª ed. vol. V, pag. 313).

O entendimento de que a lei não exige dolo para a aplicação é, data venia, superficial, abstraindo o sentido da ilicitude do fato, de que é imanente a malícia, o propósito de locupletamento com o benefício alheio. (grifou-se)

A doutrina relacionada ao art. 940 do Código Civil de 2002 segue a mesma linha:

A questão mais relevante neste dispositivo é a que diz respeito ao elemento subjetivo do credor. Bastará mero engano ou descuido, por parte do credor, para que tenha lugar a responsabilidade pelo excesso de pedido, simples culpa, ou terá que haver a malícia, verdadeira má-fé? A questão já estava sumulada pelo Supremo Tribunal Federal (Súmula 159), quando a matéria era ainda da sua competência, no sentido de ser necessária a má-fé: “Cobrança excessiva, mas de boa-fé, não dá lugar às sanções do artigo 1.531 do Código Civil”. O Superior Tribunal de Justiça adotou a mesma orientação (...).

(Comentários ao novo Código Civil, vol. XIII: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios. **CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO** e **SÉRGIO CAVALIERI FILHO**. Rio de Janeiro-RJ, Forense, 2007, p. 328)

É, portanto, de salutar tradição no Direito brasileiro que a devolução em dobro de quantias pagas indevidamente figure como uma sanção à parte que agiu em desacordo com os princípios que regem essas relações, entre eles o da boa-fé.

Não cabe aqui a alegação de que a relação de consumo, sendo regida por regra própria, estaria fora do alcance da interpretação, baseada na razoabilidade, dada à legislação civil.

Afinal, a norma contida no Código Civil (tanto no de 1916 como no atual) não faz nenhuma restrição à hipótese de devolução em dobro, e, no entanto, a necessidade de comprovação da má-fé está sumulada desde 1963 pelo STF.

Com mais razão há de se aplicar esse raciocínio na interpretação do Código de Defesa do Consumidor, que também não se refere expressamente à má-fé, mas prevê que, na hipótese de “*engano escusável*”, a devolução em dobro não é cabível.

Ora, ao prever que o “*engano escusável*” afasta a devolução em dobro, o Código de Defesa do Consumidor nada mais faz que prestigiar a boa-fé como elemento das relações contratuais de consumo. Não se pode entender que o CDC dê o mesmo tratamento à conduta deliberada do fornecedor de violar direito dos consumidores e ao comportamento equivocado da sociedade empresária que causa prejuízo à clientela. Em ambas as hipóteses, cabe a restituição do indébito, mas não a sanção da dobra.

Lecionando sobre o tema, **JOÃO BATISTA DE ALMEIDA** anota:

(...) o Código [de Defesa do Consumidor] procurou sancionar de forma direta as condutas que afetavam a dignidade do consumidor inadimplente, estabelecendo taxativamente que ele será respeitado em sua integridade física, psicológica e moral, ao impedir sua exposição a ridículo e sua submissão a constrangimento ou ameaça de qualquer tipo ou natureza (art. 42).

Veja-se que a lei impede apenas a cobrança abusiva. O consumidor pode sofrer constrangimentos legais, como protesto do título, penhora, execução, falência, etc. Além disso, pode ser cobrado condignamente em seu trabalho, descanso ou lazer, o que não ocorre, por exemplo, quando o credor telefona para o chefe do consumidor dizendo ser ele mau pagador.

O não cumprimento dessa regra importará a aplicação de sanções administrativas ao fornecedor (art. 56), a responsabilização criminal (art. 71) e a *imposição das seguintes sanções civis em caso de cobrança de quantia total ou parcialmente indevida: (a) repetição do indébito, pelo valor igual ao dobro do recebido em excesso, acrescida de juros e correção monetária desde o recebimento (art. 42, parágrafo único), e, (b) ocorrendo engano justificável ou boa-fé do credor, permanece a obrigação de restituir o indébito, porém de forma simples, com incidência de juros e atualização monetária (art. 42, parágrafo único, c/c o art. 964, do CC).*

(in A proteção jurídica do consumidor. 5ª Ed., 2006. Saraiva, São Paulo, p. 128/129).

Como se vê, o doutrinador aponta a devolução em dobro como sanção civil a uma conduta abusiva do fornecedor, que deliberadamente cobrou o que não lhe era devido.

Logo, é necessário, para afastar a ressalva legal expressa de “*hipótese de engano justificável*”, que se comprove ou, pelas circunstâncias, se possa claramente identificar, no caso concreto, a má-fé do fornecedor para ser reconhecido o direito à devolução em dobro do valor pago, conforme têm reiteradamente decidido as Turmas desta Corte que compõem a eg. Segunda Seção e se entendeu no v. acórdão embargado.

-*-

Do exposto, conclui-se por conhecer dos embargos de divergência, para negar-se-lhes provimento, mantendo-se o v. acórdão da *Terceira Turma*, ora embargado.

É como voto.

ADITAMENTO AO VOTO

O Sr. Ministro Raul Araújo: Os presentes embargos de divergência foram opostos visando a discutir: (I) o prazo prescricional para a pretensão de repetição de indébito decorrente de cobrança indevida de valores relativos a serviços de telefonia não contratados; (II) a necessidade de comprovação da má-fé para a devolução em dobro dos valores pagos indevidamente pelo consumidor na cobrança indevida de serviços públicos concedidos.

O *Relator*, o eminente *Ministro Og Fernandes*, conheceu dos embargos de divergência e deu-lhes provimento, “*adotando o entendimento de que: 1) basta a culpa para ocasionar a devolução em dobro do art. 42 do CDC, não sendo imprescindível a comprovação da má-fé da empresa; 2) a repetição de indébito por cobrança indevida dos valores referentes a serviços não contratado, promovida por empresa de telefonia, deve seguir a norma geral do lapso prescricional (10 anos – art. 205 do Código Civil), a exemplo do que decidido e sumulado (Súmula 412/STJ) no que diz respeito ao lapso prescricional para repetição de indébito de tarifas de água e esgoto*”.

Na sequência, pediu vista o *eminente Ministro João Otávio de Noronha*, o qual, posteriormente, proferiu voto no sentido de não conhecer dos embargos de divergência, no que foi acompanhado pelo *eminente Ministro Luis Felipe Salomão*.

O *eminente Ministro Mauro Campbell Marques* acompanhou o voto do Relator.

Para exame mais próximo das questões debatidas, *pedi vista dos autos*.

Na sessão de 20/9/2017, *proferi voto-vista* no sentido de conhecer dos embargos de divergência e negar-lhes provimento.

No tocante ao prazo prescricional, concluí que incidia o prazo prescricional de três anos, previsto no art. 206, § 3º, V, do CC/2002, na ação de repetição de indébito por cobrança indevida, promovida por empresa de telefonia, de valores referentes a serviços não contratados.

Em relação ao direito à devolução em dobro, concluí que a aplicação da sanção civil, prevista no art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, somente é justificável quando ficarem configuradas tanto a cobrança indevida quanto a má-fé do credor fornecedor.

Na ocasião, tive a oportunidade de lançar ponderações no sentido de que a aplicação da sanção civil, prevista no art. 42, parágrafo único, do Código de

Defesa do Consumidor, somente é justificável quando ficarem *configuradas tanto a cobrança indevida quanto a má-fé do credor fornecedor*.

De fato, a questão da forma de devolução de valores pagos indevidamente, e da necessidade de comprovação da má-fé para justificá-la, não é nova.

À época da entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor, vigia no ordenamento jurídico brasileiro o art. 1.531 do Código Civil de 1916, que assim dispunha:

Art. 1.531. *Aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressalvar as quantias recebidas, ou pedir mais do que for devido, ficará obrigado a pagar o devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado e, no segundo, o equivalente do que lhe exigir, salvo se, por lhe estar prescrito o direito, decair da ação.*

A mesma norma foi replicada no Código Civil de 2002, cujo art. 940 assim dispõe:

Art. 940. *Aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressalvar 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 houver prescrição.*

Embora *nem o dispositivo do revogado Código Civil de 1916, tampouco o do Código Civil de 2002 (assim como o CDC), refiram-se à necessidade de comprovação de má-fé para sua aplicação*, o entendimento prevalente na doutrina cedo consolidou-se no sentido de *exigir-se a comprovação da má-fé* para ter lugar a devolução em dobro.

CLÓVIS BEVILÁQUA, na edição de 1939 dos seus *Comentários ao Código Civil de 1916*, já definia a norma contida no art. 1.531 nos seguintes termos:

Outra pena civil imposta ao que tenta extorquir o alheio, sob o color de cobrar dívidas.

(Código Civil Comentado, 4ª ed., Livraria Francisco Alves, Rio de Janeiro-RJ, 1939, vol. V, p. 313.)

Trata-se a devolução em dobro, portanto, de *sanção civil*, cabível, por óbvio, nas hipóteses de má-fé do agente.

Nessa senda, a matéria veio a ser sumulada pelo colendo *Supremo Tribunal Federal*, em 1963, com a edição da *Súmula 159*:

Cobrança excessiva, mas de boa fé, não dá lugar às sanções do art. 1.531 do Código Civil.

De um dos precedentes que justificaram a edição da súmula - o Recurso Extraordinário 48.986 -, extrai-se o seguinte trecho do voto do Relator, nobre *Ministro Ribeiro da Costa*:

A aplicação da pena prevista no art. 1.531 do Código Civil, deve filiar-se a *prática de ato ilícito* que exterioriza verdadeira extorsão.

Eis as palavras de **Clóvis**: outra pena civil imposta ao que tenta extorquir o alheio, sob color de cobrar dívidas (C. Civil - Comentado - 3ª ed. vol. V, pag. 313).

O entendimento de que a lei não exige dolo para a aplicação é, data venia, superficial, abstraindo o sentido da ilicitude do fato, de que é imanente a malícia, o propósito de locupletamento com o benefício alheio. (grifou-se)

A doutrina relacionada ao art. 940 do Código Civil de 2002 segue a mesma linha:

A questão mais relevante neste dispositivo é a que diz respeito ao *elemento subjetivo do credor*. Bastará *mero engano ou descuido*, por parte do credor, para que tenha lugar a responsabilidade pelo excesso de pedido, simples culpa, ou terá que haver a malícia, verdadeira má-fé? A questão já estava sumulada pelo Supremo Tribunal Federal (Súmula 159), quando a matéria era ainda da sua competência, no sentido de ser *necessária a má-fé*: "Cobrança excessiva, mas de boa-fé, não dá lugar às sanções do artigo 1.531 do Código Civil". O Superior Tribunal de Justiça adotou a mesma orientação (...).

(Comentários ao novo Código Civil, vol. XIII: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios. **CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO** e **SÉRGIO CAVALIERI FILHO**. Rio de Janeiro-RJ, Forense, 2007, p. 328)

É importante trazer à colação, por oportuno, *precedente* firmado no âmbito da *colenda Segunda Seção*, em julgamento de *recurso especial repetitivo*, que, ao interpretar a sanção civil prevista no antigo art. 1.531 do Código de 1916 e no atual art. 940 do Código Civil de 2002, concluiu ser imprescindível a comprovação da má-fé do credor para ensejar o pagamento em dobro, em decorrência da cobrança judicial de dívida já adimplida.

Eis a ementa do referido acórdão:

Recursos especiais. Demanda postulando a declaração de incidência de correção monetária sobre as parcelas pagas a consórcio e a respectiva restituição dos valores. Acórdão estadual que considerou incidentes juros de mora, sobre os valores remanescentes a serem devolvidos aos autores, desde o 31º dia após

o encerramento do grupo consorcial, bem como aplicou a sanção prevista no artigo 1.531 do Código Civil de 1916 (atual artigo 940 do Código Civil de 2002) em detrimento do demandante que não ressalvara os valores recebidos.

1. Insurgência dos consorciados excluídos do grupo.

1.1. *Controvérsia submetida ao rito dos recursos repetitivos (artigo 543-C do CPC): A aplicação da sanção civil do pagamento em dobro por cobrança judicial de dívida já adimplida (cominação encartada no artigo 1.531 do Código Civil de 1916, reproduzida no artigo 940 do Código Civil de 2002) pode ser postulada pelo réu na própria defesa, independentemente da propositura de ação autônoma ou do manejo de reconvenção, sendo imprescindível a demonstração de má-fé do credor.*

1.2. *Questão remanescente. Apesar do artigo 1.531 do Código Civil de 1916 não fazer menção à demonstração da má-fé do demandante, é certo que a jurisprudência desta Corte, na linha da exegese cristalizada na Súmula 159/STF, reclama a constatação da prática de conduta maliciosa ou reveladora do perfil de deslealdade do credor para fins de aplicação da sanção civil em debate. Tal orientação explica-se à luz da concepção subjetiva do abuso do direito adotada pelo Codex revogado. Precedentes.*

1.3. Caso concreto.

1.3.1. A Corte estadual considerou evidente a má-fé de um dos autores (à luz das circunstâncias fáticas constantes dos autos), aplicando-lhe a referida sanção civil e pugnando pela prescindibilidade de ação autônoma ou reconvenção.

1.3.2. Consonância entre o acórdão recorrido e a jurisprudência desta Corte acerca da via processual adequada para pleitear a incidência da sanção civil em debate. Ademais, para suplantiar a cognição acerca da existência de má-fé do autor especificado, revelar-se-ia necessária a incursão no acervo fático-probatório dos autos, providência inviável no âmbito do julgamento de recurso especial, ante o óbice da Súmula 7/STJ.

2. Irresignação da administradora do consórcio.

2.1. Voto vencedor (e. Ministro Luis Felipe Salomão). Nos termos da jurisprudência da Segunda Seção, firmada no bojo de recurso especial representativo da controvérsia (artigo 543-C do CPC), a administradora do consórcio tem até trinta dias, a contar do prazo previsto contratualmente para o encerramento do grupo, para devolver os valores vertidos pelo consorciado desistente ou excluído (REsp 1.119.300/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 14.04.2010, DJe 27.08.2010). Nessa perspectiva, o transcurso do aludido lapso temporal, sem a ocorrência da restituição efetivamente devida, implica a incidência de juros moratórios a partir do trigésimo primeiro dia do encerramento do grupo consorcial. Orientação aplicável inclusive aos casos em que o ajuizamento da demanda ocorre após a liquidação do consórcio.

