

Ônus da prova e o CDC: cabe o quê, a quem e quando

Fábio Cenci *

O Brasil conta com uma das mais modernas legislações com a finalidade de regulamentar as relações de consumo. Tal norma visa, principalmente, equiparar uma relação, na maioria das vezes, desigual, outorgando ao fornecedor obrigações e encargos, estes advindos do seu poderio, quer econômico, quer tecnológico. Uma delas, e que será objeto destes rabiscos, diz respeito à produção de provas junto ao processo judicial envolvendo fornecedor e consumidor.

A regra geral (Código de Processo Civil, art. 333), diz que quem alegar certo fato, tanto autor como réu, é quem detêm a obrigação de prová-lo, sob pena de ter suas razões desacolhidas pelo Juiz. Ou seja, se alguém intenta ser indenizado por conta de algum ato ilícito, deverá provar, valendo-se de todos os meios de provas disponíveis (testemunhas, documentos, perícias, etc.), que o ofensor agiu com culpa (conduta negligente, imprudente ou imperita), e mais, que desta conduta (nexo de causa), resultou a ocorrência de dano (material ou moral), nos termos do art. 186 do Código Civil. Contudo, caso o réu alegue culpa exclusiva/concorrente do autor/vítima, ou ainda, qualquer outra causa extintiva ao direito do autor, cabe a ele produzir esta prova.

Agora imaginemos a seguinte situação prática, muito corriqueira, diga-se de passagem: alguém ao consultar seu extrato bancário nota que foram debitados valores de forma indevida de sua conta corrente, ou ainda, ao adquirir um veículo zero quilômetro, durante o

período de garantia, vem apresentar algum problema mecânico, e deste problema resulta algum dano (acidente de trânsito, por exemplo).

O CDC nomeia ambas as figuras: a primeiro vício do serviço (também pode ser do produto), e a segunda como fato do produto (dano advindo de produto defeituoso).

Pois bem, pela regra geral do CPC, caberia ao autor provar em juízo, no primeiro caso, o defeito do serviço prestado (guarda do dinheiro pela instituição financeira), e no segundo, que o acidente se deu pelo defeito no produto, defeito este advindo de conduta culposa do fornecedor (negligência, imprudência ou imperícia), quando da montagem do veículo. Em ambos os casos, em sendo necessária à realização de prova técnica (perícia), esta deverá ser custeada pelo autor da demanda, nos termos do art. 19 do CPC, contudo, a Lei 8078/90 altera, como já dito, a regra geral, senão vejamos.

O CDC diz que pode o juiz inverter o ônus da prova (art. 6º, VIII). Assim, no primeiro caso em discussão (saque indevido de conta corrente), pode o magistrado transferir ao prestador de serviço (instituição financeira/fornecedor) o dever de provar o elencado no art. 14, parágrafos 2º. e 3º. da Lei (excludentes de responsabilidade, quais sejam; I – o defeito no serviço inexistente; II – culpa exclusiva do consumidor ou de terceira pessoa).

Já em relação ao fato do produto (acidente de consumo), cabe ao consumidor, nos termos do art. 12 do CDC tão somente provar o acidente e o nexo de causa entre o fato e os danos dele advindos (responsabilidade objetiva), onde, o fornecedor poderá desonerar-se da obrigação indenizatória se conseguir provar quaisquer das figuras elencadas no art.12, parágrafo 3º. (I - inexistente defeito no produto; II - que o produto não foi colocado no mercado pela empresa; III – culpa exclusiva do consumidor ou de terceira pessoa)

Por se tratar de responsabilidade objetiva, basta o consumidor/autor provar em sua peça vestibular a ocorrência do acidente com o veículo em questão (fato do produto), e que deste acidente restaram danos, onde, por conta do art. 333, II do CPC, cabe ao fornecedor/réu a

obrigação de provar os fatos modificativos, impeditivos ou extintivos ao direito do autor. Assim, nesta situação, não há que se falar em inversão do ônus da prova, tendo em vista, repita-se, a análise conjunta dos art. 12 do CDC e 333 do CPC, onde o ônus da desoneração da responsabilidade naturalmente recai ao ofensor, neste caso, fornecedor.

Já em relação ao vício do produto ou do serviço, a situação é diferente, vez que o texto da Lei (art. 18 do CDC) não repete o texto do art. 12; “(...)independentemente da existência de culpa(...)”. Assim, em alguns casos, necessário se faz a prova técnica quanto ao produto ou serviço prestado, no intuito de comprovação quanto à ocorrência de mencionado vício.

Questão que ainda não se encontra consolidada perante o Judiciário, diz respeito ao momento processual onde o juiz deve manifestar-se acerca da inversão do ônus da prova. Uma das linhas adotadas pelo Poder Judiciário, na qual divirjo, diz que o Magistrado irá, quando da confecção da sentença (final do processo, onde todas as provas já foram produzidas) analisar se inverte ou não o ônus probatório, transferindo a empresa fornecedora o dever de provar certo fato que, até aquele momento, era de obrigação da vítima/autor da ação.

Pois bem, pode acontecer de o juiz reconhecer a necessidade de se inverter o do ônus da prova, e, pelo fato de a fornecedora não tê-la produzido demonstrando que o produto/serviço não tinha qualquer vício, ou ainda, culpa exclusiva da vítima (até aquele momento estava valendo a lei geral – ônus do autor -), condenando-a a indenizar o cliente/autor da ação (devolução dos valores sacados da conta corrente do consumidor).

