

Água. Contrato de prestação de serviços. Alteração de consumo logo após troca do aparelho medidor. Ônus da prova do fornecedor.

Ana Cláudia Aboud Daou (*)

Ementa Oficial: *Água. Alteração do consumo logo após a troca do aparelho medidor. Prova documental, testemunhal e pericial que não apontam a existência de qualquer problema no sistema interno de distribuição de água no imóvel do autor. Relação de consumo caracterizada. Ônus do fornecedor em provar o fornecimento daquelas quantidades de água. Não desincumbência. Ações procedentes. Recurso desprovido. ApCiv 847.034-2 – 4ª Câmara. Cív.- 1º TACivSP – j. 27.08.2003 – rel. Juiz Rizzatto Nunes – DJU 04.09.2003.*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ap 847.034-2, da Comarca de Piracicaba, sendo apelante Serviço Municipal de Água e Esgoto de Piracicaba – Sema e apelado Nelson Carrano Torres.

Acordam, em 4ª Câmara. Do 1º TACivSP, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de f. que julgou procedente a ação anulatória de aviso de débito e as demais apensadas à presente, condenando o réu ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios.

Apela o réu (f.), sustentando a reforma da r. sentença. Alega que, sendo autarquia, “é órgão competente para administrar da melhor maneira possível o consumo de água tratada, gozando, como entidade pública que é, de prerrogativas especiais, podendo proceder à troca dos hidrômetros sempre que for necessário”.

* Promotora de Justiça do Estado do Amazonas

Sustenta ter sido efetuada a troca do hidrômetro e que, tecnicamente, tudo se apresentava normal (pressão da água, diâmetro do encanamento, e o próprio hidrômetro); e que a variação mensal de consumo do autor não é e nem pode ser parâmetro inequívoco para se afirmar que os picos de consumo são absurdos. Aduz que a propriedade do autor, na área construída, além da residência, há piscina e um imenso gramado que, por informações do próprio caseiro, o autor faz questão de que seja de que seja mantido muito bem regado. Afirma, ainda, que a perícia no hidrômetro não foi efetuada, não restando provado que o aparelho estava defeituoso. Requer a improcedência da ação e a inversão do ônus sucumbencial.

Preparo isento.

Recurso respondido (f).

É o relatório.

Nelson Carrano Torres moveu ação ordinária anulatória de aviso de débito contra o Serviço Municipal de Água e Esgoto de Piracicaba – Sema, alegando, em síntese, que o consumo de água de sua residência sempre esteve entre 32 e 137m³, sendo que, na conta do mês de junho/96, o consumo anotado pela ré foi de 401m³. A alteração do consumo se deu logo após a ré proceder à troca do aparelho medidor de sua residência. Reclamou do ocorrido junto à ré, mas de nada adiantou. A conta de água relativa a esse período foi paga em juízo, nos autos da cautelar em apenso. Pediu a procedência da ação com o cancelamento do débito indevido.

As ações principal e cautelares foram julgadas procedentes, e com acerto.

Com efeito, como bem apontado pelo MM. Juiz *a quo*, com o salto absurdo do consumo de água medido na residência do autor, quatro hipóteses poderiam ser levantadas: a) o novo medidor colocado estava com defeito; b) o antigo medidor é que era defeituoso e media a menor o consumo do autor; c) houve algum vazamento do encanamento da residência do autor, naqueles meses, que ocasionou o consumo excessivo; d) por motivos particulares, consumiu naqueles meses mais água que o normal.

E a prova coligida nos autos, tanto a documental como testemunhal e pericial, não apontam para a existência de qualquer problema no sistema interno de distribuição de água no imóvel do autor, que pudesse gerar o consumo de água medido. Da mesma forma, não restou provado que, naquele mês, houve um consumo de água acima do normal por parte do autor.

No apelo, a ré reclama basicamente de falta de provas.

Ora, a relação é típica de consumo. E nesta o ônus de produzir as provas é do fornecedor, no caso, a ré, que tinha o dever de provar que forneceu aquelas quantidades de água. Se não o fez, não pode agora reclamar.

As provas existentes eram mesmo suficientes para gerar a procedência da ação.

Diante do exposto, nega-se provimento ao recurso.

Presidiu o julgamento, o Juiz Franco de Godoi, e dele participaram os Juízes José Marcos Marrone e Paulo Roberto de Santana.

São Paulo, 27 de agosto de 2003 – RIZZATTO NUNES, relator.