2.2. Voto vencido do relator. À luz das peculiaridades do caso concreto - ação ressarcitória ajuizada após o encerramento do grupo consorcial; inexistência de estipulação de termo certo no contrato de adesão; e incidência de previsão normativa, vigente à época, acerca da necessária iniciativa do credor para o recebimento do pagamento (o que caracteriza a dívida como quesível) - afigurar-se-ia cabida a adoção da exegese acerca da incidência dos juros de mora a partir da citação - momento em que ocorrida a obrigatória interpelação do devedor.

3. Recursos especiais desprovidos. Vencido o relator na parte em que dava provimento ao apelo extremo da administradora do consórcio, a fim de determinar a incidência dos juros de mora a partir da citação.

(REsp 1.111.270/PR, Rel. Ministro Marco Buzzi, Segunda Seção, julgado em 25/11/2015, DJe de 16/02/2016)

É, portanto, de *salutar tradição* no Direito brasileiro que a devolução em dobro de quantias pagas indevidamente figure como uma *sanção à parte que agiu em desacordo com os princípios que regem essas relações*, entre eles o da boa-fé.

Não cabe aqui a alegação de que a relação de consumo, sendo regida por regra própria, estaria fora do alcance da interpretação, baseada na razoabilidade, dada à legislação civil.

Afinal, a norma contida no Código Civil (tanto no de 1916 como no atual) não faz nenhuma restrição à hipótese de devolução em dobro, e, no entanto, a necessidade de comprovação da má-fé está sumulada desde 1963 pelo STF.

Com mais razão há de se aplicar esse raciocínio na interpretação do Código de Defesa do Consumidor, que também não se refere expressamente à má-fé, mas prevê que, na hipótese de “*engano escusável*”, a devolução em dobro não é cabível.

Ora, ao prever que o “*engano escusável*” afasta a devolução em dobro, o Código de Defesa do Consumidor nada mais faz que prestigiar a boa-fé como elemento das relações contratuais de consumo. Não se pode entender que o CDC dê o mesmo tratamento à conduta deliberada do fornecedor de violar direito dos consumidores e ao comportamento equivocado da sociedade empresária que causa prejuízo à clientela. Em ambas as hipóteses, cabe a restituição do indébito, mas não a sanção da dobra.

Lecionando sobre o tema, **JOÃO BATISTA DE ALMEIDA** anota:

(...) o Código [de Defesa do Consumidor] procurou sancionar de forma direta as condutas que afetavam a dignidade do consumidor inadimplente, estabelecendo taxativamente que ele será respeitado em sua integridade física, psicológica e

moral, ao impedir sua exposição a ridículo e sua submissão a constrangimento ou ameaça de qualquer tipo ou natureza (art. 42).

Veja-se que a lei impede apenas a cobrança abusiva. O consumidor pode sofrer constrangimentos legais, como protesto do título, penhora, execução, falência, etc. Além disso, pode ser cobrado condignamente em seu trabalho, descanso ou lazer, o que não ocorre, por exemplo, quando o credor telefona para o chefe do consumidor dizendo ser ele mau pagador.

O não cumprimento dessa regra importará a aplicação de sanções administrativas ao fornecedor (art. 56), a responsabilização criminal (art. 71) e a *imposição das seguintes sanções civis em caso de cobrança de quantia total ou parcialmente indevida: (a) repetição do indébito, pelo valor igual ao dobro do recebido em excesso, acrescida de juros e correção monetária desde o recebimento (art. 42, parágrafo único), e, (b) ocorrendo engano justificável ou boa-fé do credor, permanece a obrigação de restituir o indébito, porém de forma simples, com incidência de juros e atualização monetária (art. 42, parágrafo único, c/c o art. 964, do CC).*

(in A proteção jurídica do consumidor. 5ª ed., 2006. Saraiva, São Paulo, p. 128/129).

Como se vê, o doutrinador aponta a devolução em dobro como sanção civil, cabível, portanto, como resposta a uma conduta abusiva do fornecedor, que deliberadamente cobrou o que não lhe era devido.

Logo, é necessário, para afastar a ressalva legal expressa de “*hipótese de engano justificável*”, que se comprove ou, pelas circunstâncias, se possa claramente identificar, no caso concreto, a má-fé do fornecedor para ser reconhecido o direito à devolução em dobro do valor pago, conforme têm reiteradamente decidido as Turmas desta Corte que compõem a eg. Segunda Seção e se entendeu no v. acórdão embargado.

De fato, no âmbito da eg. *Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça*, tem prevalecido o entendimento de que é necessária a caracterização da má-fé para justificar a devolução em dobro dos valores recebidos indevidamente. Assim o demonstram os acórdãos a seguir:

Processual Civil. Agravo interno no recurso especial. SFH. CDC. Aplicação. Impertinência. Repetição em dobro. Má-fé. Não ocorrência. Tabela Price, seguro, prestações e saldo devedor. Súmula n. 7/STJ. Impugnação genérica. PES e CES. Fundamento inatacado. Decisão mantida.

1. Conforme a jurisprudência do STJ, não basta o reconhecimento de que o contrato está submetido ao CDC para ter por abusivas as cláusulas pactuadas. A incidência da legislação consumerista não altera o desfecho conferido ao caso.

2. A devolução em dobro dos valores pagos pelo consumidor pressupõe a existência de pagamento indevido e a má-fé do credor, consoante o entendimento desta Corte. Na presente causa, não ficou evidenciada a má-fé.

3. O recurso especial não comporta o exame de questões que impliquem interpretação de cláusula contratual ou revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, a teor do que dispõem as Súmulas n. 5 e 7 do STJ.

4. Inadmissível o recurso especial quando o entendimento adotado pelo Tribunal de origem coincide com a jurisprudência do STJ (Súmula n. 83/STJ).

5. Quanto à Tabela *Price*, Prestações, Saldo Devedor e Seguro, o recurso pede o afastamento das Súmulas n. 5 e 7 do STJ com base em argumentação genérica, sem apontar, com clareza e objetividade, qual o equívoco na aplicação dos referidos óbices. Por outro lado, omite-se de impugnar a conclusão relacionada à consonância do acórdão com o entendimento jurisprudencial desta Corte, no que diz respeito ao Plano de Equivalência Salarial e ao Coeficiente de Equiparação Salarial. Subsistem os fundamentos que deixaram de ser adequadamente impugnados.

6. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no REsp 1.502.471/RS, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 29/10/2019, DJe de 05/11/2019)

Recurso especial. Bancário. Ação de repetição de indébito. Tarifa de manutenção de título vencido. Cobrança. Pessoa jurídica. Previsão contratual. Necessidade. *Devolução em dobro. Má-fé. Inexistência. Art. 42, parágrafo único, do CDC. Afastamento.*

1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 1973 (Enunciados Administrativos n. 2 e 3/STJ).

2. A legalidade da cobrança de tarifas bancárias deve ser examinada à luz da Lei n. 4.595/1964, que regula o sistema financeiro nacional e determina que compete ao Conselho Monetário Nacional limitar, sempre que necessário, as taxas de juros, descontos, comissões e qualquer outra forma de remuneração de operações e serviços bancários ou financeiros e ao Banco Central do Brasil cumprir e fazer cumprir as disposições que lhe são atribuídas pela legislação em vigor e as normas expedidas pelo Conselho Monetário Nacional (arts. 4º, IX, e 9º).

3. Atualmente, a cobrança de tarifas bancárias é disciplinada pela Resolução CMN n. 3.919/2010, que manteve a mesma essência do regramento anterior (Resolução CMN n. 3.518/2007), na parte que impedia a cobrança de tarifas pela prestação de serviços bancários essenciais a pessoas naturais e limitava a exigibilidade de outras tarifas decorrentes da prestação de serviços prioritários, especiais e diferenciados às hipóteses taxativamente previstas em norma padronizadora.

4. A limitação prevista tanto na Resolução CMN n. 3.518/2007 quanto na Resolução CMN n. 3.919/2010 somente se aplica às pessoas naturais. As tarifas relativas a serviços prestados a pessoas jurídicas não foram padronizadas, podendo ser livremente cobradas pelas instituições financeiras, desde que contratualmente previstas ou previamente autorizado ou solicitado o respectivo serviço pelo cliente ou usuário.

5. Hipótese em que a instituição financeira demandada não demonstrou a existência de prévia pactuação para fins de cobrança da Tarifa de Manutenção de Título Vencido, decorrendo daí a sua ilegalidade.

6. *A aplicação do parágrafo único do art. 42 do Código de Defesa do Consumidor, que determina a devolução em dobro do indébito, exige, além da cobrança de quantia indevida, a configuração de má-fé do credor, o que não se verifica no caso em apreço.*

7. Recurso especial parcialmente provido.

(REsp 1.626.275/RJ, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 04/12/2018, DJe de 07/12/2018)

Agravo interno. Agravo em recurso especial. Civil e Processual. Repetição de indébito. Devolução em dobro. Má-fé. Comprovação. Necessidade. Reexame de provas. Súmula n. 7/STJ.

1. *Nos termos da jurisprudência da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, “[...] para se determinar a repetição do indébito em dobro deve estar comprovada a má-fé, o abuso ou leviandade, como determinam os artigos 940 do Código Civil e 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, o que não ocorreu na espécie, porquanto, segundo o Tribunal a quo, o tema da repetição em dobro sequer foi devolvida para apreciação”.* Precedentes.

2. Não cabe, em recurso especial, reexaminar matéria fático-probatória (Súmula n. 7/STJ).

3. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no AgRg no AREsp 730.415/RS, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 17/04/2018, DJe de 23/04/2018)

Agravo interno no agravo em recurso especial. Cobrança de serviços de telefonia não contratados. 1. Prazo prescricional trienal. Precedentes. 2. Má-fé não comprovada. *Impossibilidade de devolução em dobro dos valores cobrados indevidamente. Súmula 83 do STJ.* 3. *Dano moral não demonstrado. Modificação. Necessidade de reexame de fatos e provas. Óbice da Súmula n. 7/STJ.* 4. Alegada ofensa ao art. 475-B, § 1º, do CPC/1973. Falta de prequestionamento. 5. Agravo interno desprovido.

1. O entendimento das Turmas integrantes da Segunda Seção desta Corte é no sentido de que o prazo prescricional da ação ordinária por cobrança indevida

de valores referentes a serviços de telefonia não contratados, como no caso dos autos, é o previsto no art. 206, § 3º, IV, do Código Civil, ou seja, 3 anos.

2. *Outrossim, a jurisprudência da Segunda Seção desta Corte Superior entende ser impossível a restituição em dobro do indébito sem a prova de que a instituição financeira tenha agido de má-fé.*

3. A análise quanto à ocorrência do dano moral demanda o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, o que é vedado nesta Corte, ante o óbice constante do enunciado sumular n. 7/STJ.

4. O art. 475-B, § 1º, do CPC/1973, tido por violado no apelo nobre, não foi debatido no acórdão recorrido, tampouco cuidou o agravante de prequestioná-lo em embargos declaratórios, faltando, desse modo, o indispensável prequestionamento da matéria. Assim, aplicáveis os enunciados n. 282 e 356 da Súmula do STF.

5. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no AREsp 708.688/RS, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 19/05/2016, DJe de 31/05/2016)

Agravo regimental em agravo em recurso especial. Contrato de promessa de compra e venda de imóvel em construção. Prazo de tolerância para entrega em dias úteis. Súmula 284/STF. *Restituição simples ao consumidor. Ausência de má-fé. Súmula 83/STJ. Reexame. Súmula 7/STJ.* Recurso que deixa de impugnar especificamente os fundamentos da decisão ora agravada. Incidência da Súmula 182 do STJ. Recurso manifestamente inadmissível. Aplicação de multa. Art. 1.021, § 4º, CPC. Agravo não conhecido.

1. A mera alegação de violação à legislação federal, desacompanhada de argumentação jurídica pertinente e apta a demonstrar em que medida houve a alegada vulneração atrai a incidência da Súmula 284/STF e impede o conhecimento do recurso.

2. *A Segunda Seção desta Corte firmou o entendimento de que a devolução em dobro dos valores pagos pelo consumidor somente é possível quando demonstrada a má-fé do credor. Precedentes.*

3. O Tribunal de origem entendeu como não configurada a má-fé da parte credora, afastando a devolução em dobro do indébito. Nesse contexto, a modificação de tal entendimento lançado no acórdão recorrido demandaria nova análise do acervo fático-probatório dos autos, o que é vedado pela Súmula 7 do STJ.

4. Inexistindo impugnação específica, como seria de rigor, aos fundamentos da decisão ora agravada, essa circunstância obsta, por si só, a pretensão recursal, pois, à falta de contrariedade, permanecem incólumes os motivos expendidos pela decisão recorrida.

Incide na espécie a Súmula 182/STJ.

5. O recurso mostra-se manifestamente inadmissível, a ensejar a aplicação da multa prevista no artigo 1.021, § 4º, do CPC, no percentual de 1% sobre o valor atualizado da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito da respectiva quantia, nos termos do § 5º, do citado artigo de lei.

6. Agravo regimental não conhecido, com aplicação de multa.

(AgRg no AgRg no AREsp 731.339/DF, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 03/05/2016, DJe de 06/05/2016)

A seguir, pediu vista o *em. Ministro Herman Benjamin*, o qual, em seu voto, entendeu pelo conhecimento parcial dos embargos de divergência e, nessa parte, por seu provimento.

Na sequência, pediu vista o *em. Ministro Luis Felipe Salomão*.