Tal ato fere veementemente o principio da ampla defesa e do contraditório (Constituição da República, art. 5, LV), vez que, até aquele momento, cabia ao consumidor provar todos os fatos por ele alegados em sua petição inicial, sem falar na vedação na oportunidade para que o fornecedor prove, quer a ausência de vício, senão culpa exclusiva da vítima, por

conta de no mesmo ato processual (sentença) ter-se invertido o ônus da prova, finalizando-se o processo.

Caso não invertido o ônus probatório, por qual razão a fornecedora deveria, por exemplo, realizar uma perícia no intuito de apontar vício no produto ou no serviço, podendo esta ser negativa a ela, reconhecendo o vício, sendo que até aquele momento a obrigação de demonstrar o vício cabia ao consumidor? Em outras palavras, estaria “dando um tiro no próprio pé”.

Como é de conhecimento geral, o processo judicial é dividido em fases, onde de forma simplista, as partes dizem o que querem, identificam as provas pelas quais irão provar aquilo que alegam, produzem-nas, e ao final, cabe ao juiz prolatar uma sentença identificando quem tem razão, valendo-se de tudo o que foi alegado e efetivamente provado, podendo a Instância Superior, se motivada, mantê-la ou alterá-la. Trata-se de atos seqüenciados, ligados e dependentes, onde, salvo raras exceções, não pode a parte querer produzir a prova antes de relatar os fatos ocorridos (exceção: produção antecipada de provas), ou ainda, o juiz dar a sentença antes da produção da prova.

Após a exposição das razões dos litigantes (petição inicial, contestação e réplica), e ultrapassadas as questões de ordem processual, o juiz deverá determinar que as partes identifiquem quais as provas que desejam produzir, visando ratificar suas alegações, onde, ato contínuo, o juiz autoriza ou não a realização de certa prova, justificando sua motivação. Pois bem, neste momento, salvo entendimentos em contrário, especialmente visando tratar as partes com isonomia, deveria o magistrado analisar a questão atinente à inversão do ônus da prova, dizendo, “cabe a fornecedora provar tal fato, e cabe ao consumidor prova tal fato”, tendo em vista o elencado no já mencionado art. 6, VIII do CDC.

Ainda, determinar a inversão do ônus da prova, não quer dizer que toda a carga probatória foi transferida ao fornecedor, onde, o autor alega uma série de fatos, e invertida a obrigação

de provar, a parte contrária (fornecedor) terá que “se virar” para provar que aquilo não condiz com a verdade. Os tribunais sedimentaram que será objeto de inversão do ônus da prova, especialmente matéria de ordem técnica, tendo em vista a hipossuficiência (tecnológica) do consumidor (desconhecimento técnico sobre certo assunto), devendo o fornecedor provar a inexistência de vício do produto ou no serviço, restando ao autor provar os demais fatos alegados.

Valendo-se do exemplo acima, caso o juiz inverta o ônus da prova, caberia a instituição financeira provar que o sistema de computadores por ela disponibilizado não foi violado, quer por algum “hacker” (através da rede mundial de computadores), quer por terceira pessoa dentro da agência, senão ainda, demonstrar que o dinheiro foi sacado pelo próprio consumidor, senão por alguém a seu mando (por exemplo: através de sistema de filmagem), e a ele (consumidor), provar ser cliente daquela instituição financeira, os valores e a data na qual ocorreu o débito indevido, onde, na falta de algum destes fatos, ao certo não terá acolhida sua pretensão.

Outra questão pertinente acerca deste assunto, diz respeito a quem deverá ser imposto o ônus monetário advindo da perícia técnica, vez que, nomeado perito judicial, este deverá receber pelo trabalho que realizar. Diz o art. 19 do CPC que cabe a parte prover as despesas advindas de atos por ela requeridos. Em outras palavras, a parte que requerer a realização de perícia técnica, é quem deverá antecipar as despesas do Sr. Perito Judicial.

Estranhamente, existem julgados onde os Tribunais dizem que, mesmo invertido o ônus da prova, a obrigação de arcar com pertinentes despesas é do autor da demanda, neste caso, o consumidor. Ora, se a ônus da prova foi invertido, concluí-se ser obrigação do fornecedor tomar todas as providências necessárias para a sua realização, inclusive atinentes aos honorários periciais, onde, se não produzida, responderá pelas conseqüências de sua inércia.

Finalmente, indeferida a inversão do ônus, se faz necessário, visando impedir a ocorrência da preclusão temporal, a apresentação de Recurso de Agravo na forma Retida (regra, nos termos do art. 522 do CPC), onde a Corte, quando da análise do Recurso de Apelação, se entender cabível seu provimento, poderá, ao invés de anular a sentença, determinar o refazimento do ato processual que motivou anunciado Recurso, valendo-se do art. 515, parágrafo 4º. (alterado pela Lei 11.276/06), determinando a realização da perícia, e posteriormente retomar o julgamento da Apelação, ou ainda, demonstrando a ocorrência de dano, interpor Recurso de Agravo de Instrumento.

* Advogado, sócio do escritório Cenci Advogados, pós-graduado em Processo Civil, Professor de Processo Civil e atual Presidente da Comissão do Exame de Ordem da 24a. Subsecção da OAB/SP.

Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/x/34/67/3467/>