

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Winston Neil Bezerra de Alencar

O vício de produto essencial

Programa de Pós-Graduação em Direito

São Paulo
2016

Winston Neil Bezerra de Alencar

O vício de produto essencial

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de DOUTOR em Direito (Direitos Difusos e Coletivos), sob a orientação da Prof.^a Dr.^a Suzana Maria Pimenta Catta Preta Federighi.

São Paulo

2016

Ficha catalográfica

Sistema para Geração Automática de Ficha Catalográfica para Teses e Dissertações com dados fornecidos pelo autor

368 Alencar, Winston Neil Bezerra de
O vício de produto essencial / WinstonNeil
Bezerra de Alencar. -- São Paulo: [s.n.], 2016.
94p ; cm.

Orientador: Suzana Maria Pimenta Catta Preta
Federighi.

Tese (Doutorado em Direito)-- Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo, Programa de
Estudos Pós-Graduados em Direito, 2016.

1. Consumidor. 2. Código de defesa do consumidor.
3. Produto essencial. I. Federighi, Suzana Maria
Pimenta Catta Preta. II. Pontifícia Universidade
Católica de São Paulo, Programa de Estudos Pós
Graduados em Direito. III. Título.

CDD 340

Winston Neil Bezerra de Alencar

O vício de produto essencial

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de DOUTOR em Direito (Direito Difusos e Coletivos), sob a orientação da Prof.^a Dr.^a Suzana Maria Pimenta Catta Preta Federighi.

Aprovado em: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

À minha esposa Luciana;
aos meus filhos Yasmin e Rafael, alicerces de todo
e qualquer objetivo meu a ser alcançado.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por me permitir alcançar esse objetivo.

Aos meus pais, Alencar (*in memoriam*) e Lourdes, pelo apoio e incentivo que sempre dedicaram a mim.

À minha esposa, Luciana, e aos meus filhos, Yasmim e Rafael, pelo apoio, incentivo e compreensão pelas ausências decorrentes da dedicação ao doutorado, principalmente nas constantes viagens semanais quando das disciplinas obrigatórias.

À minha orientadora, Professora Doutora Suzana Maria Pimenta Catta Preta Federighi, pela oportunidade que me foi conferida, pela paciência, tolerância, imprescindível orientação e ensinamentos, os quais jamais serão esquecidos.

Ao professor Doutor Frederico da Costa Carvalho Neto, pela acolhida, incentivo e fundamentais conselhos e lições durante toda a trajetória acadêmica.

Ao professor Doutor Alexandre David Malfatti, pelo acolhimento, apoio, estímulo e relevantes lições desde o início da trajetória acadêmica na especialização na PUC-SP.

À professora Doutora Regina Vera Villas Bôas, pela acolhida, carinho, encorajamento, atenção e significativos ensinamentos em minha formação acadêmica.

Ao professor Doutor Renato Porto, pela disponibilidade e atenção na participação da banca.

Ao professor Doutor Vladimir Silveira, pela boa vontade e disponibilidade em participar da banca de qualificação.

Ao amigo e colega de doutorado, Ricardo Morishita, pelo apoio e pelas memoráveis provocações sobre o direito do consumidor nas diversas conversas e reuniões durante o curso.

Aos amigos e colegas de doutorado e de língua italiana: Antônio Alcoforado, Dorival e Helder Soldatti, pelo apoio, amizade e os agradáveis encontros após as aulas de italiano, no restaurante Benjamin.

Ao amigo José Geraldo Brito Filomeno, pelo apoio e pelas instigantes reflexões e ensinamentos nas inúmeras conversas sobre o direito do consumidor durante toda a trajetória acadêmica.

À professora Doutora Carla Eugênia Caldas, pela atenção e incentivo durante toda a trajetória acadêmica.

Ao Presidente da OAB/SE, Dr. Henri Clay Andrade. Ao Dr. Kleidson Santos, Diretor Geral da Escola Superior de Advocacia da OAB/SE - ESA e a todos os colegas da Escola, pelo apoio e compreensão diante do meu afastamento das atividades em virtude da reta final do doutorado.

Ao amigo Caio Santi, pela dedicação e apoio na tradução do texto. À amiga Jeane Andréa dos Santos, pelo suporte e pesquisa durante toda a trajetória acadêmica.

À Vivian Augusto, pela dedicação e zelo na revisão do texto.

Aos amigos que, mesmo de longe, torceram pelo sucesso desse trabalho.

Vocês foram deveras importantes para a concretização desse objetivo. Não tenho palavras para expressar a minha alegria e gratidão. Muito obrigado a todos!

Tudo que ofende o consumidor recebe a penalidade máxima, que é o desprezo do consumidor.

Nizan Guanaes

RESUMO

ALENCAR, Winston Neil Bezerra de. **O vício de produto essencial**. 2016, 94 f. Tese (Doutorado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

O presente trabalho objetiva demonstrar a vulnerabilidade e a dificuldade do consumidor ao exercer o direito disciplinado pelo art. 18, § 3º do Código de Defesa do Consumidor no sentido de fazer uso imediato das alternativas dispostas do § 1º do art. 18, quais sejam: a substituição do produto por outro de mesma espécie, em perfeitas condições de uso; ou, a restituição imediata do valor pago, devidamente atualizado, sem prejuízo de eventuais perdas e danos; ou ainda, o abatimento proporcional do preço. O objeto da presente pesquisa limita-se ao vício do produto quando este for essencial, uma vez que, embora o CDC possibilite ao consumidor a opção de fazer uso, de forma imediata, das alternativas prescritas no art. 18, § 3º, não definiu o que seja produto essencial. A falta de uma definição legal de produto essencial, em nosso entendimento, aumenta a vulnerabilidade do hipossuficiente na relação de consumo no exercício do direito supramencionado, pois, faz com que o consumidor seja submetido ao crivo subjetivo do magistrado, de acordo com os seus conceitos e princípios acerca do que entende tratar-se de produto essencial. A relevância do tema decorre da dificuldade enfrentada pelo consumidor no exercício imediato das alternativas do art. 18, § 1º, do CDC, uma vez que nem sempre é atendido em sua postulação em razão dos conceitos e princípios que, embora deem forma à decisão do magistrado acerca do que seja produto essencial, não possuem o condão de afastar ou diminuir a imprescindibilidade de determinados produtos no dia a dia do consumidor. Para o desenvolvimento do trabalho, foram pesquisadas tanto a doutrina como a jurisprudência, e por conseguinte, foi realizado um cotejo entre os conceitos e características do vício do produto no âmbito do direito civil e do direito do consumidor. Destarte, a presente pesquisa visa provocar uma reflexão acerca do instituto do produto essencial, bem como propor o fortalecimento da defesa do consumidor no tocante às demandas decorrentes de vícios apresentados em produtos, os quais encontram-se inter-relacionados com a sua existência e o seu cotidiano. Ao final, propõe um conceito de produto essencial, qual seja: teoria dos produtos essenciais.

Palavras-chave: Consumidor. Código de defesa do consumidor. Produto essencial.

ABSTRACT

ALENCAR, Winston Neil Bezerra de. **The defect of the essential product**. 2016, 94 p. Thesis (PhD). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, São Paulo, 2016.

The present dissertation aims at showing the vulnerability and the difficulty of the consumer to exercise the right guaranteed by the art. 18, § 3º of the Code of Consumer Protection in order to make immediate use of the determined alternatives of the § 1º from the art. 18, which are: the substitution of the product by another one of the same kind, in perfect conditions of use; or, the immediate refund of the paid amount, appropriately updated, without the risk of any loss and damage; or, the proportional reduction of the price. The object of the present research is limited to the defect of the product when the product is essential. The absence of a legal definition of essential product, in our comprehension, increases the vulnerability of the disadvantaged in the consumption process concerning the right above, because it makes the consumer pass through the subjective sieve of the magistrates, according to their concepts and principles about what they think of essential product. The importance of this subject comes from the difficulty faced by the consumer in the immediate exercise of the alternatives from the art. 18, § 1º, of the CDC (Code of Consumer Protection), since the consumer is not always full filled in the request due to the concepts and principles which, although they give a shape to the decision of the magistrate about what essential product is, don't have the power to put away or reduce the indispensability of such products on the consumer's daily routine. For this dissertation, both the doctrine and the jurisprudence were researched, and consequently, a comparison was performed between the concepts and characteristics of the defect of the product in the ambit of the civil and consumer laws. Therefore, the present research aims to cause an analysis about the institute of the essential product, as well as propose the strengthening of the consumer protection concerning the demands caused by the defects in the products, which are inter-related to the consumer's existence and daily life. At the end, it proposes a concept for essential product, which is: theory of the essential products.

Keywords: Consumer. Code of Consumer Protection. Essential product.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	13
CAPÍTULO 1. O DIREITO DO CONSUMIDOR NO BRASIL.....	15
1.1 A proteção do consumidor na Constituição Federal.....	17
1.2 O Código de Defesa do Consumidor, natureza jurídica e princípios.....	19
1.3 Elementos da relação de consumo: consumidor, fornecedor, produto e serviço.....	28
1.4 As teorias finalista e maximalista.....	35
CAPÍTULO 2. O VÍCIO DO PRODUTO NO CÓDIGO CIVIL.....	37
CAPÍTULO 3. O VÍCIO DO PRODUTO NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	41
3.1 O vício de qualidade do produto.....	45
3.2 O vício do produto essencial no CDC.....	52
CAPÍTULO 4. AS DIFICULDADES DOS ÓRGÃOS DE DEFESA DO CONSUMIDOR NA APLICAÇÃO DO § 3º DO ART. 18 DO CDC, E UMA PROPOSTA DE CONCEITO DE PRODUTO ESSENCIAL.....	59
4.1 A Nota Técnica nº 62 do DPDC (Nota nº 62/CGSC/DPDC/2010).....	63
4.2 PL nº 7591/2014: uma proposta de um rol de produtos essenciais.....	64
4.3 Uma proposta de conceito de produto essencial: teoria dos produtos essenciais.....	68
4.3.1 Das categorias dos produtos adquiridos pelo consumidor stricto sensu.....	72
4.3.2 Dos requisitos do produto de necessidade própria por indispensabilidade.....	74

4.4	Da repercussão jurídica do vício de qualidade dos produtos de necessidade própria por indispensabilidade e por utilidade	79
4.5	Da aplicação da teoria dos produtos essenciais ao celular.....	81
CONCLUSÃO.....		86
REFERÊNCIAS		88

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo primordial propor uma reflexão acerca do instituto do produto essencial tal como previsto no art. 18, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor – CDC.

Apesar de o CDC ter consagrado, de forma expressa, o direito de o consumidor poder fazer uso imediato das alternativas dispostas no art. 1º do dispositivo mencionado, qual sejam, a substituição imediata do produto, ou a restituição do valor pago, ou ainda, o abatimento no valor do preço, nos casos em que se tratar de produto essencial, observa-se, na prática, uma grande dificuldade de o consumidor exercer esse direito, seja no âmbito extrajudicial, ou até mesmo junto ao Poder Judiciário.

A pesquisa realiza a análise acerca do instituto do produto essencial de forma contextualizada com o vício do produto tanto no Código de Defesa do Consumidor – CDC como no Código Civil Brasileiro – CCB, bem como em relação à doutrina e às tentativas de definição de produto essencial feitas pelo Ministério da Justiça através da Nota Técnica do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor – Nota nº 62/CGSC/DPDC/2010 e do Projeto de Lei nº 7591/2014, em tramitação no Congresso Nacional.

Para tal empreitada, dispôs-se o trabalho fragmentado em cinco capítulos, ademais da introdução. No primeiro capítulo, trata-se acerca do direito do consumidor no Brasil, bem como sua proteção constitucional, natureza jurídica do CDC e princípios.

No segundo capítulo, aborda-se o vício do produto no Código Civil.

No terceiro capítulo, discorre-se sobre o vício do produto no Código de Defesa do Consumidor.

No quarto capítulo, apresenta-se uma proposta de conceito de produto essencial.

No quinto e último capítulo, estão dispostas as conclusões do trabalho.

Adicionalmente, ressalta-se – sem nenhuma pretensão e um tanto quanto receoso do risco a que se expõe ao se propor um conceito – que o objetivo primordial da presente pesquisa é provocar uma reflexão acerca da temática.

Nesse diapasão, espera-se, de alguma forma, ainda que de maneira sutil, poder contribuir para o fortalecimento da proteção e da defesa do consumidor no que concerne às lides decorrentes de vício do produto enquanto essencial, uma vez que a dificuldade de o consumidor exercer o seu direito assegurado no art. 18, § 3º, do CDC, inicia-se pela falta de uma definição legal sobre produto essencial.

Outrossim, faz-se necessário registrar que a dificuldade para o exercício imediato das alternativas facultadas pelo art. 18, § 3º, do CDC, não se restringe ao consumidor no plano individual, visto que também observa-se essa dificuldade pelos órgãos de defesa do consumidor, mormente os Procons, alcançando, inclusive, a Secretaria Nacional de Defesa do Consumidor – SENACON.

CAPÍTULO 1. O DIREITO DO CONSUMIDOR NO BRASIL

O direito do consumidor no Brasil iniciou uma nova era com o Código de Defesa Do consumidor. Porém, antes do CDC já havia no ordenamento jurídico brasileiro a disposição de regramentos de proteção ao consumidor.

O Código Civil já não se mostrava suficiente para a solução de conflitos decorrentes das relações de consumo, ensejando, pois, a necessidade do surgimento de um novo sistema jurídico capaz de possibilitar uma proteção mais efetiva ao polo hipossuficiente da relação de consumo, razão pela qual foi deveras oportuna a elaboração do CDC no Brasil, de modo que a sua inserção no sistema jurídico brasileiro se deu precisamente em 11 de setembro de 1990.

Observa Suzana Federighi que:

Na sociedade pré-industrial, o consumo se dava de forma proporcional e adequada à demanda. Era a necessidade do produto que determinava não somente o consumo, como sua produção; esta produção auto-regulativa determinava uma estabilidade e ao mesmo tempo a desnecessidade de qualquer mecanismo próprio insuflador face à estabilidade e constância.

Com a industrialização da produção e conseqüente fenômeno econômico, o que se teve foi uma inversão do processo, estabelecendo-se, a partir dos produtores e fornecedores, um estímulo a consumir, e conseqüentemente o escoar da demanda.¹

Consoante pontua Antônio Carlos Efiging:

¹ FEDERIGHI. Suzana Maria Catta Preta. *Publicidade abusiva: incitação à violência*. São Paulo, Juarez de Oliveira, 1999, p. 4.

Como exemplos, podem-se citar duas normas que impressionam pelo rigorismo e desproporção da pena. Lê-se no Título LVII que “se alguma pessoa falsificar alguma mercadoria, assim como cêra, ou outra qualquer, se a falsidade, que nella fizer, valer hum marco de prata, morra por isso”. O Título LVIII fala que “toda pessoa que medir ou pesar com medidas, ou pesos falsos, se a falsidade, que nisso fizer, valer hum marco de prata, morra por isso”. Constata-se que pelo menos a coação psicológica sobre o fornecedor exercia prevenção para as condutas prejudiciais ao consumidor, além de assumir os interesses desta tutela na formação de tipos penais.²

Observa Efig a existência de outros regramentos normativos – a exemplo do Decreto-Lei nº 869, de 18.11.1938 – que abordam a usura e o abuso do poder econômico como crimes contra a economia popular. Destaca, também, a Lei-Delegada nº 4, datada de 26.09.1962, que autorizava a adoção de medida por parte do Poder Público a fim de garantir a distribuição de produtos necessários ao consumo das pessoas.