No voto-vista que proferiu, concluiu, no caso concreto, pelo *provimento dos embargos de divergência*. No tocante à matéria de direito em debate, considerou haver apenas divergência aparente entre os entendimentos das Turmas das Primeira e Segunda Seções, e, com base nisso, trouxe fundamentação diversa para solucionar a controvérsia, consubstanciada nas seguintes premissas:

(i) a sanção civil de devolução em dobro, encartada no parágrafo único do artigo 42 do CDC, revela-se cabida *quando a cobrança indevida consubstanciar má-fé*, compreendida esta como *conduta contrária à boa-fé objetiva*, seja por força de *inobservância do dever anexo de lealdade - ato deliberado, com intuito fraudulento e malicioso, de prejudicar o consumidor -, ou do dever anexo de proteção - ato que denote leviandade em relação às cautelas exigidas no sentido de preservação da integridade pessoal e patrimonial do vulnerável;*

(ii) a *demonstração da omissão ou da recusa do fornecedor* - como, por exemplo, em resposta ao pedido informal e prévio do consumidor apontando a irregularidade da cobrança -, *será indício suficiente* para embasar a pretensão de repetição em dobro;

(iii) *cabará ao fornecedor*, na contestação ou na fase instrutória do processo, *demonstrar que não atuara em contrariedade à boa-fé objetiva*, isto é, que não agira de forma *desleal ou descuidada*, pois o *engano* cometido era, sim, *justificável*; e

(iv) *se houver divergência jurisprudencial em relação ao objeto da cobrança indevida ou caso a cláusula contratual em que se baseie for posteriormente declarada nula*, configura-se hipótese de *engano justificável*, excludente apta a afastar a incidência da sanção civil de repetição em dobro do indébito. (grifou-se)

Ao final, propôs “a seguinte *tese objetiva: a repetição em dobro, prevista no parágrafo único do artigo 42 do CDC, somente se revela cabível quando a cobrança indevida consubstanciar, concretamente, conduta contrária à boa-fé objetiva, seja por força de inobservância do dever anexo de lealdade – ato deliberado, com intuito fraudulento e malicioso, de prejudicar o consumidor –, ou do dever anexo de proteção/cuidado – ato que denote leviandade em relação às cautelas exigidas no sentido de preservação da integridade pessoal e patrimonial do vulnerável.*”

Após ouvir atentamente os ricos debates em torno do tema, assim como considerando a inteligente solução intermediária trazida pelo em. *Ministro Luis Felipe Salomão* em seu voto-vista, entendi necessária uma nova apreciação da questão controvertida.

Por essa razão, pedi vista novamente do presente processo (*EAREsp 676.608/RS*) e de seus correlatos *EREsp 1.413.542/RS* e *EAREsps 600.663/RS* e *622.897/RS*.

Em novo exame do tema, considero que a solução mais correta a ser adotada é a que nos traz o voto-vista do *Ministro Luis Felipe Salomão*, a qual prestigia a boa lógica natural de presunção da normalidade das coisas, ou seja, o *primado da boa-fé*.

Lembro que o art. 42 do Código de Defesa do Consumidor tem a seguinte redação:

Art. 42. Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça.

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.

Do que se extrai da leitura do dispositivo grifado, é correto reconhecer que não traz, em sua literalidade, a exigência da comprovação da “*má-fé*”, tampouco de “*culpa*” do fornecedor, para a caracterização do direito à devolução em dobro da quantia paga em excesso.

Não obstante essa primeira constatação, é certo também que o Direito - e o próprio Código de Defesa do Consumidor como expressão deste -, não se presta a proporcionar desequilíbrio e insegurança nas relações jurídicas, permitindo e patrocinando transferências de patrimônio entre contratantes, sem causa proporcional que a justifique, sem razoabilidade.

Certamente por isso, no parágrafo único do art. 42 do CDC, o legislador teve o cuidado de fazer expressa ressalva, contida na parte final do dispositivo, de que, na hipótese de engano justificável, a devolução em dobro não é devida. O engano justificável, no caso, seria do fornecedor-credor, ao cobrar, ainda que indevidamente, determinada quantia.

Quando a cobrança for de quantia efetivamente devida, por óbvio, nada haverá a debater.

Somente a cobrança de quantia indevida, portanto, é que enseja o debate. E como se extrai da norma transcrita, a cobrança de quantia indevida pode-se dar de duas formas: uma, em razão de engano injustificável, caracterizando culpa ou dolo do fornecedor, rendendo ensejo à aplicação da dobra na repetição do indébito; ou em razão de engano justificável, quando será devida a repetição simples.

Não se pode olvidar que os dispositivos legais não devem ser interpretados isolada ou literalmente, mas seguindo-se as boas técnicas de hermenêutica, entre as quais a histórica, a sistemática e a teleológica.

Nesse sentido, é importante destacar que a relação de consumo da qual ora se trata é também uma relação contratual, e, como tal, fundada na premissa de que vigora entre as partes contraentes o *Princípio da Boa-fé*, sobre o qual **JOSÉ CARLOS MALDONADO DE CARVALHO** oferece a seguinte lição:

O Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 4º, inciso III, contempla expressamente o *princípio da boa-fé nas relações de consumo*, como instrumento fundamental nas relações entre consumidores e fornecedores.

É, por conseguinte, um dever de conduta, e, fundamentalmente, um princípio orientador do comportamento que cada parte deve adotar.

(...)

Isso significa que “as pessoas devem adotar um comportamento leal em toda a fase prévia à constituição de tais relações (diligência *in contrahendo*); e que devem também se comportar lealmente no desenvolvimento das relações jurídicas já constituídas entre eles. Este dever de comportar-se segundo a boa-fé se projeta a sua vez nas direções em que se diversificam todas as relações jurídicas: direitos e deveres. *Os direitos devem exercitar-se de boa-fé; as obrigações devem exercitar-se de boa fé*”.

(in *Direito do Consumidor: fundamentos doutrinários e visão jurisprudencial*. 4ª ed., 2009. Lumen Juris, Rio de Janeiro, p. 14/15).

Grifou-se o período final da transcrição acima, uma vez que a cobrança de determinada quantia pelo fornecedor, mesmo quando indevida, deve ser vista,

a priori, como o exercício de um direito ou de um pretense direito *vislumbrado de boa-fé* sob a ótica de um dos contratantes, caracterizando, normalmente, quando muito, um “engano justificável”. Somente excepcionalmente ocorrerá **conduta contrária à boa-fé objetiva**, quando o valor cobrado não tiver respaldo algum (mínimo mesmo) na relação contratual vigente entre o fornecedor e o consumidor, sendo fruto de má-fé ou de engano injustificável.

Noutras palavras, não se pode presumir que, em regra, o fornecedor deliberadamente conceba formas de cobrança de quantias que sabe não amparadas pela relação contratual, com a intenção de obter vantagem indevida sobre o consumidor, violando o contratado e a própria legislação consumerista protetiva.

Afinal, é noção consolidada no Direito a de que *a boa-fé presume-se (assim como a normalidade das coisas)*, *a má-fé prova-se (assim como a anormalidade das coisas)*.

Esta Corte Especial tem decidido nesse sentido inúmeras vezes, conforme se exemplifica com o acórdão abaixo:

Processo Civil. Recurso repetitivo. Art. 543-c do CPC. Fraude de execução. Embargos de terceiro. Súmula n. 375/STJ. Citação válida. Necessidade. Ciência de demanda capaz de levar o alienante à insolvência. Prova. Ônus do credor. Registro da penhora. Art. 659, § 4º, do CPC. Presunção de fraude. Art. 615-A, § 3º, do CPC.

1. Para fins do art. 543-c do CPC, firma-se a seguinte orientação: 1.1. É indispensável citação válida para configuração da fraude de execução, ressalvada a hipótese prevista no § 3º do art. 615-A do CPC.

1.2. O reconhecimento da fraude de execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente (Súmula n. 375/STJ).

1.3. *A presunção de boa-fé é princípio geral de direito universalmente aceito, sendo milenar a parêmia: a boa-fé se presume; a má-fé se prova.*

1.4. Inexistindo registro da penhora na matrícula do imóvel, é do credor o ônus da prova de que o terceiro adquirente tinha conhecimento de demanda capaz de levar o alienante à insolvência, sob pena de tornar-se letra morta o disposto no art. 659, § 4º, do CPC.

1.5. Conforme previsto no § 3º do art. 615-A do CPC, presume-se em fraude de execução a alienação ou oneração de bens realizada após a averbação referida no dispositivo.

2. Para a solução do caso concreto: 2.1. Aplicação da tese firmada.

2.2. Recurso especial provido para se anular o acórdão recorrido e a sentença e, consequentemente, determinar o prosseguimento do processo para a realização da instrução processual na forma requerida pelos recorrentes.

(REsp 956.943/PR, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Rel. p/ acórdão Ministro João Otávio de Noronha, Corte Especial, julgado em 20/08/2014, DJe de 1º/12/2014)

Feitas essas ponderações, considera-se que, para a aplicação da sanção civil prevista no art. 42, parágrafo único, do CDC, é necessária a caracterização de **conduta contrária à boa-fé objetiva** para justificar a reprimenda civil de imposição da devolução em dobro dos valores cobrados indevidamente.

Para tanto, deve ser considerada má-fé, tal como explicitado no voto-vista do eminente *Ministro Luis Felipe Salomão*, a conduta contrária à boa-fé objetiva, “*seja por força de inobservância do dever anexo de lealdade – ato deliberado, com intuito fraudulento e malicioso, de prejudicar o consumidor –, ou do dever anexo de proteção – ato que denote leviandade em relação às cautelas exigidas no sentido de preservação da integridade pessoal e patrimonial do vulnerável*”.

Ademais, é importante salientar, na linha daquele voto-vista, que “*cabará ao fornecedor, na contestação ou na fase instrutória do processo, demonstrar que não atuara em contrariedade à boa-fé objetiva, isto é, que não agira de forma desleal ou descuidada, pois o engano cometido era, sim, justificável*”.

Na hipótese em apreço, embora o acórdão embargado, da colenda Terceira Turma, tenha decidido a controvérsia em conformidade com a orientação acima exposta, exigindo a comprovação da má-fé para a devolução em dobro dos valores pagos indevidamente pelo consumidor na cobrança indevida de serviços públicos concedidos (CDC, art. 42, parágrafo único), não deu a solução mais adequada ao caso concreto.

Da análise das premissas fático-probatórias já delineadas pela Corte de origem, observa-se que a cobrança indevida derivou da não contratação de um determinado serviço, posteriormente cobrado da consumidora pela empresa de telefonia. Ademais, o consumidor efetuou diversas reclamações perante a empresa, relativamente à cobrança indevida, não obtendo êxito.

Desse modo, houve por parte da fornecedora recebimento de valores cobrados indevidamente do consumidor, em conduta contrária à boa-fé objetiva, por violação do dever anexo de proteção.

Por essa razão, na hipótese, não há como afastar o direito à devolução em dobro dos valores pagos indevidamente, de modo que merecem ser providos, nesse aspecto, os embargos de divergência.

Por derradeiro, é importante salientar que *pedi vista dos autos apenas para nova análise da tese da devolução em dobro*, de maneira que, *relativamente ao prazo prescricional, mantenho o voto que já havia proferido na sessão de 20/9/2017*, embora tenha ficado vencido, aplicando o prazo prescricional trienal do art. 206, § 3º, V, do Código Civil. No ponto, então, entendo que deve ser mantida a conclusão de não provimento dos embargos de divergência.

Diante do exposto, peço vênia para *acompanhar o voto-vista divergente* apresentado pelo eminente *Ministro Luis Felipe Salomão quanto à tese da devolução em dobro*, e, no caso concreto, delibero no sentido de dar parcial provimento aos embargos de divergência, apenas para autorizar a referida devolução em dobro.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Og Fernandes (Relator): Inicialmente, importante fazer um histórico do ocorrido no julgamento dos presentes embargos de divergência, que começou em 16/3/2016 e foi finalizado apenas em 21/10/2020.

Histórico do Julgamento dos Embargos de Divergência

Na primeira versão do voto por mim elaborado, ressaltai o seguinte:

Inicialmente, impende ressaltar, somente para não deixar dúvidas, que os embargos de divergência foram conhecidos apenas no ponto em que se discute o lapso prescricional cabível aos casos de repetição de indébito por cobrança indevida de valores referentes a serviços não contratados, promovida por empresa de telefonia.

A suposta divergência apresentada em relação à aplicação do art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, não se mostra existente, pois já está pacificado o entendimento acerca do cabimento da repetição em dobro apenas nos casos em que demonstrada a má-fé do credor. Incide, pois, a Súmula 168/STJ: “Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado”.

No que diz respeito ao tema da prescrição, sobre o qual se conheceu da divergência, defende a parte embargante que a prescrição aplicável ao caso deve ser a decenal, não a trienal. Fundamenta com fulcro em acórdãos proferidos no âmbito da Segunda Turma desta Colenda Corte Superior.

De fato, sobre o tema, no âmbito da Segunda Turma, tive oportunidade de integrar julgamentos em que ficou assentado que a repetição do indébito por

cobrança indevida de valores referentes a serviços não contratados, promovida por empresa de telefonia, deveria seguir a norma geral do lapso prescricional (art. 205, Código Civil), a exemplo do que decidido e sumulado (Súmula 412/STJ) no que diz respeito ao lapso prescricional para repetição de indébito de tarifas de água e esgoto. Relatei casos sobre o tema também, posicionando-me nesse sentido.

Com efeito, o STJ firmou orientação de que o prazo prescricional para o ressarcimento por cobrança indevida de serviço telefônico é de 10 (dez) anos, o mesmo aplicável às ações pertinentes a tarifas de água e esgoto (REsp 1.113.403/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, DJe 15/9/2009, julgado na forma do art. 543-C do CPC). A propósito:

Processual Civil e administrativo. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Serviço de telefonia. Cobrança indevida. Prescrição. Recurso que não impugna, especificamente, o fundamento da decisão agravada. Súmula 182/STJ. Confirmação da decisão que dá provimento ao recurso especial, para afastar a prescrição quinquenal, por estar o acórdão do Tribunal de origem em confronto com a orientação jurisprudencial do STJ. Agravo regimental improvido.

I. No presente Agravo Regimental, a agravante não impugna, especificamente, o fundamento da decisão agravada, e apresenta fundamentos outros, dela dissociados.

II. Interposto Agravo Regimental, sem impugnar, especificamente, os fundamentos da decisão agravada, e apresentando, ainda, outra fundamentação, dela dissociada, constitui óbice ao conhecimento do inconformismo a Súmula 182 desta Corte.

III. A Primeira Seção do STJ, ao julgar, sob o rito do art. 543-C do CPC, o Recurso Especial 1.113.403/RJ (Rel. Ministro *Teori Albino Zavascki, Primeira Seção*, DJe de 15/09/2009), assim se pronunciou sobre o prazo prescricional para as ações de repetição de indébito relativo às tarifas de serviços cobradas indevidamente: (a) 20 (vinte) anos, na forma do art. 177 do Código Civil de 1916; ou (b) 10 (dez) anos, tal como previsto no art. 205 do Código Civil de 2002, observando-se a regra de direito intertemporal, estabelecida no art. 2.028 do Código Civil de 2002.

IV. No caso do autos, as instâncias ordinárias assentaram ser indevida a cobrança de valores, nas contas telefônicas, desde dezembro de 2007. Portanto, aplica-se, para a sua restituição, o prazo prescricional decenal, anteriormente à propositura da demanda.

V. Agravo Regimental improvido.

(AgRg no AREsp 695.329/RS, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 15/9/2015, DJe 25/9/2015.)

