

**DA INCONSTITUCIONALIDADE DA DECISÃO DO STJ QUE EXIGE
COMPROVAÇÃO DE MÁ-FÉ NOS CASOS DE COMBRANÇA INDEVIDA
QUANTO A MATÉRIA PREVISTA NO PARAGRAFO ÚNICO DO ART. 42 DO
CDC.**

**THE DECISION OF THE UNCONSTITUTIONALITY STJ THA REQUIRES
PROOF OFBAD FAITH IN CASE OF INAPPROPRIATE FOR COLLECTION
IN THE MATTERUNDER PARAGRAPH ONE OF THE ART. 42 CDC.**

**AMANDA ALVES DE SOUZA¹
KENDRA CORRÊA BARÃO HOEPERS²**

RESUMO: Diante de um cenário tão complexo nas relações de consumo, que surgem em decorrência de um processo de globalização e comercialização, é evidente a ocorrência de embates entre consumidores e fornecedores. Esses embates são diariamente levados ao Poder Judiciário para devida apreciação. O Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 42, parágrafo único, informa que o consumidor cobrado em quantia indevida terá direito à repetição do indébito em igual valor, ou em dobro, salvo engano justificável. Porém em decisão recente, o STJ decidiu, sem a devida fundamentação, que nos casos de cobrança indevida cabe ao consumidor provar que houve má-fé por parte do fornecedor, para só então ser possível à repetição do indébito na forma dobrada. Esta decisão viola o princípio do acesso à justiça e da inversão do ônus da prova em favor do consumidor.

Palavras – chave: Consumidor, Cobrança Indevida e Engano Justificável.

ABSTRACT: By a scenery so complex in consumer relations, which arise as a result of a process of globalization and commercialization, it is evident the occurrence of conflicts between consumers and suppliers. These conflicts are daily brought to the courts for proper appreciation. The Code of Consumer Protection, in its art. 42, sole paragraph, states that the amount charged to the consumer is entitled to undue repetition of the undue in the same amount, or twice, unless a justifiable error. But in a recent decision, the STJ, decided, without due justification, that in cases of improper charging lies with the consumer to prove that there was bad faith by the supplier, and only then

¹ Acadêmica do 4º ano do curso de graduação em Direito da Faculdade Maringá.

² Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina – UEL.

be possible to repeat the undue in the double form. This decision breach the principle of access to justice, the reversal of the onus of proof in favor of the consumer.

Key – words: Consumer, Improper charging and Justifiable Mistake.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo visa analisar a garantia à proteção ao consumidor trazida pela Constituição da Republica em seu art. 5, inciso XXXII, bem como a proteção consolidada através do Código de Defesa do Consumidor.

Em recente decisão o Superior Tribunal de Justiça trouxe uma interpretação inconstitucional de uma norma consumerista. No paragrafo único, do art. 42 do Código de Defesa do Consumidor está previsto a garantia a repetição do indébito na forma dobrada, quando há cobrança indevida feita ao consumidor, salvo hipótese de engano justificável. Porém STJ ao decidir sobre o tema interpretou a referida norma, negando a garantia de devolução em dobro, salvo prova de má-fé do fornecedor pelo consumidor.

Desta forma a proteção do consumidor trazida pela Constituição da Republica, bem como pelo CDC está sendo violada pela decisão do STJ, para demonstrar essa inconstitucionalidade iremos confrontar as normas protecionistas do consumidor com a decisão do STJ.

O CDC surgiu para garantir e regular a proteção constitucional ao consumidor, tratando-se de lei específica e de matéria de ordem pública, prevalecendo sobre todas as relações de consumo. Desta forma, pretendemos demonstrar que a decisão do STJ viola as normas consumeristas e constitucionais.

Para tanto utilizaremos como base alguns princípios, sendo eles o principio do acesso à justiça, o da impossibilidade de inversão do ônus da prova em desfavor do consumidor, o principio do livre convencimento motivado do magistrado, o principio do acesso à justiça e por fim a teoria do valor do desestímulo.

2 DO CODIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

A Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988, trouxe no rol de garantias fundamentais a proteção ao consumidor, conforme art. 5, em seu inciso

XXXII.³ Porém foi com o advento da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, que essa proteção se concretizou de forma eficaz. Por essa lei ser de ordem pública e de interesse social (art. 1º do CDC),⁴ trouxe inúmeras inovações e, além da patente proteção ao consumidor, trouxe diversas novidades, inclusive de ordem processual.

O Código de defesa do consumidor traz em seu texto garantias e proteções ao consumidor por entender que este, ante ao fornecedor, trata-se de sujeito hipossuficiente e vulnerável.⁵

Assim, basta ser consumidor para ser reconhecido vulnerável nas relações de consumo. Dentre as espécies de vulnerabilidade estão: a vulnerabilidade fática (com relação aos aspectos econômicos); a vulnerabilidade técnica (com relação aos conhecimentos específicos sobre o processo produtivo); e a vulnerabilidade jurídica ou científica (constante na falta de conhecimento pelo consumidor no tocante aos seus direitos).⁶

Deste modo, em nosso ordenamento, em toda relação de consumo, deverá incidir as regras e proteções trazidas pelo Código de defesa do Consumidor. A relação de consumo, na verdade, se traduz num verdadeiro processo que se inicia com a oferta e se desdobra em tantas fases quantas forem às etapas a serem cumpridas antes, durante e após o cumprimento do contrato, mas que se relacionem ao atendimento das legítimas expectativas do consumidor⁷.

Assim, a relação contratual consumerista norteia-se, do ponto de vista do fornecedor, pelo cumprimento dos chamados deveres anexos, os quais delineiam os parâmetros de qualidade no fornecimento de produtos e prestação de serviços no mercado de consumo.⁸

³ Art. 5º, XXXII, da CR/88: “o estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. BRASIL, constituição. (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em < <http://www.presidencia.gov.br> >. Acesso em: 15 mar. 2012

⁴ Art. 1º, CDC, “O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias.”, BRASIL, Código de Defesa do Consumidor. (1990) **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em < <http://www.presidencia.gov.br> >. Acesso em: 15 mar. 2012

⁵ ALMEIDA, João Batista. **Manual de Direito do Consumidor**. 2. ed. revista e atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

⁶ FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de direito do consumidor**. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2009

⁷ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 4ª edição. São Paulo: RT. 2002, p. 181.

⁸ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 4ª edição. São Paulo: RT. 2002, p. 182

Entende-se assim de forma resumida, que relação de consumo é toda relação que tenha em seus polos, de um lado o consumidor e de outro a figura do fornecedor.