COMENTÁRIOS

A elevação repentina dos valores das faturas correspondentes ao consumo dos serviços essenciais de água, energia elétrica e telefonia continua sendo uma das causas mais frequentes de reclamações junto aos órgãos de defesa do consumidor.

No que diz respeito ao serviço de abastecimento de água, o Ministério Público tem recebido muitos usuários residentes em bairros ou comunidades recentemente atendidas pela instalação de hidrômetros, relatando aumento abusivo nas suas contas mensais.

O problema ocorre porque antes da colocação do medidor, a concessionária estipulava um valor fixo mensal para a remuneração do serviço, geralmente bem abaixo do valor constante da fatura correspondente a primeira aferição por hidrômetro.

Nestes casos, o fornecedor justifica não se tratar de elevação

do valor tarifado uma vez que, somente após a instalação do medidor, é possível conhecer real o gasto mensal do usuário com água.

Contudo, essa explicação nem sempre é aceita passivamente pelo consumidor que prossegue argumentando não gastar tanta água assim, a ponto de gerar uma cobrança bem superior ao valor anteriormente “taxado”.

A solicitação de perícia no hidrômetro tem a finalidade de verificar se o aparelho apresenta defeito. Todavia, ainda que se ateste a regularidade do equipamento – o que ocorre na maioria das vezes –, persiste a dúvida quanto a cobrança do valor excedente em face de outros fatores relevantes, como a média de consumo, conforme demonstra a decisão em comento.

Constata-se que no processo instaurado a partir de ação anulatória de aviso de débito foram produzidas provas suficientes para formar o convencimento do Juiz quanto à necessidade de inverter o ônus probatório: testemunhas e perícias não indicaram haver problema no sistema interno de distribuição de água do imóvel que pudesse gerar o consumo de água medido (vazamentos, por exemplo), além de não existirem elementos para afirmar que no mês avaliado o consumo de água foi acima da média (conclusão extraída, provavelmente, da prova testemunhal).

Outros aspectos em que se baseou o fornecedor-réu para sustentar a manutenção da cobrança, como o fato de não ter sido periciado o hidrômetro, a grande extensão da propriedade do autor (cerca de 10.000m²), a existência de piscina e imenso gramado, não abalaram a certeza do Julgador quanto a pertinência da inversão.

Tiveram maior relevância o fato da média mensal de consumo nunca ter ultrapassado 137 m³ a fatura *sub exame* computou consumo de 401 m³, bem como constatar que na residência do consumidor a água sempre foi medida por hidrômetro. Nesta última hipótese, se a medição por hidrômetro nunca foi superior a 137 m³, por que aceitar passivamente uma única medição apontando 401 m³?

Demonstrou-se, com isso, a presença do requisito da

verossimilhança para justificar a inversão do *onus probandi* previsto no art. 6º, inciso VIII do Código de Defesa do Consumidor. A referida norma admite a inversão do ônus da prova desde que verossímil a alegação do consumidor ou em face da sua condição de hipossuficiente.

Trata-se de *inversão judicial*¹ do ônus da prova: o Juiz verificando a presença de uma das condições impostas pela lei e guiando-se pelas regras ordinárias de experiência, decide sobre o cabimento, ou não, do pedido de inversão.

O juízo de verossimilhança se constrói a partir da noção de aparência da verdade extraída das alegações do autor. É hipótese de análise judicial preventiva com base nos argumentos aduzidos pelo requerente. Não há, portanto, nesse momento, juízo concludente sobre a prova produzida, até porque, depois da contestação e até a sentença final, o magistrado pode modificar seu convencimento.

Na situação fática *sub* exame, a hipossuficiência decorre da posição processual assumida pelo usuário litigando em face de prestador de serviço público essencial, no caso o Serviço Municipal de Água e Esgoto de Piracicaba - Semae.

Conceituada pela doutrina como a condição de vulnerabilidade² do consumidor dentro do processo, a hipossuficiência se confunde com a vulnerabilidade fática ou sócio-econômica³ do consumidor, considerada em vista da superioridade do prestador de serviço público relevante ou do poder econômico do fornecedor. A

¹ As outras hipóteses são a inversão legal e a convencional. Exemplo de inversão legal no Código de Defesa do Consumidor é a atribuição ao patrocinador da publicidade do ônus de provar a veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária (CDC, art. 38). A inversão convencional, por seu turno, é contemplada no inciso VI, do art. 51 do CDC.

² Vulnerabilidade é a condição de mais fraco na relação contratual. O significado do termo no mundo jurídico é, portanto, o mesmo que lhe confere a língua portuguesa.