Administrativo. Serviços de fornecimento de água. Cobrança de tarifa progressiva. Legitimidade. Repetição de indébito de tarifas. Aplicação do prazo prescricional do Código Civil. Precedentes.

1. É legítima a cobrança de tarifa de água fixada por sistema progressivo.
2. A ação de repetição de indébito de tarifas de água e esgoto sujeita-se ao prazo prescricional estabelecido no Código Civil.
3. Recurso especial da concessionária parcialmente conhecido e, nessa parte, provido. Recurso especial da autora provido. Recursos sujeitos ao regime do art. 543-C do CPC.

(REsp 1.113.403/RJ, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, DJe 15/9/2009.)

Direito Civil e do Consumidor. Recurso especial. Relação entre banco e cliente. Consumo. Celebração de contrato de empréstimo extinguindo o débito anterior. Dívida devidamente quitada pelo consumidor. Inscrição posterior no SPC, dando conta do débito que fora extinto por novação. Responsabilidade civil contratual. Inaplicabilidade do prazo prescricional previsto no artigo 206, § 3º, V, do Código Civil.

1. O defeito do serviço que resultou na negativação indevida do nome do cliente da instituição bancária não se confunde com o fato do serviço, que pressupõe um risco à segurança do consumidor, e cujo prazo prescricional é definido no art. 27 do CDC.
2. É correto o entendimento de que o termo inicial do prazo prescricional para a propositura de ação indenizatória é a data em que o consumidor toma ciência do registro desabonador, pois, pelo princípio da *actio nata*, o direito de pleitear a indenização surge quando constatada a lesão e suas consequências.
3. A violação dos deveres anexos, também intitulados instrumentais, laterais, ou acessórios do contrato - tais como a cláusula geral de boa-fé objetiva, dever geral de lealdade e confiança recíproca entre as partes -, implica responsabilidade civil contratual, como leciona a abalizada doutrina com respaldo em numerosos precedentes desta Corte, reconhecendo que, no caso, a negativação caracteriza ilícito contratual.
4. O caso não se amolda a nenhum dos prazos específicos do Código Civil, incidindo o prazo prescricional de dez anos previsto no artigo 205, do mencionado Diploma.

5. Recurso especial não provido.

(Recurso Especial 1.276.311/RS, Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 17/10/2011.)

Agravo regimental no recurso especial. Processual Civil. Ação indenizatória. Violação do art. 535 do CPC. Inexistência. Prescrição. Reexame de matéria fática. Súmula 7/STJ. Impossibilidade.

1. Inexistência de maltrato ao art. 535 do CPC quando o acórdão recorrido, ainda que de forma sucinta, aprecia com clareza as questões essenciais ao julgamento da lide.

2. O artigo 206, § 3º, V, do Código Civil, regula o prazo prescricional relativo às de reparação de danos na responsabilidade civil extracontratual.

3. A pretensão indenizatória da parte autora, nascida do inadimplemento contratual, obedece ao prazo prescricional decenal por ter natureza contratual.

4. Não apresentação pela parte agravante de argumentos novos capazes de infirmar os fundamentos que alicerçaram a decisão agravada.

5. *Agravo regimental desprovido.*

(AgRg no REsp 1.317.745/SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, DJe 14/5/2014.)

Processual Civil e Civil. Agravo regimental. Agravo em recurso especial. Sociedade de economia mista concessionária de serviço público. Ação de cumprimento contratual. Prescrição decenal. Art. 205 do Código Civil. Recurso desprovido.

1. O prazo prescricional relativo à ação de cumprimento contratual ajuizada contra sociedade de economia mista concessionária de serviço pública é de dez anos (art. 205 do Código Civil).

2. Precedentes do STJ.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 138.704/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Terceira Turma, DJe 22/8/2013.)

Nesse sentido, a tese perfilhada, a qual aderi, tem como base a não existência de norma específica a reger a hipótese. Trata-se de norma supletiva do Código Civil, que assim dispõe: “Art. 205. A prescrição ocorre em 10 (dez) anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor”.

Com a devida vênia, a tese adotada no âmbito do acórdão recorrido, de que a pretensão de repetição de indébito por cobrança indevida de valores referentes a serviços não contratados, promovida por empresa de telefonia, configuraria enriquecimento sem causa e, portanto, estaria abrangida pelo prazo fixado no art. 206, § 3º, IV, do Código Civil, não parece ser correta.

A pretensão de enriquecimento sem causa (ação *in rem verso*) possui como requisitos: enriquecimento de alguém; empobrecimento correspondente de outrem; relação de causalidade entre ambos; **ausência de causa jurídica; inexistência de ação específica**. Trata-se, portanto, de ação subsidiária que depende da inexistência de causa jurídica. É o que estabelece o Código Civil, *verbis*:

884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

Art. 886. Não caberá a restituição por enriquecimento, se a lei conferir ao lesado outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido.

A discussão acerca da cobrança indevida de valores constantes de relação contratual e eventual repetição de indébito não se enquadra na hipótese do art. 206, § 3º, IV, do Código Civil, seja porque a causa jurídica, em princípio, existe (relação contratual prévia em que se debate a legitimidade da cobrança), seja porque a ação de repetição de indébito é ação específica.

Como bem ponderou Caio Mário da Silva Pereira, ainda acerca do Código Civil de 1916 (conclusão aplicável ao Código Civil de 2002), após situar o pagamento indevido no quadro do instituto do enriquecimento sem causa:

O Código Civil brasileiro, a exemplo do austríaco e do português, cogitou em particular do pagamento indevido, aliás considerado já no Direito Romano a mais típica hipótese entre os diversos meios de prover a restituição fundada em justificação deficiente [...] o pagamento indevido é tido, na moderna dogmática, como modalidade peculiar de enriquecimento sem causa, **admitindo-se, todavia, que a ação de repetição seja específica, e só na sua falta caiba a de in rem verso genérica** (PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil - vol. 2, 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996).

No mesmo sentido:

Importante assinalar que a ação de *in rem verso*, no direito moderno, diversificou-se da antiga *actio* romana assim denominada.

Em verdade, modernamente, a ação em destaque deixou a aplicação especializada que lhe conferia o velho Direito Romano, para tornar-se na ação de locupletamento de indébito, vindo em socorro de todo aquele que tenha sido lesado em seu patrimônio **e que não possa invocar uma relação obrigacional**" (AZEVEDO, Álvaro Vilação (coord.); MATHIAS, Carlos Fernando. Código Civil Comentado - Tomo IX, São Paulo: Atlas, 2004, pág. 172).

O mestre Orlando Gomes, de forma certa, conclui que, não estabelecido o caráter subsidiário, todas as ações seriam absorvidas pela de *in rem verso*, convertido o princípio condenatório do enriquecimento sem causa numa panaceia. Transcrevo:

A ação de enriquecimento cabe toda vez que, havendo direito de pedir a restituição do bem obtido sem causa justificativa de aquisição, o prejudicado não dispõe de outra ação para exercê-lo. Tem, portanto, caráter subsidiário. Só se justifica nas hipóteses em que não haja outro meio para obter a reparação do direito lesado. A esta conclusão, aceita pela maioria dos escritores, chegou o direito italiano no qual não cabe, quando o prejudicado pode obter por meio de outra ação, indenização do dano sofrido. Se não fora assim, todas as ações seriam absorvidas pela de *in rem verso*, convertido o princípio condenatório do enriquecimento sem causa numa panaceia (GOMES, Orlando. Obrigações, 15ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002, pág. 252).

Merece menção, ainda, o Enunciado n. 188/STJ, aprovado na III Jornada de Direito Civil: “188 – Art. 884: A existência de negócio jurídico válido e eficaz é, em regra, uma justa causa para o enriquecimento”.

Verifica-se, pois, que o prazo prescricional estabelecido no art. 206, § 3º, IV, do Código Civil deve ser interpretado de forma restritiva, para os casos subsidiários de ação de *in rem verso*.

Portanto, no presente caso, a parte embargante sustenta a tese vencedora, fazendo *jus* ao provimento do recurso.

Ante o exposto, voto pelo conhecimento, em parte, e, no ponto conhecido, pelo provimento dos embargos de divergência, de sorte a vingar a tese de que a repetição de indébito por cobrança indevida de valores referentes a serviços não contratados, promovida por empresa de telefonia, deve seguir a norma geral do lapso prescricional (10 anos - art. 205, Código Civil), a exemplo do que decidido e sumulado (Súmula 412/STJ) no que diz respeito ao lapso prescricional para repetição de indébito de tarifas de água e esgoto.

É como voto.

Posteriormente, em 6/8/2019, apresentei retificação de voto, com o seguinte teor:

Como o julgamento ainda não se findou, retifico parcialmente o meu voto nos termos a seguir expostos.

Como Relator, votei para conhecer parcialmente do recurso, com o seguinte fundamento:

A suposta divergência apresentada em relação à aplicação do art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, não se mostra existente, pois já está pacificado o entendimento acerca do cabimento da repetição em dobro apenas nos casos em que demonstrada a má-fé do credor. Incide, pois, a Súmula 168/STJ: “Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado”.

Ocorre que a jurisprudência não está sedimentada no âmbito desta Corte Especial, como se percebe claramente quando se vê que teremos vários processos discutindo esse tema na sessão de hoje, a exemplo dos EAREsp n. 664.888/RS e 1.413.542/RS.

Assim, voto pelo conhecimento integral do recurso e, no mérito, pelo seu integral provimento, adotando o entendimento de que: 1) a restituição em dobro de indébito (parágrafo único do art. 42 do CDC) independe da natureza do elemento volitivo do agente que cobrou o valor indevido, revelando-se cabível quando a cobrança indevida consubstanciar conduta contrária à boa-fé objetiva; 2) a repetição de indébito por cobrança indevida de valores referentes a serviços não contratados, promovida por empresa de telefonia, deve seguir a norma geral do lapso prescricional (10 anos - art. 205, Código Civil), a exemplo do que decidido e sumulado (Súmula 412/STJ) no que diz respeito ao lapso prescricional para repetição de indébito de tarifas de água e esgoto.

É como voto.

O julgamento prosseguiu por algumas sessões, tramitando em conjunto com outros embargos de divergência que cuidavam da mesma questão, nomeadamente: EAREsp n. 664.888 (Rel. Min. Herman Benjamin); EAREsp n. 600.663 (Rel. p/ acórdão Min. Herman Benjamin); EREsp n. 1.413.542 (Rel. p/ acórdão Min. Herman Benjamin); EAREsp n. 622.897 (Rel. p/ acórdão Min. Herman Benjamin).

Houve um consenso do colegiado, durante a sessão de 4/3/2020, para que, nas palavras do Min. Luis Felipe Salomão, “*diante da quantidade de votos já proferidos e também das teses já apresentadas, os EAREsp n. 676.608, cuja relatoria coube ao Ministro Og Fernandes, era o ambiente mais adequado para fixarmos a tese. Essa foi uma solução em que votaríamos a tese neste e os demais ficariam adiados para que fossem arrumadas as teses, para não haver dispersão de julgamento. Minha proposta é que concentremos o julgamento no 676.608.*”.

Ao final da sessão da Corte Especial de 21/10/2020, a Coordenadoria certificou o seguinte com relação ao julgamento dos presentes embargos de divergência:

Certifico que a egrégia *Corte Especial*, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo no julgamento, após o voto do Sr. Ministro Relator conhecendo dos embargos de divergência e dando-lhes provimento, nos moldes do voto do Sr. Ministro Herman Benjamin, no que foi acompanhado pelos Srs. Ministros Luis Felipe Salomão, Mauro Campbell Marques, Raul Araújo, Laurita Vaz, Humberto Martins e Jorge Mussi, e a ratificação dos votos das Sras. Ministras Nancy Andrichi e Maria Thereza de Assis Moura, a Corte Especial, por maioria, conheceu dos embargos de divergência e deu-lhes provimento, com modulação dos efeitos, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão, Mauro Campbell Marques, Raul Araújo, Laurita Vaz, João Otávio de Noronha, Humberto Martins, Herman Benjamin e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator. Vencidas as Sras. Ministras Nancy Andrichi e Maria Thereza de Assis Moura que conheciam dos embargos e davam-lhes provimento, mas por outro fundamento e sem modulação dos efeitos. Vencido parcialmente o Sr. Ministro Raul Araújo quanto ao prazo prescricional.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Felix Fischer.

Impedido o Sr. Ministro Benedito Gonçalves.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros João Otávio de Noronha e Napoleão Nunes Maia Filho.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Passo a explicitar, a seguir, quais foram os fundamentos vencedores decorrentes do consenso formado pela maioria da Corte Especial.

Fundamentos adotados pelo entendimento vencedor

Como visto no tópico anterior, a retificação de voto que apresentei em 6/8/2019 alterou parcialmente o voto original, para conhecer integralmente do recurso.

O voto original conhecia parcialmente do recurso, apenas no que tange à discussão acerca do prazo prescricional para o ajuizamento da ação de repetição de indébito por cobrança indevida de valores referentes a serviços não contratados, promovida por empresa de telefonia. No ponto, entendi que se deve seguir a norma geral do lapso prescricional (10 anos - art. 205, Código Civil), a exemplo do que decidido e sumulado (Súmula 412/STJ) no que diz respeito ao lapso prescricional para repetição de indébito de tarifas de água e esgoto. Mantenho o voto integralmente nesse aspecto, inclusive e especialmente quantos aos fundamentos ali adotados. A novidade a ser tratada restringe-se à

restituição em dobro de indébito (parágrafo único do art. 42 do CDC), que não era examinada no voto original.

Destaco, agora, os fundamentos que prevaleceram para a maioria dos membros da Corte Especial com relação a esse aspecto, após as contribuições hauridas dos diversos votos, especialmente levando-se em conta o voto-vista do Ministro Herman Benjamin, que consolidou os votos até então proferidos, buscando a obtenção de um consenso possível entre todos.

Na configuração da divergência do presente caso, temos, de um lado, o acórdão embargado da Terceira Turma concluindo que a norma do art. 42 do Código de Defesa do Consumidor pressupõe a demonstração de que a cobrança indevida decorreu de má-fé do credor fornecedor do serviço, enquanto os acórdãos-paradigmas da Primeira Seção afirmam que a repetição em dobro prescinde de má-fé, bastando a culpa. Ilustrando o posicionamento da Primeira Seção: EREsp n. 1.155.827/SP, Rel. Min. Humberto Martins, Primeira Seção, DJe 30/6/2011. Para exemplificar o posicionamento da Segunda Seção, vide: EREsp n. 1.127.721/RS, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, Rel. p/ Acórdão Min. Marco Buzzi, Segunda Seção, DJe 13/3/2013.