Assentou José Geraldo Brito Filomeno que:

O chamado “movimento consumerista brasileiro”, em rigor, surgiu em 1976, quando o então governador paulista Paulo Egydio Martins designou comissão especialmente para estudar a implantação do já aludido “sistema estadual de defesa do consumidor”, de que resultou a Lei nº 1.903/78 e, concretamente, a instalação do Procon (então chamado de “Grupo Executivo de Proteção ao Consumidor”, hoje fundação de Proteção ao Consumidor, órgão da Secretaria de Estado de Justiça), em princípios de 1979.

Daquela preocupação pioneira, até a edição do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11-09-90), pode-se afirmar que o movimento consumerista brasileiro evoluiu rapidamente.

² EFING, Antônio Carlos. *Fundamentos do Direito das Relações de Consumo*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004, p. 22.

E sua comissão elaboradora, sem a pretensão de “reinventar a roda”, examinou cerca de 20 legislações diferentes adotadas em vários países, e seguiu as diretrizes da ONU a esse respeito.³

A existência desses regramentos, contudo, não se configurava como sendo suficiente à proteção e defesa do consumidor, não possuía forma adequada, de modo que só foi possível aperfeiçoá-los após o estabelecimento do Código de Defesa do Consumidor que, ao conceituar precisamente as figuras do consumidor, fornecedor, bem como definir serviço e produto, e também as regras de responsabilidade, indubitavelmente possibilitou, de forma mais ampla e concreta, não só o estudo do direito do consumidor como um novo ramo do direito, mas também, tal como afirma Filomeno, a implantação de uma nova filosofia de ação.⁴

1.1 A proteção do consumidor na Constituição Federal

Um ponto fundamental para a implantação do Código de Defesa do Consumidor foi a inserção da proteção do consumidor na Constituição Federal.

A proteção do vulnerável da relação de consumo no plano constitucional deu novo patamar ao direito do consumidor no Brasil, haja vista o fato de a Carta Maior ter delineado a atuação do Estado e do setor privado nas relações de consumo.

³ FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direitos do consumidor*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 11-12.

⁴ FILOMENO, José Geraldo Brito. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 17.

Importante pontuação há de ser feita acerca do fato de que a primeira Constituição a tratar dos direitos do consumidor no Brasil foi a de 1988, consoante apontamento de Adolfo Mamoru Nishiyama que ora transcrevemos:

As Constituições anteriores não tratavam do tema “proteção do consumidor”. Foi com a promulgação da Constituição Federal de 1988 que essa nova figura jurídica passou a ter destaque no capô do direito. Tal proteção foi consagrada de forma explícita em alguns artigos e implícita em outros.⁵

Em leitura de excertos da Constituição Federal de 1988, é possível observar que há remissão expressa à defesa do consumidor no art. 5º, XXXII: “O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”; e no art. 170, V: “a defesa do consumidor” como princípio da ordem econômica.

Destarte, o legislador constituinte delineou tanto a atuação do Estado como a do setor privado nas relações de consumo. Ao Estado, impôs ações afirmativas no sentido de proteger o consumidor, ou seja, de modo a evitar o dano e, especificamente no art. 170, determinou a defesa do consumidor: uma vez que ocorrido o dano, que ele seja o menor possível ao consumidor.

A despeito de toda a proteção constitucional ao redor da figura do consumidor, esta ainda enfrenta dificuldade quando necessita exercitar seu direito, fato que demonstra, de certa forma, pouco apreço por parte do mercado de consumo, em especial dos fornecedores, no que tange à proteção constitucional do consumidor. Talvez este seja um dos motivos que

⁵ NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. *A proteção constitucional do consumidor*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002, p. 83.

possam explicar o grande número de demandas consumeristas que chegam ao judiciário brasileiro.

Assim dispõe Nelson Nery Júnior:

A alegação de ofensa à Constituição, em países com estabilidade política e em verdadeiro Estado de Direito, é gravíssima, reclamando a atenção de todos, principalmente da população. Entre nós, quando se fala, por exemplo, em juízo, que houve desatendimento da Constituição, a alegação não é levada a sério na medida e na extensão em que deveria, caracterizando-se, apenas, ao ver dos operadores do direito, como mais uma defesa que o interessado opõe à contraparte. Entretanto, paulatinamente esse estado de coisas tem mudado. É cada vez maior o número de trabalhos e estudos jurídicos envolvendo interpretação e aplicação da Constituição Federal, o que demonstra a tendência brasileira de colocar o direito constitucional em seu verdadeiro e meritório lugar: o de base fundamental para o direito do País.⁶

Dessarte, verifica-se que a proteção constitucional do consumidor constitui importante reconhecimento da vulnerabilidade por parte do polo mais fraco na relação de consumo, haja vista que projeta tanto a proteção como a defesa do consumidor a partir da lei maior no sistema jurídico brasileiro: a Constituição Federal.

1.2 O Código de Defesa do Consumidor, natureza jurídica e princípios

Anteriormente ao Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078/90, as relações de consumo eram regidas por meio do Código Civil. Desta maneira, o CCB partia do pressuposto de que as partes eram iguais e, mais ainda, consagrava o entendimento do *pacta*

⁶ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*: (processo civil, penal e administrativo). 11. ed., rev., atual. e ampl. com as novas súmulas do STF simples e vinculantes e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 44/45.

sunt servanda, ou seja, de que as partes eram obrigadas a cumprir o contrato tal como assinado.

Com fundamento no art. 48, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT, foi elaborado o Código de Defesa do Consumidor.

O CDC fez constar, em seu art. 1º., a abordagem de norma de ordem pública e interesse social, nos termos do art. 5º, XXXII, e art. 170, V, da Constituição Federal e também do art. 48 de suas Disposições Transitórias.

Em nosso pensar, o contexto de proteção inserido no art. 1º do CDC foi e continua a ser fundamental para a proteção e defesa do consumidor – principalmente no que tange ao poder econômico e jurídico por parte dos fornecedores – que, aliado a uma capacidade de organização, faz do CDC uma lei cada vez mais presente e imprescindível na sociedade brasileira.

Oportuno se faz o magistério de Suzana Federighi, que assevera:

Cada sociedade elege o mecanismo de controle consoante a fragilidade ou fortaleza de suas instituições. No Brasil é desnecessário dizer que a tênue solidez das instituições nada garantem à população; vivemos uma crise de confiabilidade total, e, mesmo quando o exercício democrático ainda estava numa fase de alumbramento não se podia dizer que a sociedade e as instituições poderiam ser suficientemente fortes para garantir a tutela dos interesses no mercado de consumo. Daí o CDC ter editado normas de caráter bastante rígido para quase tudo que se refere à atividade de consumo.⁷

⁷ FEDERIGHI, Suzana Maria Catta Preta. Algumas notas sobre a publicidade no CDC. In: SODRÉ, Marcelo Gomes; MEIRA, Fabíola; CALDEIRA, Patrícia (Coord.). *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 1. ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2009, p. 239.

De forma diversa em relação ao CCB de 1916, o Código de Defesa do Consumidor relativizou o *pacta sant servanda*, pois, fulmina de nulidade as cláusulas tidas como abusivas (art. 51), bem como desobriga o consumidor quando este não tiver sido informado previamente sobre o conteúdo do contrato ou se o instrumento for redigido de modo a dificultar a compreensão, o seu sentido e o alcance.

Como regra geral o CDC tem como finalidade promover o equilíbrio no tocante às partes nas relações de consumo.

Deste modo, o CDC consagrou, em seu art. 1º, o tratamento de norma de ordem pública, ou seja, de natureza cogente, de comando obrigatório que torna nula de pleno direito a violação aos seus preceitos e regras ali estabelecidos; também é principiológica.

Nelson Nery Júnior assenta que:

O Código de Defesa do Consumidor, por outro lado, é lei principiológica. Não é analítica, mas sintética. Nem seria de boa técnica legislativa aprovar-se lei de relação de consumo que regulamentasse cada divisão do setor produtivo (automóveis, cosméticos, eletroeletrônicos, vestuário etc.) Optou-se por aprovar lei que contivesse preceitos gerais, que fixasse os princípios fundamentais das relações de consumo. É isso que significa ser uma lei principiológica. Todas as demais leis que se destinarem, de forma específica, a regular determinado setor das relações de consumo deverão submeter-se aos preceitos gerais da lei principiológica, que é o Código de Defesa do Consumidor.⁸

⁸ NERY JÚNIOR, Nelson. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 509.

Nota-se que o CDC criou um microsistema jurídico inter e multidisciplinar, pois, relaciona-se com vários ramos do direito, bem como insere em seu texto questões de natureza constitucional, civil, penal, processual civil, processual penal e administrativo.

Deste modo, o Diploma consumerista possibilita a busca de soluções para os conflitos oriundos de consumo, no âmbito de seu próprio microsistema jurídico, tomando por base a vulnerabilidade existente em relação ao consumidor.

No dizer de Valério Dal Pai Moraes:

O princípio da vulnerabilidade decorre diretamente do princípio da igualdade, com vistas ao estabelecimento da liberdade, considerado, na forma já comentada no item específico sobre este último princípio, que somente pode ser reconhecido igual alguém que não está subjulgado por outrem.⁹

A solução para os conflitos de consumo passa, necessariamente, pela análise de três pontos, os quais acreditamos ser fundamentais na busca pela solução da lide, quais sejam: a vulnerabilidade, a boa-fé objetiva e a verossimilhança.

A principiar pela vulnerabilidade, tem-se que esta é um dos princípios da Política Nacional das Relações de Consumo. Está consagrado no art. 4º, I, do CDC.

Bruno Miragem assevera que:

A vulnerabilidade do consumidor constitui presunção legal absoluta, que informa se as normas do direito do consumidor devem ser aplicadas e como

⁹ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais: interpretação sistemática do direito*. 3. ed., rev., atual. e ampl. de acordo com o Código Civil de 2002 e com acréscimos relativos a internet, neuromarketing, conceitos psicanalíticos e questões tributárias. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 125.

devem ser aplicadas. Há na sociedade atual o desequilíbrio entre os dois agentes econômicos, consumidor e fornecedor, nas relações jurídicas que estabelecem entre si. O reconhecimento desta situação pelo direito é que fundamenta a existência de regras especiais, uma lei *ratione personae* de proteção do sujeito mais fraco da relação de consumo.¹⁰

O supracitado autor desmembra a vulnerabilidade em: vulnerabilidade técnica, jurídica e fática. A técnica decorre do desconhecimento do produto por parte do consumidor; a jurídica, da ausência de compreensão acerca das consequências jurídicas do contrato; já a fática abrange, de forma geral, situações de reconhecimento no caso concreto.¹¹

Suzana Federighi define a seguinte inteligência acerca da vulnerabilidade: é um estado de fraqueza do consumidor.¹²

Em nosso entendimento, há, também, a vulnerabilidade laboral, qual seja, aquela que decorre da dificuldade de o consumidor exercer o seu direito, haja vista que nem sempre o hipossuficiente tem a possibilidade, ou mesmo não quer se expor ao pedir autorização para se ausentar do trabalho a fim de comparecer a uma audiência, principalmente, nos tempos atuais de crise econômica, em que o risco de perder o emprego é agravado.

A aquisição de produtos na relação de consumo tem que ter como finalidade a supressão de uma necessidade própria, consoante se depreende do art. 2º do CDC: “Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.”

Revolvemo-nos uma vez mais a apontamento proposto por Filomeno:

¹⁰ MIRAGEM, Bruno. *Direito do consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 61-62.

¹¹ MIRAGEM, Bruno. *Direito do consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 63.

¹² Aula de mestrado na PUC-SP.

Consoante já salientado, o conceito de consumidor adotado pelo Código foi exclusivamente de caráter econômico, ou seja, levando-se em consideração tão somente o personagem que no mercado de consumo adquire bens ou então contrata a prestação de serviços, como destinatário final, pressupondo-se que assim age com vistas ao atendimento de uma necessidade própria e não para o desenvolvimento de uma outra atividade negocial.¹³

No que concerne à boa-fé, esta foi consagrada no art. 4º, d, III, do CDC, como base da harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo.

Bruno Miragem prefixa com suas palavras:

Assim, o princípio da boa-fé objetiva implica na exigência nas relações jurídicas do respeito e da lealdade com o outro sujeito da relação, impondo um dever de correção e fidelidade, assim como o respeito às expectativas legítimas geradas no outro.¹⁴

Corolário da boa-fé objetiva, a informação foi uma das preocupações fundamentais da comissão de juristas responsável pela elaboração do anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor. É possível verificar que são vários os dispositivos a disciplinar o tema, como por exemplo:

- o art. 6º, III, ao tratar dos direitos básicos do consumidor;
- o art. 46, que desobriga o consumidor quando não informado previamente sobre o conteúdo, sentido e alcance das cláusulas contratuais;
- o art. 30, que vincula a oferta publicitária; e

¹³ FILOMENO, José Geraldo Brito. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 28.

¹⁴ MIRAGEM, Bruno. *Direito do consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 72.

- o art. 47, que determina a interpretação das cláusulas contratuais contraditórias de maneira mais favorável ao consumidor.

Todos esses são exemplos da preocupação por parte do legislador acerca da informação na relação de consumo.

Já Frederico da Costa Carvalho Neto conceitua: “A informação é sem dúvida senão o mais importante, um dos mais importantes direitos dos consumidores, essencial tanto para a formação como para o cumprimento do contrato”.¹⁵

Importante se faz registrar que a boa-fé objetiva consagrada nas relações de consumo é uma via de mão dupla: é tanto por parte do fornecedor para o consumidor como deste para o fornecedor.

É, oportuno, ainda, apontar que o direito não se presta à defesa do desvirtuamento da lei. A defesa de institutos jurídicos de forma explicitamente desvirtuada, em juízo ou no âmbito administrativo, cria constrangimentos à contraparte, que se impõe no dever de se defender como forma de diminuir o desgaste provocado pela demanda.

Constitui, nesse caso, hipótese de aplicabilidade do instituto do abuso do direito, de forma objetiva, nos termos do art. 187 do Código Civil Brasileiro.

Ainda tomando-se as proposições de Bruno Miragem:

¹⁵ NETO, Frederico da Costa Carvalho. Direitos básicos: comentários ao artigo 6º, do CDC. In: SODRÉ, Marcelo Gomes; MEIRA, Fabíola; CALDEIRA, Patrícia (Coord.). *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 1. ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2009, p. 63.

O aspecto mais relevante da cláusula geral do artigo 187 do Código Civil situa-se principalmente em sua amplitude e abrangência, assim como pelos limites ao exercício dos direitos subjetivos que positiva. A determinação da ilicitude do exercício de um direito subjetivo, por si, expressa um caráter de norma de controle sobre o exercício dos direitos subjetivos e demais prerrogativas individuais por seus titulares, em toda e qualquer relação jurídica.¹⁶

Assim, em que pese o direito de ação ser assegurado pela Constituição Federal, ser público e subjetivo, este deve ser exercido com responsabilidade, adequação, boa-fé e se submeter aos limites impostos pelo sistema jurídico.

Deste modo, exercer o direito de ação de forma abusiva constitui hipótese de abuso do direito e, portanto, ilícito civil passivo de indenização.

Nesse diapasão, o consumidor tem – e deve exercer – os seus direitos, porém, deve submeter-se aos limites impostos pelo sistema jurídico, principalmente, no que tange aos limites do art. 187 do CCB.

De mais a mais, o CDC também consagrou como princípio a prevenção, ao dispor como direito básico, no art. 6º, VI, “a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”.

O Diploma consumerista diferencia-se do CCB no que concerne ao aspecto. O CCB disciplina que a pretensão do direito de ação só se manifesta após a violação, consoante os termos do art. 189: “Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206.”

¹⁶ MIRAGEM, Bruno. *Abuso do direito: proteção da confiança e limite ao exercício das prerrogativas jurídicas no direito privado*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 101.