Conforme o CDC em seu artigo 4º, fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.⁹

Já Consumidor, à luz do artigo 2º da lei nº. 8078/90, é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produtos ou serviços como destinatário final.¹⁰

Na atualidade, com o implemento e a difusão do comércio, as relações de consumo experimentaram, naturalmente, um processo de aprimoramento e de desenvolvimento, ganhando cada vez mais importância no mundo moderno, a tal ponto de ser criado no Brasil um órgão exclusivo de proteção ao consumidor, sendo ele o PROCON.¹¹

Mas, apesar das diversas proteções trazidas ao consumidor em nossa legislação, o desrespeito às normas consumeristas por parte dos fornecedores, faz com que, por inúmeras vezes, os consumidores tenham que buscar a tutela jurisdicional para ver sua proteção constitucional respeitada e garantida na forma da lei.

Dentre as muitas garantias trazidas pelo Código de defesa do consumidor, existe a garantia à devolução em dobro no caso de pagamento indevido, conforme o parágrafo único, do art. 42, do CDC.

3 A GARANTIA DE DEVOUÇÃO EM DOBRO NO CASO DE PAGAMENTO INDEVIDO

No caso de pagamento indevido, o CDC trouxe em seu texto norma específica, assim, sobre o tema, dispõe o parágrafo único, do art. 42, do CDC, que no caso de o consumidor ser cobrado em quantia indevida, terá direito à repetição do indébito, na forma simples ou dobrada.

⁹ Art. 4º, CDC, BRASIL, Código de Defesa do Consumidor. (1990) **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em < <http://www.presidencia.gov.br> >. Acesso em: 15 mar. 2012

¹⁰ Art. 2º, CDC, BRASIL, Código de Defesa do Consumidor. (1990) **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em < <http://www.presidencia.gov.br> >. Acesso em: 15 mar. 2012

¹¹ NUNES, Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

Art. 42 – omissis – 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.¹²

O dispositivo transcrito busca a proteção do consumidor contra as cobranças indevidas, as quais ocorrem de forma corriqueira pelos fornecedores de produtos e serviços.¹³ Tal instituto visa que a devolução deve ser feita em dobro, com o intuito de punir o fornecedor que age de tal forma, desestimulando tal conduta.

Ao se ler a norma legal percebe-se o quanto essa é precisa, não comportando outra interpretação, portanto, sendo o consumidor cobrado indevidamente, tem o direito de reaver tal valor, em dobro, atualizado e acrescido de juros legais, calculados até a data do efetivo pagamento.¹⁴

Nota-se que não basta apenas a ocorrência da cobrança indevida por parte do fornecedor para que venha a existir o direito à repetição do indébito, é necessário e indispensável o pagamento indevido pelo consumidor.

Assim, a devolução em dobro verifica-se somente quando há a soma de dois requisitos imprescindíveis, quais sejam: a) a existência de cobrança indevida e b) o pagamento em excesso pelo consumidor do valor indevidamente cobrado.¹⁵ Assim, estando preenchidos os requisitos legais pode o consumidor buscar a tutela jurisdicional para ser ressarcido em dobro do que pagou indevidamente.

Apesar de referida garantia, em nenhum momento o legislador desejou que tal norma fosse instrumento de enriquecimento indevido do consumidor. Ou seja, tal garantia não pode gerar acréscimos indevidos de bens ao consumidor, em detrimento do fornecedor.¹⁶

¹² Art. 42º, parágrafo único, CDC, BRASIL, Código de Defesa do Consumidor. (1990) **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em < <http://www.presidencia.gov.br> >. Acesso em: 15 mar. 2012

¹³ CORRÊA, Guilherme Augusto Bittencourt. **A negação da garantia de devolução em dobro no caso de pagamento indevido prevista no parágrafo único, do art. 42, do CDC pela jurisprudência do STJ**. Cadernos Jurídicos da OAB Paraná. P. 06

¹⁴ EFING, Antônio Carlos. **Fundamento de direito das relações de consumo**. 2 ed. Curitiba: Editora Juruá, 2004, p.207.

¹⁵ FONSECA, Ricardo Coelho Nery da. **Por uma aplicação correta do parágrafo único do art. 42 do Código de Defesa do Consumidor**. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2129, 30 abr. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12706>>. Acesso em: 24 mar. 2012.

¹⁶ CORRÊA, Guilherme Augusto Bittencourt. **A negação da garantia de devolução em dobro no caso de pagamento indevido prevista no parágrafo único, do art. 42, do CDC pela jurisprudência do STJ**. Cadernos Jurídicos da OAB Paraná. P. 06

Para Acquaviva enriquecimento ilícito é o "aumento de patrimônio de alguém, pelo empobrecimento injusto de outrem. Consiste no locupletamento à custa alheia, justificando a ação de *"in rem verso"*".¹⁷

De tal forma, devido ao repúdio em nosso ordenamento ao enriquecimento ilícito, o legislador trouxe ao parágrafo único do art. 42 do CDC, uma hipótese de exclusão da devolução em dobro.

Tal exceção opera-se quando a cobrança indevida ocorrer fundada em engano justificável, ou seja, o fornecedor dos produtos ou dos serviços, comprovando situação de engano justificável, não será obrigado a proceder com a devolução em dobro.¹⁸

Assim, conclui-se que o fornecedor só não será punido com a devolução em dobro caso comprove o engano justificável, sendo a devolução em dobro a regra, e a devolução de forma simples à exceção, pois essa, para tanto, exige prova. Frisa-se que nesse caso o ônus da prova é exclusivo do fornecedor.¹⁹

O dever de pagar na forma dobrada tem como causa a violação da própria lei (art. 42, parágrafo único, do CDC), porém se provado uma causa de engano justificável pelo fornecedor ele ficaria responsável apenas pela devolução do indébito na forma simples. Respalhando a norma existe o interesse social em se coibir a cobrança indevida, protegendo assim a figura do consumidor²⁰.

Portanto, sendo pleiteada em juízo a devolução em dobro de uma quantia cobrada indevidamente, cabe tão somente ao fornecedor provar que fez referida cobrança com base na excludente da norma consumerista,²¹ ou seja, fundado em engano justificável.

Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, coautores do anteprojeto do CDC, esclarecem a questão envolvendo o engano justificável:

“Se o engano é justificável, não cabe a repetição. (...). O engano é justificável exatamente quando não decorre de dolo ou de culpa. É

¹⁷ HENZ, Cléya Aparecida. **Enriquecimento sem causa**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 60, 1 nov. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/3416>>. Acesso em: 23 mar. 2012.