Quanto ao citado parágrafo único do art. 42 do CDC, abstrai-se que a cobrança indevida será devolvida em dobro, “salvo hipótese de engano justificável”.

Em outras palavras, se não houver justificativa para a cobrança indevida, a repetição do indébito será em dobro.

A divergência aqui constatada diz respeito ao caráter volitivo, a saber: se a ação que acarretou cobrança indevida deve ser voluntária (dolo/má-fé) e/ou involuntária (por culpa).

O próprio dispositivo legal caracteriza a conduta como *engano* e somente exclui a devolução em dobro se ele for justificável. Ou seja, a conduta base para a repetição de indébito é a ocorrência de engano, e a lei, rígida na imposição da boa-fé objetiva do fornecedor do produto ou do serviço, somente exclui a devolução dobrada se a conduta (engano) for justificável (não decorrente de culpa ou dolo do fornecedor).

Exigir a má-fé do fornecedor de produto ou de serviço equivale a impor a ocorrência de ação dolosa de prejudicar o consumidor como requisito da devolução em dobro, o que não se coaduna com o preceito legal.

Nesse ponto, a construção realizada pela Segunda Seção em seus precedentes, ao invocar a má-fé do fornecedor como fundamento para a afastar

a duplicação da repetição do indébito, não me convence, pois atribui requisito não previsto em lei.

A *tese da exclusividade do dolo* inviabiliza, por exemplo, a devolução em dobro de pacotes de serviços, no caso de telefonia, jamais solicitados pelo consumidor e sobre o qual o fornecedor do serviço invoque qualquer “justificativa do seu engano”. Isso porque o requisito subjetivo da má-fé é prova substancialmente difícil de produzir. Exigir que o consumidor prove dolo ou má-fé do fornecedor é imputar-lhe *prova diabólica*, padrão probatório que vai de encontro às próprias filosofia e *ratio* do CDC.

Não vislumbro distinção para os casos em que o indébito provém de contratos que não envolvam fornecimento de serviços públicos, de forma que também deve prevalecer para todas as hipóteses a tese, que defendi acima, de que tanto a conduta dolosa quanto culposa do fornecedor de serviços dá azo à devolução em dobro do indébito, de acordo com o art. 42 do CDC.

Nessas modalidades contratuais, também deve prevalecer o *critério dúplice do dolo/culpa*. Assim, tanto a conduta dolosa quanto a culposa do fornecedor de serviços dão substrato à devolução em dobro do indébito, à luz do art. 42 do CDC.

Modulação dos efeitos da decisão

O art. 927, § 3º, do CPC prevê que: “*Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.*”.

No mesmo sentido, o enunciado n. 76, aprovado na I Jornada de Processo Civil do CJF, dispõe:

É considerada omissa, para efeitos do cabimento dos embargos de declaração, a decisão que, *na superação de precedente*, não se manifesta sobre a modulação de efeitos. (grifou-se)

O enunciado n. 55 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis - FPPC, por sua vez, explicita que:

Pelos pressupostos do § 3º do art. 927, *a modificação do precedente* tem, como regra, eficácia temporal prospectiva. No entanto, pode haver modulação temporal, no caso concreto. (grifou-se)

Ravi Peixoto traz a seguinte lição sobre o ponto [*In*: FLUMIGNAN, Silvano José Gomes; KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino; PEIXOTO, Marco Aurélio Ventura (Coords.). **Enunciados das Jornadas de Direito Processual Civil do Conselho da Justiça Federal - CJF**: organizados por assunto, anotados e comentados. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 398-399.]:

No caso da superação de precedentes, a quebra da estabilidade é gerada pelo próprio Poder Judiciário, ao modificar, de forma surpreendente, um posicionamento consolidado, podendo surgir, nessa situação, a necessidade da utilização da modulação de efeitos. Tanto a segurança jurídica como a confiança legítima exigem uma tutela adequada, quando violadas e, uma de suas formas, estudada nesse trabalho, é a modulação de efeitos, sendo um dever do referido órgão jurisdicional ao menos conhecer da matéria. (grifou-se)

Na hipótese aqui tratada, a jurisprudência da Segunda Seção, relativa a contratos privados, seguia compreensão que, com o presente julgamento, passa a ser superada, em consonância com a dominante da Primeira Seção, o que faz sobressair a necessidade de privilegiar os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança dos jurisdicionados.

Assim, proponho modular os efeitos da presente decisão para que o entendimento aqui fixado seja empregado aos indébitos de natureza contratual não pública pagos após a data da publicação do acórdão.

Caso concreto

Na hipótese dos autos, o acórdão recorrido fixou como requisito a má-fé, desconsiderando a possibilidade de culpa, para fins do parágrafo único do art. 42 do CDC, em indébito decorrente de contrato de prestação de serviço público de telefonia.

Assim, os embargos de divergência merecem ser providos para impor a devolução em dobro do indébito.

Conclusão

Em conclusão, proponho a fixação de duas teses e de modulação parcial de efeitos.

Primeira tese: *A restituição em dobro do indébito (parágrafo único do artigo 42 do CDC) independe da natureza do elemento volitivo do fornecedor que realizou*

a cobrança indevida, revelando-se cabível quando a referida cobrança consubstanciar conduta contrária à boa-fé objetiva.

Segunda tese: *A ação de repetição de indébito por cobrança de valores referentes a serviços não contratados promovida por empresa de telefonia deve seguir a norma geral do prazo prescricional decenal, consoante previsto no artigo 205 do Código Civil, a exemplo do que decidido e sumulado no que diz respeito ao lapso prescricional para repetição de tarifas de água e esgoto (Súmula 412/STJ).*

Modulação dos efeitos: *Modulam-se os efeitos da presente decisão – somente com relação à primeira tese – para que o entendimento aqui fixado quanto à restituição em dobro do indébito seja aplicado apenas a partir da publicação do presente acórdão. A modulação incide unicamente em relação às cobranças indevidas em contratos de consumo que não envolvam prestação de serviços públicos pelo Estado ou por concessionárias, as quais apenas serão atingidas pelo novo entendimento quando pagas após a data da publicação do acórdão.*

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Og Fernandes (Relator): Tratando-se de ponto relevante a discussão acerca do conhecimento destes embargos de divergência, passo a tratar, mais amiúde, acerca da extensão que pode ser atribuída à Súmula 83/STJ.

Dito de outro modo: podem ser conhecidos os embargos de divergência que foram interpostos de julgamento colegiado, cujo fundamento tenha sido a aplicação da Súmula 83/STJ, mesmo na hipótese de haver sido confirmada tese de mérito? E, nesse caso, é cabível estabelecer a mesma interpretação dada para aplicação da Súmula 315/STJ? Mais ainda: aplicada a Súmula 83/STJ, para confirmar aresto de órgão fracionário deste STJ, o qual colide com entendimento da Corte Superior, ainda assim não poderiam ser conhecidos os embargos de divergência, apenas porque o fundamento teria sido a aplicação do Enunciado n. 83?

Primeiramente, cabe esclarecer que esta discussão se encontra instaurada nesta Corte Especial no EAREsp n. 600.663/RS, da Relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, que votou pelo conhecimento dos embargos de divergência. Posteriormente, o Ministro João Otávio de Noronha votou pelo não conhecimento dos embargos de divergência, havendo pedido vista o Ministro Herman Benjamim.

A Súmula 83/STJ assim se encontra redigida: “Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida”.

De sua parte, dispõe a Súmula 315/STJ que “não cabem embargos de divergência no âmbito do agravo de instrumento que não admite recurso especial”. Como é sabido, o referido enunciado se justifica pelo fato de se pressupor que, na inadmissibilidade do recurso especial, não há apreciação do mérito da pretensão nele veiculada, o que tornaria descabido conhecer de embargos de divergência, desde quando inexistente divergência estabelecida.

A questão que se põe é: diante disso, a dita “inadmissibilidade” do recurso especial, com fundamento na Súmula 83/STJ igualmente traria óbice ao conhecimento dos embargos de divergência, assim como ocorre no caso da aplicação da Súmula 315/STJ?

A resposta há de ser encontrada na análise aprofundada do tema posto.

Com efeito, nada obstante a Súmula 83/STJ frise a expressão “não se conhece”, em verdade, a sua aplicação demanda análise do mérito da controvérsia. É que, ao consignar que “a orientação do tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida”, o decisório, ao fim e ao cabo, está perfazendo uma típica atividade de subsunção. Enfim, está aplicando o direito à espécie e formulando um juízo de valor sobre o mérito da controvérsia posta à apreciação.

Outrossim, mesmo abstraindo a consideração acima, quanto ao enunciado sumular dizer, ou não, respeito à questão de mérito, cabe aqui uma revisitação aos precedentes que originaram o enunciado n. 83 da Súmula de Jurisprudência deste STJ.

O primeiro precedente que originou a Súmula 83/STJ contido no AgRg no Ag n. 6.511/DF nem sequer se reportou à hipótese de não conhecimento.

No citado caso, o eminente Relator, Ministro Américo Luz, negou seguimento ao REsp n. 6.511-0/DF, por considerar que havia no caso “jurisprudência pacífica” do STJ sobre a matéria (reajustamento de prestações de imóveis financiados pelo SFH). Interposto o agravo regimental, ao dito recurso foi negado provimento. Ou seja: em nenhum momento falou-se, no aludido recurso, seja no decisório que negou seguimento ao recurso especial, seja no julgamento do agravo regimental interposto, em hipótese de não conhecimento.

Analiso, *per si*, os precedentes firmados nos seguintes recursos, que serviram igualmente de premissa para a formulação do Enunciado n. 83 da Súmula de Jurisprudência deste STJ:

a) EREsp n. 2.868/SP, Rel. Min. Athos Carneiro: não conhecimento do recurso, por superação do paradigma invocado e aplicação da Súmula 247/STF.

b) EREsp n. 2.873/SP, Rel. Min. Fontes de Alencar: não conhecimento do recurso, por superação do paradigma invocado e aplicação da Súmula 247/STF.

c) EREsp n. 5.922-0/RS, Rel. Min. Demócrito Reinaldo: neste caso, muito embora a fundamentação dissesse respeito à superação da divergência, a conclusão foi pela “rejeição” dos embargos e não pelo fundamento do “não conhecimento”.

d) REsp n. 5.880/SP, Rel. Min. Nilson Naves: não conhecimento, por se tratar de aplicação da Súmula 8/STJ.

e) REsp n. 10.399/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo: não conhecimento, por se tratar de entendimento já superado (Súmula 286/STF) e por se tratar de aplicação da Súmula 7/STJ.

f) REsp n. 11.349-0/RN, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros: não conhecimento, por se tratar de paradigmas já superados.

g) REsp n. 12.474/SP, Rel. Min. Cláudio Santos: não conhecimento do recurso, por aplicação da Súmula 30/STJ.

h) REsp n. 22.587-9/RJ, Rel. Min. Peçanha Martins: não conhecido, porque aplicado entendimento pacificado pelo STF na matéria.

i) REsp n. 22.728-1/RS, Rel. Min. Dias Trindade: não conhecimento, porque aplicada a Súmula 35/STJ.

Ou seja, em todos os casos acima, o não conhecimento do recurso deveu-se à demonstração de que a divergência invocada no paradigma foi superada ou pela aplicação direta de uma súmula, o que, ao fim e ao cabo, redundava na mesma conclusão: ter havido superação da divergência.

Ora, muito embora se trate de enunciado gestado no já distante ano de 1993, se a sua aplicação persiste até a presente data, no que se deve prestigiar a força do precedente, há de se lhe atribuir, por seu turno, a carga normativa cabível. E, para tanto, não se deve apartar a análise do enunciado sumular da sua origem, a qual foi firmada nos precedentes que foram invocados para tal.

Ou seja, a interpretação a ser dada à Súmula 83/STJ é aquela que se dirige ao caso em que, do cotejo entre o aresto recorrido e o paradigma invocado, houver a demonstração de superação da divergência. Isto é, quando o paradigma não mais representar a jurisprudência desta Corte Superior.

Nem de longe trata-se do caso em exame, porque, aqui, houve efetivo enfrentamento da questão de mérito no que pertine ao prazo prescricional, reafirmando o aresto recorrido um entendimento, no âmbito da Segunda Seção, o qual colide diretamente com posicionamento da Corte Especial.

Ou seja, ao contrário dos precedentes que firmaram a edição da Súmula 83/STJ, neste caso, o que há é a demonstração inequívoca de um aresto de órgão fracionário deste STJ que colide, de forma literal, com entendimento de um órgão do mesmo Tribunal, ou seja, esta própria Corte Especial.

Enfim, não se tem, aqui, superação de divergência, fundamento essencial para a formulação e, por conseguinte, para a aplicação da Súmula 83/STJ. Ao contrário, o que se tem, no caso, é a configuração de uma divergência frontal entre julgados desta Corte Superior: um aresto que reafirma precedente da Segunda Seção e um paradigma oriundo da Corte Especial, em sentido contrário.

Frise-se, porque oportuno, que chega a estranhar que um enunciado sumular, que foi editado para prestigiar a jurisprudência consolidada desta Casa, sirva, mesmo que por via oblíqua, para obstar que uma divergência seja sanada e que prevaleça a orientação jurisprudencial do Órgão interno deste STJ a quem compete superar as divergências estabelecidas entre as suas demais unidades julgadoras.

Aliás, a se admitir o entendimento – pelo não conhecimento dos Embargos de Divergência – esta Corte Especial estará homologando a seguinte situação: um órgão fracionário deste STJ (Turma ou Seção) aplica a um seu julgamento precedente superado, invoca o disposto na Súmula 83/STJ e, com isso, mesmo que esse “precedente” colida com entendimento recente, inclusive, da própria Corte Especial, estará obstado o conhecimento da divergência.

Com efeito, ao contrário do que pretendeu a edição da Súmula 83/STJ, lá no ano de 1993, que seria prestigiar a jurisprudência efetivamente dominante e atual do STJ, com isso, chegar-se-á ao ponto diametralmente oposto: será prestigiado, por via oblíqua, um precedente superado e, pior, em detrimento de decisão mais recente oriunda desta Corte Especial.