Para o CDC, o consumidor tem o direito de prevenir o dano antes mesmo da violação ao direito. Imagine-se, por exemplo, um indivíduo que compra um apartamento na planta cujo prazo de entrega, pela incorporadora, é de três anos. Passados dois anos, a obra sequer foi iniciada. Nesse caso, o consumidor não precisa aguardar o prazo final de três anos para ingressar na justiça e pleitear a rescisão do contrato juntamente com a restituição do valor pago e eventuais perdas e danos. Em vista da situação, o consumidor poderá fazê-lo antes do prazo final de entrega do apartamento.

Claudia Lima Marques aponta, também, a existência do princípio básico da confiança:

A função social do contrato, reconhecida na nova teoria contratual, transforma o contrato de consumo, de simples instrumento jurídico para o movimento das riquezas do mercado, em instrumento jurídico para a realização dos legítimos interesses do consumidor, exigindo, então, um regramento legal rigoroso e imperativo de seus efeitos. A confiança legítima do consumidor não pode ser violada nas relações de consumo.¹⁷

Destarte, é possível verificar que o CDC é norma de ordem pública e interesse social, de origem constitucional e principiológica.

O microssistema jurídico de defesa do consumidor instituído pelo CDC é por ele regido tanto de forma geral como principal, de modo que regula as relações de consumo, ao passo que o CCB, por sua vez, regula as relações de direito civil.

¹⁷ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 1202.

1.3 Elementos da relação de consumo: consumidor, fornecedor, produto e serviço

A relação de consumo caracteriza-se pela presença do consumidor em um de seus polos.

Para Nelson Nery Júnior, a identificação de uma relação de consumo está em seu elemento teleológico, ou seja, a destinação final do produto ou serviço ao consumidor.¹⁸

O CDC conceituou quatro tipos de consumidor, quais sejam:

- o consumidor *stricto sensu*, assim sendo o destinatário final do produto e do serviço (art. 2º, *caput*);
- a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo (parágrafo único do art. 1º);
- o consumidor vítima do evento (art. 17); e
- o consumidor que se encontra exposto às práticas comerciais (art. 29).

O conceito de consumidor adotado pelo CDC é o econômico, ou seja, aquele que adquire produto ou serviço com vistas ao atendimento de uma necessidade própria, sem a finalidade profissional ou comercial.

Sobre o tema, manifesta-se Flávia Püschel:

¹⁸ NERY JÚNIOR, Nelson. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 10. ed., rev., atual. e reformulada. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011, p. 513.

O CDC estabelece quatro conceitos diversos de consumidor: um conceito, do que poderíamos denominar *stricto sensu*, no seu art. 2º, *caput*; um conceito geral de consumidor equiparado, no art. 2º, parágrafo único; um conceito de consumidor equiparado para efeito de responsabilidade pelo fato do produto, no art. 17; e um conceito de consumidor equiparado, para efeitos de regulação das práticas comerciais e da proteção contratual, no art. 29.¹⁹

Dado que o recorte do presente trabalho diz respeito apenas ao vício do produto essencial, limitar-nos-emos ao conceito de consumidor *stricto sensu*, ou seja, aquele que retira o produto da loja.

De todo modo, sabe-se que é possível que o destinatário final não seja necessariamente aquele indivíduo que retira o produto diretamente na loja, como no caso, por exemplo, daquele que ganha um presente de aniversário. Porém, para fins didáticos e visando aos objetivos da pesquisa, será adotado como consumidor especificamente o conceito *stricto sensu*, art. 2º, *caput*, do CDC.

Trespasada a conceituação de consumidor, cogente se faz a de fornecedor. Ao conceituá-lo, o CDC considerou aquele que, de qualquer forma, contribui para a colocação do produto no mercado de consumo. Já se utilizando das palavras de Filomeno, tem-se que é o protagonista das relações de consumo.²⁰

A nosso ver, configurou-se mais benéfico para o consumidor conceituar fornecedor como sendo todo aquele que integra a cadeia de fornecimento do produto ou do serviço disponibilizado ao consumidor no mercado de consumo.

¹⁹ PÜSCHEL, Flávia Portella. *A responsabilidade por fato do produto no CDC: Acidentes de consumo*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 29.

²⁰ FILOMENO, José Geraldo Brito. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 10. ed. rev., atual. e reformulada. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011, p. 47.

Isto, porque, de forma geral, o consumidor, em muitos casos, desconhece o fabricante do produto, bem como os integrantes da cadeia que contribuíram para a colocação do produto no mercado, fato que, de certa forma, se não houvesse essa solidariedade, prejudicaria o consumidor em suas postulações decorrentes dos conflitos nas relações de consumo.

Diante da solidariedade adotada pelo CDC, de forma positiva, em nosso entendimento, o consumidor tem a possibilidade de postular diretamente contra a loja e, sendo esta integrante da cadeia de fornecimento do produto no mercado de consumo, o hipossuficiente poderá optar, também, por demandar em juízo somente contra a loja, o fabricante e/ou contra ambos, ou, ainda, contra qualquer integrante da cadeia de fornecimento do produto.

Ao conceituar produto, o CDC o fez no § 1º do art. 3º, em que se lê: “produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.”

Contudo, Filomeno realiza pontuação cogente no sentido de que seria mais adequado o CDC mencionar bens ao invés de produtos. Isto porque o termo bens se configura como sendo mais abrangente do que produto.²¹

Extrai-se a conclusão de Filomeno, a qual assevera:

Desta forma, e até para efeitos práticos, dir-se-ia que, para fins do Código de Defesa do Consumidor, produto (entenda-se “bens”) é qualquer objeto de

²¹ FILOMENO, José Geraldo Brito. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed. rev., atual. e reformulada. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011, p. 51.

interesse em dada relação de consumo, e destinado a satisfazer uma necessidade do adquirente, como destinatário final.²²

Todavia, em posição divergente à de Filomeno, observa José Simão²³ que a atribuição – por parte do legislador ao produto – das características de mobilidade e materialidade teve como finalidade aumentar o campo de incidência do CDC.

Consoante o entendimento proposto por Rizzatto Nunes, tem-se:

O CDC definiu produto no § 1º do art. 3º e, de maneira adequada, seguindo o conceito contemporâneo, em vez de falar em bem ou coisa, como fazia o Código Civil de 1916 e também o de 2002, emprega o termo “produto” (e depois vai falar em “serviço”).

Esse conceito de produto é universal nos dias atuais e está estreitamente ligado à ideia do bem, resultado da produção no mercado de consumo das sociedades capitalistas contemporâneas. É vantajoso seu uso, pois o conceito passa a valer no meio jurídico e já era usado por todos os demais agentes do mercado (econômico, financeiro, de comunicações etc.).²⁴

Pontua-se: à época em que o CDC foi elaborado, talvez não se pensasse que os bens imateriais ocupariam tamanha relevância em relação ao direito do consumidor consoante possuem nos dias atuais e, provavelmente, assim o será, também, no futuro. Deste modo, os seus autores foram visionários ao tratar do tema da maneira como o fizeram.

É ponto pacífico o fato de que produtos imateriais ocupam cada vez mais espaço na doutrina consumerista, mormente quando chama a atenção pela notória importância nas

²² FILOMENO, José Geraldo Brito. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed. rev., atual. e reformulada. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011, p. 52.

²³ SIMÃO, José Fernando. Vícios do produto: Questões controvertidas. In: MORATO, Antônio Carlos; NERI, Paulo de Tarso (Org.). *20 anos do Código de Defesa do Consumidor*. Estudos em homenagem ao professor José Geraldo Brito Filomeno. São Paulo: Atlas, 2010, p. 40.

²⁴ NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Curso de direito do consumo*: com exercícios. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 90.

vendas de comércio eletrônico. Compra-se, por exemplo, *download* de músicas, de filmes, *e-books*, vendas estas que não existiam à época da elaboração do CDC.

Há, ainda, uma demanda considerável de *streaming* de músicas e filmes através de canais fechados, que são, também, comercializados por meio de *smarts TVs*, *smartphones*, enfim, um tipo de comércio não existente quando da concepção do CDC. No entanto, apesar de não existirem à época, ainda assim, encontram-se regulados e, a nosso ver, bem disciplinados por esse notável diploma jurídico que é o CDC.

Faz-se oportuno também o apontamento de Suzana Federighi quanto à velocidade da veiculação das informações através de mídia eletrônica. Em suas palavras: “A mídia eletrônica – rádio e televisão – tem o condão não somente de atingir o público-alvo a que se destina a publicidade, mas a instantaneidade da mensagem.”²⁵

O CDC conceituou serviço em seu § 2º do art. 3º: “Serviço é qualquer atividade oferecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes de caráter trabalhista.”

Tal como observa Rizzatto Nunes:

O CDC definiu serviço no § 2º do art. 3º e buscou apresentá-lo de forma a mais completa possível. Porém, na mesma linha de princípios por nós já apresentada, é importante lembrar que a enumeração é exemplificativa, realçada pelo uso do pronome “qualquer”.²⁶

²⁵ FEDERIGHI, Suzana Maria Catta Preta. *Publicidade abusiva: incitação à violência*. São Paulo, Juarez de Oliveira, 1999, p. 3.

²⁶ NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Curso de direito do consumidor: com exercícios*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 95.

Registra-se que a atividade oferecida no mercado de consumo deverá ser habitual. Destarte, tomando-se como exemplo alguém que eventualmente tenha vendido o seu carro após anos de uso, verifica-se que tal relação será de direito civil, uma vez que não há habitualidade.

A despeito da forma explícita como definiu serviço, o judiciário foi, por vezes, provocado a se manifestar sobre a aplicação do CDC em relação aos bancos, tendo o Supremo Tribunal Federal encerrado a questão por meio do julgamento da ADIn 2591, que confirmou a aplicação do CDC aos serviços bancários e financeiros,²⁷ constituindo o julgado em uma importante vitória para os consumidores.

²⁷ ADI 2591 ED / DF - DISTRITO FEDERAL
 EMB. DECL. NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
 Relator(a): Min. EROS GRAU
 Julgamento: 14/12/2006
 Órgão Julgador: Tribunal Pleno
 Publicação
 DJ 13-04-2007 PP-00083
 EMENT VOL-02271-01 PP-00055
 Parte(s)
 EMBTE. (S): PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

Ementa

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. LEGITIMIDADE RECURSAL LIMITADA ÀS PARTES. NÃO CABIMENTO DE RECURSO INTERPOSTO POR AMICI CURIAE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS PELO PROCURADOR GERAL DA REPÚBLICA CONHECIDOS. ALEGAÇÃO DE CONTRADIÇÃO. ALTERAÇÃO DA EMENTA DO JULGADO. RESTRIÇÃO. EMBARGOS PROVIDOS. 1. Embargos de declaração opostos pelo Procurador Geral da República, pelo Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor - BRASILCON e pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor - IDEC. As duas últimas são instituições que ingressaram no feito na qualidade de amici curiae. 2. Entidades que participam na qualidade de amicus curiae dos processos objetivos de controle de constitucionalidade, não possuem legitimidade para recorrer, ainda que aportem aos autos informações relevantes ou dados técnicos. Decisões monocráticas no mesmo sentido. 3. Não conhecimento dos embargos de declaração interpostos pelo BRASILCON e pelo IDEC. 4. Embargos opostos pelo Procurador Geral da República. Contradição entre a parte dispositiva da ementa e os votos proferidos, o voto condutor e os demais que compõem o acórdão. 5. Embargos de declaração providos para reduzir o teor da ementa referente ao julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.591, que passa a ter o seguinte conteúdo, dela excluídos enunciados em relação aos quais não há consenso: ART. 3º, § 2º, DO CDC. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ART. 5º, XXXII, DA CB/88. ART. 170, V, DA CB/88. INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. SUJEIÇÃO DELAS AO

Dessa forma, se por ventura houver algum vício no que tange ao caso do carro vendido por alguém que negocia de forma habitual a compra e venda de veículos, as regras a serem aplicadas na relação serão as dispostas no CDC, haja vista o caráter de habitualidade.

Faz-se mister registrar que aquele que frequentemente negocia com veículos é considerado fornecedor para os fins do CDC; ressalta-se: ainda que a atividade seja desenvolvida seja de maneira informal.

Outro exemplo que pode ser assinalado é o caso das locadoras de veículos que, embora tenham como atividade habitual a locação de automóveis, ao final de cada ano, promovem leilão para vender veículos a fim de possibilitar a renovação constante de sua frota.

No caso dos veículos vendidos pelas locadoras, haverá relação de consumo entre a locadora e o destinatário final do produto, aqui representado por aquele indivíduo que adquire o veículo por meio de leilão. Isto ocorre, independentemente da realização anual de leilão para venda de veículos, haja vista que a locadora já se configura como um fornecedor de serviço.

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA IMPROCEDENTE.

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. Ação direta julgada improcedente.

Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+2591%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+2591%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ausctyt>>. Acesso em: 01 dez. 2016.

Assim, ao conceituar os elementos da relação de consumo, quais sejam: consumidor, fornecedor, produto e serviço, o CDC facilitou a sua aplicação pelos operadores do direito, bem como para o consumidor.

1.4 As teorias finalista e maximalista

Duas teorias existentes no Brasil são utilizadas na busca pela solução dos conflitos de consumo, a saber: a teoria finalista; e a teoria maximalista.

A primeira, a teoria finalista, é defendida por Cláudia Lima Marques, que apresenta uma interpretação do CDC de maneira a proteger o consumidor vulnerável que adquire e utiliza o produto para uso próprio e de sua família, excluindo, assim, o profissional.²⁸

No que se refere à teoria maximalista, pontua Cláudia Lima Marques que: “Os maximalistas veem nas normas do CDC o novo regulamento do mercado de consumo brasileiro, e não normas orientadas para proteger somente o consumidor não-profissional.”²⁹

No entendimento de Patrícia Caldeira:

A corrente finalista, porém, influenciada pela doutrina francesa e belga, evoluiu para uma posição mais branda, aceitando a possibilidade de se reconhecer como consumidor uma pequena empresa ou mesmo um

²⁸ MARQUES, Cláudia Lima. Comentários ao código de defesa do consumidor: art. 1º a 74: aspectos materiais. In: MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V., MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de defesa do consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 72.

²⁹ MARQUES, Cláudia Lima. Comentários ao código de defesa do consumidor: art. 1º a 74: aspectos materiais. In: MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V., MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de defesa do consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 72.

profissional, desde que o produto adquirido esteja fora do ramo de sua especialidade, aceitando a possibilidade do Judiciário, reconhecer a vulnerabilidade de uma pequena empresa ou profissional, que adquire um produto ou contratou um serviço, fora da sua especialidade. Com isso, estar-se-ia dando uma interpretação ao artigo 2º, de acordo com a finalidade da norma, qual seja, a proteção ao mais fraco, ao vulnerável da relação.³⁰

De todo modo, primeiramente o Superior Tribunal de Justiça passou a empregar a teoria maximalista, e posteriormente, iniciou a aplicação da teoria finalista, a qual denominou de teoria finalista aprofundada.

Renato Porto compreende do seguinte modo:

Esses resultados indicam que o STJ, na vanguarda do direito harmonizou a discussão entre finalistas e maximalistas e trouxe, de maneira extremamente apropriada, o elemento vulnerabilidade para figurar como eixo das discussões envolvendo consumidores e fornecedores.³¹

Atualmente, o Superior Tribunal de Justiça tem adotado a teoria finalista aprofundada. Assim, a Corte Superior reconhece pessoa jurídica como destinatário final, tomando por base a vulnerabilidade diante do fornecedor de produto ou serviço.

³⁰ SODRÉ, Marcelo Gomes; MEIRA, Fabíola; CALDEIRA, Patrícia (Coord.). *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 1. ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2009, p. 17.

³¹ PORTO, Renato. *Publicidade digital: proteção da criança e do adolescente*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 63.