³ A doutrina apontando diversas espécies de vulnerabilidades: técnica, jurídica, política ou legislativa, biológica ou psíquica, econômica e social e ambiental (Classificação extraída da obra do Promotor de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e atual coordenador do Centro de Apoio Operacional de Defesa do Consumidor daquele Estado, Dr. Paulo Valério Dal Pai Moraes: *Código de defesa do consumidor, o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais*).

diferença entre os institutos reside no fato da hipossuficiência ocorrer *dentro do processo* em que se verifica a desigualdade sócio-econômica entre as partes.

Atrelar o conceito de hipossuficiência à condição econômica do consumidor não é idéia aceita pacificamente pela doutrina. O professor Luiz Antônio Rizzatto Nunes, relator da decisão ora enfocada, sustenta que a hipossuficiência, para fins de inversão do ônus da prova, consiste no desconhecimento técnico e informativo do consumidor acerca do produto ou do serviço, de suas propriedades, de seu funcionamento vital ou intrínseco, entre outros aspectos⁴.

O eminente Juiz e doutrinador afirma que basta o julgador determinar ao fornecedor que pague as despesas processuais para a produção da prova e o problema da condição econômica inferior do consumidor estará resolvido. A condição de ser “pobre”, por conseguinte, não constitui elemento determinante da inversão probatória.

Ademais, há consumidores com poder econômico e que, ainda assim, não têm condições de produzir a prova dentro do processo, em razão de hipossuficiência técnica e de informação.

In casu, o efeito da inversão do ônus da prova: declaração no sentido de que competia ao Serviço Municipal de Água e Esgoto de Piracicaba provar que forneceu aquelas quantidades de água para o consumidor, é justo na medida em que transfere para o fornecedor, parte econômica, técnica e juridicamente mais forte na relação de consumo, o dever de provar que forneceu o produto e prestou o serviço.

Os que vêm com restrição a aplicação da inversão do ônus da prova amplamente nas lides de consumo, defendem que o Juiz não deve determinar ao fornecedor que produza prova sobre fatos impossíveis de serem demonstrados.

Na questão em julgamento, a prestadora do serviço público poderia levantar tal argumento, alegando que o único meio de tornar evidente o fornecimento da quantidade de água faturada

⁴ NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2000.p.123

seria mediante aferição do consumo registrado no hidrômetro, prova esta não considerada pela decisão judicial.

Ocorre que as demais provas apresentadas no processo pelo consumidor contrastam com o consumo medido pelo hidrômetro (média do consumo, depoimentos de testemunhas), e devem merecer atenção igual, ou até maior do julgador, notadamente se presentes outras circunstâncias indicativas de falhas na prestação do serviço, como o número crescente de reclamações da mesma espécie registradas nos órgãos de defesa do consumidor.

Embora não se possa especificar qual o problema no hidrômetro que ocasiona essas distorções, há evidências de irregularidades no aparelho que comprometem a eficiência da aferição, como o fato de registrarem a passagem de ar pelo encanamento como se fosse água, ou o número de reclamações não seria tão grande.

Ao valorarem esses fatos extra-autos, as decisões judiciais terão o efeito de forçar a prestadora de serviço a adotar meios mais eficientes de medição, além, é claro, de exercerem papel fundamental na defesa do consumidor-usuário de serviços públicos, tal como preconiza o princípio inserto no art. 5º, inciso XXXII da Constituição Federal, que estabelece ser dever do Estado promover, na forma da lei, a defesa do consumidor.

É preciso ter em mente que o equilíbrio nas relações de consumo só será possível mediante tratamento diferenciado ao consumidor⁵, assegurando-se nas decisões judiciais, sempre que presentes os requisitos legais e na linha do princípio da ampla proteção do vulnerável, a inversão do ônus da prova.

Referências bibliográficas:

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. São Paulo: RT, 2002.

⁵ No dizer da Doutora Cláudia Lima Marques (*Contratos no código de defesa do consumidor*, São Paulo: RT, 2002, p.264): "...tratamento desigual e pòs moderno aos sujeitos de direito desiguais e importantes na estrutura da sociedade de massas atuais".

- MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de defesa do consumidor*. Porto Alegre: Síntese, 2001.
- NOGUEIRA, Tânia Lis Tizzoni. *A prova no Direito do Consumidor*. Curitiba: Juruá, 1998.
- NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: RT, n. 42, abril/junho, 2002.
- Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 49, jan./mar., 2004.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Direitos do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.