Demais disso, verifica-se que o recente enunciado n. 568/STJ consolida o entendimento deste Tribunal no sentido de que “o relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema” (Corte Especial – CE, DJe 17/3/2016). Os precedentes que geraram a edição da Súmula 568/

STJ são o Recurso Especial n. 503.701/RS, Segunda Turma, Min. Franciulli Netto, DJ 18/10/2004; Recurso Especial n. 732.939/RS, Quinta Turma, Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe 2/6/2008; Recurso Especial n. 1.084.943/MG, Quinta Turma, Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe 15/3/2010; Recurso Especial n. 1.107.977/RS, Quarta Turma, Min. Raul Araújo, DJe 4/8/2014; Recurso Especial n. 1.290.933/SP, Terceira Turma, Min. João Otávio de Noronha, DJe 24/4/2015; Recurso Especial n. 1.346.836/BA, Terceira Turma, Min. Nancy Andrighi, DJe 16/10/2012; Recurso Especial n. 1.501.205/RS, Segunda Turma, Min. Herman Benjamin, DJe 30/6/2015; Recurso Especial n. 1.563.610/PI, Segunda Turma, Min. Herman Benjamin, DJe 4/2/2016.

Nem se alegue que a Súmula n. 568/STJ não se refere expressamente ao recurso especial, porque a sua redação é ampla e, por óbvio, engloba o recurso especial, em todas as suas hipóteses de cabimento, até mesmo porque assim decorre dos precedentes que a originaram.

Isto quer dizer: com o enunciado 568/STJ, nem se há mais de falar em “não conhecimento”, mas sim em “dar ou negar provimento” a recurso “quando houver entendimento dominante acerca do tema”.

Ante o exposto, com a *venia* da douta divergência, mantenho o entendimento já proferido quanto ao conhecimento deste recurso, não sem antes consignar que a interpretação a ser dada à Súmula 83/STJ é aquela que animou a sua edição, isto é, somente quando o não conhecimento tiver ocorrido pela demonstração da superação do paradigma invocado em contraste com o aresto recorrido.

É como voto.

VOTO

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura: Em 2015, trouxe a esta Corte os primeiros embargos de divergência (EAREsp 600.663/RS) com o objetivo de pacificar a questão relativa à aplicação do parágrafo único do art. 42 do Código de Defesa do Consumidor, isto é, definir quais os critérios a serem considerados para a repetição do indébito em dobro.

Isso, porque os paradigmas proferidos pelas Turmas que compõem a Primeira Seção firmaram entendimento no sentido de que basta a configuração da culpa para o cabimento da devolução em dobro dos valores indevidamente pagos pelo consumidor, sendo certo que esses julgados se referiam a serviços

públicos concedidos, circunstância que não impede a configuração do dissenso, que deve ser analisado sob o enfoque da relação de consumo.

Do outro lado, as Turmas de Direito Privado exigem a comprovação da má-fé do credor na cobrança indevida para que se determine a devolução em dobro.

Ao proferir meu voto, destaquei que a letra do CDC não faz qualquer menção à necessidade de comprovação de má-fé do credor. A única possibilidade de escusa é a ocorrência de “engano justificável”. Escusa essa, que deve ser demonstrada pelo fornecedor, não, pelo consumidor, que é parte vulnerável da relação.

Nesse contexto, não há falar em culpa, tampouco em dolo. Mas, sim, em engano justificável que, como muito bem asseverado pela Min. Nancy, “consiste em excludente de culpabilidade no que toca ao pleito da devolução em dobro, sendo que nas hipóteses em que houver essa justificativa caberá apenas a devolução simples dos valores indevidamente cobrados”.

Desse modo, reafirmo meu posicionamento no sentido de que os requisitos legais para a repetição em dobro na relação de consumo são a cobrança indevida, o pagamento em excesso e a inexistência de engano justificável do fornecedor. A exigência de indícios mínimos de má-fé objetiva do fornecedor é requisito não previsto na lei e, a toda evidência, prejudica a parte frágil da relação.

Outrossim, conforme já registrado oralmente em sessão de julgamento, não vejo razão para modulação dos efeitos.

Com esses esclarecimentos, mantenho meu posicionamento quanto ao tema.

Ante o exposto, conheço e dou provimento ao recurso, sem modulação.

É como voto.

**QUESTÃO DE ORDEM NA PETIÇÃO NO INQUÉRITO N. 1.190-DF
(2017/0142021-0)**

Relator: Ministro Felix Fischer

Requerente: Justiça Pública

Requerido: Em Apuração

Advogados: Francisco de Assis e Silva - PR016615

Rejane Alves de Arruda - MS006973

Noely Gonçalves Vieira Woitschach - MS004922

Leonardo Avelino Duarte - MS007675

Fábio Augusto Assis Andreasi - MS009662

Tiago Bana Franco - MS009454

José Belga Assis Trad - MS010790

Dorvil Afonso Vilela Neto - MS009666

Hadna Jesarella Rodrigues Orenha - MS010526

Rudy Maia Ferraz - DF022940

Diogo Henrique de Oliveira Brandao - DF027187

Fernando de Moraes Pousada - SP211087

Luiz Gustavo Martins Araújo Lazzari - MS014415

Élvio Marcus Dias Araújo - MS013070

Antonio Alves Dutra Neto - MS014513

Fernando Davanso dos Santos - MS012574

Fábio Davanso dos Santos - MS013979

Lucy A B de Medeiros - MS006236

Alessandra Arce Fretes - MS015711

Diogo Aquino Paranhos - MS012675

Katiusci Sandim Vilela - MS013679

Advogados: Mayta Versiani Cardoso Galvão - DF026827

Wilson Roberto Rosilho Júnior - MS017000

Rainer Serrano Rosa Barboza - DF041317

Maria Letícia Nascimento Gontijo - DF042023

Osmar Cozzatti Neto - MS016929

Nina Ribeiro Nery de Oliveira - DF046126

Eugenio Pacelli de Oliveira - DF045288

Raphael Castro Hosken - DF035614

Thiago Martins Ferreira - MS013663

Eduarda Camara Pessoa de Faria - DF041916

Juarez Estevam Xavier Tavares - DF039209

Cristiana Barbosa Arruda - MT013346

Munir Martins Salomao - MT020383
Leandro Soares Ranieri - SP315340
Thiago Nascimento Moreira - SP326057
Antônio Pedro Machado - DF052908
Murilo Medeiros Marques - MS019500
Gabriel Fidelis Furtado - DF055381
Antonio Pedro da Silva Machado - DF056257
Fernanda PáDua Mathias - MS015678B
Felipe Costa Albuquerque Camargo - DF057365
Isabela Marques Seixas - DF021187
Alextoni Arruda de Souza - MS017484
Amanda Trad Peron - MS022808
Annelisy Faria da Cunha Barbosa Ferreira - MS020953
Yan Denny de Amorim Queiroz - MS023429
Regina Pereira Gomes - DF048436
Flavio Cardozo de Albuquerque Filho - SP419817

Requerido: R A S

Advogados: Gustavo Passarelli da Silva - MS007602
Cleber Lopes de Oliveira - DF015068
Marcel André Versiani Cardoso - DF017067
Juliana Miranda Rodrigues da Cunha Passarelli - MS009047
Luiz Augusto Doimo de Oliveira - MS011694
Cinthia dos Santos Souza - MS017141
Igor de Melo Sousa - MS019143
Jonyeferson Bellinati da Silva Filho - MS019379
João Paulo Pequim Taveira - MS021321
Tiago Luis Hernandez Câmara - MS021448

Requerido: R S E S

Advogado: Cleber Lopes de Oliveira - DF015068

Requerido: M C M

Requerido: C A De C dos S B

Requerido: J R B

Advogados: José Wanderley Bezerra Alves - MS003291
Gustavo Marques Ferreira - MS007863

Antonio Ferreira Júnior - MS007862

Requerido: I da C M

Advogados: Newley Alexandre da Silva Amarilla - MS002921

Gustavo Romanowski Pereira - MS007460

Silmara Domingues Araújo Amarilla - MS007696

Álvaro de Barros Guerra Filho - MS008367

Requerido: A C C

Advogado: Carlos Roberto de Souza Amaro - MS012503A

Requerido: J R G G

Requerido: D C

Advogados: Santiago André Schunck - SP235199

Guilherme Luiz Altavista Romão - SP394054

Felipe Jilek Trindade França - SP429581

Anna Carolina Galli Innocenti - SP449391

Requerido: P C

Requerido: W M B

Advogados: Eugenio Pacelli de Oliveira - DF045288

Rebeca de Holanda Braga Rocha - MA010219

Requerido: J M B

Requerido: R de O S J

Advogados: Gustavo Passarelli da Silva - MS007602

Juliana Miranda Rodrigues da Cunha Passarelli - MS009047

Requerido: G de A S M

Requerido: L R M

Requerido: F C F de O

Requerido: E R

Requerido: J R T

Advogado: Carlos Alberto de Jesus Marques - MS004862

Requerido: N C R

Advogados: Wirley Weiler - SP293487

Elisio Augusto de Souza Machado Junior - SE009046

Requerido: O A R

Advogado: Gustavo Marques Ferreira - MS007863

Requerido: R M M

Requerido: Z A R

Advogados: Andréa Flores - MS006369

Maria Paula de Azevedo Nunes da Cunha Bueno - MS022000

Requerido: M R P

Requerido: D de S F

EMENTA

Constitucional. Processo Penal. Inquérito policial. Questão de ordem. Organização criminosa, corrupção passiva e lavagem de dinheiro. Governador. Mandatos sucessivos. Crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções. Prerrogativa de foro. Diferenciação compatível com a Constituição já que essencial ao exercício da junção judicante. Julgamento de governador exercendo mandato por juiz de primeiro grau. Inviabilidade. Necessidade de julgamento por órgão colegiado. Competência do Superior Tribunal de Justiça. Questão de ordem rejeitada.

I. No *Leading Case* - Questão de Ordem na Ação Penal n. 937/RJ no Supremo Tribunal Federal houve interpretação restritiva do art. 105, I, “b” e “c” da CF/88 e a definição de dois parâmetros: “(I) **O foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas;** e (II) *Após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar outro cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo.*” (APn 937 no QO, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe 11.12.2018, grifei).

II. A interpretação restritiva inaugurada na QO na APn 874/DF do art. 105, I, “a” da CF/88, porquanto atende ao princípio da isonomia e possui a pertinência lógica em abstrato, cria equiparação incompatível com os preceitos constitucionais quando reconhece incompetência do Superior Tribunal de Justiça para processar e julgar Governador, remetendo a jurisdição ao juiz de primeiro grau *referente aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionado às funções desempenhadas.*

III. O foro por prerrogativa de função *possui razão plenamente justificável*, que transmuta a conotação de privilégio, sendo essencial para o bom exercício da função, posto que afirma a imparcialidade do Poder Judiciário, prevenindo conflitos, protegendo o órgão julgador de pressões diversas, além de imprimir segurança jurídica e institucional.

IV. O Governador de Estado quando do exercício do cargo deve ser julgado por órgão *colegiado* no sentido de se respeitar o princípio democrático, além de servir para evitar controvérsias quanto às decisões monocráticas.

V. Na presente hipótese, os delitos imputados ao investigado ocorreram anos de 2014 a 2016, no curso do primeiro mandato do investigado, vindo o mesmo a ser reeleito em 2018 para o mesmo cargo.

VI. Questão de Ordem rejeitada para reconhecer, com base no disposto no art. 105, I, “a”, da CF/88, a competência do STJ para examinar o recebimento da denúncia, processamento e julgamento de Governador do Estado no cargo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, rejeitar a questão de ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Nancy Andrighi, João Otávio de Noronha, Maria Thereza de Assis Moura, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi, Og Fernandes, Luis Felipe Salomão, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves e Raul Araújo votaram com o Sr. Ministro Relator.

Impedida a Sra. Ministra Laurita Vaz.

Brasília (DF), 18 de novembro de 2020 (data do julgamento).

Ministro Humberto Martins, Presidente

Ministro Felix Fischer, Relator

QUESTÃO DE ORDEM

O Sr. Ministro Felix Fischer: Cuida-se de *Questão de Ordem* apresentada pela defesa de **Reinaldo Azambuja Silva**, atual Governador do Estado do Mato Grosso do Sul, nos autos do INQ 1.190 em que o mesmo foi denunciado pela a suposta prática dos crimes capitulados no art. 2º, §§ 3º e 4º, inciso II da Lei 12.850/13; art. 317, § 1º c/c art. 327, § 2º, por três vezes, em concurso material (art. 69); art. 1º, § 4º da Lei 9.613/98, por sessenta vezes, na forma do art. 69, CP, em suposto esquema com o Grupo J & F, em troca de concessão de créditos tributários.

Assinala a defesa que os fatos em apuração restam limitados aos anos de 2014 a 2016, no curso do primeiro mandato do investigado, pugnando pela inexistência de foro por prerrogativa de função com lastro na tese contida na *Questão de Ordem* na APN 874/DF, de relatoria da em. Ministra Nancy Andrighi, que por maioria, reconheceu a incompetência desta Corte Cidadã para processar e julgar ação penal de mandatos extintos.

Instado, o **Ministério Público Federal** ofertou denuncia em face de do governador e demais investigados a saber: *Rodrigo Souza e Silva; Márcio Campos Monteiro; Cristiane Andréia de Carvalho dos Santos; João Roberto Baird; Ivanildo da Cunha Miranda; Antônio Celso Cortez; José Ricardo Gutti Guimaro; Daniel Chramosta; Pavel Chramosta; Wesley Mendonça Batista; Joesley Mendonça Batista; Roberto de Oliveira Silva Júnior; Gabriela de Azambuja Silva Miranda; Léo Renato Miranda; Elvio Rodrigues; Francisco Carlos, Freire de Oliveira; José Roberto Teixeira; Nelson Cintra Ribeiro; Osvaldo Aparecido Ramos; Rubens Massahiro Matsuda; Zelito Alves Ribeiro; Miltro Rodrigues Pereira; e Daniel de Souza Ferreira*, em razão da prática dos crimes previstos no art. 2º da Lei 12.850/13; art. 317, § 1º c/c art. 327, § 2º, ambos do Código Penal; art. 333, parágrafo único, do Código Penal; e art. 1º, § 4º da Lei 9.613/98.