CAPÍTULO 2. O VÍCIO DO PRODUTO NO CÓDIGO CIVIL

A ideia de vício oculto, conforme assinala José Fernando Simão, tem sua origem na Grécia, onde a base da economia era escrava. Assim, a teoria dos vícios ocultos foi criada como forma de proteger aquele que comprava os escravos dos vícios apresentados pela mercadoria, uma vez que somente os alienantes é que conheciam tal informação. Essa proteção dava credibilidade à mercadoria grega, bem como aos negócios.³²

O vício do produto constante no CCB de 1916 era disposto em seu art. 1101: “A coisa recebida em virtude de contrato comutativo pode ser enjeitada por vícios ou defeitos ocultos, que a tornem imprópria ao uso a que é destinada, ou lhe diminuam o valor.”

Merece, portanto, registro o apontamento realizado por Odete Queiroz quanto ao conceito de vício redibitório:

O vício redibitório é vício objetivo, vem regrado no Código Civil Brasileiro nos arts.1.101 a 1.106, é defeito oculto de que é portadora a coisa objeto de contrato comutativo e que a torna imprópria ao uso a que se destina, ou que lhe prejudique sensivelmente o valor.³³

De outro norte, a terminologia vício redibitório é expressão criticada por Miguel Serpa Lopes, para quem: “Mas tal expressão é incompleta, pois dessa espécie de garantia não

³² SIMÃO, José Fernando. Vícios do produto: Questões controvertidas. In: MORATO, Antônio Carlos; NERI, Paulo de Tarso (Org.). *20 anos do Código de Defesa do Consumidor*. Estudos em homenagem ao professor José Geraldo Brito Filomeno. São Paulo: Atlas, 2010, p. 43.

³³ QUEIROZ, Odete Novais Carneiro. Da responsabilidade por vício do produto e do serviço. Direito do consumidor: contratos de consumo. In: MIRAGEM, Bruno; MARQUES, Cláudia Lima. *Doutrinas Essenciais: Direito do consumidor*. v. 4. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 1314.

surge tão somente a ação redibitória, senão igualmente a *quanti minoris*, por força da qual se pede exclusivamente o abatimento do preço.”³⁴

No tocante à evolução histórica da garantia por vícios redibitórios, assinala Serpa Lopes:

A garantia por vícios ocultos era considerada no direito romano como a que incumbia ao vendedor, quando a coisa vendida se encontrava inquinada de vícios ocultos, que a tornavam imprópria ao uso ou lhe diminuía o valor (vícios redibitórios), tais como a moléstia (*morbus, vitium*) ou o fato de um escravo ter cometido um delito, suscetível de expor o seu dono a uma ação noxal (*noxia*). Obtida primeiramente fora do contrato, essa garantia acabou por nêle se integrar.³⁵

No CCB de 2002, o vício redibitório encontra-se disposto em seu art. 441, no qual pode-se ler: “A coisa recebida em virtude de contrato comutativo pode ser enjeitada por vícios ou defeitos ocultos, que a tornem imprópria ao uso a que é destinada, ou lhe diminuam o valor.”

Assim, o vício redibitório tem, portanto, que ser oculto, tornar imprópria a utilização da coisa ou diminuir-lhe o valor e ser existente à época da contratação.

No que concerne ao CCB de 2002, o legislador disciplinou que, quando o vício só puder ser conhecido mais tarde, o prazo só será contado a partir de sua ciência, consoante dispõe o art. 445, § 1º: “Quando o vício, por sua natureza, só puder ser conhecido mais tarde,

³⁴ LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil*. v. III. 3. ed. rev. e aumentada. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A, 1960, p. 169.

³⁵ LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil*. v. III. 3. ed. rev. e aumentada. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A, 1960, p. 169-170.

o prazo contar-se-á do momento em que dele tiver ciência, até o prazo máximo de cento e oitenta dias, em se tratando de bens móveis; e de um ano, para os imóveis.”

Sobre a temática, Clarissa Costa Lima assenta que:

Seria de melhor técnica que o Código tivesse disciplinado de forma unitária os vícios ocultos sem diferenciá-los, considerando-se como termo inicial, em qualquer hipótese, o conhecimento do vício dentro de determinado período. Afinal, tratando-se de relação entre iguais, esta solução não permitiria que o direito do comprador perdurasse indefinidamente e, assim, evitaria que o alienante fosse surpreendido.³⁶

No caso de animais, aplica-se a lei especial ou, não havendo, os costumes que regulam a matéria. Somente na ausência destes é que se aplicarão os prazos do art. 445 do CC. No que se refere ao prazo para a propositura da ação – seja redibitória ou *quantum minoris* –, o adquirente tem o prazo decadencial de 30 dias para produto móvel e de um ano para produto imóvel, devendo ser ressaltado que esse prazo não corre na vigência de garantia contratual, conforme art. 446 do CC.

Consoante pontuado por Luiz Guilherme Loureiro:

Existindo cláusula de garantia, não correrão os prazos supracitados, mas o adquirente deve denunciar o defeito ao alienante no prazo de 30 dias a partir da constatação do defeito, sob pena de decadência. Em outras palavras, o prazo decadencial se inicia no momento em que fica evidenciado o defeito, sendo irrelevante o término do prazo de garantia contratual.³⁷

³⁶ LIMA, Clarissa Costa de. Dos vícios do produto no novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor e suas repercussões no âmbito da responsabilidade civil. In: MIRAGEM, Bruno; MARQUES, Claudia Lima. *Doutrinas Essenciais: Direito do consumidor*. v. 4. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 1186.

³⁷ LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Editora Método, 2007, p. 382.

Destarte, o vício redibitório tem que ser oculto, tornar impróprio o produto para a sua utilização, diminuir-lhe o valor e existir à época da contratação.

CAPÍTULO 3. O VÍCIO DO PRODUTO NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O CDC não se limitou a conceituar produto no art. 3º, § 1º. Ele também determinou regras a serem observadas na colocação do produto no mercado de consumo, bem como na solução de conflitos decorrentes de problemas apresentados pelos produtos e enfrentados pelo consumidor, tanto no âmbito individual como no concernente ao coletivo. Essas regras têm a finalidade de proteger o consumidor tanto no aspecto da segurança, como na facilitação de sua defesa em juízo.

Visando facilitar especificamente a defesa do consumidor, o CDC – em consonância com o art. 5º, XXXII, da Constituição Federal – adotou como regra, por exemplo, a responsabilidade solidária de toda a cadeia de fornecimento do produto no mercado de consumo, bem como a responsabilidade objetiva.

O CDC disciplina, no art. 8º, que o produto colocado no mercado de consumo não pode acarretar riscos à saúde ou à segurança do consumidor, à exceção daqueles considerados normais, previsíveis e inerentes ao seu uso e fruição. De todo modo, qualquer que seja o caso, o fornecedor deverá obrigatoriamente informar de forma adequada o consumidor acerca de tais riscos.

O diploma consumerista dispõe, também, que o fornecedor de produto potencialmente nocivo ou perigoso à saúde deverá informar o consumidor de maneira adequada e ostensiva, tal como preceitua o art. 9º, CDC.

A nosso ver, no que se refere ao termo informação adequada, seria aquela capaz de se fazer compreendida pelo público-alvo.

O CDC, também, veda a colocação de produto no mercado de consumo quando o fornecedor sabe, ou deveria saber, que a mercadoria apresenta alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou à segurança, consoante determina o art. 10, CDC.

No caso de o fornecedor descobrir, após a colocação no mercado de consumo, ser o produto potencialmente perigoso ao consumidor, deverá comunicar imediatamente o fato às autoridades competentes e aos consumidores, por meio de anúncios publicitários, de acordo com o art. 10, § 1º, CDC, convocando para o chamado *recall*.

O CDC não se limitou a exigir apenas a qualidade do produto, de forma a prevenir danos à saúde e à segurança do consumidor. O dispositivo também tratou de responsabilizar o fornecedor no âmbito civil, penal e administrativo pelo fato e vício do produto.

Aponta Herman Benjamin que o surgimento de um novo sistema vigente decorreu da insatisfação com a garantia contra os vícios redibitórios e da necessidade de regramento da qualidade e da quantidade em sintonia com o CDC.³⁸

Ainda consoante Herman Benjamin, é a teoria da qualidade. Veja-se:

A teoria da qualidade forma-se com os olhos voltados para o instituto da responsabilidade do fornecedor: civil, administrativa e penal. De nada adiantaria criar-se um dever de qualidade se o seu desrespeito não trouxesse consequências para o violador. Tanto no direito administrativo como no direito penal, a teoria da qualidade apresenta um colorido

³⁸ BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 106.

predominantemente repressivo. Já pelo prisma da responsabilidade civil, o tom principal é dado pela reparação, elemento essencial para o consumidor lesado. É em tal sede, portanto, que a questão da qualidade ganha enorme importância econômica.³⁹

Considerando que o presente trabalho trata do vício do produto essencial, limitar-se-á a análise do tema sob o aspecto do vício, razão pela qual não se tecerá considerações mais aprofundadas sobre o fato do produto, a não ser que seja necessário e por razões meramente didáticas.

Em seu posicionamento, Paulo Lôbo pontua:

O sentido de vício não é apenas o do defeito desconhecido do adquirente ou utente, no momento da entrega da coisa. A qualidade e a quantidade, estranhas ao sentido tradicional de vício passaram à dianteira, além da desconformidade entre o produto ou o serviço e o modelo anunciado.⁴⁰

Assenta Rizzatto Nunes o seguinte entendimento:

O termo “vício” lembra vício redibitório, instituto do direito civil que tem com ele alguma semelhança na condição de vício oculto, mas com ele não se confunde. Até porque é regra própria do sistema do CDC. São consideradas vícios as características de qualidade ou quantidade que tornem os produtos ou serviços impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam e também que lhes diminuam o valor. Da mesma forma são considerados vícios os decorrentes da disparidade havida em relação às indicações constantes do recipiente, embalagem, rotulagem, oferta ou mensagem publicitária.⁴¹

³⁹ BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 108.

⁴⁰ LÔBO, Paulo Luiz Neto. Responsabilidade do fornecedor por vício do produto ou do serviço. *Direito do consumidor: contratos de consumo*. In: MIRAGEM, Bruno; MARQUES, Cláudia Lima. *Doutrinas Essenciais: Direito do consumidor*. v. 4. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 1364.

⁴¹ NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Curso de direito do consumidor: com exercícios*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 166.

O vício do produto encontra-se disposto no art. 18 do CDC⁴², em que possibilita ao consumidor a escolha de uma das três alternativas no caso de o produto apresentar vício e este não ser sanado pelo fornecedor no prazo de até 30 dias.

As três possibilidades à disposição do consumidor são: a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso; ou a restituição imediata do valor pago, atualizado, sem prejuízo de eventuais perdas e danos; ou ainda, o abatimento proporcional do preço.

⁴² Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.

§ 1º Não sendo o vício sanado no prazo máximo de trinta dias, pode o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

I - a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso;

II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;

III - o abatimento proporcional do preço.

§ 2º Poderão as partes convencionar a redução ou ampliação do prazo previsto no parágrafo anterior, não podendo ser inferior a sete nem superior a cento e oitenta dias. Nos contratos de adesão, a cláusula de prazo deverá ser convencionada em separado, por meio de manifestação expressa do consumidor.

§ 3º O consumidor poderá fazer uso imediato das alternativas do § 1º deste artigo sempre que, em razão da extensão do vício, a substituição das partes viciadas puder comprometer a qualidade ou características do produto, diminuir-lhe o valor ou se tratar de produto essencial.

§ 4º Tendo o consumidor optado pela alternativa do inciso I do § 1º deste artigo, e não sendo possível a substituição do bem, poderá haver substituição por outro de espécie, marca ou modelo diversos, mediante complementação ou restituição de eventual diferença de preço, sem prejuízo do disposto nos incisos II e III do § 1º deste artigo.

§ 5º No caso de fornecimento de produtos in natura, será responsável perante o consumidor o fornecedor imediato, exceto quando identificado claramente seu produtor.

§ 6º São impróprios ao uso e consumo:

I - os produtos cujos prazos de validade estejam vencidos;

II - os produtos deteriorados, alterados, adulterados, avariados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à vida ou à saúde, perigosos ou, ainda, aqueles em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação;

III - os produtos que, por qualquer motivo, se revelem inadequados ao fim a que se destinam.

3.1 O vício de qualidade do produto

Ao abordar o vício do produto, o CDC, em seu art. 18, trata do vício de qualidade, o qual pode ser por inadequação ou por impropriedade. O vício de quantidade é disciplinado pelo art. 19 do CDC.⁴³

Considerando que a presente pesquisa trata da análise do vício do produto essencial, não será analisado aqui o vício do produto por quantidade.

Sobre o vício de qualidade do produto, observa Zelmo Denari:

Embora o art. 18 faça referência introdutória às duas espécies de vícios (de qualidade e quantidade), seus parágrafos e incisos disciplinam, exclusivamente, a responsabilidade de fornecedor pelos vícios de qualidade dos produtos, ou seja, por aqueles vícios capazes de torná-los impróprios, inadequados ao consumo ou lhes diminuir o valor.⁴⁴

⁴³ Art. 19. Os fornecedores respondem solidariamente pelos vícios de quantidade do produto sempre que, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, seu conteúdo líquido for inferior às indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou de mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

I - o abatimento proporcional do preço;

II - complementação do peso ou medida;

III - a substituição do produto por outro da mesma espécie, marca ou modelo, sem os aludidos vícios;

IV - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos.

§ 1º Aplica-se a este artigo o disposto no § 4º do artigo anterior.

§ 2º O fornecedor imediato será responsável quando fizer a pesagem ou a medição e o instrumento utilizado não estiver aferido segundo os padrões oficiais.

⁴⁴ DENARI, Zelmo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 215.

Ao tratar dos vícios de qualidade, aponta Cláudia Lima Marques que o CDC prevê três tipos de inadequação dos produtos, quais sejam: vícios de impropriedade, vícios de diminuição do valor e vícios de disparidade informativa.⁴⁵

Faz-se oportuno o magistério de Alberto do Amaral Júnior, que assenta:

De modo geral, pode-se dizer que o conceito de adequação envolve três elementos principais, mas não exclusivos:

- a) a expectativa legítima dos consumidores;
- b) a conformidade com outros produtos existentes no mercado; e
- c) o respeito aos padrões regulamentares, públicos ou privados, estabelecidos para aferir a qualidade dos produtos e serviços.

Entre estes critérios, o mais importante é o concernente à legítima expectativa dos consumidores. Segundo este critério, o produto será inadequado quando for incapaz de satisfazer os fins ordinários que determinam a sua aquisição.⁴⁶

Sobre o vício de qualidade, observa Paulo Jorge Scartezzine Guimarães que este pode ser analisado sob dois aspectos, a saber: no primeiro, haverá vício se o produto não apresentar as qualidades consideradas normais quando comparado a outros produtos similares; no segundo, o vício decorre da falta da qualidade informada pelo vendedor no momento anterior à venda.⁴⁷

⁴⁵ Vide MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 1210.

⁴⁶ AMARAL JÚNIOR, Alberto do. A originalidade da disciplina dos produtos no Código de Defesa do Consumidor. In: MORATO, Antônio Carlos; NERI, Paulo de Tarso (Org.). *20 anos do Código de Defesa do Consumidor*. Estudos em homenagem ao professor José Geraldo Brito Filomeno. São Paulo: Atlas, 2010, p. 217.

⁴⁷ GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzine Guimarães. *Vícios do produto e do serviço por qualidade, quantidade e insegurança*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

Sob a compreensão de Herman Benjamin: “Na noção de vício de qualidade por inadequação o elemento básico é a carência – total ou parcial – de aptidão ou idoneidade do produto ou serviço para a realização do fim a que é destinado.”⁴⁸

O vício do produto limita-se ao funcionamento imperfeito do produto, de modo que não atinge o consumidor em sua segurança nem em seu aspecto físico. No que se refere ao vício de qualidade por inadequação e ao vício por impropriedade, o que os difere é o fato de que o primeiro ainda possibilita ao consumidor a utilização do produto, ainda de forma deficiente, enquanto o segundo impede a utilização da mercadoria.