¹⁸ CORRÊA, Guilherme Augusto Bittencourt. **A negação da garantia de devolução em dobro no caso de pagamento indevido prevista no parágrafo único, do art. 42, do CDC pela jurisprudência do STJ**. Cadernos Jurídicos da OAB Paraná. P. 06

¹⁹ BESSA, Leonardo Roscoe. **Aplicação do Código de Defesa do Consumidor: Análise Crítica da Relação de Consumo**. Prefácio de Gustavo Tepedino; apresentação Claudia Lima Marques. ? Brasília: Editora Brasília Jurídica, 2007.

²⁰ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 4ª edição. São Paulo: RT. 2002, p. 1.502.

²¹ ARENHART, Sérgio Cruz. **O ônus da prova e sua modificação no processo civil brasileiro**. In: Revista Jurídica. Porto Alegre: Notadez, n. 343, p. 52 e ss., maio/2006.

aquele que, não obstante todas as cautelas razoáveis exercidas pelo fornecedor-credor, manifeste-se. A prova da justificabilidade do engano, na medida em que a matéria de defesa, compete ao fornecedor. O consumidor, a reclamar o que pagou a mais e o valor da sanção, prova apenas que o seu pagamento foi indevido e teve por base uma cobrança desacertada do credor. Exemplo típico de não justificabilidade do engano é quando ocorre com as cobranças por computador, A automação das cobranças não pode levar o consumidor a sofrer prejuízos”.²²

Sobre o tema também ensina Cláudia Helena Marques, afirmando que a princípio toda cobrança indevida feita ao consumidor deve ser considerada injustificável, cabendo o fornecedor provar que a cobrança indevida se deu por engano justificável. Neste sentido, exponho:

"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 o engano na cobrança de consumo é, em princípio injustificável, mesmo o baseado em cláusulas abusivas inseridas no contrato de adesão, ex viis disposto no parágrafo único do art. 42 (...)"

"(...) Somente assim o efeito pedagógico previsto no CDC acontecerá e a prática mudará no País, pois não pode valer a pena cobrar indevidamente do mais fraco, do vulnerável, baseando-se em cláusula que "eu mesmo redijo e imponho ao cliente". Cobrar indevidamente e impunemente de milhões de consumidores e nunca ser condenado à devolução em dobro é que seria fonte de enriquecimento sem causa, enriquecimento ilícito oriundo do abuso do direito de cobrar."²³

Desse modo, a expressão engano justificável deve ser interpretada como fator que exclua o nexo de causalidade entre a conduta do fornecedor e o dano causado (responsabilidade objetiva do fornecedor), o que, invariavelmente, só será demonstrado no caso fortuito, que deverá ser provado pelo fornecedor²⁴.

Como bem assevera Cláudia Lima Marques estes pequenos erros de cobrança só podem ser combatidos com maior eficiência e só haverá a maior diligência e perícia exigida dos fornecedores pelo CDC, se a jurisprudência entender o art. 42 como uma sanção exemplar, que leva a mudança da prática de mercado²⁵.

²² GRINOVER, Ada Pellegrini... [et al.] - **Código de Defesa do Consumidor – comentado pelos autores do anteprojeto**. 8ed. Rio de Janeiro: Forense Universitário, 2005, p. 396-397.

²³ MARQUES, Cláudia Helena. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**, 2ª edição, RT, 2006, p. 593

²⁴ OLIVEIRA, Juarez (coord.). **Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor**. São Paulo: Saraiva. 1991.

²⁵ MARQUES, Cláudia Helena. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**, 2ª edição, RT, 2006, p. 1.502.

Porém tem sido de forma diversa a interpretação à redação do paragrafo único do art. 42, do CDC, pela jurisprudência do STJ.

4 DA INTERPRETAÇÃO DO STJ DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 42 DO CDC

O STJ em suas mais recentes decisões tem-se firmado no entendimento da negação à garantia da devolução em dobro no caso de cobrança indevida, indo deste modo, na contramão da proteção trazida pelo paragrafo único do art. 42 do CDC.

Tal afirmação pode ser comprovada com base nos julgados da Corte Especial, que está se firmando no seguinte sentido:

“(…) Inadimplemento contratual. Comprovação de cumprimento infiel do mandato. Devolução em dobro dos valores cobrados indevidamente pelo recorrido. Art. 42, parágrafo único, do CDC. Comprovação da má-fé na cobrança indevida. Impossibilidade de utilização da multa contratual como sucedâneo da indenização por litigância de má-fé. Art. 18 do CPC.42parágrafo único CDC18CPC- Este Tribunal tem o entendimento consolidado de que a repetição em dobro de valores indevidamente cobrados, com base no parágrafo único do art. 42 do CDC, somente é devida se for comprovada a má-fé da parte que realizou essa cobrança. (...)”. (STJ)²⁶

Na leitura do julgado, extrai-se o entendimento do STJ, qual seja, de que para haver a devolução em dobro de quantias pagas de forma indevida, seria necessária a prova de má-fé do fornecedor pelo consumidor. Tal entendimento é um tanto quanto peculiar, primeiro pelo fato de não possuir nenhum amparo legal, posto que no artigo 42 do CDC não há em nenhum momento exigência de prova de má-fé do fornecedor. Em segundo lugar, de forma mais estranha, a referida prova de má-fé deve ser feita pelo consumidor, haja vista que o fornecedor não irar provar sua própria má-fé, situação fática essa, que fica muito confusa e estranha às normas consumeristas²⁷.

Tal entendimento do STJ viola diversas garantias trazidas no Código de Defesa do Consumidor, como a inversão do ônus da prova em favor do consumidor, a responsabilidade objetiva do fornecedor (responde independente de culpa) e a garantia

²⁶ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1127721/RS**. Relator Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. Julgado em 03/12/2009. Publicado no DJE de 18/12/2009.

²⁷ RAVACHE, Alex. **O ônus da prova no processo civil moderno**. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2955, 4 ago. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19694>>. Acesso em: 4 abr. 2012.

da devolução em dobro havendo cobrança indevida, salvo hipótese de erro escusável, violando, inclusive, o texto constitucional, já que este prevê a adequada proteção dos consumidores²⁸.

A inversão do ônus da prova em favor do consumidor é um direito garantido pelo Código de Defesa do Consumidor, através do qual se consagra a proteção à parte mais vulnerável da relação de consumo: o consumidor. Assim, abre-se a possibilidade de o juiz inverter o ônus da prova, quando, segundo as regras de experiência, achar verossímil a alegação ou quando o consumidor for hipossuficiente.²⁹ Verifica-se, em verdade, que tal possibilidade só pode ocorrer em fase processual civil (dentro de um processo), pois cabe apenas ao juiz da causa a decisão de inverter o ônus da prova.

A garantia de que o fornecedor responde objetivamente está expressa no CDC, em seu artigo 14. Tal garantia refere-se ao fato de que o fornecedor de serviços responde independentemente da existência de culpa.³⁰

Tais garantia previstas no CDC, sendo de ordem pública, com base constitucional, trata-se de uma evolução e uma conquista jurídica e social³¹ que não pode ser violada pelo entendimento do STJ que prevê a necessidade de prova de má-fé do fornecedor, pelo consumidor, para que haja a devolução em dobro de quantia paga indevidamente, face a sua inconstitucionalidade.

Um exemplo clássico de como referido dispositivo tem sido violado pelo entendimento do STJ, refere-se aos contratos de financiamento. O consumidor ao efetuar um contrato de financiamento ou leasing com o banco, via embutido em suas obrigações o ônus de pagar taxas que pela legislação são consideradas ilegais. Neste sentido, a Turma Recursal do Estado do Paraná, editou um enunciado nº. 2.3, que previa:

“Tarifa de emissão de carnê (TEC), tarifa de abertura de crédito (TAC) e tarifa de liquidação antecipada – abusividade – devolução em dobro: É abusiva a cobrança de custos administrativos inerentes à

²⁸ FILHO, Sérgio Cavalieri. **O direito do consumidor no limiar século XXI**. Revista de Direito do Consumidor. Revista dos Tribunais, nº 35, jul/set. 2000.

²⁹ HUBERT, Georges Louis Hage. **Inversão do ônus da prova no CDC: momento processual e adequação aos princípios constitucionais e processuais**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 257, 21 mar. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4939>>. Acesso em: 22 mar. 2012.

³⁰ FILHO, Sérgio Cavalieri. **O direito do consumidor no limiar século XXI**. Revista de Direito do Consumidor. Revista dos Tribunais, nº 35, jul/set. 2000, p. 105.

³¹ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24. ed.2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2009.

atividade da instituição financeira, comportando a repetição em dobro do valor pago a tal título”.³²

Porém, devido ao entendimento que a jurisprudência do STJ vem trazendo desde 2009 à redação do parágrafo único, do art. 42 do CDC, tal enunciado foi cancelado, conforme Resolução 002/2010 da Turma Recursal, publicada em 29/12/2010, DJ nº 539, trazendo, desta forma, diversos prejuízos aos consumidores que realizam contratos de financiamento e são cobrados indevidamente pelos bancos. Após o cancelamento do enunciado, assim a TRTJ/PR vem se manifestando:

“ SÚMULA DO JULGAMENTO (ART.46 LEI N.º 9.099/95)CÍVEL. RECURSO INOMINADO. COBRANÇA. TARIFA DE ABERTURA DE CRÉDITO (TAC) E TARIFA DE EMISSÃO DE CARNÊ (TEC). CUSTOS ADMINISTRATIVOS TRANSFERIDOS AO CONSUMIDOR. ABUSIVIDADE. REPETIÇÃO DO INDÉBITO DEVIDA, NO ENTANTO, DE FORMA SIMPLES. PRECEDENTES DESTA TURMA RECURSAL E DO STJ. CANCELAMENTO DO ENUNCIADO 2.3 DA ENTÃO TRU/PR. MATÉRIA JÁ DECIDIDA PELO COLEGIADO. RECURSO REPETITIVO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. As Turmas Recursais reunidas, revendo posicionamento anterior, e com o intuito de se adequarem à jurisprudência dominante do STJ e do TJ/PR, modificaram posicionamento anterior, cancelando o Enunciado 2.3 da TRU/ PR, na Sessão de Julgamento de 10/12/10, entendendo que é abusiva a cobrança de custos administrativos inerentes à atividade da instituição financeira, mas a devolução em dobro somente ocorrerá quando provada a má-fé da instituição financeira”. (Ap. 2011.0007309-8/0. Relatora Giani Maria Moreschi)³³

Desta forma, visto exemplos claros de violação à norma do Código de Defesa do Consumidor, bem como, os prejuízos que a interpretação do STJ vem trazendo a milhares de consumidores, há que se entender que é equivocada e inconstitucional a interpretação dada pelo STJ ao parágrafo único do art. 42 do CDC.

5 DA INCONSTITUCIONALIDADE DA INTERPRETAÇÃO DO PARÁGRAFO ÚNICO, DO ART. 42, DO CDC FEITA PELO STJ

³² PARANÁ, Tribunal de Justiça do. **Enunciados Turma Recursal Única**. Enunciado nº. 2.3. Disponível em < http://portal.tjpr.jus.br/web/je/tru_enunciados> Acesso em: 24. Mar. 2012.

³³ BRASIL. Turma Recursal do Juizado Especial Cível. **Ap. 2011.0007309-8/0**. Relatora Giani Maria Moreschi, 2ª JEC. Comarca de Maringá. Julgado em 05/07/2011.

Com base no já citado parágrafo único, do art. 42, do CDC, somente não haverá a necessidade da repetição em dobro naqueles casos em que exista um engano justificável por parte do fornecedor.³⁴

Porém com o novo entendimento do STJ, está ocorrendo em nossas cortes, uma inversão do ônus da prova em desfavor do consumidor, fato esse que não pode ser admitido.

Tal alegação pode ser confirmada com uma simples análise da relação processual que se estabelece em um caso envolvendo um consumidor que fora cobrado em quantia indevida com pedido de repetição fundado no paragrafo único, do art. 42 do CDC. Assim, o consumidor em seu pedido, alega o fato constitutivo do seu direito, no caso, o pagamento indevido, para que possa receber o dobro do indébito, devendo provar tais alegações. Já na contestação, a fim de se ver desobrigado de proceder com a devolução em dobro, o fornecedor terá que trazer fato novo para demonstrar a presença de um engano justificável, recaindo sobre este o ônus da prova.³⁵

Porém, com o novo entendimento do STJ, exige-se do autor-consumidor que este prove a má-fé do fornecedor, tal entendimento, além de exigir requisito não previsto em lei, inverte o ônus da prova em desfavor do consumidor, indo na contramão de todas as normas consumeristas.³⁶

Como ficou demonstrado, o CDC exige apenas a prova de engano justificável, deste modo, o fornecedor só não será punido pela repetição do indébito em dobro na hipótese de comprovar que tais cobranças são oriundas de engano justificável, sendo que tal fato deve ser alegado e provado por ele. Portanto, se não houve por parte do fornecedor nenhum erro justificável que possa ter originado as cobranças indevidas, legítima é a devolução em dobrado do indébito.

Porém, o STJ, em confronto com a disposição do CDC, exige prova de má-fé que deverá ser produzida pelo consumidor. Nota-se que na interpretação do STJ, a

³⁴ BITTAR, Carlos Alberto. **Direitos do consumidor**: Código de Defesa do Consumidor. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

³⁵ BRASIL, **Lei. 5.869 de 11 de janeiro de 1973 (Código de processo Civil)**. Art. 33, incisos I e II. Disponível em < <http://www.planalto.gov.br> > Acesso em 25 mar. 2012.

³⁶ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Direitos do consumidor**: a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais do Direito Civil e do Direito Processual Civil. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

norma em questão torna-se letra morta e de aplicação utópica, já que praticamente impossível à prova da má-fé do fornecedor.³⁷

Tal inversão não pode ser admitida, uma vez que o Código de defesa do Consumidor surgiu com o intuito de tão somente regular as relações de consumo e de proteger a figura do consumidor, por entender que, nessas relações, este é hipossuficiente e vulnerável, existindo, inclusive, princípios como o da prevalência da interpretação mais favorável ao consumidor. Assim, uma legislação que nasce com o intuito de proteger o consumidor, jamais poderá ser interpretada a luz de prejudicá-lo.³⁸

Salienta-se que o CDC, em seu art. 6º, VIII, garante a possibilidade de inversão do ônus da prova em favor do consumidor, a fim de facilitar a defesa deste em juízo. Se a legislação garante este benefício ao consumidor, seria no mínimo ilógico admitir-se interpretação de dispositivo previsto na mesma legislação que permitisse a inversão do ônus da prova em prejuízo deste.³⁹

Há previsão do parágrafo único, do artigo 333, do CPC, que inadmite a inversão do ônus da prova quando esta torna a prova extremamente difícil para a parte⁴⁰, desta forma não pode determinar o STJ que tal prova extremamente difícil (má-fé) incuba ao consumidor.

Não obstante, o art. 51, VI do CDC, considera como abusiva a cláusula que inverte o ônus da prova em prejuízo do consumidor. Ora, se um contrato não pode inverter o ônus da prova em desfavor do consumidor, também não pode agir desta forma o Poder judiciário, o que realça a ilegalidade do entendimento do STJ.⁴¹

Visto que o entendimento do STJ não tem respaldo no CDC, tem-se visto que referida corte tem justificado seu entendimento no Código Civil (artigos 940 CC/2002 e 1531 CC/1916), Porém frisa-se que somente os pedidos baseados nesses artigos do CC (que remetem a cobrança e pagamento indevidos entre pessoas físicas) carecem da

³⁷ Art. 42º, parágrafo único, CDC, BRASIL, Código de Defesa do Consumidor. (1990) **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em < <http://www.presidencia.gov.br> >. Acesso em: 15 mar. 2012

³⁸ CORRÊA, Guilherme Augusto Bittencourt. **A negação da garantia de devolução em dobro no caso de pagamento indevido prevista no parágrafo único, do art. 42, do CDC pela jurisprudência do STJ**. Cadernos Jurídicos da OAB Paraná. P. 07.

³⁹ JUNIOR, Antonio Calor Bellini. **A Inversão do Ônus da Prova: no Código de Defesa do Consumidor**. ed. 1. Servanda. 2005.

⁴⁰ Neste sentido: art. 333, paragrafo único, CPC: É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando: I - recair sobre direito indisponível da parte; II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito. BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum – procedimento ordinário e sumário**. V.2. tomo I. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.283.

⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 200.

comprovação da má-fé, haja vista a súmula 159 do STF, transcrita: “*COBRANÇA EXCESSIVA, MAS DE BOA-FÉ, NÃO DÁ LUGAR ÀS SANÇÕES DO ART. 1531 DO CÓDIGO CIVIL*”.⁴² Referida súmula, consagra o entendimento de que a cobrança indevida feita de boa-fé, não daria ensejo à repetição dobrada do indébito⁴³.

Que fique claro que o quando o pedido do consumidor tiver base no artigo 42 do CDC e não no artigo 940 do CC, devida é a repetição do indébito na forma dobrada, não sendo necessária a comprovação pelo consumidor de má-fé por parte do fornecedor, mas tão somente que o fornecedor deixe de comprovar que as referidas cobranças se deram em virtude de um engano justificável.

A referida má-fé mencionada pelo STF somente tem previsão no Código Civil, no entanto, as matérias referentes à relação de consumo são reguladas pelo CDC, lei especial que, por sua natureza, prefere àquelas, ademais sobre este tema o CDC é expresso em seu artigo 42, não havendo, sequer, que se falar em aplicação subsidiária do Código Civil.

Ocorre que o STJ não fundamenta sua decisão, ou seja, não há fundamentação para a exigência de comprovação de má-fé do fornecedor pelo consumidor, violando assim princípio constitucional que exige que todas as decisões devem ser devidamente fundamentadas, sob pena de nulidade, conforme art. 93, inciso IX da Constituição da República⁴⁴. O entendimento que exige prova de má-fé, além de inconstitucional, enfraquece o sistema de proteção ao consumidor, contrariando as diretrizes teóricas que o norteiam⁴⁵.

Préquestiona-se, desta forma, a aplicação do art. 42, parágrafo único do CDC, na condição de lei especial, prevalente sobre as relações de consumo, que em seu texto não menciona qualquer prova acerca da má-fé do fornecedor, a ser produzida pelo consumidor (a despeito da inversão do ônus da prova) no caso de cobrança indevida.⁴⁶

⁴² FEDERAL, Supremo Tribunal. STF. **Súmula nº 159**. Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal – Anexo ao Regimento Interno. Edição: Imprensa Nacional, 1964, p. 86.

⁴³ ALVIM, Arruda et alli. **Código do Consumidor Comentado**. 2ª edição. São Paulo: RT. 1995.

⁴⁴ Art. 93, IX “*todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade(...)*”. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em < <http://www.presidencia.gov.br> >. Acesso em: 30 mar. 2012

⁴⁵ ALMEIDA, Luis Cláudio Carvalho de. A Repetição do Indébito em Dobro no Caso de Cobrança Indevida de Dívida Oriunda de Relação de Consumo como Hipótese de Aplicação dos Punitive Damages no Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/repeti%C3%A7%C3%A3o-do-ind%C3%A9bito-em-dobro-no-caso-de-cobran%C3%A7a-indevida-de-d%C3%ADvida-oriunda-de-rela%C3%A7%C3%A3o-de> > Acesso em: 4 abr. 2012.

⁴⁶ CARPES, Artur. A distribuição dinâmica do ônus da prova no formalismo-valorativo. In: Revista de direito processual. Curitiba: Geneses, n. 39, p.5 e ss, junho/2006.

Concordando com os argumentos elencados, diversos juízes, mesmo sabendo do entendimento do STJ quanto à matéria, estão discordando desta corte, afirmando ser ilegítimo referido entendimento, com base no parágrafo unido do art. 42 do CDC.

ACÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO – FINANCIAMENTO – TAC E TEC - DEVOLUÇÃO EM DOBRO – PROCEDÊNCIA – PARAGRAFO ÚNICO ART. 42 CDC. I- Declaro a nulidade da cláusula que instituiu a Tarifa de Abertura de Conta (TAC), Tarifa de Emissão de Carnê (TEC), Registro de Contrato, Taxa de Avaliação do Bem, Despesas com Gravame, Seguro Proteção, Serviços de Terceiros, Juros Reflexos, Imposto sobre Operações Financeiras (IOF/IOC), Tarifa de Emissão da 2º Via do Contrato de Financiamento, Tarifa de Liquidação Antecipada (TLA) e Danos Morais. II - Por tais razões, condeno a requerida ao pagamento em dobro. III - Incide aqui o art. 42 § único do Código de Defesa do Consumidor, devendo tais valores ser restituído em dobro (...). (3º JEC – Maringá, Juiz Liéje Aparecida de Souza Gouvêia Bonetti Publ.23/08/2011. Autos nº. 0000915-91.2011.8.16.0018).⁴⁷

Assim, diante de tudo que foi explanado, o entendimento do STJ que exige a prova de má-fé do fornecedor na cobrança indevida, pelo consumidor, acaba por impedir a efetivação de importante garantia em prol do consumidor, impossibilitando o princípio do acesso à justiça, engessando o judiciário de forma a aniquilar qualquer possibilidade de discussão processual acerca do tema.

6 ACESSO A JUSTIÇA – ENGESSAMENTO DO PODER JUDICIÁRIO

Visto tal impasse contemporâneo, percebe-se na atualidade que o princípio do acesso à justiça está sendo violado. Este princípio determina duas finalidades básicas do sistema jurídico, o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e ou resolver seus litígios sob as promessas do Estado, sendo encarado, portanto, como um requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar, os direitos de todos.⁴⁸

A Constituição Federal, ao trazer tal previsão, em seu art. 5º, inciso XXXV, com os dizeres: *“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça*

⁴⁷ TJPR. 3º Juizado Especial Cível. Comarca de Maringá. Autos nº. 0000915-91.2011.8.16.0018. Juiz Liéje Aparecida de Souza Gouvêia Bonetti. Publ. 23/08/2011.

⁴⁸ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Editora Fabris, 1988.

a *direito*”,⁴⁹ quer garantir que todos terão a possibilidade de ver apreciado pelo Poder Judiciário, a ameaça de lesão ao seu direito. Porém, para que ocorra verdadeiro acesso à justiça, a tutela prestada deve ser real, segura, positiva, tempestiva e de certo modo “satisfativa” ao autor da demanda, caso este tenha razão ao pleito.⁵⁰

O consumidor quando é lesado, sendo cobrado por quantia indevida, sem comprovação de engano justificável, recorre ao judiciário para ver seu direito, previsto no Código de Defesa do Consumidor, no paragrafo único do art. 42, resguardado. Porém o consumidor ao “*bater na porta do judiciário*” esperando uma resposta devidamente fundamentada, recebe uma resposta negativa, sem qualquer fundamento legal⁵¹.

O fato do STJ ter decidido sobre determinado caso, não vincula os demais juízes, ou seja, cabe justamente ao judiciário, como órgão único, a função de resguardar o direito de apreciação de qualquer lesão ao direito.

Sendo levado a baila do judiciário, o questionamento sobre a devolução em dobro em caso de cobrança indevida, deve ser apreciado através de decisão fundamentada, o que não está ocorrendo, posto que os juízes a quo, simplesmente limitam-se a negar a devolução em dobro, sob o prisma de o STJ já ter pacificado o entendimento sobre o caso, porém tal tema ainda carece de discussão no judiciário.

Como precedente **TRU- Recurso Inominado 2010.0010674-4 – rel. Leo Henrique Furtado Araújo**, afirma que:

Este tema deve ser melhor analisado pelo judiciário, pois ainda cabe sobre tal muita discussão, a alegativa dos juízos monocráticos e Tribunais Estaduais de que tal tema está decidido pelo STJ não pode impedir que um recurso como este seja apreciado, discutido e julgado minuciosamente, uma vez que as teses que confrontam a devolução somente na forma simples em virtude de ausência de prova de má-fé encontra respaldo em lei, e a lei deve prevalecer quando vigente e clara sobre a opinião pessoal do julgador, seja ele um juiz monocrático ou um desembargador do STJ⁵².

⁴⁹ Art. 5, inciso XXXV. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em < <http://www.presidencia.gov.br> >. Acesso em: 30 mar. 2012.

⁵⁰ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Editora Fabris, 1988.

⁵¹ JUNIOR, Nelson Jorge. **O princípio da motivação das decisões judiciais**. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUC-SP. Disponível em: < <http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.jsp?id=K4208171U6> > Acesso em 3 abr. 2012.

⁵² BRASIL. Turma Recursal do Juizado Especial Cível. **Recurso Inominado 2010.0010674-4**. Relator Leo Henrique Furtado Araújo. Disponível em: < <http://portal.tjpr.jus.br/e->

Isso é um evidente engessamento do poder judiciário, que fica vinculado a decisões jurisprudenciais, o que não é permitido, posto que nosso sistema é o *Civil Law*, fulcrado nas bases do direito romano - germânico em que a principal fonte para as decisões judiciais é a lei⁵³. No caso a lei não exige comprovação de má-fé por parte do consumidor em caso de cobrança indevida, de tal sorte, não pode o STJ exigi-la. Porém, tal entendimento do STJ tem trazido ao judiciário instabilidade e insegurança.

Por mais que na atualidade esteja existindo uma convergência dos sistemas, ou seja, que o *Common Law* esteja cada vez mais presente em nosso ordenamento jurídico,⁵⁴ fazendo assim com que as decisões jurisprudenciais estejam assumindo papel importante na solução das questões judiciais, não pode essa se posicionar como fonte primária do direito processual, posto ser a lei a fonte primária do direito processual Brasileiro.

Mas ainda que o nosso sistema fosse o *Common Law*, ao caso se aplicaria o instituto do *Overruling*, tal regra permite a mudança da jurisprudência consolidada e evita o engessamento dos precedentes, ou seja, é uma forma de raciocínio jurídico que acarreta a revogação total de um precedente.⁵⁵

Revogar um precedente significa dizer, na maioria das vezes, que a decisão proferida por determinado juiz ou determinada corte estava errada, e precisa ser corrigida. Não se trata do reexame da causa provocado pelas partes interessadas, mas sim no reexame da regra de direito elaborada pela corte quando do julgamento de determinada questão, cujo erro reside, geralmente, no excesso à discricionariedade praticado pela corte prolatora.⁵⁶ Trata-se, portanto, o *Overruling* de revogação total de um precedente, abrindo a oportunidade para construção de nova proposição jurídica para contexto idêntico.

É inegável a importância dos precedentes judiciais no âmbito do Poder Judiciário brasileiro, sobretudo quanto se verifica que a segurança jurídica e a isonomia

dj/publico/diario/baixar.do?tjpr.url.crypto=4a5267f99c12c301ee0b87ee38c544af1e2f570d02c079bfa181437eebe12eae> Acesso em: 4 abr. 2012

⁵³ DAVID, René. **Os grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. Trad. Hermínio A. Carvalho. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

⁵⁴ SÉRGIO, Sérgio Gilberto. **Revista da Academia Brasileira de Direito Processual Civil**. Sobre a *Common Law* e o Precedente Judicial. Vol. 36. ano 2009. p. 102.

⁵⁵ EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of common law*, p. 104.

⁵⁶ PORTES, Maíra. **Instrumentos para revogação de precedentes no sistema de common law**. Processos Coletivos, Porto Alegre, vol. 2, n. 2, 01 abr. 2011. Disponível em:<http://www.processoscoletivos.net/ve_artigo.asp?id=60> Acesso em: 04 abr. 2012

do tratamento das questões postas em juízo podem ser afetadas por decisões contraditórias em casos idênticos, proferidas por juízes que pertencem à mesma estrutura judiciária. A própria legitimidade do Poder Judiciário Fica comprometida quanto tal fenômeno ocorre.⁵⁷ No caso fora exatamente isso que ocorreu, ainda que o STJ tenha decidido tal matéria ainda existem decisões (como já citado) e argumentos contrários a esse entendimento, causando tal situação uma instabilidade/insegurança jurídica, sendo dessa forma, totalmente aplicado o instituto do *overruling*.

O STJ, segundo artigo 105 da CF, tem dentre uma de suas funções a precípua de consolidação da interpretação da matéria infraconstitucional, ou seja, tratando-se de uma função de uniformização quanto à aplicação do direito infraconstitucional federal.⁵⁸ Desta forma, sendo a proteção do consumidor matéria constitucional, cabe ao STJ consolidar referida proteção, não podendo de forma alguma, decidir de forma contrária ao estabelecido na Constituição.

Porém o STJ, de forma inconstitucional e sem nenhum fundamento legal para tanto, decidiu sobre a matéria violando a proteção constitucional trazida ao consumidor.

Neste enfoque, é sabido que o juiz possui o livre convencimento motivado (art.131, do Código de Processo Civil), deste termo pode-se retirar duas prerrogativas, a primeira de que o juiz tem livre convencimento e a segunda é de que esse convencimento deve ser devidamente motivado, ou seja, fundamentado, conforme art. 93, inciso IX da CF.

O mestre Nelson Nery, brilhantemente, conceitua o ato de fundamentar, nos seguintes termos:

Fundamentar significa o magistrado dar as razões, de fato e de direito, que o convenceram a decidir a questão daquela maneira. A fundamentação tem implicação substancial e não meramente formal, donde é lícito concluir que o juiz deve analisar as questões postas a seu julgamento, exteriorizando a base fundamental de sua decisão. Não se consideram “substancialmente” fundamentadas as decisões que afirmam que “segundo os documentos e testemunhas ouvidas no processo, o autor tem razão, motivo por que julgou procedente o pedido”. Essa decisão é nula porque lhe falta fundamentação.⁵⁹

⁵⁷ MARINONI, Luis Guilherme. **A força dos precedentes**. 1. Ed. Editora Jus Podivm. 2010.

⁵⁸ BRITO, Washington Bolívar de. **Uniformizar a Jurisprudência** – a grande missão do Tribunal. In: STJ: Dez anos a serviço da justiça. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 1999, p. 57-65, ISBN 85-7248-034-X.

⁵⁹ Nery Junior, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. ed. 8. São Paulo: Editora Revista do Tribunais,2004. p. 215-220.

Desta feita, fica evidente que o STJ para ter “pacificado” tal conflito, deveria ao mínimo ter fundamentado devidamente sua decisão, evitando ser omissa e obscura como foi. Assim, evidente que o tema ainda carece de discussão no judiciário, posto a existência de sistema jurídico atual aberto, que exige do juiz uma atuação mais valorativa das normas e menos “engessada”.⁶⁰

Portanto, com base no princípio do acesso justiça, deve ser oportunizado que tal matéria seja devidamente discutida, visto que já existem diversos entendimentos contrários à referida decisão, além do Código de Defesa do Consumidor tratar-se de matéria de ordem pública que pode, inclusive, ser aplicada de ofício ao caso concreto pelo magistrado⁶¹.

Deste modo nota-se que é possível se retirar da redação do parágrafo único do art. 42 do CDC, ainda que analogicamente, o entendimento de que, o legislador ao criar tal norma, visou à teoria do valor do desestímulo, ou seja, o legislador ao determinar a repetição do indébito na forma dobrada, salvo engano justificável, quis trazer tanto o ressarcimento do consumidor cobrado indevidamente, como também, trazer uma forma de punição que desestímule o fornecedor a praticar novamente determinada cobrança indevida a outros consumidores. Porém caso o fornecedor prove um engano justificável, estaria liberado dessa “punição” da devolução do indébito na forma dobrada⁶².

Observa-se que essa garantia trazida pelo parágrafo único do art. 42 do CDC, trata-se de uma conquista social e histórica, de controle e estabilidade de relações de consumo, ou seja, que fora correndo ao longo do tempo com o intuito de proteger a figura do consumidor. Assim não se pode na atualidade perder de vista a finalidade da norma consumerista, qual seja, de proteger o consumidor, não podendo haver assim interpretação de norma do CDC de forma desfavorável ao consumidor na forma feita pelo STJ.

7 CONCLUSÃO

⁶⁰ SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. **Atuação de Juiz no Direito Processual Civil Moderno**. V. 4. 1. Ed. Editora Atlas. 2008

⁶¹ MIRANDA, Gladson Rogério de Oliveira. **Prequestionamento nas questões de ordem pública**. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 174, 27 dez. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4606>>. Acesso em: 4 abr. 2012.

⁶² LIMA, Diogo Lessa Clemente de. **Teoria do valor do desestímulo**. Revista Juris Way. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=1225>. Acesso em: 4 abr. 2012.

O código de Defesa do Consumidor tem a função de proteger à figura do consumidor nas relações de consumo. Para isso fora criado um instituto que protege o consumidor quando esse é cobrado em quantia indevida, sendo ele, o paragrafo único do art. 42 do CDC. Tal norma garante que o consumidor terá a repetição de indébito em dobro, salvo prova de engano justificável por parte do fornecedor.

Porém, na contramão da norma consumerista, o STJ, sem nenhuma fundamentação legal e em violação expressa da lei, decidiu afirmando que para haver a devolução da quantia cobrada indevidamente na forma dobrada, seria necessário à comprovação de má-fé do fornecedor pelo consumidor. Tal entendimento é ilegal, pois, viola o CDC, posto não se exigir no artigo de lei prova de má-fé, ainda, inverte o ônus da prova em desfavor do consumidor, fato que não é possível, e viola o principio constitucional do acesso à justiça.

Desta forma, percebemos que, ainda que alguns juízes entendam que o STJ pacificou a questão, causando assim uma acomodação das instancias inferiores (engessamento) que sequer leem os argumentos trazidos pelas partes sobre o tema, sob o pretexto de pacificação do entendimento acerca da matéria, importa frisar que tal tema ainda carece de discussão, devendo tal entendimento do STJ ser revisto ou ao menos fundamentado de forma devida, para que o principio constitucional de proteção ao consumidor não seja violado. Assim concluímos pela ilegalidade da interpretação pelo STJ do paragrafo único, do artigo 42 do CDC, devendo tal entendimento ser revisto.

Ainda que na atualidade os precedentes jurisprudenciais tenham ganhado grande força, devido a influencia do sistema do *Common Law*, nos casos de decisões contraditórias em casos idênticos, é aplicável o instituto o *Overrunling*, permitindo assim a mudança de jurisprudência consolidada, evitando o engessamento dos precedentes.

O resultado de tudo isso é a regressão/involução jurídica do judiciário (paradoxo jurídico: jurisprudência X lei = exposição do consumidor e desrespeito as suas garantias constitucionais) que ao invés de se firmarem no tempo, estão caindo em desuso pela falta de aplicação do judiciário.

8 REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Batista. **Manual de Direito do Consumidor**. 2. ed. revista e atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

ARENHART, Sérgio Cruz. **O ônus da prova e sua modificação no processo civil brasileiro**. In: Revista Jurídica. Porto Alegre: Notadez, n. 343, maio/2006.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direitos do consumidor**: Código de Defesa do Consumidor. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

BESSA, Leonardo Roscoe. **Aplicação do Código de Defesa do Consumidor**: Análise Crítica da Relação de Consumo. Prefácio de Gustavo Tepedino; apresentação Claudia Lima Marques. Brasília: Editora Brasília Jurídica, 2007.

BRASIL, constituição. (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em < <http://www.presidencia.gov.br> >. Acesso em: 15 mar. 2012.

BRASIL, **Lei. 5.869 de 11 de janeiro de 1973 (Código de processo Civil)**. Disponível em < <http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 25 mar. 2012.

BRASIL, Código de Defesa do Consumidor. (1990) **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em < <http://www.presidencia.gov.br> >. Acesso em: 15 mar. 2012.

BRASIL. **Turma Recursal do Juizado Especial Cível**. Ap. 2011.0007309-8/0. Relatora Giani Maria Moreschi^{2ª} JEC. Comarca de Maringá. Julgado em 05/07/2011.

BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**. REsp 1127721/RS. Relator Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. Julgado em 03/12/2009. Publicado no DJE de 18/12/2009.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum – procedimento ordinário e sumário**. V.2. tomo I. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARPES, Artur. **A distribuição dinâmica do ônus da prova no formalismo-valorativo**. In: Revista de direito processual. Curitiba: Geneses, n. 39, p.5 e ss, junho/2006.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Editora Fabris, 1988.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2009.

CORRÊA, Guilherme Augusto Bittencourt. **A negação da garantia de devolução em dobro no caso de pagamento indevido prevista no parágrafo único, do art. 42, do CDC pela jurisprudência do STJ**. Cadernos Jurídicos da OAB Paraná.

DAVID, René. **Os grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. Trad. Hermínio A. Carvalho. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

EFING, Antônio Carlos. **Fundamento de direito das relações de consumo**. 2 ed. Curitiba: Editora Juruá, 2004, p.207.

FILHO, Sérgio Cavalieri. **O direito do consumidor no limiar século XXI**. Revista de Direito do Consumidor. Revista dos Tribunais, nº 35, jul/set. 2000, p. 105.

FONSECA, Ricardo Coelho Nery da. **Por uma aplicação correta do parágrafo único do art. 42 do Código de Defesa do Consumidor**. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2129, 30 abr. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12706>>. Acesso em: 24 mar. 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini... [et al.] - **Código de Defesa do Consumidor – comentado pelos autores do anteprojeto**. 8ed. Rio de Janeiro: Forense Uniersitário, 2005.

HENZ, Cléya Aparecida. **Enriquecimento sem causa**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 60, 1 nov. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/3416>>. Acesso em: 23 mar. 2012.

HUMBERT, Georges Louis Hage. **Inversão do ônus da prova no CDC: momento processual e adequação aos princípios constitucionais e processuais**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 257, 21 mar. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4939>>. Acesso em: 22 mar. 2012.

JUNIOR, Antonio Calor Bellini. **A Inversão do Ônus da Prova: no Código de Defesa do Consumidor**. ed. 1. Servanda. 2005.

JUNIOR, Nelson Jorge. **O princípio da motivação das decisões judiciais**. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUC-SP. Disponível em: <<http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.jsp?id=K4208171U6>> Acesso em 3 abr. 2012.

LIMA, Diogo Lessa Clemente de. **Teoria do valor do desestímulo**. Revista Juris Way. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=1225>. Acesso em: 4 abr. 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARINONI, Luis Guilherme. **A força dos precedentes**. 1. Ed. Editora Jus Podivm. 2010.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 4ª edição. São Paulo: RT. 2002, p. 181.

MIRANDA, Gladson Rogério de Oliveira. **Prequestionamento nas questões de ordem pública**. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 174, 27 dez. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4606>>. Acesso em: 4 abr. 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24. ed.2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2009.

NUNES, Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

OLIVEIRA, Juarez (coord.). **Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor**. São Paulo: Saraiva. 1991.

RAVACHE, Alex. **O ônus da prova no processo civil moderno**. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2955, 4 ago. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19694>>. Acesso em: 4 abr. 2012.

STRECK, Lênio Luiz. Verdade e consenso: Constituição, Hermenêutica e Teoria discursivas. Rio de Janeiro. Ed. Lúmen Juris, 2006.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Direitos do consumidor**: a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais do Direito Civil e do Direito Processual Civil. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.