Consoante cota ministerial (fls. 5.736-5.748), a investigação contou com a colaboração de **Joesley Mendonça Batista e Wesley Mendonça Batista** os quais descumpriram os termos do acordo celebrado na PET 7.003/DF ocasionando a sua rescisão, ora em fase de homologação junto ao Supremo Tribunal Federal. Adicionalmente, o *parquet* deixou de oferecer denúncia em face dos *colaboradores Valdir Aparecido Boni, Demilton Antonio de Castro e Florisvaldo Caetano de Oliveira* posto que “*embora tenham concorrido para a prática dos crimes objeto da denúncia, uma vez que os mesmos celebraram, com a Procuradoria-Geral da*

República, acordo de colaboração premiada que previa, como benefício, a não imputação penal.” (fl. 5.737).

Com referência à competência do Superior Tribunal de Justiça para processar e julgar o objeto da presente *Questão de Ordem*, transcreve-se abaixo a manifestação ministerial (fls. 5.740-5.742) o qual se posicionou-se pelo indeferimento:

“II - Da Competência deste Superior Tribunal de Justiça

A fim de que não pairam dúvidas acerca da competência deste Superior Tribunal de Justiça para processar e julgar os fatos tratados na denúncia apresentada nesta oportunidade, cabe consignar que se trata de acusação formulada em desfavor do Governador do Estado de Mato Grosso do Sul, o que atrai o disposto no art. 105, I, 'a', CR/88.

*Além disso, a competência deste Egrégio Superior Tribunal de Justiça permanece íntegra, mesmo à luz do mais recente entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o instituto do foro por prerrogativa de função, **que o restringiu às situações em que os fatos imputados tenham sido praticados no exercício da função e com esta guardem correlação.***

Com efeito, as imputações têm como contexto atos praticados pelo Governador do Estado do Mato Grosso do Sul, no exercício das funções, os quais foram praticados com inobservância dos deveres funcionais, em troca de vantagens indevidas.

*E nem se diga que a circunstância de os fatos imputados terem sido praticados durante o primeiro mandato de **Reinaldo Azambuja** como Governador seria óbice ao processo e julgamento da presente denúncia perante este Colendo Tribunal, na medida em que, como é sabido, a reeleição assegura a permanência da prerrogativa de foro. Nesse sentido:*

Agravo regimental no recurso extraordinário. 2. Constitucional e Processual Penal. 3. Nos casos de delito cometido por prefeito no exercício e em razão do cargo, a competência será do Tribunal de Justiça, quando, cessado o mandato no qual os crimes foram praticados, houver continuidade pela reeleição consecutiva. Precedentes. 4. Agravo improvido. (RE 1.253.213 AgR, Relator (a): Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 15/04/2020, Processo Eletrônico DJe-099 divulg 23-04-2020 public 24-04-2020)

Ainda no âmbito do Supremo Tribunal Federal, os precedentes afirmam que a não reeleição do detentor do foro por prerrogativa de função implicaria em cessação

da competência da Corte, o que, a contrario sensu, **induz ao entendimento de que a reeleição gera a manutenção da competência.** Por todos:

Inquérito. Deputado federal não reeleito. Prerrogativa de foro. 1. A Turma, por maioria de votos, já decidiu que a renúncia de parlamentar, após o final da instrução, não acarreta a perda de competência do Supremo Tribunal Federal. Precedente: AP 606-QO, Rel. Min. Luís Roberto Barroso (Sessão de 07.10.2014). 2. Todavia, na hipótese de não reeleição, não se afigura ser o caso de aplicação da mesma doutrina. 3. Declínio da competência para o juízo de primeiro grau. (Inq 3.734, Relator(a): Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 10/02/2015, Acórdão Eletrônico DJe- 040 divulg 02-03-2015 public 03-03-2015)

Por fim, quanto a esse tópico, **registre-se que a situação em comento é diversa daquela decidida por este Superior Tribunal de Justiça na Questão de Ordem na Ação Penal n. 874/DF, já que ali se tratava de fatos imputados a Governador de Estado que ocupava o cargo em virtude de quarta eleição, mas cujos fatos houveram sido praticados ao final do segundo mandato consecutivo, com a peculiaridade de que entre as duas sequências de eleições para a chefia do Executivo Estadual, o denunciado foi eleito para o cargo de Senador da República.**

Logo, não há dúvidas quanto à competência deste Superior Tribunal de Justiça para o processo e julgamento dos fatos ora denunciados.” (grifei)

É o relatório.

Existente desde que o Brasil era colônia portuguesa, o foro por prerrogativa de função teve o seu primeiro registro na Constituição de 1824, evoluindo à atual Constituição de 1988.

O instituto tem a sua razão de ser na especial posição política ou funcional ocupada por indivíduos que lhes distingue dos demais cidadãos brasileiros.

Longe de ser um privilégio pessoal, o *discrímen* está estritamente relacionado ao cargo ou função do agente, conforme bem pontua Renato Brasileiro quando pondera que “*Em face da relevância das funções desempenhadas por certos agentes, a Constituição Federal, as Constituições Estaduais e a legislação infraconstitucional lhes confere o direito de serem julgados por Tribunais. Cuida-se da denominada **ratione functionae.***” (Lima, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal. Editora JusPodivm, 2014, pp. 663).

Nesse sentido, preleciona Tourinho Filho, “*há pessoas que exercem cargos de especial relevância no Estado, e em atenção a esses cargos ou funções que exercem*

no cenário político-jurídico da nossa Pátria gozam elas de foro especial, isto é, não serão processados e julgados como qualquer do povo pelos órgãos comuns, mas pelos órgãos superiores, de instância mais elevada” (Tourinho Filho, Fernando da Costa. Código de Processo Penal Comentado. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012).

Conforme a Constituição Federal de 1988, gozam de foro especial o Presidente e o Vice-Presidente da República; os membros do Congresso Nacional; os Ministros do Supremo Tribunal Federal; o Procurador-Geral da República; os Ministros de Estado; os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica; os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente; as autoridades ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, em caso de *habeas corpus*; os Governadores dos Estados e do Distrito Federal; os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal; os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho; os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios; as autoridades federais da administração direta ou indireta, em caso de mandado de injunção; os juízes federais, da Justiça Militar e da Justiça do Trabalho; os membros do Ministério Público da União; os juízes estaduais e do Distrito Federal e Territórios, os membros do Ministério Público estadual; os Prefeitos; os oficiais gerais das três Armas (Lei 8.719, de 1993, art. 6º, I); e os juízes eleitorais, nos crimes eleitorais (Código eleitoral, art. 29, I, d), compreendendo diversas hipóteses, como em matéria penal, a exemplo dos crimes comuns e de responsabilidade, e em matéria civil, nos mandados de segurança e de injunção.

Destinado a assegurar a independência e o livre exercício dos titulares de cargo e funções, o foro especial por prerrogativa de função, foi, pelo Poder Constituinte originário, expressamente excepcionado quanto ao princípio da igualdade previsto no art. 5º, *caput* da Constituição Federal, assunto que adiante será tratado.

Leading Case - Questão de Ordem na Ação Penal n. 937/RJ no Supremo Tribunal Federal

Tramitou perante o Supremo Tribunal Federal ação penal proposta pelo Ministério Público Eleitoral do Estado do Rio de Janeiro em face de Marcos da Rocha Mendes, pela prática do crime de captação ilícita de sufrágio (art. 299 do

Código Eleitoral), nas eleições municipais de 2008 para a prefeitura Municipal de Cabo Frio, por meio da entrega de notas de R\$ 50,00 (cinquenta reais) e da distribuição de carne aos eleitores.

O em. Ministro Relator Roberto Barroso suscitou questão de ordem para conferir interpretação restritiva às normas da Constituição de 1988 referentes ao foro por prerrogativa de função, no sentido de instituir parâmetros de jurisdição aos crimes cometidos em razão do ofício e que digam respeito estritamente ao desempenho daquele cargo.

Desta forma, o STF voltou a adotar a regra da *contemporaneidade* no julgamento da Questão de Ordem na Ação Penal n. 937/RJ, resolvendo no sentido de que “(I) O foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas; e (II) Após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar outro cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo. (Tese definida na AP 937 QO, rel. min. Roberto Barroso, DJe 265 de 11.12.2018)”.

Conforme se depreende da conclusão acima colacionada, *não foi objeto da questão a sucessão de mandatos ou a mudança de mandato* (eleição para cargo no executivo e após para o legislativo federal, por exemplo).

O em. Ministro Roberto Barroso, em exposição detalhada da *ratio decidendi* do julgamento, discorre sobre a abrangência da restrição interpretativa de modo a se estabelecer parâmetros ao espectro demasiadamente amplo do foro especial:

[...] I. **Quanto ao sentido e alcance do foro por prerrogativa.** 1. O foro por prerrogativa de função, ou foro privilegiado, na interpretação até aqui adotada pelo Supremo Tribunal Federal, alcança todos os crimes de que são acusados os agentes públicos previstos no art. 102, I, b e c da Constituição, inclusive os praticados antes da investidura no cargo e os que não guardam qualquer relação com o seu exercício. 2. **Impõe-se, todavia, a alteração desta linha de entendimento, para restringir o foro privilegiado aos crimes praticados no cargo e em razão do cargo.** É que a prática atual não realiza adequadamente princípios constitucionais estruturantes, como igualdade e república, por impedir, nem grande número de casos, a responsabilização de agentes públicos por crimes de naturezas diversas. Além disso, a falta de efetividade mínima do sistema penal, nesses casos, frustra valores constitucionais importantes, como a probidade e a moralidade administrativa. 3. Para assegurar que a prerrogativa de foro sirva ao seu papel constitucional de garantir o livre exercício das funções – e

não ao fim ilegítimo de assegurar impunidade – é indispensável que haja relação de causalidade entre o crime imputado e o exercício do cargo. A experiência e as estatísticas revelam a manifesta disfuncionalidade do sistema, causando indignação à sociedade e trazendo desprestígio para o Supremo. 4. A orientação aqui preconizada encontra-se em harmonia com diversos precedentes do STF. De fato, o Tribunal adotou idêntica lógica ao condicionar a imunidade parlamentar material – i.e., a que os protege por 2 suas opiniões, palavras e votos – à exigência de que a manifestação tivesse relação com o exercício do mandato. Ademais, em inúmeros casos, o STF realizou interpretação restritiva de suas competências constitucionais, para adequá-las às suas finalidades. Precedentes. II. Quanto ao momento da fixação definitiva da competência do STF. 5. A partir do final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais – do STF ou de qualquer outro órgão – não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar outro cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo. A jurisprudência desta Corte admite a possibilidade de prorrogação de competências constitucionais quando necessária para preservar a efetividade e a racionalidade da prestação jurisdicional. Precedentes. III. Conclusão 6. Resolução da questão de ordem com a fixação das seguintes teses: “(i) O foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas; e (ii) Após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo”. 7. Aplicação da nova linha interpretativa aos processos em curso. Ressalva de todos os atos praticados e decisões proferidas pelo STF e demais juízos com base na jurisprudência anterior. 8. Como resultado, determinação de baixa da ação penal ao Juízo da 256ª Zona Eleitoral do Rio de Janeiro, em razão de o réu ter renunciado ao cargo de Deputado Federal e tendo em vista que a instrução processual já havia sido finalizada perante a 1ª instância.”

Assim, com a prevalência do voto do ministro relator, foi demonstrado que a preocupação majoritária era a quantidade excessiva de indivíduos beneficiados pelo foro especial, assim como a extensão que vinha se dando a ele, contemplando fatos ocorridos antes da investidura do cargo ou condutas praticadas sem qualquer relação ou conexão com o exercício do mandato, resultando em múltiplas disfuncionalidades.

Não se ouvida, por conseguinte, que tal raciocínio se alicerça em sólida pertinência lógica que se viu refletida em diversos julgados:

Constitucional. Penal. Questão de ordem. Sindicância. Competência. Foro por prerrogativa de função. Procurador de Justiça do MPDFT. Denúnciação caluniosa. Fatos sem relação com o cargo. Entendimento firmado pelo STF. Questão de ordem na Ação Penal 937/RJ. Posicionamento seguido pela Corte Especial do STJ. Questão de ordem na Ação Penal n. 857/DF. Competência do juízo de primeira instância. Questão de ordem não conhecida. 1. Trata-se de Questão de Ordem submetida por E J O de A, Procurador de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, vinculada à Sindicância 562/DF, na qual a Corte Especial deste Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, determinou o arquivamento em relação às pessoas com foro por prerrogativa de função, com a baixa dos autos à Vara de origem para a continuidade das investigações, sem prejuízo de retorno dos autos a esta Corte para as devidas averiguações e providências, na eventualidade de serem apurados indícios de participação dos agentes com foro por prerrogativa de função. 2. *Os fatos objeto da presente Questão de Ordem não guardam relação com o exercício do cargo de Procurador de Justiça do MPDFT, o que leva a reconhecer a incompetência do STJ para conhecer e julgar a Questão de Ordem suscitada, sob pena de usurpar a competência do Juízo de Direito no qual produzida a prova questionada, nos exatos termos do que decidido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 3.5.2018, ao julgar QO na AP 937, da relatoria do eminente Ministro Roberto Barroso, e pelo Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento pela Corte Especial de Questão de Ordem na APn 857 (Relator para o Acórdão Min. João Otávio de Noronha).* 3. Questão de Ordem não conhecida. Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer da questão de ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Og Fernandes, Luis Felipe Salomão, Mauro Campbell Marques, Raul Araújo, Felix Fischer, Francisco Falcão, Nancy Andrichi, Laurita Vaz, Maria Thereza de Assis Moura e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator. Impedidos os Srs. Ministros Jorge Mussi e Benedito Gonçalves. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Humberto Martins. (PET na Sd 562/DF, Corte Especial, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho DJe 25/04/2019).