Afixa-se assim, que o vício, portanto, difere do defeito, ao não atingir a segurança do consumidor. Ambos podem causar danos ao consumidor, contudo, configuram-se diferentes em sua essência.

Deste modo dispõe Flávia Püschel:

Os danos decorrentes de vícios (problemas de adequação) consistem na desvalorização do produto e na perda ou diminuição da sua utilidade, bem como nos prejuízos diretamente decorrentes de tal desvalorização ou perda de utilidade.⁴⁹

⁴⁸ BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 108.

⁴⁹ PÜSCHEL, Flávia Portella. *A responsabilidade por fato do produto no CDC: Acidentes de consumo*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 24.

Assevera ainda Flávia Püschel que “os danos decorrentes de defeitos ultrapassam os limites da própria coisa defeituosa e atingem outras coisas ou a integridade físico-psíquica da vítima.”⁵⁰

É mister se registrar que, embora o art. 18, § 1º, II, do CDC faça menção explícita ao direito a eventuais perdas e danos, ainda que não fizesse constar tal assertiva, isto não afetaria o consumidor, uma vez que o CDC consagrou como direito básico no art. 6º, VI: “a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”.

Diferentemente do que ocorre em relação ao CCB, o vício do produto no CDC pode ser aparente ou oculto, bem como o prazo para reclamar difere a depender do produto, se durável ou não durável.

Nos dizeres de Zelmo Denari:

A qualificação dos produtos ou serviços como de consumo duráveis ou não duráveis envolve a sua maior ou menor durabilidade, mensurada em termos de tempo de consumo. Assim, os produtos alimentares, de vestuário e os serviços de dedetização, por exemplo, não são duráveis, ao passo que os eletrodomésticos, veículos automotores e os serviços de construção civil são duráveis.⁵¹

O art. 26 do CDC disciplina o prazo de 30 dias para reclamação de vício aparente e de fácil constatação em produtos não duráveis; e de 90 dias para o caso de vício em produto durável. Esse prazo é decadencial.

⁵⁰ PÜSCHEL, Flávia Portella. *A responsabilidade por fato do produto no CDC: Acidentes de consumo*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 25.

⁵¹ DENARI, Zelmo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 10. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011, p. 244.

É, de fato, importante registrar que os prazos supracitados são destinados para o consumidor reclamar junto ao fornecedor, de modo que não se confunde com o prazo para o consumidor ajuizar eventual ação de perdas e danos.

Com efeito, um ponto que tem despertado a atenção de doutrinadores é aquele que se refere ao sentido do termo “obstam”, especificamente no art. 26, § 2º, do CDC. Assim é a redação atual da proposição normativa:

§ 2º. Obstam a decadência:

I – a reclamação comprovadamente formulada pelo consumido perante o fornecedor de produtos e serviços até a resposta negativa correspondente, que deve ser transmitida de forma inequívoca;

II – (vetado);

III – a instauração e inquérito civil, até seu encerramento.

Importante registro – no que se refere ao aspecto da forma de reclamação do consumidor apta a obstar a decadência – foi feito no REsp 156.760-SP. O Acórdão fez constar que: “a reclamação verbal seria suficiente a obstar os efeitos da causa extintiva (decadência) se efetivamente comprovada.”⁵²

⁵² RECURSO ESPECIAL Nº 156.760 - SP (1997/0085835-9)

RELATOR: MINISTRO FERNANDO GONÇALVES

RECORRENTE: ZADER AMÉRICA VIAGENS E TURISMO LTDA

ADVOGADO: ANDRÉA DO NASCIMENTO E OUTROS

RECORRIDO: LA PLATENSE DECORACOES LTDA

ADVOGADO: MÁRCIA MARIA TOGNATO SCARAPANI E OUTROS

EMENTA

CIVIL. CONSUMIDOR. SERVIÇO. VÍCIO APARENTE. DECADÊNCIA.

INTERRUPÇÃO. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7-STJ.

1 - Se as instâncias ordinárias, onde o conhecimento da prova é amplo, concluem pela inexistência de fatos inequívocos, aptos a demonstrar a interrupção do lapso decadencial para formular reclamação por vício aparente no serviço, a questão esbarra no óbice da súmula 7-STJ.

Conforme preleciona Herman Benjamin:

Em que pese a dificuldade que a matéria comporta, a melhor posição, considerando a finalidade de proteção ao consumidor, e que os prazos decadenciais do CDC são bastante exíguos, é no sentido de se reiniciar a contagem dos prazos decadenciais a partir da resposta negativa do fornecedor (inciso I) ou da data em que se promove o encerramento do inquérito civil (inciso III). Obstar, portanto, tem o sentido de invalidar o prazo já transcorrido, o que se assemelha ou se aproxima das hipóteses de interrupção.⁵³

Ao tratar de vício oculto, o CDC disciplinou-o no art. 26, § 3º, com os seguintes termos: “Tratando-se de vício oculto, o prazo decadencial inicia-se no momento em que ficar evidenciado o defeito.”

Um fator que desafia o consumidor em seu dia a dia diz respeito à dificuldade de provar, em juízo, a existência de vício oculto, bem como o prazo a que está sujeito. Assim, questiona-se: Por quanto tempo o fornecedor responde pelo vício oculto do produto?

A doutrina tem se encaminhado a fim de solucionar a questão relativa ao prazo a partir do critério de tempo de vida útil do produto.

Em complementação à pontuação trazida, Herman Benjamin assenta que:

Desse modo, o critério para delimitação do prazo máximo de aparecimento do vício oculto passa a ser o da vida útil do bem, o que, além de conferir ampla flexibilidade ao julgador, releva a importância da análise do caso concreto em que o fator tempo é apenas um dos elementos a ser apreciado.

2 - O mesmo se diga sobre a inversão do ônus da prova, cuja efetivação depende de critérios de apreciação do juiz da causa, informados pela verossimilhança das alegações do consumidor e da sua eventual hipossuficiência, conceito de índole eminentemente fático-probatória.

3 - Recurso não conhecido.

⁵³ BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 165.

Autorizada doutrina sustenta a aplicação do critério da vida útil como limite temporal para o surgimento do vício oculto.⁵⁴

No contexto da adoção do critério de vida útil do produto, um fato chama a atenção diante da dificuldade que o consumidor tem de conseguir, em juízo, a inversão do ônus da prova. Mais ainda: quando essa inversão corresponde à realização de perícia e o consumidor não possui recursos para pagar os honorários do perito.

Diante do entendimento majoritário firmado pelo Judiciário, a inversão do ônus da prova não implica a inversão de ônus das custas e das despesas do processo, a exemplo do pagamento dos honorários do perito. O fato supracitado parece simples, mas pode levar o direito do consumidor ao insucesso de sua demanda. E quando analisado pelo advogado no atendimento que antecede à demanda – e, assim deve ser feito –, muitas vezes o consumidor desiste de postular na justiça.

Destarte, diante da descoberta de vício oculto, é, com efeito, mais prudente ao consumidor comunicar, por escrito, o fato ao fornecedor, fazendo constar a data do conhecimento do vício oculto a fim de documentar o fato. Acaso seja necessário ajuizamento de demanda perante o Poder Judiciário, ele poderá fazer uso da prova por meio da exploração da verossimilhança.

A comunicação pode ser feita por qualquer meio de prova admitido em direito, porém, a fim de facilitar a prova, também é prudente que a comunicação seja realizada através

⁵⁴ BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 161.

de telegrama com comprovante de entrega e cópia de inteiro teor. Assim, o consumidor poderá provar em juízo a comunicação com a data de conhecimento do vício oculto.

3.2 O vício do produto essencial no CDC

O CDC trata do vício do produto essencial em seu art. 18, § 3º, *in verbis*:

O consumidor poderá fazer uso imediato das alternativas do § 1º deste artigo sempre que, em razão da extensão do vício, a substituição das partes viciadas puder comprometer a qualidade ou características do produto, diminuir-lhe o valor ou se tratar de produto essencial.

Como mencionado alhures, considerando que o objeto da presente pesquisa é o vício do produto essencial, limitar-nos-emos à análise acerca do tema, razão pela qual aqui não será investigado o vício de qualidade do produto por quantidade.

O CDC, embora possibilite ao consumidor o uso imediato das alternativas do art. 18, § 1º, não definiu precisamente no que se constitui produto essencial, tal como o fez com consumidor, fornecedor, produto e serviço.

Na doutrina, vários autores apresentam e discorrem sobre exemplos de produtos essenciais, acompanhados de suas respectivas definições.

A principiar por Cláudia Lima Marques, esta assevera que: “a princípio todos os produtos comestíveis e de uso pessoal básico já podem ser aí incluídos. O critério deve ser lido sob o impacto do princípio da proteção da confiança;”⁵⁵

Rizzatto Nunes sustenta a seguinte intelecção:

A norma dá ao consumidor, como não poderia deixar de ser, a prerrogativa do uso imediato das alternativas do § 1º do art. 18. Dessa maneira o consumidor poderá fazer uso das hipóteses dos três incisos daquele parágrafo, sempre que existir vício em produto essencial, que é aquele que o consumidor necessita adquirir para a manutenção de sua vida, diretamente ligado à saúde, higiene pessoal, limpeza e segurança, tais como alimentos, medicamentos, produtos de limpeza em geral etc.⁵⁶

Do magistério de Zelmo Denari, é possível extrair:

Tratando-se de produtos essenciais, assim entendidos os produtos industrializados insusceptíveis de dissociação, formados pela mistura ou reunião dos respectivos componentes – v.g., produtos alimentares, medicamentos, peças de vestuário ou de toucador-,bem como os produtos *in natura* – v.g., os comercializados no estado de natureza, como os animais e vegetais -, o consumidor poderá exigir que sejam imediatizados os mecanismos de reparação previstos no § 1º do art. 18, tendo em vista a impossibilidade de substituição dos respectivos componentes (*ad impossibilia Nemo tenetur*).⁵⁷

Retomando as asseverações de Cláudia Lima Marques, tem-se:

O produto é essencial, quanto à expectativa de usá-lo de pronto; logo, deve o consumidor poder exigir de pronto a substituição do produto. Também em matéria de veículos de uso contínuo deve haver uma substituição do produto

⁵⁵ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 990.

⁵⁶ NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Curso de direito do consumo: com exercícios*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 199.

⁵⁷ DENARI, Zelmo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 10. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011, p. 226.

para uso imediato ou algum tipo de solução de consenso, a evitar o dano moral"⁵⁸

A falta de um conceito próprio de produto essencial no CDC dá ensejo, em nosso pensar, a uma vulnerabilidade de forma agravada em relação ao consumidor, pois, sujeita-o ao crivo da percepção e compreensão, por parte do magistrado, acerca do que seja produto essencial.

O problema da falta de conceituação acerca de produto essencial se configura um tormento para o consumidor, conforme apontamento de Luís Humberto F. de Athaydes:

O grande problema é que o CDC não define o que seja "produto essencial", a não ser nos casos evidentes como alimentos, medicamentos, e alguns eletrodomésticos e eletroeletrônicos (tais como geladeira, fogão, computador, telefone convencional e celular), a essencialidade, muitas vezes, só será demonstrada no caso concreto e repise-se o consumidor não deve ser obrigado a esperar pelo conserto de um produto desse tipo.

Diante desta lacuna, a maioria dos consumidores que adquire um produto que subjetivamente (na falta de um conceito normativo) lhe é um produto essencial, vem sendo prejudicada e somente de alguns poucos anos para cá o assunto vem recebendo alguma atenção. Assim, alguns debates vêm acontecendo a cerca dessa definição de "produto essencial".⁵⁹

É fato que, na prática, a inexistência de uma definição legal de produto essencial posterga solução às decisões prolatadas pelos magistrados no caso concreto. Se, de um lado, essa situação cria no consumidor uma expectativa, por outro, gera uma incerteza que, muitas vezes, influencia diretamente a decisão pela desistência da propositura de uma ação, diante do

⁵⁸ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 1214.

⁵⁹ ATHAYDES, Luís Humberto Ferreira de. *Produtos essenciais à luz do CDC*. Comissão do direito do consumidor, OAB/MG, Subseção Uberlândia. 23 set. 2014. Disponível em: <<http://www.oabuberlandia.org.br/oabudia.qps/Ref/QUIS-9P9RW7>>. Acesso em: 11 out. 2016.

desgaste – psicológico e de tempo – experimentado pelo consumidor ao propor uma demanda junto ao Judiciário.

Neste diapasão, a incerteza à qual se expõe o consumidor nos casos do § 1º do art. 18 do CDC, agravada por se tratar de produto inerente à sua subsistência, reclama, em nosso pensar, a elaboração e apresentação de uma proposta de conceito de produto essencial, a qual seja capaz de preencher essa lacuna.

Tal tema é deveras relevante e tem sido alvo de preocupação, também, dos órgãos de defesa do consumidor, conforme preleciona Luís Athaydes:

Diante desta lacuna, a maioria dos consumidores que adquire um produto que subjetivamente (na falta de um conceito normativo) lhe é um produto essencial, vem sendo prejudicada e somente de alguns poucos anos para cá o assunto vem recebendo alguma atenção. Assim, alguns debates vêm acontecendo a cerca dessa definição de "produto essencial".

Em meio a esses debates surgiu a nota técnica nº 62 do DPDC/MJ editada em julho de 2010, que passou a considerar os aparelhos celulares como um "produto essencial" que à época tendia tão somente tornar uniforme o entendimento dos PROCONs a nível nacional em torno da "essencialidade" do aparelho celular diante de um vício, o fato é que esta insuficiente "solução" posteriormente se mostrou ineficaz, pois teve seus efeitos suspensos em 2011 por uma decisão liminar e posteriormente anulados por uma sentença judicial, ambas proferidas pelo MM. juiz da 9ª Vara/DF do TRF1 na ação de autos nº 41735-81.2010.4.01.3400 movida pela ABINEE - Associação Brasileira da Indústria Elétrica e Eletrônica, representando os fabricantes de celulares contra a União Federal.

No último dia 15 de março, o governo federal lançou o Plano Nacional de Consumo e Cidadania (PLANDEC), representado normativamente por vários atos, com destaque para o Decreto nº 7.963/13, onde o conceito normativo de "produto essencial" tem sua definição prevista no art. 16 desse Decreto, tarefa incumbida ao O Conselho de Ministros da Câmara Nacional das Relações de Consumo tal definição é necessária para evitar a insegurança jurídica e conferir maior eficácia aos legítimos interesses

materiais e morais do consumidor, assim esse conceito vem sendo (muito) lentamente construído por acalorados debates entre os diversos setores da sociedade envolvidos.⁶⁰

Importante é assinalar que a primeira dificuldade enfrentada por parte do Governo Federal para a elaboração de um conceito próprio de produto essencial diz respeito à pressão exercida pelos fornecedores, representada por seu forte inconformismo e eficiente capacidade de organização e atuação política e jurídica na defesa de seus interesses.

Essa mesma dificuldade pode ser observada nas tentativas de tratamento do tema realizadas pelo Congresso Nacional. Tal fato decorre, também, do grande poder de organização e atuação do fornecedor, que exerce forte pressão e imposição em relação aos seus interesses.

É justamente essa capacidade de atuação e organização do fornecedor que nos preocupa no que tange ao aspecto da inexistência de um conceito próprio de produto essencial, haja vista que, apesar da proteção constitucional e dos princípios e regras consagrados pelo CDC, tal proteção não se verifica suficiente a fim de diminuir a repercussão dos problemas experimentados pelos vulneráveis nas relações de consumo, quando se veem diante da dificuldade enfrentada, pelo judiciário, no caso concreto, de reconhecer como essencial o produto assim apontado pelo consumidor em sua postulação.

Com efeito, não existindo conceito próprio, submete-se o consumidor à decisão do juiz no caso concreto. Em nosso entendimento, *data maxima venia*, a ausência de um

⁶⁰ ATHAYDES, Luís Humberto Ferreira de. *Produtos essenciais à luz do CDC*. Comissão do direito do consumidor, OAB/MG, Subseção Uberlândia. 23 set. 2014. Disponível em: <<http://www.oabuberlandia.org.br/oabudia.qps/Ref/QUIS-9P9RW7>>. Acesso em: 11 out. 2016.

conceito próprio de produto essencial desequilibra, no aspecto, a relação entre consumidor e fornecedor até em relação à possibilidade de o consumidor poder argumentar diretamente na loja, no caso de um vício de qualidade em um produto essencial.

O consumidor, ao postular no Poder Judiciário, já o faz sob o manto da vulnerabilidade, agravada, tanto pelo prejuízo psicológico, como pelo financeiro e, muitas vezes, até jurídico, não apenas por ser leigo na área jurídica, mas também, porque, a princípio, nem todo consumidor possui condições econômicas de contratar e pagar os honorários de um advogado, assim como a Defensoria Pública não dispõe de quadro funcional suficiente para auxiliar o consumidor em todas as adversidades enfrentadas. Enquanto isso, é comum o fornecedor ser dotado de eficientes bancas jurídicas, as quais o defendem habitualmente nos bancos dos fóruns.

José Fernando Simão, em pontuação concernente ao tema, assevera que:

Curioso notar que em caso de produto essencial, o prazo de 30 dias não existe em favor do fornecedor e, portanto, depreende-se que o vício deve ser trocado imediatamente, se o consumidor assim o exigir. Anotamos que nem sempre a questão é tão simples. Primeiro poderia se indagar o que é “produto essencial”. Sendo um conceito indeterminado, caberá ao juiz decisão no caso concreto, levando em conta a necessidade daquele consumidor específico.⁶¹

Embora se reconheça a existência de decisões no sentido de dar eficácia ao § 1º do art. 18 do CDC, vislumbra relevante o preenchimento da lacuna. Tal significância se dá, haja vista se tratar, por exemplo, de um colchão, típico produto, em nosso pensar, de necessidade básica do ser humano; há, no mínimo, um risco de tal produto não ser considerado essencial

⁶¹ SIMÃO, José Fernando. Vícios do produto: Questões controvertidas. In: MORATO, Antônio Carlos; NERI, Paulo de Tarso (Org.). *20 anos do Código de Defesa do Consumidor*. Estudos em homenagem ao professor José Geraldo Brito Filomeno. São Paulo: Atlas, 2010, p. 402.

pelo magistrado diante da dificuldade que este também enfrenta na aplicação do art. 18, § 3º do CDC, de modo que é justamente essa incerteza a que está exposto o consumidor que reclama oportuna elaboração de uma proposta de um conceito de produto essencial, *data maxima venia*.

CAPÍTULO 4. AS DIFICULDADES DOS ÓRGÃOS DE DEFESA DO CONSUMIDOR NA APLICAÇÃO DO § 3º DO ART. 18 DO CDC, E UMA PROPOSTA DE CONCEITO DE PRODUTO ESSENCIAL

Como supradito, o fato de o CDC não apresentar um conceito próprio de produto essencial, em nosso pensar, dificulta o exercício pelo consumidor do direito consagrado no § 3º do art. 18 do CDC e, por conseguinte, do uso imediato da escolha de uma das alternativas do § 1º do dispositivo mencionado.

Merece registro, também, o fato público e notório de que o maior número de demanda de natureza consumerista concentra-se nos juizados especiais cíveis, em que a Lei nº 9.099/95 possibilita ao consumidor, quando o valor da ação não ultrapassar 20 salários-mínimos, reclamar diretamente, sem a obrigatoriedade de se constituir advogado.

Se, por um lado, a possibilidade de postular sem a necessidade de um causídico facilita, em tese, o acesso à justiça, por outro, ele pode prejudicar – e muito – o direito postulado. Primeiramente, porque sendo o consumidor um leigo na área jurídica, não fará a sua postulação de forma técnica, o que, por si só, em nosso entendimento, já fragiliza o direito reclamado.

A nosso ver, a insatisfação do consumidor com a quebra da sua expectativa divide-se em três ou quatro fases, a depender da resolução da questão. A primeira, pela frustração da compra; a segunda, pelo sentimento de raiva por ter incorrido em uma compra frustrada; a terceira fase é o sentimento de impotência diante da falta de recursos capazes de resolver de forma imediata ou célere o seu problema.

A quarta fase só ocorre quando o consumidor acumula à sua frustração pela compra o sentimento de que não vale à pena lutar pelo seu direito, efeito decorrente de experiências malsucedidas em reclamações junto a órgãos de defesa do consumidor ou até mesmo no Poder Judiciário. Nesse caso, pode ocorrer o que chamamos de efeito retirada, qual seja, aquele em que o consumidor opta por ficar com o prejuízo a fazer ou seguir com qualquer reclamação. Esse é, a nosso ver, o maior dano que se pode causar ao consumidor: o sentimento de que não vale a pena reclamar. Com outras palavras, o cidadão tem que sentir que é válido e positivo lutar pelos seus direitos.

Os desafios de o consumidor exercer o direito de escolha de forma imediata, de uma das alternativas do § 1º do art. 18 do CDC, positivado no § 3º do dispositivo mencionado, podem ser dimensionados a partir da demonstração de força organizada por parte dos fornecedores quando, por exemplo, estes conseguiram no judiciário a **NULIDADE** da Nota Técnica nº 62/2010, emitida pelo Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça, quando considerou o celular como produto essencial e, portanto, passível de troca imediata nos termos do art. 18, § 3º do CDC.

Uma situação em especial nos preocupa, qual seja: o fornecedor sempre se encontra mais organizado e eficiente do que o consumidor em relação à defesa de seus interesses. Isso nos parece, não só pelo fato de o primeiro ser mais forte economicamente, mas, sobretudo, porque ele sabe que cada vitória conquistada em face do consumidor, significa, em tese, maiores lucros e dividendos. Ou seja, o fornecedor é mais organizado e mais eficiente porque algo muito forte é capaz de estimular essa união na luta pelo interesse comum: o lucro.

Nesse cenário, há outro fato, que também, de maneira bastante preocupante, chama-nos a atenção: a facilidade e a habitualidade com que se viola a norma no Brasil e, em particular, a Constituição Federal.

Nelson Nery Júnior discorre que:

A alegação de ofensa à Constituição, em países com estabilidade política e em verdadeiro Estado de Direito, é gravíssima, reclamando a atenção de todos, principalmente da população. Entre nós, quando se fala, por exemplo, em juízo, que houve desatendimento da Constituição, a alegação não é levada a sério na medida e na extensão em que deveria, caracterizando-se, apenas, ao ver dos operadores do direito, como mais uma defesa que o interessado opõe a contraparte.⁶²

Há que ser feito registro, também, do tempo que o processo leva desde o seu início até o trânsito em julgado da decisão. De igual forma, contabiliza-se o tempo que se leva para o cumprimento da sentença. O consumidor, elo mais fraco da relação de consumo, além de se dirigir ao Judiciário, via de regra, já com o dano inerente à sua reclamação, tem sua aflição aumentada pelo tempo de espera até o final do processo, tempo este que, muitas vezes, aliado à burocracia, contribui para afastar o jurisdicionado do exercício do direito de ação.

Mauro Capelletti e Bryant Garth observam:

A Convenção Européia para Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais reconhece explicitamente, no art. 6º, parágrafo 1º, que a

⁶² NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*: (processo civil, penal e administrativo). 11. ed., rev., atual. e ampl. com as novas súmulas do STF simples e vinculantes e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 44.

Justiça que não cumpre suas funções dentro de “um prazo razoável” é, para muitas pessoas, uma Justiça inacessível.⁶³

A pontuação supramencionada, de Nelson Nery Júnior, assume relevância ao se considerar que o princípio constitucional da razoabilidade do processo não tem a sua efetiva aplicabilidade diante do tempo de espera do jurisdicionado por uma solução efetiva do Poder Judiciário, devendo ser entendida como efetiva a sentença que foi devidamente cumprida pela parte condenada no processo.

Em nosso pensar, o cidadão possui a expectativa legítima e moral do cumprimento da norma no Estado Democrático de Direito e, nesse diapasão, constitui violação da regra geral de boa-fé objetiva o descumprimento imotivado da sentença. Ao descumprir de forma voluntária a sentença, o vencido quebra a expectativa do cidadão de que teria a sentença voluntariamente cumprida pelo fato de acreditar que, uma vez transitada em julgado a sentença, esta seria efetivamente obedecida.

A situação de vulnerabilidade do consumidor em um processo é agravada quando, em seu pleito, tem como objeto da demanda um produto essencial, fato cuja espera inerente ao regular andamento do processo potencializa os transtornos experimentados pelo consumidor.

Dessa forma, se a falta de um conceito próprio de produto essencial no CDC já fragiliza o consumidor em sua reclamação acerca de um vício do produto, o qual entende ser essencial, percebe-se que esse desequilíbrio aumenta diante da habitualidade e da normalidade com que se viola a norma constitucional no Brasil.

⁶³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988, p. 20/21.

4.1 A Nota Técnica nº 62 do DPDC (Nota nº 62/CGSC/DPDC/2010)

No dia 15 de junho de 2010, o DPDC emitiu a Nota Técnica nº 62/2010, na qual esboçou o entendimento no sentido de que o aparelho móvel celular constitui produto essencial em virtude de o serviço de telefonia se configurar como essencial, imprescindível ao atendimento das necessidades dos consumidores, sendo indispensável à proteção de sua dignidade, saúde e segurança; e também pelo fato de o aparelho móvel celular ser o único meio de prestação do serviço de telefonia móvel.

A Nota Técnica logo foi rechaçada pelo Poder Judiciário, consoante se depreende da decisão nos autos do Processo nº 41735-81.2010.4.01.3400, que anulou o ato administrativo que emitiu a Nota Técnica diante do seu caráter opinativo, sem nenhuma vinculação aos órgãos da Administração Pública, não podendo, dessa forma, servir de norma geral para utilização pelos Procons na aplicação de multa.

A sentença mencionada registrou ainda que somente lei ou regulamento pode ter o alcance normativo pretendido pela Nota Técnica.⁶⁴

Data maxima venia, em que pese o caráter opinativo do documento, há, em suas linhas, a explícita intenção de regular os casos de vício em aparelho móvel celular.

Ainda que de forma opinativa, entendemos tratar-se a Nota Técnica nº 62 do DPDC uma tentativa de construção de um conceito de produto essencial, sendo nesse caso, especificamente restrito ao aparelho móvel celular.

⁶⁴ Vide Nota Técnica e a sentença 560 B/2012, nos autos do processo 41735-81.2010.4.01.3400, da 9ª Vara Federal/DF, da lavra do juiz Alaor Piacini.

O episódio da Nota Técnica nº 62 representa, a nosso ver, a exposição da dificuldade existente por parte dos órgãos de defesa do consumidor de proteger o consumidor nas demandas decorrentes de produtos os quais entendam ser essenciais; porém, enfrentam essa dificuldade pelo fato de não haver um conceito próprio de produto essencial no CDC.

4.2 PL nº 7591/2014: uma proposta de um rol de produtos essenciais

Outra tentativa no sentido de regulamentar o art. 18, § 3º, do CDC revela-se através do Projeto de Lei nº 7591/2014⁶⁵, em tramitação na Câmara dos Deputados.

De acordo com o texto do Projeto de Lei, o art. 1º, § 1º apresenta uma lista de produtos definidos como essenciais; e, no § 2º, também define como essencial os produtos utilizados como instrumento de trabalho. Veja-se o dispositivo legal, que assim dispõe:

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Esta Lei define os produtos essenciais de que trata o artigo 18, § 3º do Código de Defesa do Consumidor - Lei Federal 8078/90.

§ 1º - Para os efeitos desta lei, são definidos como produtos essenciais:

- I – Medicamentos;
- II – Celular;
- III – Computador;
- IV – Televisor;
- V- Geladeira;
- VI – Máquina de lavar;
- VII – Fogão;

§ 2º - Os produtos utilizados como instrumento de trabalho são considerados essenciais.

⁶⁵ O PL 7591/2014 encontra-se em tramitação na Câmara dos Deputados.

Com efeito, ressalta o PL em sua justificção, a vulnerabilidade do consumidor diante da ausncia de um conceito prprio de produto essencial:

Os critrios normalmente utilizados para determinar quais produtos so considerados essenciais se baseiam no fato do produto ser imprescindvel ao consumidor e que, de acordo com os dados dos Procons, gere problemas de consumo.

Com efeito, diante da ausncia de regulamentao do supramencionado dispositivo do C3digo de Defesa do Consumidor, e com o intuito precpulo de tutelar de forma efetiva os direitos do consumidor, diminuindo a sua vulnerabilidade nas relaes consumeristas, apresento este Projeto de Lei, e conto com o apoio dos meus pares para sua aprovao.

Ao PL 7591/2014 está apensado o PL 7768/2014 que, tambm, prop3e uma regulamentao do art. 18,  3 do CDC a fim de considerar produto essencial: alimento, vestuário e autom3vel.⁶⁶

Assim, um dos pontos positivos do CDC  a utilizao de rol exemplificativo em seus dispositivos, m3todo que cria garantias para o consumidor, bem como possibilita ao magistrado a apreciao de situa33es no caso concreto que podem caracterizar a necessidade de prote33o ao consumidor diante da ausncia da situa33o analisada em juízo no rol exemplificativo nos dispositivos do CDC.

Preceitua Nelson Nery Júnior, no que se refere ao modo de contrata33o para aplicao do direito de arrependimento disposto no art. 49 do CDC, que este enumerou apenas

⁶⁶ Disponível em:

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1263801&filename=PL+7768/2014>. Acesso em: 30 nov. 2016.

de forma exemplificativa as contratações ali dispostas, estando claramente definido pelo advérbio “especialmente”, constante do texto do art. 49.⁶⁷

Esse mesmo método também foi adotado pelo CDC ao tratar, por exemplo, das práticas e cláusulas abusivas, ou seja, artigos. 39 e 51, respectivamente.⁶⁸

⁶⁷ Vide: NERY JÚNIOR, Nelson. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 10 ed., rev., atual. e reformulada. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011, p. 565.

⁶⁸ Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: (Redação dada pela Lei nº 8.884, de 11.6.1994)

I - condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos;

II - recusar atendimento às demandas dos consumidores, na exata medida de suas disponibilidades de estoque, e, ainda, de conformidade com os usos e costumes;

III - enviar ou entregar ao consumidor, sem solicitação prévia, qualquer produto, ou fornecer qualquer serviço;

IV - prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços;

V - exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva;

VI - executar serviços sem a prévia elaboração de orçamento e autorização expressa do consumidor, ressalvadas as decorrentes de práticas anteriores entre as partes;

VII - repassar informação depreciativa, referente a ato praticado pelo consumidor no exercício de seus direitos;

VIII - colocar, no mercado de consumo, qualquer produto ou serviço em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes ou, se normas específicas não existirem, pela Associação Brasileira de Normas Técnicas ou outra entidade credenciada pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (Conmetro);

IX - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, diretamente a quem se disponha a adquiri-los mediante pronto pagamento, ressalvados os casos de intermediação regulados em leis especiais;

X - elevar sem justa causa o preço de produtos ou serviços.

XI - Dispositivo incluído pela MPV nº 1.890-67, de 22.10.1999, transformado em inciso XIII, quando da conversão na Lei nº 9.870, de 23.11.1999.

XII - deixar de estipular prazo para o cumprimento de sua obrigação ou deixar a fixação de seu termo inicial a seu exclusivo critério.

XIII - aplicar fórmula ou índice de reajuste diverso do legal ou contratualmente estabelecido.

Parágrafo único. Os serviços prestados e os produtos remetidos ou entregues ao consumidor, na hipótese prevista no inciso III, equiparam-se às amostras grátis, inexistindo obrigação de pagamento.

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;

II - subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste código;

III - transfiram responsabilidades a terceiros;

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

Pertinente o magistério de Nelson Nery Júnior sobre o rol exemplificativo das cláusulas abusivas:

Sempre que verificar a existência de desequilíbrio na posição das partes no contrato de consumo, o juiz poderá reconhecer e declarar abusiva determinada cláusula, atendidos os princípios da boa-fé e da compatibilidade com o sistema de proteção ao consumidor.⁶⁹

Verifica-se, portanto, que a utilização de rol exemplificativo pelo CDC constitui um método extremamente eficiente na proteção e na facilitação da defesa do consumidor, uma vez que, se de um lado, já delimita os casos em que se considera ilícito, já afastando qualquer

V - (Vetado);

VI - estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor;

VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem;

VIII - imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor;

IX - deixem ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor;

X - permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral;

XI - autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor;

XII - obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor;

XIII - autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração;

XIV - infrinjam ou possibilitem a violação de normas ambientais;

XV - estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor;

XVI - possibilitem a renúncia do direito de indenização por benfeitorias necessárias.

§ 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que:

I - ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence;

II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual;

III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.

§ 2º A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes.

§ 3º (Vetado).

§ 4º É facultado a qualquer consumidor ou entidade que o represente requerer ao Ministério Público que ajuíze a competente ação para ser declarada a nulidade de cláusula contratual que contrarie o disposto neste código ou de qualquer forma não assegure o justo equilíbrio entre direitos e obrigações das partes.

⁶⁹ NERY JÚNIOR, Nelson. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed., rev., atual. e reformulada. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011., p. 573.

dúvida no aspecto, por outro, possibilita ao juiz que, no caso concreto, reconheça outras situações que coloquem o consumidor em desequilíbrio.

A nosso ver, a criação de um elenco exaustivo de produtos apontados como essenciais – a exemplo dos propostos no Projeto de Lei nº 7591/2014 – não soluciona o problema, nem diminui a vulnerabilidade do consumidor. A solução deve ser encontrada a partir da construção de uma conceituação própria acerca de produto essencial, sem a apresentação de uma lista com rol exaustivo.

Registra-se que não nos colocamos contrários à elaboração de um rol de produtos definidos como essenciais, desde que esse rol seja exemplificativo e que o Projeto de Lei proposto apresente também um conceito próprio de produto essencial.

4.3 Uma proposta de conceito de produto essencial: teoria dos produtos essenciais

Conforme exposto anteriormente no decorrer do presente estudo, a ausência de um conceito legal sobre produto essencial constitui uma dificuldade ao consumidor no que concerne ao exercício de seu direito preconizado no art. 18, § 3º, do CDC. Hodiernamente, vige o sobredito parágrafo com a seguinte disposição:

§ 3º. O consumidor poderá fazer uso imediato das alternativas do § 1º deste artigo sempre que, em razão da extensão do vício, a substituição das partes viciadas puder comprometer a qualidade ou características do produto, diminuir-lhe o valor ou se tratar de produto essencial.

A dificuldade apontada não se restringe ao consumidor que, embora sinta mais os reflexos por ser o destinatário final do produto, é a vítima imediata da situação.

Nesse caso, em nosso entendimento, todos os consumidores são vítimas potenciais, uma vez que, embora não estejam eventualmente enfrentando tal problema, estão expostos a ele. Porém, o consumidor que se depara com o problema, no caso concreto, é a vítima imediata.

Como dito, a falta de um conceito próprio de produto essencial não cria dificuldades apenas aos consumidores, pois, além disso, impede os órgãos de defesa do consumidor de autuarem o fornecedor e também transfere ao magistrado a dificuldade de apreciar, no caso concreto, as situações que de fato se enquadram na ideia de produto essencial.

Para Marcus Dessaune, o “problema, para a empresa, é qualquer resultado indesejado de um processo (organizacional), enquanto, para o consumidor, é uma situação de risco ou de prejuízo.”⁷⁰

Conforme exposto no início deste trabalho, o conceito de consumidor que interessa ao presente estudo é o *stricto sensu*, definido no art. 2º, *caput*, do CDC, a saber: “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.”

⁷⁰ DESSAUNE, Marcos. *Desvio produtivo do consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 75.

Produto, também nos termos do CDC, § 1º, do art. 2º, seria: “qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.”

Para fins de didática, registra-se que a análise das compras do consumidor será restrita à aquisição de produto, uma vez que o tema deste trabalho é o vício do produto essencial. Assim, vale registrarmos que qualquer menção a serviço se realizará por necessidade e/ou desenvolvimento argumentativo, de forma a facilitar a compreensão do texto.

A definição trazida pelo filósofo Mário Sérgio Cortella ajuda-nos a compreender o contexto no qual a temática se insere: “Essencial é tudo aquilo que você não pode deixar de ter: felicidade, amorosidade, lealdade, amizade, sexualidade, religiosidade. Fundamental é tudo aquilo que o ajude a chegar ao essencial.”⁷¹

Consoante apontamento de Filomeno, o conceito de consumidor adotado pelo CDC pertence à seara econômica. Conforme assinala o autor, tal definição emerge do contexto do mercado de consumo:

Consoante já salientado, o conceito de consumidor adotado pelo Código foi exclusivamente de caráter econômico, ou seja, levando-se em consideração tão somente o personagem que no mercado de consumo adquire bens ou então contrata a prestação de serviços, como destinatário final, pressupondo-se que assim age com vistas ao atendimento de uma necessidade própria e não para o desenvolvimento de uma outra atividade negocial.⁷²

⁷¹ CORTELLA, Mário Sérgio. *Qual é a tua obra?:* inquietações propositivas sobre gestão, liderança e ética. 20. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013, p. 63-64.

⁷² FILOMENO, José Geraldo Brito. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed. rev., atual. e reformulada. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011, p. 23.

Carlos Machado Vianna e Hélio José Cavalcanti Barros, por sua vez, contextualizam tal conceito:

Justifica-se isto, pois quem será o detentor do bem ou serviço que apresenta um problema, um defeito ou uma deficiência qualquer, e se verá prejudicado, será o último da cadeia econômica que faz girar o bem ou serviço até o seu destinatário final. Portanto, consumidor será este último, e a ele é que são destinadas as normas deste Código, que se referem a consumidor.⁷³

Com efeito, concordamos com o pensamento de Filomeno. Parece-nos, de fato, que a aquisição de um determinado produto pelo consumidor pressupõe o atendimento de uma necessidade própria; seria, então, é sob esse manto da aquisição de produto para atendimento de uma necessidade própria que, em nosso pensar, faz-se oportuna a análise acerca do instituto do produto essencial. A partir desses pressupostos, ao final, poderemos então apresentar uma proposta de um conceito.

Ao fazer uma compra, o consumidor a faz sob a expectativa de que o produto adquirido irá corresponder à finalidade a qual ele se destina. É justamente a partir do funcionamento imperfeito desse produto que se poderá adentrar no contexto do vício de qualidade por inadequação; ou, na hipótese do não funcionamento do produto, tem-se o vício de qualidade por impropriedade. De tal modo, qualquer que seja o vício apresentado pelo produto, tem-se que a expectativa gerada pelo consumidor quando de sua aquisição, foi quebrada.

⁷³ VIANA, Carlos Machado; BARROS, Hélio José Cavalcanti. *Comentários ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 1991, p. 10.

4.3.1 *Das categorias dos produtos adquiridos pelo consumidor stricto sensu*

Em nosso entendimento, as compras realizadas pelo consumidor *stricto sensu* com vistas ao suprimento das suas necessidades, dividem-se em duas categorias: produtos de necessidade própria por indispensabilidade; e produtos de necessidade própria por utilidade.

4.3.1.1 DO PRODUTO DE NECESSIDADE PRÓPRIA POR INDISPENSABILIDADE

Na aquisição de produtos de necessidade própria por indispensabilidade, o consumidor visa ao atendimento de uma necessidade em que o funcionamento adequado do bem adquirido constitui não somente um fator relevante, mas também indissociável e inerente às atividades do seu dia a dia.

Dessarte, o funcionamento adequado do produto de necessidade própria por indispensabilidade, revela-se requisito intrínseco ao estado de bem-estar do vulnerável da relação de consumo, pois tem como finalidade o suprimento das condições básicas inerentes à vida do ser humano. Tais finalidades, acrescente-se, estão diretamente ligadas à saúde, à dignidade e a sua segurança.

Oportuno, nesse sentido, o magistério de Alexandre Malfatti, que em seus ensinamentos pontua a questão a partir do enfoque pátrio em relação à dignidade da pessoa humana:

Em outras palavras, a dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico de nosso país deve apresentar como primeiro enfoque constitucional a

realização de necessidades materiais básicas, o que se revela adequado à realidade social brasileira.⁷⁴

Assim, a privação da liberdade do consumidor de fazer uso dos produtos que visem ao atendimento das suas atividades habituais, pessoais e domésticas, sem relação com uso profissional ou comercial, submete o consumidor a um dano.

4.3.1.2 DO PRODUTO DE NECESSIDADE PRÓPRIA POR UTILIDADE

Na aquisição de produtos de necessidade própria por utilidade, o consumidor faz a compra sob a expectativa de que esse produto lhe será útil no dia a dia. Assim, esse produto é adquirido sob o manto da utilidade, da facilidade que irá proporcionar ao consumidor com a sua utilização.

Dessa forma, embora a aquisição de produtos tenha sempre como finalidade o atendimento de uma necessidade própria do consumidor, essa necessidade, em nosso pensar, divide-se em duas categorias, quais sejam: 1) a necessidade por indispensabilidade e 2) a necessidade por utilidade. Esse critério binário assume relevância nas análises exploradas diante da repercussão dos vícios de qualidade apresentados em cada uma das categorias de produtos.

⁷⁴ MALFATTI, Alexandre David. *O direito de informação no código de defesa do consumidor*. São Paulo: Alfabeta Jurídico, 2003, p. 66-67.

As duas categorias de necessidade existem no cotidiano do consumidor, porém, a repercussão que a privação da utilização do produto de cada categoria é capaz de gerar é que propiciará uma diferenciação mais clara.

4.3.2 *Dos requisitos do produto de necessidade própria por indispensabilidade*

A Constituição Federal elencou, em seu artigo 5º, XXXII que: “O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.” Classificou, também, como princípio da atividade econômica, no art.170, V, a defesa do consumidor.

Assim, o Estado deve promover medidas que tenham como finalidade evitar o dano ao consumidor. Porém, uma vez ocorrido o dano que não se conseguiu evitar, ele deve ser o menor possível.

Para Herman Benjamin, a palavra Estado deve ser interpretada como pertencente a quaisquer das esferas de poder: Poder Executivo, Legislativo e Judiciário.⁷⁵

O CDC disciplina no art. 6º, inciso VI, que é direito básico do consumidor: “a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos.”

Nesse sentido, de modo adicional, observa Frederico da Costa Carvalho Neto que: “Efetividade significa resultado verdadeiro.”⁷⁶

⁷⁵ Palestra de encerramento realizada durante o Fórum Nacional de direito do consumidor: 18 anos do CDC e as perspectivas do direito do consumidor no Brasil, promovido pelo Conselho Federal da OAB no período de 12 a 15 de março de 2008 em Aracaju/SE.

Já para Filomeno:

Quando se fala em prevenção de danos, fala-se certamente, em primeiro lugar, nas atitudes que as próprias empresas fornecedoras de produtos e serviços devem ter para que não venham a ocorrer danos ao consumidor ou a terceiros, como já ficou claro em passos anteriores.⁷⁷

Em breve análise da fundamentação despendida por Frederico Carvalho Neto, é possível se extrair que: “A disposição aponta em primeiro lugar para a prevenção o que determina a adoção de medidas que evitem danos de qualquer espécie. Nesse caso deve o juiz voltar seus olhos para o consumidor.”

O CDC, também, consagrou como direito básico o princípio da facilitação da defesa do consumidor, no art.6º, VIII.⁷⁸

É importante atentar para os fatos concretos envolvendo situações reais, principalmente em se tratando de produto essencial; nesse contexto, é bastante comum a adoção de procedimentos padrões pelas empresas, no seu dia a dia, os quais revelam flagrante descumprimento de contrato e violação ao CDC. É o que chamamos de práticas de apequenamento das obrigações contratuais e legais, as quais são agravadas quando continuam

⁷⁶ NETO, Frederico da Costa Carvalho. Direitos básicos: comentários ao artigo 6º, do CDC. In: SODRÉ, Marcelo Gomes; MEIRA, Fabíola; CALDEIRA, Patrícia (Coord.). *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 1. ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2009, p. 68.

⁷⁷ FILOMENO, José Geraldo Brito. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 10. ed. rev., atual. e reformulada. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011, p. 156.

⁷⁸ Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

sendo adotadas, mesmo em situações nas quais, após serem consideradas ilegais pelo Judiciário, apresentam recorrência.

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, redação dada pela Lei nº 12.376/2010, ao Decreto-Lei nº 4.657/1942, (antiga Lei de Introdução ao Código Civil), disciplina no seu art. 4º: “Art. 4º: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”

Dessarte, para a aferição dos requisitos do produto de necessidade própria por indispensabilidade, aplica-se o princípio constitucional da proteção ao consumidor, art.5º, XXXII, da Carta Maior, combinado com o princípio da prevenção, art.6º, VI, do CDC; o princípio da facilitação da defesa do consumidor, art.6º, VIII, do CDC e o art.4º da LIND e, conforme contextos a que se referem, aplicados de acordo com os costumes do local.

Para Eduardo Bittar: “A justiça total consiste na observância da lei, no respeito àquilo que é legítimo e que vige para o bem de todos.”⁷⁹

Dessa forma, o produto, para ser considerado de necessidade própria por indispensabilidade, submete-se a dois requisitos, conforme disposto a seguir com as respectivas elucidações: a) ser de uso comum ordinário ou de necessidade habitual inerente ao dia a dia do consumidor nas suas atividades ou necessidades pessoais e/ou domésticas; b) agravamento do estado de saúde, dignidade ou segurança do consumidor, motivado pela privação ilícita da utilização do produto.

⁷⁹ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca Bittar. *A Justiça em Aristóteles*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 113-114.

As atividades ou necessidades pessoais e/ou domésticas, devem aqui ser considerados os afazeres comuns desenvolvidos pelo consumidor no seu dia a dia.

A seguir, apresentamos quadro explicativo sobre os principais itens abordados no presente tópico.

Quadro 1: Da classificação dos produtos de aquisição para atendimento de necessidade própria

Classificação de Produto	Produto de Necessidade Própria por utilidade	Produto de Necessidade Própria por indispensabilidade
Características	Uso habitual, pessoal ou doméstico, sem relação comercial ou profissional	Uso habitual, pessoal ou doméstico, sem relação com uso comercial ou profissional.
	Tem a finalidade de promover a facilitação da vida do consumidor nos seus afazeres do cotidiano.	
	A sua utilização proporciona conforto e praticidade no dia a dia.	
Repercussão jurídica	A privação ilícita da liberdade do consumidor de fazer uso do produto causa	Agravamento do desconforto no âmbito da saúde ou, dignidade, ou segurança do consumidor.
	Desconforto pela privação da facilidade proporcionada pela utilização do produto.	
Dano	Precisa ser provado pelo consumidor	A privação ilícita da liberdade do consumidor de fazer uso do produto causa um dano <i>in re ipsa</i> decorrente do caráter de indispensabilidade do produto
		É o dano pelo desconforto agravado que, repercute no estado de saúde do consumidor ou, na sua dignidade, ou, segurança.

4.4 Da repercussão jurídica do vício de qualidade dos produtos de necessidade própria por indispensabilidade e por utilidade

Consoante se depreende dos princípios e regras do CDC, o fornecedor tem o dever de colocar no mercado de consumo produtos que não causem risco à integridade física, à saúde ou segurança do consumidor, à exceção dos considerados normais e previsíveis decorrentes da sua natureza e fruição.

É, também, dever do fornecedor, a informação adequada, aqui considerada aquela que consegue ser compreendida pelo consumidor sem dificuldades, principalmente no que se refere ao seu público alvo (art. 8º).

Os produtos colocados no mercado de consumo, também, devem funcionar de forma adequada, ou seja, atender à finalidade a qual se destinam, atendendo às demandas dos cidadãos.

Considerando as compras realizadas pelo consumidor, com vistas ao atendimento de suas necessidades decorrentes de atividades habituais e domésticas, sem alguma relação com uso profissional ou comercial, tem-se as seguintes categorias: produtos de necessidade própria por indispensabilidade; e produtos de necessidade própria por utilidade.

O vício de qualidade do produto pode ser por inadequação, funcionamento imperfeito; e por impropriedade, quando o produto para de funcionar por completo. No primeiro caso, o consumidor ainda pode fazer uso do produto, mas o faz de maneira deficiente, como por exemplo, o consumidor que adquire um cofre para moedas e cédulas em

que o *slot* para cédulas não funciona; ele poderá utilizar o cofre para colocar moedas e cédulas, mas estas últimas não poderão ser colocadas por meio do *slot* próprio para cédulas. Ou seja, o consumidor poderá fazer uso do produto, porém, de forma deficiente.

No caso em que o produto deixa de funcionar por completo, imagine-se como exemplo um consumidor que adquire um liquidificador e este, após pouco tempo de uso, para de funcionar. Nesse caso, tem-se o vício de qualidade por impropriedade; o consumidor ficou tolhido da liberdade de fazer uso do produto.

Na categoria dos produtos de necessidade própria por indispensabilidade, a privação da liberdade do consumidor de fazer uso do produto adquirido gera um dano *in re ipsa*. É o dano acerca do qual não é preciso provar o prejuízo, pois, decorre do próprio fato. É o dano causado pelo desconforto agravado diante do caráter de indispensabilidade do produto.

Na categoria dos produtos de necessidade própria por utilidade, a privação da utilização do produto também poderá gerar dano, porém, esses danos precisam ser comprovados pelo consumidor.

Consoante Zygmunt Bauman: “Os atos têm consequências que lhes sobrevivem.”⁸⁰

Nesse contexto, cumpre-nos conceituar o produto essencial como sendo aquele em que a privação ilícita, ao consumidor, de sua liberdade de fazer uso do produto, gera um

⁸⁰ BAUMAN, Zygmunt. *A arte da vida*. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Ed. Jorge Zahar, 2009, p. 29.

dano *in re ipsa*. É o dano gerado pelo desconforto, agravado pelo caráter de indispensabilidade do produto. Esta, pois, é a teoria dos produtos essenciais.

4.5 Da aplicação da teoria dos produtos essenciais ao celular

Nesse âmbito, como exemplo da aplicação da teoria dos produtos essenciais, passamos à análise do aparelho móvel celular quanto ao aspecto de produto de necessidade própria por indispensabilidade ou por utilidade. Optamos pelo exemplo do celular devido ao episódio relativo à Nota Técnica nº 62 do DPDC, mencionada alhures.

Conforme exposto no item 4.3.2, para a análise dos requisitos do produto de necessidade própria por indispensabilidade deve-se recorrer à aplicação dos princípios da prevenção e da facilitação da defesa do consumidor com o art. 4º da Lei de Introdução às Normas e ao Direito, e aplicar os costumes do local.

Maria Helena Diniz assevera:

O costume é, portanto, uma norma que deriva da longa prática uniforme ou da geral e constante repetição de dado comportamento sob a convicção de que corresponde a uma necessidade jurídica. A fonte jurídica formal é, então, a prática consuetudinária, sendo o costume ou a norma costumeira uma forma de expressão jurídica; deveras o costume não gera o direito, é apenas um modo pelo qual ele se expressa, daí a sua exigibilidade.⁸¹

⁸¹ DINIZ, Maria Helena. Compêndio de introdução à ciência do direito: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica e à lógica jurídica: norma jurídica e aplicação do direito. 23. ed. São Paulo: Saraiva 2012, p. 335.

Deste modo, podemos afirmar que o celular se configura como aparelho de uso pessoal e habitual, de modo que a privação da liberdade individual do consumidor de fazer uso do produto o deixa privado do compartilhamento de informações.

Assenta De Plácido e Silva que:

Informação: Do latim *informatio*, de *informare* (instruir, esboçar, da forma), é o vocábulo tido, geralmente, no sentido de *notícia*, comunicação, pesquisa ou exame, acerca de certos fatos, que se tenham verificado e para sua confirmação ou elucidação. E, neste aspecto, equivale a *conhecimento e cognição*.⁸²

A Organização das Nações Unidas – ONU fez constar da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu art. XIX, que o acesso à informação é direito fundamental. É o que se pode denotar a partir da leitura do supramencionado artigo:

Artigo XIX

Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.⁸³

É necessário registrar, também, que nos tempos atuais muitas pessoas já não fazem uso do telefone fixo, de modo que migraram para o uso do aparelho móvel celular. Mais ainda, utilizam o celular como o único meio de acesso à internet em seus domicílios.

⁸² DE PLÁCIDO E SILVA, Oscar Joseph. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro, 2001, p. 431.

⁸³ DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. 2009. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 05 nov. 2016.

Reconhecendo, portanto, a importância da internet para a comunicação, a ONU afirmou no art. 19, inciso 2, do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos que a internet é um direito humano:

2. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha.⁸⁴

É necessário registrar que o Brasil se comprometeu a cumpri-lo, integralmente, consoante se depreende do art. 1º do Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992⁸⁵, nos termos do art. 5º, LXXVIII, § 3º, da Constituição Federal.⁸⁶

Pontuação necessária há de se tecer acerca do Marco Civil da Internet, configurada na Lei nº 12.965/2014, a qual fez constar de forma explícita, em seu art. 7º, *caput* que, a internet é essencial ao exercício da cidadania.⁸⁷

Ademais, não se pode ignorar também que um dos meios mais eficientes de troca de informações via celular é a utilização do aplicativo *WhatsApp*, meio utilizado inclusive por grupos sociais para expressão de suas opiniões através da organização de manifestações populares.

⁸⁴ Vide anexo do Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992; Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 05 nov. 2016.

⁸⁵ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 05 nov. 2016.

⁸⁶ § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

⁸⁷ Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

Destarte, considerando-se que a informação, qualquer que seja o seu aspecto, integra a dignidade, pois é inerente ao ser humano, tem-se que a privação da liberdade do consumidor de fazer uso do aparelho móvel celular gera um dano *in re ipsa*.

Um fato que se constitui relevante é que o transtorno enfrentado pelo consumidor no caso de vício do produto essencial é agravado, uma vez que o desconforto aumenta quando se trata de produto de necessidade própria por indispensabilidade.

Assim observa Bauman: “É impossível medir exatamente o papel enorme e crescente que o estresse provocado pelas preocupações desgastantes dos consumidores líquido-modernos desempenha no sentido de elevar as estatísticas do PNB.”⁸⁸

O dano *in re ipsa* é decorrente da violação à dignidade do consumidor, uma vez que, privado da liberdade de se comunicar e compartilhar informações é também privado – enquanto indivíduo integrante de uma sociedade – de se manifestar e receber informações.

Dessa forma, em nosso pensar, o aparelho móvel celular enquadra-se, portanto, nos dois requisitos de produto de necessidade própria por indispensabilidade:

a) ser de uso comum ordinário ou de necessidade habitual inerente ao dia a dia do consumidor em suas atividades pessoais e/ou domésticas; b) agravamento do estado de saúde, dignidade ou segurança do consumidor, motivado pela privação ilícita da utilização do produto.

⁸⁸ BAUMAN, Zigmund. *Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos*. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2004, p. 87.

Em relação às atividades pessoais e/ou domésticas devem aqui ser considerados os afazeres comuns desenvolvidos pelo consumidor no seu dia a dia.

Destarte, não há dúvida em afirmar que a privação ilícita da liberdade do consumidor de fazer uso do celular gera um dano *in re ipsa*, decorrente do desconforto social agravado a que é submetido o cidadão ao ser tolhido de compartilhar informações na sociedade, mormente quando os aplicativos de comunicação virtuais atualmente funcionam, em sua maioria, por meio do celular.

Assim, entendemos que o celular se enquadra na categoria de produto de necessidade própria por indispensabilidade e, nesse caso, é, portanto, um produto essencial, para fins do art. 18, § 3º, do CDC.

CONCLUSÃO

Conforme exposto ao longo do trabalho, a aquisição de produtos pelo consumidor *stricto sensu*, disposto no art. 2º, *caput*, do CDC, tem como finalidade o atendimento de suas necessidade próprias, sem relação com uso comercial ou profissional.

A aquisição de produtos para o atendimento de necessidades próprias divide-se em duas categorias, quais sejam:

- a) a de necessidade própria por indispensabilidade; e
- b) necessidade própria por utilidade.

A privação da liberdade do consumidor de fazer uso do produto de necessidade própria por indispensabilidade gera um dano *in re ipsa*, um prejuízo que não precisa ser provado; um dano pelo desconforto, agravado em decorrência do caráter de indispensabilidade do produto.

Assim, concluímos pela proposta de apresentação de conceito de produto essencial. Em nosso entendimento, o conceito de produto essencial disposto no § 3º do art. 18 do CDC é: todo produto em que a privação, ao consumidor, da sua liberdade de fazer uso gere um dano *in re ipsa*; é o dano pelo desconforto, agravado pelo caráter de indispensabilidade do produto.

Dessa forma, somente os produtos que se enquadrem na categoria de produtos de necessidade própria por indispensabilidade é que possibilitam ao consumidor o uso imediato

das alternativas do § 1º do CDC, quais sejam: a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso; ou, a restituição imediata do valor pago, atualizado, sem prejuízo de eventuais perdas e danos; ou ainda, o abatimento proporcional do preço.

REFERÊNCIAS

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. A originalidade da disciplina dos produtos no Código de Defesa do Consumidor. In: MORATO, Antônio Carlos; NERI, Paulo de Tarso (Org.). *20 anos do Código de Defesa do Consumidor*. Estudos em homenagem ao professor José Geraldo Brito Filomeno. São Paulo: Atlas, 2010.

ATHAYDES, Luís Humberto Ferreira de. *Produtos essenciais à luz do CDC*. Comissão do direito do consumidor, OAB/MG, Subseção Uberlândia. 23 set. 2014. Disponível em: <<http://www.oabuberlandia.org.br/oabudia.qps/Ref/QUIS-9P9RW7>>. Acesso em: 11 out. 2016.

BAUMAN, Zigmund. *Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos*. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2004.

_____. *A arte da vida*. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Ed. Jorge Zahar, 2009.

BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca Bittar. *A Justiça em Aristóteles*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

CORTELLA, Mário Sérgio. *Qual é a tua obra?: inquietações propositivas sobre gestão, liderança e ética*. 20. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013.

DE PLÁCIDO E SILVA, Oscar Joseph. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro, 2001. P.431.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. 2009. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 05 nov. 2016.

DENARI, Zelmo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

_____. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 10. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.

DESSAUNE, Marcos. *Desvio produtivo do consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica e à lógica jurídica: norma jurídica e aplicação do direito*. 23. ed. São Paulo: Saraiva 2012.

EFING, Antônio Carlos. *Fundamentos do Direito das Relações de Consumo*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004.

FEDERIGHI, Suzana Maria Catta Preta. Algumas notas sobre a publicidade no CDC. In: SODRÉ, Marcelo Gomes; MEIRA, Fabíola; CALDEIRA, Patrícia (Coord.). *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 1. ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2009. p. 223-242.

_____. *Publicidade abusiva: incitação à violência*. São Paulo, Juarez de Oliveira, 1999.

FILOMENO, José Geraldo Brito. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do Anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro, 2007.

_____. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 10. ed. rev., atual. e reformulada. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.

_____. *Manual de direitos do consumidor*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

_____. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 10. ed. rev., atual. e reformulada. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.

GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzine Guimarães. *Vícios do produto e do serviço por qualidade, quantidade e insegurança*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

LIMA, Clarissa Costa de. Dos vícios do produto no novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor e suas repercussões no âmbito da responsabilidade civil. In: MIRAGEM, Bruno; MARQUES, Claudia Lima. *Doutrinas Essenciais: Direito do consumidor*. v. 4. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. Responsabilidade do fornecedor por vício do produto ou do serviço. Direito do consumidor: contratos de consumo. In: MIRAGEM, Bruno; MARQUES, Claudia Lima. *Doutrinas Essenciais: Direito do consumidor*. v. 4. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil*. v. III. 3. ed. rev. e aumentada. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A, 1960.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Editora Método, 2007.

MALFATTI, Alexandre David. *O direito de informação no código de defesa do consumidor*. São Paulo: Alfabeto Jurídico, 2003.

MARQUES, Cláudia Lima. Comentários ao código de defesa do consumidor: art. 1º a 74: aspectos materiais. In: MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V., MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de defesa do consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MIRAGEM, Bruno. *Abuso do direito: proteção da confiança e limite ao exercício das prerrogativas jurídicas no direito privado*. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. *Direito do consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais: interpretação sistemática do direito*. 3. ed., rev., atual. e ampl. de acordo com o Código Civil de 2002 e com acréscimos relativos a internet, neuromarketing, conceitos psicanalíticos e questões tributárias. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. P.125.

NERY JÚNIOR, Nelson. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

_____. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 10. ed., rev., atual. e reformulada. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.

_____. *Princípios do processo na Constituição Federal*: (processo civil, penal e administrativo). 11. ed., rev., atual. e ampl. com as novas súmulas do STF simples e vinculantes e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

NETO, Frederico da Costa Carvalho. Direitos básicos: comentários ao artigo 6º, do CDC. In: SODRÉ, Marcelo Gomes; MEIRA, Fabíola; CALDEIRA, Patrícia (Coord.). *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 1. ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2009. p. 61-74.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. *A proteção constitucional do consumidor*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002, p. 83.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*: com exercícios. São Paulo: Saraiva, 2004.

PORTO, Renato. *Publicidade digital*: proteção da criança e do adolescente. São Paulo: Saraiva, 2014.

PÜSCHEL, Flávia Portella. *A responsabilidade por fato do produto no CDC*: Acidentes de consumo. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

QUEIROZ, Odete Novais Carneiro. Da responsabilidade por vício do produto e do serviço. Direito do consumidor: contratos de consumo. In: MIRAGEM, Bruno; MARQUES, Claudia Lima. *Doutrinas Essenciais: Direito do consumidor*. v. 4. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011.

SIMÃO, José Fernando. Vícios do produto: Questões controvertidas. In: MORATO, Antônio Carlos; NERI, Paulo de Tarso (Org.). *20 anos do Código de Defesa do Consumidor*. Estudos em homenagem ao professor José Geraldo Brito Filomeno. São Paulo: Atlas, 2010.

SODRÉ, Marcelo Gomes; MEIRA, Fabíola; CALDEIRA, Patrícia (Coord.). *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 1. ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2009.

VIANA, Carlos Machado; BARROS, Hélio José Cavalcanti. *Comentários ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 1991.