*Recurso ordinário em habeas corpus. Estelionato contra idoso. Associação criminosa. Peculato. Lavagem de capitais. Incompetência do juízo de primeiro grau para conduzir investigação em face de prefeito municipal. Inocorrência. **Restrição do foro por prerrogativa de função aos crimes praticados depois da diplomação e que possuem relação com a função desempenhada.** Recente orientação firmada pelo Tribunal Pleno do STF em Questão de Ordem na Ação Penal n. 937/RJ. Novo entendimento seguido por esta Corte Superior. Inexistência de constrangimento ilegal. Recurso improvido.* 1. A decisão do Supremo Tribunal Federal na Questão de Ordem na Ação Penal n. 937/RJ, proferida em 3/5/2018, estabeleceu que o foro por prerrogativa de função dos parlamentares aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas. (AP 937 QO, Relator(a): Min. Roberto Barroso, Tribunal

Pleno, julgado em 3/5/2018, Acórdão Eletrônico DJe-265 divulg 10-12-2018 public 11/12/2018). 2. A prerrogativa de foro é outorgada *ratione muneris* a determinadas autoridades em razão da natureza de certos cargos ou ofícios titularizados por aquele que sofre persecução penal. Originalmente pensado como uma necessidade de assegurar a independência de órgãos e garantir o livre exercício de cargos constitucionalmente relevantes, esse foro atualmente, dada a evolução do pensamento social, provocada por situações inexistentes no passado, impõe a necessidade de que normas constitucionais que o estabelecem sejam interpretadas de forma restritiva. Assim, deve-se conferir ao texto do art. 105, I, "a", da CF a interpretação de que as hipóteses de foro por prerrogativa de função no STJ restringem-se *aos casos de crime praticado em razão e durante o exercício de cargo ou função* (QO na APn 857/DF, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Corte Especial, julgado em 20/6/2018, DJe de 28/2/2019). 3. Ressalta-se que, conforme jurisprudência desta Corte Superior, não se mostra razoável que o novo entendimento firmado pela Suprema Corte deixe de ser aplicado aos demais agentes com igual foro previsto constitucionalmente, como é o caso dos autos, pois trata-se de Prefeito Municipal. 4. Na hipótese, em observância ao novo entendimento jurisprudencial, os autos devem ser mantidos no Juízo de primeiro grau para a supervisão das investigações, bem como para o processamento da futura ação penal, vez que os supostos crimes cometidos pelo então Prefeito Municipal foram praticados antes da diplomação e *não guardam relação com as funções do cargo eletivo, não havendo que se cogitar de nulidade das investigações por ilicitude probatória*. 5. Recurso ordinário em habeas corpus improvido. (RHC n. 108.679, Quinta Turma, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 30/08/2019).

Embora a Constituição Federal tenha se limitado a correlacionar a hipótese especial sem especificar a necessidade de concomitância temporal e pertinência temática, insta registrar que não há dissenso nos tribunais quanto à delimitação da competência por prerrogativa de função quanto à *pertinência temática entre o fato penal praticado e a função exercida*.

A partir da premissa estipulada acima e subsumindo a tese firmada aos fatos apurados no INQ 1.190 em face de *Reinaldo Azambuza Silva*, é de se reconhecer que os supostos crimes foram cometidos *durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas* já que referem-se ao pagamento de vantagens indevidas ao Governador do Estado de Mato Grosso do Sul, em troca de benefícios fiscais concedidos à margem da lei à empresa JBS S.A.

Tem-se, portanto, que as duas variáveis erigidas como parâmetro à interpretação restritiva no *Leading case* constam da hipótese criminal apresentada perante esta Corte.

Questão de Ordem da Apn n. 874/DF - Corte Especial – Superior Tribunal de Justiça

Noutro viés, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, na Questão de Ordem da Apn n. 874/DF de relatoria da em. Ministra Nancy Andrighi, tratou do tema referente ao mandato sucessivo e, por maioria, resolveu a questão de ordem para ampliar a interpretação restritiva ao art. 105, I, a, da CF/88, e reconhecer a incompetência do STJ para o exame do recebimento da denúncia na hipótese da conduta imputada a Governador do Estado referente à mandato já extinto.

Nesse sentido, extrai-se o excerto do voto da em. Ministra Nancy Andrighi para a devida delimitação quanto ao caso concreto:

“[...] 4. Da Hipótese Concreta

Na hipótese em tela, a conduta imputada ao investigado, que hoje ocupa, em virtude de quarta eleição, o cargo de Governador de Estado, teria sido cometida no final de seu segundo mandato à frente do governo do Estado do Piauí.

Com efeito, a suposta omissão criminosa teria sido praticada em 27/05/2009, no penúltimo ano do segundo mandato decorrente de sua reeleição nas Eleições 2006.

Ressalte-se que, diante da vedação expressa do art. 14, § 5º, da CF/88 – que impede que os chefes do Poder Executivo possam ser reeleitos para mais de um único período subsequente –, o ora denunciado concorreu, posteriormente, nas Eleições 2010, ao Senado Federal, tendo sido, inclusive, eleito para o mandato 2011-2018.

Concorreu, no entanto, novamente, em 2014, para o cargo de Governador do Estado, tendo sido eleito para o mandato 2015-2018, e mais uma vez reeleito nas Eleições 2018 para o mandato 2018-2022.

Dessa sucessão de mandatos eletivos, percebe-se que, além de a omissão supostamente criminosa ter ocorrido durante o penúltimo ano do segundo e último mandato consecutivo possível no cargo de Governador de Estado (art. 14, § 5º, da CF/88), há um hiato entre referido mandato e o atual, fruto de novas eleição e reeleição para referido cargo político.

Não se entrevê, especialmente nessa circunstância, a necessária contemporaneidade entre o ato praticado e o exercício do cargo que garante o foro por prerrogativa de função nesta e. Corte, de modo que a teleologia do instituto – que é a de garantir o legítimo exercício do mandato, no resguardo do interesse público – não mais encontra meios de ser satisfeita.

De fato, admitir a permanência do foro por prerrogativa de função em relação a essa específica omissão supostamente praticada em mandato já findo acarretaria o

indevido alargamento da competência penal originária desta Corte, que passaria a ter o caráter, nessa circunstância, de privilégio do detentor do cargo, e não de garantia do regular exercício da função em favor da sociedade.” (Questão de Ordem n. 874/DF, Corte Especial, Rel. Ministra Nancy Andrighi, DJe 03/06/2019).

O caso tratado por este Superior Tribunal de Justiça na Questão de Ordem na Apn n. 874/DF versava sobre fatos imputados a Governador do Estado no cargo pelo quarto mandato, tendo sido eleito para o cargo de Senador após a segunda eleição.

Além das peculiaridades do caso, o voto condutor indicou que a interpretação do foro especial *deve harmonizar-se com os princípios constitucionais estruturantes da república e da igualdade*, tendo-se a justiça comum de primeiro grau como regra geral. Segue a ementa transcrita:

Processo Penal. Denúncia. Questão de ordem. Governador. Mandatos sucessivos. Prerrogativa de foro. Interpretação restritiva. Redução teleológica. Art. 105, I, “a”, da CF/88. Finalidade da norma constitucional. 1. O propósito da presente questão de ordem é averiguar se o STJ se mantém competente para examinar o recebimento da presente denúncia, na qual narradas condutas que, apesar de relacionadas às funções institucionais de cargo público que garantiria foro por prerrogativa de função nesta Corte, teriam sido supostamente praticadas durante mandato anterior e já findo do denunciado e apesar de atualmente ocupar, por força de nova eleição, o referido cargo.

2. O princípio do juiz natural tem como regra geral a competência jurisdicional da justiça comum de primeiro grau de jurisdição, ressalvadas as exceções expressas da Carta Magna. 3. O foro por prerrogativa de função deve se harmonizar com os princípios constitucionais estruturantes da República e da igualdade, a fim de garantir a efetividade do sistema penal e evitar a impunidade e a configuração de forma de odioso privilégio. 4. A conformidade com os princípios da isonomia e da República é obtida mediante a pesquisa da finalidade objetivada pela norma excepcional da prerrogativa de foro, por meio “redução teleológica”. 5. A interpretação que melhor contempla a preservação do princípio republicano e isonômico é a de que o foro por prerrogativa de função deve observar os critérios de concomitância temporal e da pertinência temática entre a prática do fato e o exercício do cargo, pois sua finalidade é a proteção de seu legítimo exercício, no interesse da sociedade.

6. Como manifestação do regime democrático e da forma republicana, os dois Poderes estatais que exercem funções políticas, o Executivo e o Legislativo, são submetidos a eleições periódicas, razão pela qual os mandatos só podem ser temporários. 7. Como o foro por prerrogativa de função exige contemporaneidade e pertinência temática entre os fatos em apuração e o exercício da função pública, o término de um determinado mandato acarreta, por si só, a cessação do foro por prerrogativa de função em relação ao ato praticado nesse intervalo. 8. Na

presente hipótese, a omissão supostamente criminosa imputada ao investigado ocorreu no penúltimo de seu segundo mandato à frente do Poder Executivo Estadual, *de modo que a manutenção do foro após um hiato de posse de cargo no Legislativo Federal e mais um mandato no Executivo Estadual configuraria um privilégio pessoal, não albergado pela garantia constitucional*. 9. Questão de ordem resolvida para reconhecer a incompetência do STJ para examinar o recebimento da denúncia e determinar seu encaminhamento ao primeiro grau de jurisdição. (Questão de Ordem n. 874/DF, Corte Especial, Rel. Ministra Nancy Andrighi, DJe 03/06/2019, grifei).

Emerge, consoante o decidido, que a competência desta Corte Cidadã quanto aos crimes cometidos por governador deve referir-se ao atual mandato.

Em meio a esse cenário, quanto à moldura fática tratada no INQ 1.190 e APN 980, o denunciado *Reinaldo Azambuja* responde por fatos delituosos limitados aos anos de 2014 a 2016, correspondentes ao seu primeiro mandato, tendo sido reeleito em 2018 para mandato subsequente.

De modo perfunctório, o em. Ministro Relator Roberto Barroso, tangenciando a questão da reeleição e/ou troca de mandato na QO na Apn 937/RJ, foi expresso no sentido de que “[...] *Portanto, sem me comprometer, porque não tratei especificamente dessa questão, se o fato foi praticado quando era governador, a competência, em nenhuma hipótese, passará para o Supremo se ele vier a ser Deputado Federal. Isto está claro no meu voto. E, se ele não é mais o governador, a competência deixou de ser do Superior Tribunal de Justiça. Assim, em linha de princípio, eu mandaria para o primeiro grau. Mas devo dizer que não enfrentei essa questão e também não quero me comprometer com a tese, porque todos sabemos que julgar in abstracto é sempre um risco.* (fls. 1.007-1.008 da QO na Apn 937/RJ - grifei)

Ocorre que na presente *quaestio*, o denunciado está no cargo de governador, exercendo mandato imediatamente subsequente, repise-se, sem qualquer “hiato”.

O Discrimen e a Compatibilidade com o Princípio Constitucional da Isonomia

Dentre direitos e garantias fundamentais, implícitos e explícitos, previstos na Constituição Federal brasileira, há o reconhecimento de que “*todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza*” (art. 5º, *caput*).

A diferenciação entre indivíduos ante o princípio da isonomia requer o estabelecimento de critérios racionais e justificáveis que atendam à norma constitucional, os quais, através do *discrimen* entre pessoas e fatos, não se fragilize a cláusula da igualdade, mas reforce-a.

Além disso, a análise da compatibilidade da diferenciação deve guardar um vínculo de correlação lógica entre a “*peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto e a desigualdade de tratamento em função dela conferida*” (de Mello, Bandeira, Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. 3. Ed. São Paulo; Malheiros, 1993. P. 47-48 in Fischer, D., & Pacelli, E. (2020). *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. Editora Atlas, p. 270).

Explico. Cotejando-se a supressão do foro especial para Governadores, na forma estabelecida pela Corte Especial na QO na Apn n. 874/DF a fim de que siga a regra geral (aplicando-se a interpretação restritiva quanto à reeleição/mandatos sucessivos), porquanto atende ao princípio da isonomia e lógica *in abstracto*, *cria distorção em concreto ao passo que intenta estabelecer a igualdade entre indivíduos e situações desequiparadas*, desprestigiando as regras constitucionais.

Em resumo, ter-se-ia juiz de primeiro grau julgando o atual Governador do Estado do Mato Grosso do Sul quanto aos crimes cometidos *durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas*, com a particularidade, anote-se, de abranger as delações premiadas homologadas perante o Supremo Tribunal Federal.

Sob essa exegese, Tourinho Filho acrescenta que “*não se trata (...) de um privilégio, o que seria odioso, mas de uma garantia, de elementar cautela, para amparar, a um só tempo, o responsável e a Justiça, evitando, por exemplo, a subversão da hierarquia, e para cercar o seu processo e julgamento de especiais garantias, protegendo-os contra eventuais pressões que os supostos responsáveis pudessem exercer sobre os órgãos jurisdicionais inferiores. (...) não é concedido à pessoa, mas lhe é dispensado em atenção à importância ou relevância do cargo ou função que exerça*”. (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Código de Processo Penal Comentado. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, grifei).

A relevância da isenção do órgão julgador sempre foi preocupação dos Tribunais superiores, como se observa nas íclitas palavras do em. Ministro Victor Nunes Leal “*(...) presume o legislador que os Tribunais de maior categoria tenham mais isenção para julgar os ocupantes de determinadas funções públicas, por sua capacidade de resistir, seja à eventual influência do próprio acusado, seja às influências que atuarem contra ele. A presumida independência do Tribunal de superior hierarquia é, pois, garantia bilateral, a garantia contra e a favor do acusado*” (STF, Rcl n. 473, Rel. Min. Victor Nunes Leal. Aud. de publicação de 06/06/1962, grifei).

Sobretudo, a prerrogativa de função afirma a imparcialidade do Poder Judiciário, prevenindo conflitos, blindando o órgão julgador de pressões espúrias, além de imprimir segurança jurídica e institucional.

Sobejam fundamentos quanto a necessidade de se firmar a competência desta egrégia Corte para processar e julgar governadores exercentes do cargo.

Finalmente, considerando a importância inerente a certos cargos, é crucial que a análise judicial seja prestada por órgão *colegiado*. Nas lições de Eugênio Pacelli, a necessidade de que o julgamento seja por órgãos *colegiados* se justifica posto que “*mais afastados, em tese, do alcance das pressões externas que frequentemente ocorrem em tais situações, e em atenção também à formação profissional de seus integrantes, quase sempre portadores de mais alargada experiência judicante, adquirida ao longo do tempo de exercício na carreira*” (PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 204).

À luz desse raciocínio, parece-me mais acertado que um Governador de Estado, repise-se, *atualmente no exercício do cargo*, seja julgado por um *colegiado*, evitando-se controvérsias quanto às decisões monocráticas, reiteradamente contestadas nas teses defensivas e alardeadas na imprensa brasileira.

Por essas razões, resolvo a presente questão de ordem para rejeitá-la e reconhecer a competência do *Superior Tribunal de Justiça* no processamento e julgamento de *Reinaldo Azambuja Silva*, atual Governador do Mato Grosso do Sul, com lastro no art. 105, I, a, da CF/88, na medida em que o denunciado está no exercício do cargo de governador, refere-se a crimes supostamente cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas.