

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FAÇULDADE DE DIREITO
ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO DO CONSUMIDOR

Sabrina Ferreira Neves

PRODUTO ESSENCIAL À LUZ DO CDC

Porto Alegre
2016

Sabrina Ferreira Neves

PRODUTO ESSENCIAL À LUZ DO CDC

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como pré-requisito para obtenção do título de Especialista em Direito do Consumidor pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientadora: Prof^a. Sophia Martini Vial

Porto Alegre
2016

Dedico este trabalho a todos que me ajudaram durante esses 18 meses de pós-graduação, em especial aos colegas da Advocacia Arruda Arenhart & Fiorini, muito obrigado pelo carinho.

AGRADECIMENTOS

Nessa fase de grandes transformações em minha vida (acadêmica e pessoal) é fundamental lembrar e homenagear as pessoas que fizeram e fazem diferença nela.

Primeiramente gostaria de agradecer a meus pais, Marlise e Jacir, que são, com certeza, o início de tudo. Agradeço por todo incentivo oferecido antes e durante o curso, pelo zelo incondicional comigo, e, por ser, em minha vida, modelo de inspiração.

Ao meu irmão Jonas, que é, com certeza, nesta e em outras vidas, meu maior companheiro. Grande incentivador de estudos, capaz de transmitir a paciência e o otimismo que às vezes me faltam.

É indispensável agradecer também às minhas grandes colegas de pós-graduação, Cibele Rose Tubino e Ivana Formigheri Jacob, que desempenharam o papel de minha família em Porto Alegre, e continuam desempenhando. Não sei o que seria desse tempo sem elas.

Aos demais amigos da UFRGS que fazem parte dessa construção. Heidy, Ades, William, Vanessa, e demais colegas do grupo de whatsapp.

"Se não houverem frutos, valeu a beleza das flores, se não houverem flores, valeu a sombra das folhas, se não houverem folhas, valeu a intenção da semente."

Henfil

RESUMO

O estudo demonstra a análise do produto essencial no direito do consumidor brasileiro com base nas exposições apresentadas na doutrina e jurisprudência. O ponto principal versa sobre as definições encontradas para o que seja produto essencial, bem como a relação da essencialidade com a vulnerabilidade do consumidor, levando-se em consideração a necessidade de produtos, a boa-fé objetiva e a Teoria da Confiança. Tal assertiva resta clara a partir de uma análise jurídica de princípios consagrados no Código de Defesa do Consumidor, onde se defende a preponderância do princípio da vulnerabilidade do consumidor, derivado da busca pelo equilíbrio na relação de consumo, baseado no fato do consumidor ser a parte mais frágil. Analisa casos jurisprudenciais cujo objeto principal é o produto essencial. Expõe a fragilidade da criação de uma lista indicando quais produtos são essenciais, em razão das diferenças existentes em cada caso concreto e em razão das constantes transformações a que as necessidades do consumidor estão sujeitas. Conclui que é necessária a criação de requisitos a serem utilizados para identificar um produto essencial. Finaliza apontando a necessidade de outras pesquisas a respeito do tema.

Palavras-chave: Produto essencial. Consumidor. Vulnerabilidade.

ABSTRACT

The study shows the analysis of the essential product in the Brazilian consumer's law based on the exhibits presented in the doctrine and jurisprudence. The main point is the definition found for what is essential product, as well as the relation of essentiality and vulnerability for the consumer, taking into consideration the need for products, the objective good faith and the Theory of Trust. This assertion remains clear from a legal analysis in the Consumer Protection Code principles, which defends the preponderance of the consumer's vulnerability principle derived from the search for balance in the consumer's relationship based in the fact that the consumer is most fragile part. Analyzes jurisprudential cases whose main object is the essential product. Exposes the fragility of creating a list indicating which products are essentials, in reason of the existing differences in each individual case and in reason of the constant changes that the consumer's needs are subject. It concludes that is necessary to establish requirements to be used to identify an essential product. And finalizes highlighting the need for further research on the subject.

Keywords: Essential product. Consumer. Vulnerability.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

| | |
|------|--|
| CDC | Código de Proteção e Defesa do Consumidor |
| CF | Constituição da República Federativa do Brasil |
| DPDC | Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor |
| JFDF | Justiça Federal do Distrito Federal |
| MP | Ministério Público |
| MPF | Ministério Público Federal |
| SNDC | Sistema Nacional de Defesa do Consumidor |
| STJ | Superior Tribunal de Justiça |
| TRF | Tribunal Regional Federal |
| TJRS | Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul |

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| CONSIDERAÇÕES INICIAIS..... | 9 |
| 1 A ESSENCIALIDADE DO PRODUTO NA RELAÇÃO DE CONSUMO..... | 11 |
| 1.1 Definição de produto essencial | 13 |
| 1.2 A vulnerabilidade do consumidor atrelada à necessidade de produtos..... | 22 |
| 2 ANÁLISE DE CASOS | 32 |
| 2.1 A Nota Técnica Nº 62/2010 do DPDC | 32 |
| 2.2 Jurisprudência do TJRS | 42 |
| 2.2.1 Primeiro caso: ação individual..... | 42 |
| 2.2.2 Segundo caso: ação coletiva..... | 47 |
| CONSIDERAÇÕES FINAIS | 54 |
| REFERÊNCIAS..... | 57 |

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente estudo surgiu de questionamentos sobre a essencialidade de produtos de consumo e a efetiva aplicabilidade da previsão contida no § 3º do artigo 18 do Código de Defesa do Consumidor, dispositivo que concede ao consumidor a possibilidade de fazer uso imediato das alternativas do § 1º deste artigo sempre que se tratar de produto essencial, ou seja, exigir a substituição do produto ou a restituição da quantia paga ou o abatimento proporcional do preço sem conceder ao fornecedor o prazo de trinta dias para sanar o vício, quando se tratar de produto essencial.

A abordagem do tema nesta monografia objetiva verificar alguns fatores que podem contribuir para a definição de produto essencial, diante da ausência de uma definição legal.

Tendo em vista o objetivo traçado neste trabalho e especialmente porque a solução da controvérsia instalada será, necessariamente, resolvida à luz das construções legislativas, doutrinárias e jurisprudenciais, faz-se necessária uma abordagem não tanto detalhada, mas organizada, da evolução do tema.

Trabalha-se, após a abordagem doutrinária e jurisprudencial, com a verificação de duas hipóteses básicas, as quais podem ser sintetizadas: primeira, de que o legislador não regulamentou o § 3º do artigo 18 do CDC, indicando objetivamente, através de uma lista, quais seriam os produtos essenciais ou definindo o que é um produto essencial; a segunda de questionar a efetividade desta regulamentação, levando-se em conta as peculiaridades de cada caso, na análise da relação entre o consumidor e a necessidade do produto.

Desta forma, no primeiro capítulo efetua-se a exposição de fundamentos gerais, através de uma breve abordagem conceitual e evolutiva do tema, bem como uma noção geral acerca da legislação existente. Ocorre também uma reflexão sobre a relação do produto essencial com a vulnerabilidade do consumidor, levando-se em consideração a necessidade de produtos e a Teoria da Confiança.

No segundo capítulo, por seu turno, são abordadas análises de casos que retratam a problemática existente na difícil conceituação de produto essencial nas relações de consumo.

Por último, nas considerações finais, parte-se para a resolução do questionamento antes apresentado, qual seja, a definição de produto essencial,

numa análise da legislação, doutrina e do entendimento jurisprudencial que envolve o tema, elegendo-se uma série de fundamentos, tidos como justificativas, a compor o entendimento ao final exposto.

Em suma, fundamenta-se o relato dos itens que formam os dois capítulos, na necessidade de clarificar o panorama onde se insere o assunto tratado e, nas considerações finais apresentar os motivos do posicionamento adotado quanto ao tema.

Para que o presente trabalho pudesse ser levado a termo, optou-se pelo modelo do plano francês, uma vez que o texto é mais fluído e não apresenta exposição exaustiva do tema.

Por fim, busca-se apreciar a definição de produto essencial e o âmbito de aplicabilidade do referido instituto.

1 A ESSENCIALIDADE DO PRODUTO NA RELAÇÃO DE CONSUMO

A sociedade de consumo foi agraciada com a regulação de suas relações através do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, Lei Federal nº 8.078 de 11 de setembro de 1990.

Em que pese o brilhantismo da referida norma, nem todas as definições contidas em seus enunciados aparecem de maneira expressa, de forma clara, o que acaba por gerar controvérsias interpretativas, permitindo o surgimento de diferentes teses a serem aplicadas.

Este é o caso do § 3º do artigo 18 do CDC, que assim dispõe:

Art. 18. [...]

§ 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.

[...]

§ 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.¹

A análise do § 1º do mencionado artigo permite concluir que o legislador, ao dispor sobre a responsabilidade por vício do produto, concedeu ao fornecedor o prazo de trinta dias para sanar o vício. Na hipótese de decorrido tal prazo, sem que fosse sanado o vício, poderia o consumidor exigir, à sua escolha, uma das alternativas previstas nos incisos I a III, como a substituição do produto, a restituição da quantia paga ou o abatimento proporcional do preço.

Já o § 3º do artigo 18 dispõe que “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”. Ou seja, o legislador acabou instituindo no § 3º os casos de exceção à regra contida no § 1º do artigo 18.

¹ Texto disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. Acesso em: 31 mai. 2016.

Desta forma, segundo a exceção que será estudada neste trabalho, sempre que se tratar de produto essencial, o consumidor não precisará aguardar o prazo de trinta dias para que o vício seja sanado, podendo exigir imediatamente qualquer uma das alternativas dos incisos I a III do § 1º do artigo 18 do CDC.

Entretanto, em que pese todo o cuidado do legislador em oferecer maior agilidade na solução de determinados casos, como quando se tratar de produto essencial, deixou o mesmo de indicar quais seriam os produtos essenciais, ou quais os requisitos a serem preenchidos para que um produto pudesse ser considerado essencial.

Em razão da ausência de definição legal sobre o que seriam produtos essenciais, vem este estudo oferecer uma análise das poucas construções doutrinárias e jurisprudenciais existentes acerca do tema, a fim de alcançar uma nova perspectiva de interpretação do que seriam produtos essenciais.

Uma primeira análise nos mostra que alguns doutrinadores defendem a necessidade de regulamentação do § 3º do artigo 18 do CDC, com a criação de uma lista indicando quais seriam os produtos essenciais.

Por outro lado, há aqueles que defendem que diante da inexistência de um conceito determinado de produto essencial, caberia ao juiz a decisão, no caso concreto, levando em conta a necessidade daquele consumidor específico, pois o que pode não ser essencial para um pode ser para outro.

Ocorre que quando levamos em consideração a importância de se analisar o caso concreto para verificar a configuração de produto essencial, fica evidenciada a fragilidade da existência de uma lista taxativa indicando quais seriam os produtos essenciais, pois assim como pode existir alguns produtos que são essenciais para todas as pessoas, também existem produtos que são essenciais apenas para determinadas pessoas ou finalidades.

E mesmo que referida lista não fosse taxativa, mas servisse apenas a título exemplificativo, ainda assim iria garantir a essencialidade de determinados produtos para todo e qualquer consumidor em toda e qualquer finalidade, hipótese que poderia se revelar injusta para o fornecedor, que teria suprimida definitivamente a oportunidade de realizar a solução de problemas daqueles produtos indicados na referida lista.

Diante destas colocações, podemos perceber que a definição de produto essencial não é uma tarefa nada fácil, a qual dependerá da análise de várias

condições, dentre as quais a análise do produto em si, análise dos agentes consumidor e fornecedor, bem como a análise da finalidade e/ou utilidade do produto.

Portanto, este capítulo inicial, em um primeiro momento, busca-se realizar uma definição do que são produtos essenciais e, num segundo momento, passa-se a uma análise da vulnerabilidade do consumidor em relação ao produto essencial.

1.1 Definições de produto essencial

Da análise do caput e dos parágrafos 1º e 3º do artigo 18 do CDC podemos concluir que o fornecedor é responsável pelo vício do produto e tem o prazo de trinta dias para sanar o vício, mas quando se tratar de produto essencial, o consumidor não precisa aguardar o prazo de trinta dias, podendo exigir imediatamente a substituição do produto, a restituição da quantia paga ou o abatimento proporcional do preço.

Entretanto, desde que entrou em vigor o Código de Defesa do Consumidor, não houve uma definição legal do que seria um produto essencial.

A única legislação existente que trata do tema essencialidade é a Lei Nº 7.783 de 28 de junho de 1989, que dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências.

Referida norma trata da essencialidade no seu artigo 10, quando especifica quais os serviços e atividades são considerados essenciais:

Art. 10 São considerados serviços ou atividades essenciais:
I - tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis;
II - assistência médica e hospitalar;
III - distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos;
IV - funerários;
V - transporte coletivo;
VI - captação e tratamento de esgoto e lixo;
VII - telecomunicações;
VIII - guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares;
IX - processamento de dados ligados a serviços essenciais;
X - controle de tráfego aéreo;
XI compensação bancária.²

² Texto disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7783.htm. Acesso em: 31 mai. 2016.

Ainda assim, em que pese à relação direta dos serviços e atividades indicados acima com alguns produtos, como é o caso da relação havia entre os serviços de telecomunicações e os aparelhos de telefone celular, tal fato não garante a extensão da essencialidade do serviço ao produto. Ou seja, o fato de o serviço de telefonia ser considerado essencial não torna o aparelho de telefone celular necessariamente um produto essencial, tendo em vista que pode haver outros meios através dos quais o consumidor possa ter assegurado o acesso à comunicação. O caso específico do telefone celular inclusive será abordado mais adiante, em subcapítulo próprio, em razão da grande repercussão que o envolve.

No caso do produto essencial, o Decreto Nº 7.963 de 15 de março de 2013, que instituiu o Plano Nacional de Consumo e Cidadania e criou a Câmara Nacional das Relações de Consumo, previu no seu artigo 16, alterado pelo Decreto Nº 7.986 de 15 de abril de 2013, a regulamentação do § 3º do artigo 18 do CDC, nos seguintes termos:

Art. 16. O Conselho de Ministros da Câmara Nacional das Relações de Consumo elaborará, em prazo definido por seus membros e formalizado em ato do Ministro de Estado da Justiça, proposta de regulamentação do § 3º do art. 18 da Lei nº 8.078, de 1990, para especificar produtos de consumo considerados essenciais e dispor sobre procedimentos para uso imediato das alternativas previstas no § 1º do art. 18 da referida Lei.³

Em cumprimento ao disposto no artigo citado acima, no dia 2 de julho de 2014, o Deputado Federal Márcio Marinho apresentou na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei Nº 7.768, que propõe a alteração do artigo 18 do CDC, mediante a inclusão dos parágrafos 7º e 8º, com a seguinte redação:

Art. 18 (...)

§7º - São considerados produtos essenciais os seguintes itens: alimento, vestuário, medicamento, geladeira, fogão, máquina de lavar, aparelho celular, computador, televisor e automóvel.

§8ª - O consumidor ao optar pela hipótese prevista no inciso I, §1º deste artigo, o fornecedor localizado nas capitais disporá de prazo de 2 dias úteis para efetuar a substituição e quando localizado nas demais regiões o seu prazo aumentará para 5 dias úteis.⁴

³ Texto disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D7963.htm. Acesso em: 31 mai. 2016.

⁴ Texto disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=2F040CE5EE8DA820A843997C22EFDCE4.proposicoesWeb2?codteor=1263801&filename=PL+7768/2014. Acesso em: 31 mai. 2016.

Conforme se verifica, o projeto de lei apresentado tem por finalidade indicar quais são os produtos essenciais mencionados no § 3º do artigo 18 do CDC, bem como o prazo para o fornecedor efetuar a substituição do produto, quando for esta a escolha do consumidor, tudo isso levando em consideração a necessidade que o consumidor tem do produto e as questões de mobilidade enfrentadas pelo fornecedor.

Na justificção apresentada ao projeto ressaltou o Deputado Márcio Marinho o seguinte:

Quando não se tem ao certo o que é ou não um produto essencial definido em lei, os consumidores são violados em seus direitos, pois na prática há vários produtos que são indispensáveis ao consumidor, que são utilizados por eles de forma necessária e que mesmo assim não são substituídos de forma célere por falta de previsão legal.

Nesse sentido devemos ressaltar que a propositura da lista de produtos essenciais virá para facilitar as relações de consumo, pois ao ter uma definição de quais são os produtos essenciais, bastará ao consumidor apresentar o produto já definido em lei como essencial e este será substituído por outro sem aguardar o prazo de trinta dias.⁵

Ocorre que até o presente momento referido projeto ainda se encontra em tramitação na câmara, aguardando aprovação.

Obviamente que a falta de regulamentação da matéria vem a prejudicar o consumidor, parte vulnerável na relação de consumo, que depende da boa vontade do fornecedor ou então se vê obrigado a aguardar longo período para a solução do problema de um produto que para ele é essencial.

Se a legislação é omissão quanto à definição de produto essencial, a doutrina não é muito diferente. Embora existam algumas abordagens doutrinárias acerca da matéria, as mesmas não retratam nenhuma construção objetiva sobre o tema, não havendo nenhuma definição específica do que seria um produto essencial.

Quem mais se aproxima de uma definição para o tema é um dos autores do anteprojeto do CDC, Zelmo Denari, que, define como produtos essenciais todos aqueles industrializados insusceptíveis de dissociação, formados pela mistura ou reunião dos respectivos componentes, bem como todos os produtos *in natura* (animais e vegetais), tendo em vista a impossibilidade de substituição dos respectivos componentes (*ad impossibilia nemo tenetur*), conforme expõe:

⁵ Texto disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=2F040CE5EE8DA820A843997C22EFDCE4.proposicoesWeb2?codteor=1263801&filename=PL+7768/2014. Acesso em: 31 mai. 2016.

É bom frisar, neste tópico, que o Código concedeu ao fornecedor de bens o direito de proceder ao saneamento dos vícios capazes de afetar a qualidade do produto, no prazo de 30 dias, contados da sua aquisição. Esse prazo legal de saneamento dos vícios, no entanto, somente deve ser observado em se tratando de *produtos industrializados dissociáveis*, é dizer, que permitam a dissociação de seus componentes, como é o caso dos eletrodomésticos, veículos de transporte, computadores, armários de cozinha, copa ou dormitório. Se os vícios afetarem *produtos industrializados ou naturais essenciais*, que não permitam dissociação de seus elementos – v.g., vestimentas, calçados, utensílios domésticos, medicamentos, bebidas de todo gênero, produtos *in natura* -, não se oferece a oportunidade de saneamento, e o consumidor pode exigir que sejam imediatizadas as reparações previstas alternativamente no § 1º do art. 18, como prevê expressamente o § 3º, *in fine*.⁶

Em prosseguimento, Denari alerta para a impossibilidade de se confundir produtos essenciais com serviços essenciais, e ensina:

Existem serviços essenciais que se utilizam de produtos também essenciais, vale dizer, indissociáveis, como é o caso dos serviços públicos de iluminação e, de outro lado, das lâmpadas elétricas. Na superveniência de vícios de qualidade, as lâmpadas devem ser imediatamente substituídas por outras, pois não comportam saneamento.

Por outro lado, existem serviços essenciais que se utilizam de produtos dissociáveis, é dizer, não essenciais, como é o caso dos serviços de telecomunicação e dos respectivos aparelhos celulares. Neste caso, na superveniência de vícios de qualidade do produto, não há negar ao fornecedor o direito de saneamento do vício do produto, no prazo legal de 30 dias, nos termos do § 3º do art. 18 do CDC.⁷

Como visto, em que pese a Lei de Greve referida anteriormente prever os serviços considerados essenciais, para Denari tal fato não garante a essencialidade de todos os produtos que estejam vinculados à utilização destes serviços, valendo aqui também a regra de que serão essenciais apenas aqueles produtos que não permitam a dissociação de seus elementos.

A respeito do tema leciona Cláudia Lima Marques, *verbis*:

O CDC não define o que é um produto essencial; 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; assim, se o consumidor compra um sapato, mesmo que para utilizar em festas e o sapato apresenta um vício de inadequação, a loja não pode exigir, como ocorreu em Porto Alegre, “o prazo legal de 30 dias” para consertar o sapato ou “talvez depois substituí-lo por outro semelhante”. O

⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Carlos Herman de Vasconcellos e; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; WATANABE, Kazuo; NERY JÚNIOR, Nelson; DENARI, Zelmo. **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v.1, p. 224.

⁷ *Ibidem*, p. 227.

produto é essencial, quanto à expectativa do consumidor de usá-lo de pronto; logo, deve o *consumidor poder exigir de pronto a substituição do produto*. (...) Para evitar abusos, espera-se que a jurisprudência interprete de forma ampla a norma do § 3º do art. 18, que afasta a imperatividade do prazo para conserto. Somente neste caso, a interpretação será conforme o princípio da proteção da confiança do sujeito protegido pela nova lei, o consumidor.⁸

Outra definição para produto essencial pode ser encontrada na obra Manual de Direito do Consumidor, escrita em conjunto pelos eminentes doutrinadores Antonio Herman V. Benjamin, Cláudia Lima Marques e Leonardo Roscoe Bessa, na qual Bessa define que “o bem essencial é aquele que possui importância para as atividades cotidianas do consumidor ou que foi comprado para um evento específico que irá ocorrer em breve”⁹, cuja explicação pode ser vista no trecho a seguir:

O consumidor que adquire um sapato para ocasião especial (formatura, casamento) não pode esperar o seu reparo, no prazo de 30 dias. Também, não é razoável exigir que o consumidor deixe seu novo computador pessoal para conserto pelo prazo de 30 dias, quando o bem é fundamental para desenvolver atividades acadêmicas. Em síntese, a análise da essencialidade do produto deve se pautar nas necessidades concretas do consumidor.¹⁰

Aprofundando o tema, Bessa analisa o uso imediato das alternativas previstas nos incisos I a III do § 1º do artigo 18 utilizando o *diálogo das fontes*¹¹ entre o CDC e o Código Civil, da seguinte maneira:

Cumprindo lembrar que o Código Civil – que não se preocupa em oferecer proteção diferenciada ao comprador, como faz o CDC – não exige

⁸ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 990.

⁹ BENJAMIN, Antônio Carlos Herman de Vasconcellos e; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 6. ed. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2014. p. 217.

¹⁰ *Idem*, p.217.

¹¹ “A teoria do diálogo das fontes foi desenvolvida na Alemanha por Erik Jayme, professor da Universidade de Heidelberg, e trazida ao Brasil pela notável Claudia Lima Marques, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. A essência da teoria é de que as normas jurídicas não se excluem – supostamente porque pertencentes a ramos jurídicos distintos -, mas se complementam. No Brasil, a principal incidência da teoria se dá justamente na interação entre o CDC e o CC/2002, em matérias como a responsabilidade civil e o Direito Contratual. Do ponto de vista legal, a tese está baseada no art. 7º do CDC, que adota um modelo aberto de interação legislativa. Repisa-se que, de acordo com tal comando, os direitos previstos no CDC não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade. Nesse contexto, é possível que a norma mais favorável ao consumidor esteja fora da própria Lei Consumerista, podendo o intérprete fazer a opção por esse preceito específico”, *in* NEVES, Daniel Amorim Assumpção e; TARTUCE, Flávio. **Manual de direito do consumidor**. São Paulo: MÉTODO, 2012. p. 15.

qualquer prazo prévio para que o adquirente do bem possa exigir a devolução ou abatimento proporcional do preço. Assim, a perplexidade é inevitável, pois, em relação a este aspecto específico, a disciplina do Código Civil é, ao menos numa primeira análise, mais vantajosa ao comprador.

A interpretação adequada da matéria deve-se pautar por um *diálogo das fontes* entre o CDC e o CC, primando pela coerência entre os dois diplomas, o que significa interpretação restritiva da exigência do prazo de 30 dias e sua conjugação com a noção de abuso de direito.

[...] Ou seja, tanto no CC como no CDC, o direito do comprador está limitado pela finalidade do negócio, pela boa-fé objetiva e “pelos bons costumes”. O CDC foi além e procurou nos §§ 1º e 3º do art. 18, definir expressamente alguns parâmetros para configuração do excesso no exercício do direito, os quais são extraídos, *contrário sensu*, da leitura do § 3º do art. 18.

Na verdade, a regra é o uso imediato da tríplice alternativa (troca, devolução ou abatimento do preço) salvo hipótese configuradora de abuso, qual seja: quando o produto não for essencial para aquele consumidor – a essencialidade varia conforme as circunstâncias do caso – e, adicionalmente, a substituição das partes viciadas não comprometer a qualidade do produto nem diminuir-lhe o valor. Neste caso excepcional – e apenas neste – tem incidência o prazo máximo de 30 dias em favor do fornecedor para sanar o vício.¹²

Assim, concluiu o doutrinador que “o *diálogo das fontes* entre os dois diplomas reforça a ideia de excepcionalidade da incidência do prazo de 30 dias, referido pelo § 1º do art. 18”¹³, ou seja, a regra é considerar a essencialidade dos produtos.

Encontramos ainda na doutrina uma definição de Rizzatto Nunes, para quem produto essencial “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.”¹⁴.

De forma semelhante, Andreza Cristina Baggio¹⁵ define como sendo bens essenciais aqueles necessários à subsistência da vida humana e cita como exemplos o acesso à saúde, educação, crédito e lazer, os quais considera necessidades básicas e que compõe o mínimo existencial, o qual segundo ela estaria contido na garantia de acesso aos direitos sociais do art. 6º da CF/1988.

Baggio cita também a classificação dos bens segundo o *paradigma da essencialidade*, criado por Teresa Negreiros na obra intitulada Teoria do Contrato: novos paradigmas, segundo o qual são levados em consideração a utilidade e a

¹² BENJAMIN, *op. cit.*, p. 219.

¹³ *Idem*, p. 219.

¹⁴ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor: com exercícios**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 198-199.

¹⁵ BAGGIO, Andreza Cristina. **O direito do consumidor brasileiro e a teoria da confiança**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 68-69.

necessidade do produto, bem como a proteção da dignidade da pessoa humana. Nas palavras de Negreiros:

[...] Pouco se tem falado, no entanto, da influência que o bem contratado, sob o ponto de vista da sua relação com a conservação da dignidade da pessoa, deve exercer sobre a caracterização do contrato respectivo e do regime jurídico a este aplicável.

Na tentativa de abordar esta problemática, sugere-se sejam os bens classificados em atenção à sua função, mais ou menos necessária, no que respeita à dignidade da pessoa humana. Daí resulta uma classificação que toma como critério a sua utilidade existencial, e os divide em bens essenciais, úteis e supérfluos. Tal construção hermenêutica é aqui intitulada *paradigma da essencialidade*.

[...] o enfoque passará a ser existencial, avaliando-se a utilidade representada pelo bem no que se refere à sua direta utilização pela pessoa e à satisfação das necessidades humanas.

[...] O paradigma da essencialidade não implica, pois, a criação de uma classificação inteiramente nova, antes torna explícita uma argumentação já difundida, mas que, inominada, se mantém oculta.

Além de funções descritivas, o paradigma da essencialidade desempenha importantes funções prescritivas ou normativas. O paradigma serve, em primeiro lugar, como parâmetro para a conciliação da liberdade e da solidariedade no campo dos contratos. Assim, aqueles contratos incidentes sobre bens essenciais deverão ser mais sensíveis a um regime intervencionista; no outro extremo, contratos incidentes sobre bens supérfluos deverão ser pautados por maior liberdade e autonomia.¹⁶

Além das definições doutrinárias para o que seja produto essencial, buscamos a definição da palavra “essencial” no dicionário.

Tanto no dicionário de português online Michaelis¹⁷ quanto no Aurélio¹⁸, podemos encontrar uma definição que se mostra perfeitamente adequada para o tema em questão, qual seja, “necessário e indispensável”. Ou seja, segundo a definição encontrada no dicionário, quando um produto for necessário e indispensável ele será considerado essencial.

Em pesquisa na internet encontramos outro significado para a palavra essencial e que se enquadra ao tema produto essencial, segundo o qual “Essencial é um adjetivo de dois gêneros que qualifica algo ou alguém que é de fundamental importância, que tem um valor significativo, que é vital, imprescindível”¹⁹.

¹⁶ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 515-516

¹⁷ Texto disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=essencial>. Acesso em: 04 jun. 2016.

¹⁸ Texto disponível em: <https://dicionariodoaurelio.com/essencial>. Acesso em: 04 jun. 2016.

¹⁹ Texto disponível em: <http://www.significados.com.br/essencial/>. Acesso em: 04 jun. 2016.

Levando-se em conta este significado, podemos dizer que o produto será essencial quando for de fundamental importância, vital e/ou imprescindível para o consumidor, de modo a atender suas necessidades.

Também em pesquisa na internet foram procurados sinônimos para a palavra essencial, sendo encontrados 31 sinônimos para 3 sentidos da palavra, conforme segue:

Que é fundamental:

1 fundamental, básico, primordial, principal, capital, crucial, basilar, substancial, vital, elementar, tudo, mestre, medular, primeiro, precípuo, relevante.

Que é indispensável:

2 indispensável, imprescindível, necessário, obrigatório, forçoso, inevitável, imperioso.

Que é inerente:

3 inerente, intrínseco, específico, próprio, característico, peculiar, pertencente.²⁰

A análise das definições indicadas anteriormente revela a subjetividade das mesmas, o que sugere a necessidade de verificação do caso concreto para se apurar se o produto é necessário, indispensável, fundamental, vital ou imprescindível ao consumidor, para só então ser considerado ou não essencial.

Negreiros ressalta também que o fato de bens essenciais estarem atrelados às necessidades básicas não significa que seja possível criar uma lista exaustiva e imutável relacionando estes bens, tendo em vista que as pessoas são diferentes e que uma mesma pessoa ao longo de sua existência passará por transformações que implicarão novas e diferentes necessidades.²¹

Com efeito, facilmente se constata que tanto a ausência de uma definição objetiva para o que seja produto essencial quanto à insuficiência de uma lista indicando quais produtos são essenciais, confirmam que uma indicação precisa de que um produto é essencial para o consumidor que dele se utiliza só poderá ser apurada através da análise do caso concreto e das características que o compõem, ou seja, através da análise da necessidade daquele consumidor em específico.

²⁰ Texto disponível em: <http://www.sinonimos.com.br/essencial/>. Acesso em: 04 jun. 2016.

²¹ NEGREIROS, *op. cit.*, p. 467.

Neste sentido, Negreiros cita em sua obra algumas classificações das necessidades humanas indicadas por outros autores e que podem ser utilizadas na busca pela definição da essencialidade dos produtos:

Para esta autora (D. Braybrooke), as necessidades básicas caracterizam-se como um instrumento para a satisfação de uma finalidade não contingente e que se explica por si mesma.

(...)

Seguindo-se este raciocínio, e de acordo com os autores citados por Ruth Zimmerling, (...) as necessidades absolutas, ou categóricas, dispensam justificção, já que a sua evidência decorre da direta relação que guardam com a integridade física e/ou psíquica das pessoas. Não se trata, pois, de preferências particulares, mas de necessidades ínsitas à pessoa humana como tal (...).

Javier de Lucas e María José Añon propõe uma fórmula alternativa. Para estes autores, a classificação das necessidades há de ter em vista o dano provocado pelo fato de não serem satisfeitas. São básicas as necessidades cujo não atendimento provoca danos graves à pessoa necessitada (...).

Juridicamente, um possível parâmetro consistente na relação prevista no art. 7º, IV, da Constituição Federal, que se refere ao salário mínimo como capaz de satisfazer o trabalhador e sua família em suas "necessidades vitais básicas", exemplificando como tais: moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social.²²

Depois de analisar estas classificações para as necessidades, a autora ressalta a importância da análise do caso concreto, nos seguintes termos:

É importante notar, contudo, que o grau de utilidade, à luz do paradigma da essencialidade, será dado não apenas pela natureza do bem, mas igualmente, em razão da sua destinação, o que significa que a aceitação do mencionado paradigma pressupõe como legítimas as considerações feitas *in casu*, à luz das circunstâncias funcionais, específicas da relação contratual em exame.

Assim é que a articulação e o desenvolvimento do paradigma da essencialidade implicarão sempre um considerável nível de discricionariedade por parte do juiz. (...)

Neste sentido, cumpre observar que o direito civil atual se mostra cada vez mais sensível à ponderação concreta das especificidades dos casos reais – e é fundamental que assim seja. Do contrário, fosse o caso de o sistema jurídico rejeitar fundamentos decisórios baseados em condições específicas das partes litigantes, e o paradigma da essencialidade se tornaria *ab initio* inviável.

Sob este ponto de vista, vários são os exemplos em que a lei brasileira conclama os tribunais a decidirem à luz das circunstâncias referentes à situação concreta das partes litigantes; quando não o faz a lei, muitas vezes os tribunais por si próprios acabam por contornar o rigor dos

²² *Ibidem*, p. 466-467.

textos legais, e, com certa dose de rebeldia, forçam a extensão do âmbito dos julgamentos por equidade.²³

Em prosseguimento, Negreiros conclui dizendo que “o reconhecimento de que interesses existenciais devem, em caso de conflito, sobrepor-se a interesses patrimoniais, tese esta que inclusive vem sendo acolhida pelo STJ a propósito de litígios travados entre operadoras de planos de saúde e seus consumidores, levando-se em consideração que a saúde é um bem essencial e deve ser satisfeito, ainda que com sacrifício da liberdade contratual”.²⁴

Para a mesma autora, “Os bens são tomados não só nas suas qualidades intrínsecas, mas no modo como satisfazem as necessidades existenciais. Uma vez posta a dignidade da pessoa humana como valor supremo da ordem constitucional, o direito dos contratos a ela necessariamente se curva: as necessidades humanas fundamentais, a pessoa e a sua dignidade passam a ser o critério e a medida dos contornos jurídicos dos bens e dos respectivos contratos”.²⁵

1.2 A vulnerabilidade do consumidor atrelada à necessidade de produtos

Inicialmente importa destacar o conceito de vulnerabilidade segundo Paulo Valério Dal Pai Moraes:

Vulnerabilidade, sob o enfoque jurídico, é, então, o princípio pelo qual o sistema jurídico positivado brasileiro reconhece a qualidade ou condição daquele(s) sujeito(s) mais fraco(s) na relação de consumo, tendo em vista a possibilidade de que venha(m) a ser ofendido(s), na sua incolumidade física ou psíquica, bem como no âmbito econômico, por parte do(s) sujeito(s) mais potente(s) da mesma relação.

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

Olga Maria do Val também aborda o tema dizendo que no

“(...) âmbito da tutela especial do consumidor, efetivamente é ele sem dúvida a parte mais fraca, vulnerável, se tiver em conta que os detentores dos meios de produção é que detêm todo o controle do

²³ *Ibidem*, p. 470.

²⁴ *Ibidem*, p. 483.

²⁵ *Ibidem*, p. 487-488.

mercado, ou seja, sobre o que produzir, como produzir e para quem produzir, sem falar-se na fixação de suas margens de lucro".²⁶

Acerca desta fragilidade do consumidor no mercado de consumo explica Moraes:

A psicologia da publicidade, portanto, baseia-se na existência de uma necessidade que pode ser despertada por um estímulo, tendo como objetivo fazer com que o indivíduo tenha consciência desta necessidade. Para tanto, é gerado um estado de "atenção, interesse, desejo e ação".

A atenção se voltará para o produto ou serviço, pois a publicidade fará com que o destinatário da mensagem o conheça, ato contínuo procurando implantar no consumidor a ideia de que aquele "objeto" apresentado poderá satisfazer sua necessidade despertada.

Conseguido este objetivo, está criado o desejo, a consciência da necessidade, momento em que são avaliados, agora sim, mas já quase no final do processo, aspectos como qualidade, uso, conveniência e preço, para posteriormente, ser tomada a decisão de adquirir o bem-da-vida.²⁷

O autor ainda complementa que "em que pese não estarmos realizando juízo valorativo sob o enfoque ético, o consumidor simplesmente desconhece tais processos, ficando completamente a mercê dos envoltórios que sofre cotidianamente, motivo pelo qual é óbvio o reconhecimento da sua vulnerabilidade psíquica ou fisiológica."²⁸

Para Rizzato Nunes, a vulnerabilidade é a real e concreta fraqueza ou fragilidade do consumidor, a qual "decorre de dois aspectos: um de ordem técnica e outro de cunho econômico":

O primeiro está ligado aos meios de produção, cujo conhecimento é monopólio do fornecedor. E quando se fala em meios de produção não se está apenas referindo aos aspectos técnicos e administrativos para a fabricação e distribuição de produtos e prestação de serviços que o fornecedor detém, mas também ao elemento fundamental da decisão: é o fornecedor que escolhe o que, quando e de que maneira produzir, de sorte que o consumidor está à mercê daquilo que é produzido. (...)

O segundo aspecto, o econômico, diz respeito à maior capacidade econômica que, por via de regra, o fornecedor tem em relação ao consumidor. É fato que haverá consumidores individuais com boa capacidade econômica e às vezes até superior à de pequenos fornecedores. Mas essa é a exceção da regra geral.²⁹

²⁶ 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**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 125-126.

²⁷ *Ibidem*, p. 282.

²⁸ *Ibidem*, p. 284.

²⁹ NUNES, *op. cit.*, p.125-126.

Tartuce também reconhece o surgimento da vulnerabilidade a partir do desequilíbrio existente na sociedade de consumo moderna, massificada, em que o consumidor assumiu frágil posição, e cita a definição de vulnerabilidade nas palavras de Claudia Lima Marques, Antonio Herman V. Benjamin e Bruno Miragem:

(...) a vulnerabilidade é mais um estado da pessoa, um estado inerente de risco ou um sinal de confrontação excessiva de interesses identificado no mercado (assim Ripert, *Le règle morale*, p. 153), é uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva (Fiechter-Boulevard, *Rapport*, p. 324), que fragiliza, enfraquece o sujeito de direito, desequilibrando a relação. A vulnerabilidade não é, pois, o fundamento das regras de proteção do sujeito mais fraco, é apenas a 'explicação' destas regras ou da atuação do legislador (Fiechter-Boulevard, *Rapportm* p. 324), é a técnica para as aplicar bem, é a noção instrumental que guia e ilumina a aplicação destas normas protetivas e reequilibradoras, à procura do fundamento da igualdade e da justiça equitativa.³⁰

Para Tartuce, a vulnerabilidade é elemento posto da relação de consumo, enquanto que o elemento pressuposto é a condição de consumidor. E faz as seguintes constatações:

(...) a expressão *consumidor vulnerável* é *pleonástica*, uma vez que todos os consumidores têm tal condição, decorrente de uma presunção que não admite discussão ou prova em contrário. Para concretizar, de acordo com a melhor concepção consumerista, uma pessoa pode ser vulnerável em determinada situação – sendo consumidora -, mas em outro caso concreto poderá não assumir tal condição, dependendo da relação jurídica consubstanciada no caso concreto. A título de exemplo, pode-se citar o caso de um empresário bem-sucedido. Caso esse empresário adquira um bem de produção para sua empresa, não poderá ser enquadrado como destinatário final do produto, não sendo um consumidor vulnerável. Entretanto, adquirindo um bem para uso próprio e dele não retirando lucro, será consumidor, havendo a presunção absoluta de sua vulnerabilidade.

Por derradeiro, este autor entende que, para se reconhecer a vulnerabilidade, pouco importa a situação política, social, econômica ou financeira as pessoa, bastando a condição de consumidor, enquadramento que depende da análise dos arts. 2º e 3º da Lei 8.078/1990, para daí decorrerem todos os benefícios legislativos, na melhor concepção do Código Consumerista. Deve-se deixar claro que entender que a situação da pessoa natural ou jurídica poderá influir na vulnerabilidade é confundir o princípio da vulnerabilidade com o da hipossuficiência, objeto de estudo a partir de agora".³¹

A partir do que foi exposto, cumpre agora analisar a diferença havida entre vulnerabilidade e hipossuficiência. Embora nem todo consumidor seja considerado

³⁰ TARTUCE, *op. cit.*, p. 29.

³¹ *Ibidem*, p. 30

hipossuficiente, ao contrário, todo o consumidor independente de ser hipossuficiente ou não, é considerado vulnerável.

O consumidor é considerado vulnerável naturalmente, em razão da disparidade existente entre ele e o fornecedor, a qual pode ser técnica, jurídica, política ou legislativa, neuropsicológica, econômica e social, ambiental, ou tributária, conforme classificação apresentada por Moraes.³²

Por outro lado, pode-se dizer que o consumidor é considerado hipossuficiente não apenas em razão da sua condição econômica, mas também em razão da sua deficiência técnica em relação aos produtos e serviços, bem como a produção de provas, deficiências estas que deverão ser apuradas pelo juiz na análise do caso concreto, levando em consideração a facilitação da defesa dos direitos dos consumidores e o princípio da igualdade.

Sobre o tema, refere Moraes que “o critério da hipossuficiência é, da mesma forma que a vulnerabilidade, um conceito de *relação*” e cita em sua obra as seguintes definições:

³² MORAES, *op. cit.*, p. 141-203: “A vulnerabilidade técnica, então, acontece quando o consumidor não detém conhecimentos sobre os meios utilizados para produzir produtos ou para conceber serviços, tampouco sobre seus efeitos “colaterais”, o que o torna presa fácil no mercado de consumo, pois, necessariamente, deve acreditar na boa-fé com que o fornecedor “deve estar agindo”. A vulnerabilidade jurídica “se manifesta, predominantemente, na avaliação das dificuldades que o consumidor possui para defender seus direitos, seja na esfera administrativa, como na judicial”. Na vulnerabilidade política ou legislativa “o sistema econômico detém o poder em relação aos demais, domínio político este que ressalta o desequilíbrio entre aqueles que possuem a força econômica e os que não a têm. Não somente isto, os detentores do poder econômico e político têm maiores condições de criar o direito, que, após, será impingido a todos com toda a carga de universalidade e de obrigatoriedade de que é dotada a lei, na forma acima apontada”. Na vulnerabilidade neuropsicológica, “Agredido por uma variação imensa de estímulos visuais, do paladar, auditivos, químicos, táteis etc, o ser humano experimenta uma verdadeira revolução no seu interior fisiológico e psíquico, a qual tem como resultado, muitas vezes, a incorreta tomada de decisão, focado o aspecto estrito do que, de fato, é necessário para a satisfação daquilo que o consumidor precisa”. “A vulnerabilidade econômica e social decorre diretamente da disparidade de forças existente entre os consumidores e os agentes econômicos, relevado que estes possuem maiores condições de impor a sua vontade àqueles, por intermédio da utilização dos mecanismos técnicos mais avançados que o poderio monetário pode conseguir”. A vulnerabilidade ambiental está configurada por “problemas como a reciclagem do papel, dos recipientes de bebidas, redução da composição de metais tóxicos das pilhas, poluição causada durante ou após a utilização dos produtos (detergentes, embalagens plásticas etc.) (...), é uma realidade e decorre diretamente das imposições mercadológicas, as quais levam para a sociedade produtos ou serviços, em princípio apresentados como benéficos, mas que, na verdade, possuem potenciais danosos infinitamente superiores”. Por fim, a vulnerabilidade tributária aparece quando “setores da política e da economia passaram a *se utilizar da relação de consumo* para implantar tributos ilegais e inconstitucionais nas contas dos vulneráveis, visando resolver problemas de “caixa”, de custeio e, para tanto, sendo escolhidos justamente os mais fracos., aqueles que não tem conhecimentos técnicos, jurídicos, econômicos, sociais, processuais e, muito menos força política para reverter a criação de leis completamente afastadas do cunho material e axiológico que as deveria animar”.

Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin já aponta que “(...) a vulnerabilidade é um traço universal de todos os consumidores, ricos ou pobres, educados ou ignorantes, crédulos ou espertos. Já a hipossuficiência é marca pessoal, limitada a alguns – até mesmo a uma coletividade – mas nunca a todos os consumidores. A vulnerabilidade do consumidor justifica a existência do Código. A hipossuficiência, por seu turno, legitima alguns tratamentos diferenciados no interior do próprio Código como, por exemplo, a previsão de inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII)”.

Nelson Nery Junior também discorre sobre o tema dizendo:

“Como a inversão do ônus da prova se encontra ligada à ideia de facilitação da defesa do consumidor em juízo, a hipossuficiência de que fala o artigo 6º, VIII, respeita tanto à dificuldade econômica quanto à técnica do consumidor em poder desincumbir-se de provar os fatos constitutivos de seu direito”.

Os eminentes juristas apresentam, então, outro critério para a definição da hipossuficiência, qual seja, a facilitação da defesa do consumidor em juízo, respeitada a sua natural vulnerabilidade e os demais critérios antes apontados. Este novo elemento é quase um dogma, pois está afinado com a ideia de que vários entes coletivos passam a integrar o mundo processual brasileiro, com maior frequência, na defesa do consumidor.³³

Continuando, Moraes explica que a “hipossuficiência não é um critério pessoal individual intrínseco a determinada pessoa, sendo, isto sim, específico para definir se está configurado algum tipo de “insuficiência” com relação ao processo, motivo pelo qual também deve ser utilizado, e com mais razão, para o consumidor coletivamente considerado”.³⁴

Para Moraes, a vulnerabilidade é uma realidade inerente à existência, sendo que “o materialmente vulnerável no primeiro momento pode ser o mesmo hipersuficiente no segundo momento, na fase processual, bastando, para tanto, aferir as suas condições sociais, econômicas, culturais, de assessoramento fácil e ao seu dispor (inclusive assessoramento técnico sobre a situação material sugerida) e tudo mais que seja capaz de mudar a posição originária de desigualdade material”.³⁵

Enquanto a hipossuficiência do consumidor encontra previsão no artigo 6º, VIII do CDC, ao tratar a questão do ônus da prova, a vulnerabilidade foi reconhecida como princípio no artigo 4º, I do CDC, segundo o qual no atendimento das necessidades dos consumidores deve ser observado o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, proteção de seus interesses econômicos, melhoria da sua qualidade de vida, transparência e harmonia nas relações de consumo, bem como

³³ *Ibidem*, p. 132.

³⁴ *Ibidem*, p. 135.

³⁵ *Ibidem*, p. 137.

deve ser atendido o princípio do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo.

Assim, levando-se em consideração o Código de Defesa do Consumidor, a vulnerabilidade deve ser presumida à todos os consumidores, tanto pessoa física como jurídica, sendo ônus do fornecedor comprovar a inexistência da vulnerabilidade.

Este entendimento inclusive já foi acolhido pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 27512/BA, julgado pela Terceira Turma, em 20/08/2009, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi³⁶.

Ao abordar a vulnerabilidade, Andreza Cristina Baggio refere que “o atual sistema de produção, massificado e em série, característico da sociedade de consumo”, ou da “sociedade de massas”, transformou o consumidor “dono de sua própria vontade”, característico da economia manufatureira moderna, em “um consumidor vulnerável, que está exposto às práticas de produção em série e aos riscos que esta forma de distribuição de mercadorias pode apresentar, inclusive no que diz respeito à qualidade e segurança dos produtos postos no mercado. A

³⁶ PROCESSO CIVIL E CONSUMIDOR. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CABIMENTO. AGRAVO. DEFICIENTE FORMAÇÃO DO INSTRUMENTO. AUSÊNCIA DE PEÇA ESSENCIAL. NÃO CONHECIMENTO. RELAÇÃO DE CONSUMO. CARACTERIZAÇÃO. DESTINAÇÃO FINAL FÁTICA E ECONÔMICA DO PRODUTO OU SERVIÇO. ATIVIDADE EMPRESARIAL. MITIGAÇÃO DA REGRA. VULNERABILIDADE DA PESSOA JURÍDICA. PRESUNÇÃO RELATIVA. [...]

- Uma interpretação sistemática e teleológica do CDC aponta para a existência de uma vulnerabilidade presumida do consumidor, inclusive pessoas jurídicas, visto que a imposição de limites à presunção de vulnerabilidade implicaria restrição excessiva, incompatível com o próprio espírito de facilitação da defesa do consumidor e do reconhecimento de sua hipossuficiência, circunstância que não se coaduna com o princípio constitucional de defesa do consumidor, previsto nos arts. 5º, XXXII, e 170, V, da CF. Em suma, prevalece a regra geral de que a caracterização da condição de consumidor exige destinação final fática e econômica do bem ou serviço, mas a presunção de vulnerabilidade do consumidor dá margem à incidência excepcional do CDC às atividades empresariais, que só serão privadas da proteção da lei consumerista quando comprovada, pelo fornecedor, a não vulnerabilidade do consumidor pessoa jurídica.

- Ao encampar a pessoa jurídica no conceito de consumidor, a intenção do legislador foi conferir proteção à empresa nas hipóteses em que, participando de uma relação jurídica na qualidade de consumidora, sua condição ordinária de fornecedora não lhe proporcione uma posição de igualdade frente à parte contrária. Em outras palavras, a pessoa jurídica deve contar com o mesmo grau de vulnerabilidade que qualquer pessoa comum se encontraria ao celebrar aquele negócio, de sorte a manter o desequilíbrio da relação de consumo. A “paridade de armas” entre a empresa-fornecedora e a empresa-consumidora afasta a presunção de fragilidade desta. Tal consideração se mostra de extrema relevância, pois uma mesma pessoa jurídica, enquanto consumidora, pode se mostrar vulnerável em determinadas relações de consumo e em outras não.

Recurso provido.

(RMS 27.512/BA, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/08/2009, DJe 23/09/2009)

expansão produtiva acarreta cada vez mais a busca pela satisfação das necessidades do consumidor, assim como aumenta o desejo de adquirir, muitas vezes por impulso, os novos produtos lançados no mercado”.³⁷

Sobre essa “massificação”, explica João Batista de Almeida:

Os problemas sociais surgidos da complexidade cada vez maior da sociedade moderna e os reclamos de indivíduos e grupos indicaram a necessidade de tutelar o consumidor. É de CAPPELETTI a arguta observação de que a sociedade contemporânea se caracteriza pelo “fenômeno de massa”, salientando que, do ponto de vista econômico, a produção é uma produção de massa, o comércio é de massa; o consumo, por sua vez, também é tipicamente de massa. Isto significa dizer que o ato de uma pessoa ou de uma empresa envolve efeitos que atingem uma quantidade enorme de pessoas e categorias. No aspecto consumo, por exemplo, basta que um produto apresente um mínimo defeito, e já milhares ou milhões de consumidores sofrerão um dano. O mesmo seja dito em relação à publicidade: uma fraude publicitária, do tipo publicidade enganosa, poderá afetar milhões de pessoas. Em ambos os casos haverá um “dano de massa”, a exigir uma resposta protetiva que efetivamente tutele o consumidor.

A tutela não surgiu assim aleatória e espontaneamente. Trata-se, como se vê, de uma reação a um quadro social, reconhecidamente concreto, em que se vislumbrou a posição de inferioridade do consumidor em face do poder econômico do fornecedor, bem como a insuficiência dos esquemas tradicionais do direito substancial e processual que já não tutelavam novos interesses identificados como coletivos e difusos.³⁸

No que diz respeito ao reconhecimento da vulnerabilidade, refere Almeida que “Hoje há consenso universal acerca da vulnerabilidade do consumidor. Já não se questiona sobre esse ponto. Em todos os países do mundo ocidental há esse reconhecimento. E a ONU já se pronunciou claramente a respeito do assunto: na Resolução n. 29/248, de 10-4-1985, reconheceu que os consumidores se depararam com desequilíbrio em termos econômicos, nível educacional e poder aquisitivo, o que conflita com o direito de acesso a produtos e serviços seguros e inofensivos. Parece indubitável que a expressão “desequilíbrio” usada na Resolução tem o significado de vulnerabilidade”.³⁹

Neste sentido, refere Baggio que “O Código de Defesa do Consumidor brasileiro, na busca por encontrar meios para diminuir o desequilíbrio, reforçou sua base principiológica, partindo então dos ditames da boa-fé, da informação e da

³⁷ BAGGIO, *op. cit.*, p. 27.

³⁸ ALMEIDA, João Batista de. **Manual de direito do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 17-18.

³⁹ *Ibidem*, p. 19.

transparência, para que aquele sujeito exposto às práticas da sociedade massificada não sofra com possíveis abusos perpetrados pelos fornecedores”.⁴⁰

Com relação à boa-fé objetiva, Baggio sustenta que sua imposição serve para proteger a confiança depositada no vínculo contratual, a qual também atua como limitadora ao exercício abusivo de direitos, fato que lhe aproxima da solidariedade contratual.

Acerca da boa-fé ensina Claudia Lima Marques:

“(…) boa-fé significa, portanto, uma atuação refletida, uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objeto contratual e a realização dos interesses das partes”.⁴¹

Segundo Tartuce, “foi com o *jusnaturalismo*, e toda a influência católica e cristã, que a boa-fé ganhou sua nova faceta, relacionada com a conduta dos negociantes, sendo denominada *boa-fé objetiva*”, e complementa:

Da atuação concreta das partes na relação contratual é que surge o conceito de *boa-fé objetiva*, que, na palavras de Claudia Lima Marques, Herman Benjamin e Bruno Miragem, constitui uma regra de conduta. Na mesma linha, conforme reconhece o Enunciado 26 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na *I Jornada de Direito Civil*, a boa-fé objetiva vem a ser a exigência de um comportamento de lealdade dos participantes negociais, em todas as fases do negócio. A boa-fé objetiva em relação direta com os *deveres anexos ou laterais de conduta*, que são deveres inerentes a qualquer negócio, sem a necessidade de previsão no instrumento. Entre eles, merecem destaque o dever de cuidado, o dever de respeito, o dever de lealdade, o dever de probidade, o dever de informar, o dever de transparência, o dever de agir honestamente e com razoabilidade.⁴²

Sobre a relação existente entre a boa-fé e a vulnerabilidade, ensina Moraes:

Conforme já visto em capítulos anteriores, é imensa a vulnerabilidade técnica dos consumidores, os quais não possuem a menor condição de saber as reais consequências dos inúmeros produtos e serviços que são lançados no mercado de consumo.

Seja um ar-condicionado, alimentos enlatados, produtos de limpeza e, em especial, fármacos, a relação de consumo se completa com base na absoluta boa-fé do consumidor, ao passo que, às vezes, igual conduta simplesmente inexistente com relação a alguns fornecedores.

⁴⁰ BAGGIO, *op. cit.*, p. 47.

⁴¹ MARQUES, Claudia Lima apud BAGGIO, Andreza Cristina, *ibidem*, p. 51.

⁴² TARTUCE, *op. cit.*, p. 34.

Em outras ocasiões até mesmo não há uma conduta eivada de má-fé, sendo importante referir que os usos e costumes comerciais eventualmente entendem como lícitas e possíveis determinadas ações que, entretanto, conduzem a resultados danosos para o consumidor, ferindo seus direitos e, assim, sendo entendidas como práticas abusivas.⁴³

Conforme se verifica, o princípio da boa-fé objetiva é a base da relação de consumo, indicando a ética e lealdade com que se deve atuar, a fim de proteger as legítimas expectativas do consumidor, o qual na maioria das vezes se vê submetido ao fornecedor, especialmente em razão da essencialidade do produto para atender suas necessidades. Ou seja, no caso de vício apresentado no produto, mais ainda se este produto for essencial, fornecedor e consumidor deverão agir com lealdade contratual, atendendo à boa-fé objetiva que lhes é exigida, a fim de restabelecer o equilíbrio negocial.

Nestas condições, pode-se dizer que a dependência e a necessidade de determinado produto podem agravar a vulnerabilidade do consumidor, bem como agravar a essencialidade do próprio produto, o que pode ocorrer tanto no início da contratação como no decorrer do tempo.

Neste sentido, refere Baggio que “a constatação dessa situação pode levar ao reconhecimento de uma vulnerabilidade ainda mais agravada do consumidor em relação ao fornecedor, dado que, surgindo problemas ao longo do tempo de contratação, o desfazimento do contrato poderá não ser a melhor saída. O que se defende aqui é que, se nas relações de consumo o consumidor é vulnerável, nas relações de longa duração cria-se uma vulnerabilidade acentuada, uma vulnerabilidade mais grave, que pode ser chamada de “hipervulnerabilidade pela dependência”, espécie de vulnerabilidade que, ao lado da técnica e da econômica, reforça a necessidade de proteção aos interesses do consumidor”.⁴⁴

Esclarece, ainda, Baggio que “ao tutelar a vulnerabilidade do consumidor, o CDC reforça a confiança deste na relação pactuada, e nos interesses legítimos que estão sendo colocados em destaque durante a contratação”⁴⁵, ou seja, ao se proteger a confiança do consumidor, está se garantindo também a proteção da sua vulnerabilidade e dignidade.

Nas palavras de Almeida, “há que ser dito que os danos enfrentados isoladamente pelos consumidores quase sempre ficaram sem reparação, quer

⁴³ MORAES, *op. cit.*, p. 311.

⁴⁴ BAGGIO, *op. cit.*, p.74-75.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 96.

porque pequenos, se individualmente considerados, quer por motivos econômicos, já que o consumidor geralmente não possui recursos para a contratação de advogados e para pagar as despesas processuais. Aliás, nesse último item, salta aos olhos a franca superioridade dos fornecedores, que possuem, em seus estabelecimentos, departamentos jurídicos organizados e de bom nível técnico, o que faz aumentar, ainda mais, a situação de inferioridade do consumidor, a justificá-lo a tutela”.⁴⁶

Sobre essa relação havida entre a confiança e a vulnerabilidade, explica Baggio que a “necessidade de confiar no que é proposto pelo fornecedor decorre da vulnerabilidade. Se o consumidor não possui condições de descobrir, no momento da contratação, se as qualidades apresentadas pelo fornecedor em relação ao produto realmente existem, precisa crer no que lhe é informado, ofertado, e na boa-fé do fornecedor”.⁴⁷

Desta forma, o consumidor, parte vulnerável da relação de consumo, ao adquirir um produto essencial, necessário à sua subsistência, que garanta a sua dignidade, confia no fornecedor e se torna dependente deste, ao passo que, cria uma expectativa para a destinação do produto, a qual deverá ser plenamente satisfeita pelo fornecedor.

Assim, no caso de o produto apresentar algum vício, deve o fornecedor atender à legítima expectativa do consumidor, que, em se tratando de produto essencial, será a imediata substituição por outro novo ou a imediata restituição da quantia paga.

Na hipótese do fornecedor não atender ou não solucionar o problema, estará causando frustração e insatisfação ao consumidor, ou seja, lesando sua legítima expectativa, caracterizando o desrespeito ao princípio da confiança e a dignidade da pessoa humana, razão pela qual deverá o fornecedor responder pelos danos causados ao consumidor.

⁴⁶ ALMEIDA, *op. cit.*, p. 20.

⁴⁷ BAGGIO, *op. cit.*, p. 97.

2 ANÁLISE DE CASOS

Após o estudo dos institutos da essencialidade e vulnerabilidade, bem como da teoria da confiança, da necessidade de produtos e dignidade da pessoa humana, passa-se a análise dos entendimentos que os Tribunais têm decidido a respeito do tema.

Para isso, colheu-se algumas decisões proferidas pela Justiça Federal do Distrito Federal, Tribunal Regional Federal da 1ª Região e Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, através de uma análise jurisprudencial, obviamente, sem o objetivo de esgotar o assunto, vez que o presente trabalho é de natureza subjetiva.

Realizada a pesquisa jurisprudencial viu-se a necessidade de divisão das mesmas em dois tópicos, o primeiro, abrange as decisões de primeiro e segundo graus proferidas no julgamento de ação que discute a validade e aplicabilidade da Nota Técnica Nº 62/2010 do DPDC que declarou ser o aparelho celular um produto essencial. Já o segundo tópico, abrange a análise de dois casos que reconheceram a essencialidade de eletrodomésticos da chamada “linha branca”, uma ação individual e uma ação coletiva.

2.1 A Nota Técnica nº 62/CGSC/DPDC

O Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor - DPDC, no dia 15 de junho de 2010, emitiu parecer técnico acerca do direito do consumidor de exigir, em caso de vício em aparelho celular, o cumprimento imediato das alternativas previstas no artigo 18, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor perante quaisquer fornecedores, inclusive varejistas e fabricantes.

O fundamento utilizado pelo DPDC foi o de que no ano de 2009 as reclamações de consumidores relativas a aparelho celulares superaram todos os demais produtos e serviços, alcançando o índice de 24,87% do total registrado junto ao Sistema Nacional de Defesa do Consumidor - SNDC.

Em prosseguimento, referiu o DPDC que:

[...] De maneira geral, em prática manifestamente abusiva, os varejistas (fornecedores imediatos) evadem-se da responsabilidade pelos vícios de qualidade, deixando ao consumidor como única alternativa buscar junto ao

fabricante ou importador (fornecedores mediatos) a resolução das inadequações do produto. As assistências técnicas, por sua vez, recusam-se a substituir o telefone e adotam a política de retê-lo para fins de avaliação, a pretexto de averiguar eventual culpa do consumidor por seu mau funcionamento. No mais das vezes, os laudos são inconclusivos quanto à causa do vício, o consumidor é desapossado do aparelho por longos períodos, e afinal não se opera a troca.

Tal cenário de desrespeito sistemático aos direitos do consumidor inquieta os órgãos do SNDC, sobretudo em consideração ao significado social do produto em questão: os *aparelhos celulares* têm por finalidade viabilizar a prestação do *serviço de telefonia móvel* e, mais do que isso, são o único meio disponível para tanto. Assim, a gravidade da situação imperante no mercado consiste no fato de que, em caso de vício, o consumidor vê-se privado longamente não apenas do uso do produto, mas também da fruição de um serviço que, no ordenamento jurídico brasileiro, qualifica-se como *essencial*.

[...]

No que toca a defesa do consumidor, considerando-se que o Código de Defesa do Consumidor (CDC) não traz um conceito próprio de “serviço essencial”, é fundamental que se interprete a definição da Lei nº 7.783/89 à luz da Constituição Federal (art. 5º, XXXII, e 170, V) e dos objetivos que regem a política nacional de relações de consumo, tais como o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos e a harmonia das relações de consumo (art. 4º, *caput*, do CDC). O serviço essencial, sob essa perspectiva, pode ser entendido como aquele cuja prestação é indispensável à dignidade, à saúde e à segurança dos consumidores, conceito no qual se enquadram legalmente tanto o serviço telefônico fixo, como o móvel.

[...]

Desse modo, em sendo a telefonia móvel *essencial*, não se pode admitir que o consumidor seja privado do acesso a ela em razão de vício de qualidade, seja na prestação do serviço em si, sena no produto que viabiliza sua fruição. Por isso, é inconcebível a concessão do prazo de 30 (trinta) dias previsto no CDC, art. 18, §1º, para que o fornecedor sane vício em aparelho celular: consoante demonstrado, trata-se de *ferramenta indispensável para satisfazer necessidades imediatas do consumidor* e, em tal condição, *produto essencial*.⁴⁸

Quanto a eventual recusa por parte do fornecedor no cumprimento imediato das alternativas do artigo 18, §1º do CDC, aduziu o DPDC que isso somente poderia ocorrer se o fornecedor comprovasse imediatamente a inexistência de vício ou culpa do consumidor pela ocorrência do problema, ou seja, “em caso de vício em aparelho celular, se não for possível à empresa demonstrar imediatamente fato impeditivo do direito do consumidor, deve-se presumir pela boa fé deste e pela veracidade de suas alegações, sendo direito seu exigir de imediato a substituição do produto, a restituição ou o abatimento do valor pago”.⁴⁹

⁴⁸ Disponível em: http://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/notas-tecnicas/anexos/2010nota_celularespecial.pdf. Acesso em: 31 mai. 2016.

⁴⁹ *Idem*.

Diante dos argumentos acima indicados, concluiu o DPDC que:

a) à luz do Código de Defesa do Consumidor, o serviço de telefonia móvel é considerado essencial, por ser imprescindível ao atendimento das necessidades dos consumidores e indispensável para a proteção de sua dignidade, saúde e segurança;

b) aparelhos celulares são produtos essenciais, pois constituem o único meio de prestação dos serviços essenciais de telefonia móvel;

c) é direito do consumidor, em caso de vício em aparelho celular, exigir de imediato as alternativas previstas no art. 18, §1º, da Lei 8.078/90 perante quaisquer fornecedores, inclusive varejistas, importadores e fabricantes;

d) quando ao fornecedor não for possível, de imediato, precisar a causa do vício ou comprovar a culpa do consumidor, devem ser presumidas a boa-fé deste e a veracidade de suas alegações.⁵⁰

Conforme exposto anteriormente neste trabalho, o artigo 18 do CDC estabelece no seu § 1º que não sendo o vício sanado no prazo máximo de trinta dias, pode o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha: a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso; ou a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos; ou o abatimento proporcional do preço. Já o § 3º dispõe que 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 posição expressa na referida nota técnica, sinaliza para entendimento no sentido de definir como essenciais os aparelhos celulares, eis que se prestam a viabilizar o acesso ao serviço de telefonia móvel, também essencial. Em consequência, haveria segundo tal orientação, dever de troca imediata dos aparelhos com defeito.

Todavia, não deveria ser assim, sobretudo se for considerada a necessidade de se observar, na espécie, o princípio da legalidade, segundo o qual, *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*. Assim, por razões óbvias, a Nota Técnica do DPDC não tem o poder de vincular ou obrigar qualquer fornecedor, na medida em que tem natureza meramente opinativa. Tanto é

⁵⁰ *Idem.*

assim que, ao final, no item III CONCLUSÃO, é utilizada a expressão “*este departamento entende que*”.

Trata-se, pois, de manifestação que apenas reflete entendimento do órgão subscritor, sem qualquer poder vinculativo. Aliás, neste sentido, entendeu a Dra. Maria Fernanda de Toledo Rodovalho, Juíza de Direito da 12ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo, ao proferir decisão no Mandado de Segurança nº 053.10.023092-2⁵¹, afirmando que a nota técnica do DPDC, sobre a essencialidade do aparelho celular, não tem força de lei.

Vale lembrar em complemento que, o Código de Defesa do Consumidor não definiu o que seja produto essencial. Ademais, não existe jurisprudência firmada a respeito e a maioria dos doutrinadores praticamente nada discorre sobre tal conceito, limitando-se a dizer que a essencialidade varia conforme as circunstâncias do caso.

Para Melquisedec José Roldão, advogado no setor de telecomunicações há oito anos, o conceito de essencialidade mais razoável é trazido por Zelmo Denari, um dos autores do anteprojeto do CDC: “*assim entendido aqueles insusceptíveis de dissociação, formados pela mistura e confusão dos respectivos componentes*”, ou seja, os impossíveis de separação.

Roldão explica que tal definição é extremamente lógica pois permite observar que:

[...] os aparelhos celulares são bens compostos de vários componentes, cuja substituição se mostra perfeitamente viável, ao contrário dos bens essenciais, entendido como sendo aqueles cuja produção implica em mistura ou fusão de componentes inseparáveis. Desta forma, a substituição imediata de aparelhos poderia até ser exigida na primeira hipótese do §3º do Art. 18 do CDC, ou seja, se em consequência da gravidade do vício, a substituição das partes com defeito comprometesse a qualidade ou características do produto, ou lhe diminuísse o valor. Mas não pode ser exigida ao fundamento de se tratar de produto essencial, pois que não o é, como visto acima.⁵²

Enquanto isso, a Lei nº 7.783/89, utilizada como fundamento legal na emissão da Nota Técnica do DPDC, é norma que define as atividades essenciais e dispõe

⁵¹ Disponível em:

http://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=1H0001ZG50000&processo.foro=53&uuidCaptcha=sajcaptcha_5a419e1807244eb3b9de942193978f6d. Acesso em: 30 jun. 2016.

⁵² ROLDÃO, Melquisedec José. **Substituição imediata de aparelhos com defeito. Essencialidade do aparelho celular à luz do ordenamento jurídico, com ênfase para a recente Nota Técnica 62/CGSC/DPDC**. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2568, 13 jul. 2010.

sobre o exercício do direito de greve. O referido diploma determina no seu artigo 10, inciso VII, que o serviço de telecomunicações é considerado essencial e dispõe no artigo 11 que neste serviço “os sindicatos, os empregadores e os trabalhadores ficam obrigados, de comum acordo, a garantir durante a greve, a prestação dos serviços indispensáveis da comunidade”, e complementa no parágrafo único do dispositivo que “são necessidades inadiáveis, da comunidade aquelas que, não atendidas, coloquem em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população.”⁵³

Não obstante este contexto, verifica-se que a ideia de essencialidade esta relacionada à disponibilidade do serviço de telefonia, que não guarda relação alguma e não pode ser confundida com disponibilização imediata de outro aparelho celular.

Assim, na pior das hipóteses para os fornecedores, o caso seria de mera disponibilização de outro aparelho, por empréstimo, que permita a utilização da linha através do uso do *chip* da empresa de telefonia, enquanto estiver sendo providenciado o conserto do aparelho defeituoso.

Como é possível perceber, não se mostra viável a propositura de qualquer medida jurídica em face da Nota Técnica emitida pelo DPDC, por absoluta falta de comando normativo da mesma.

Não obstante as considerações acima, logo após a divulgação da Nota Técnica, a mesma foi utilizada ferrenhamente pelos órgãos de defesa do consumidor espalhados pelo Brasil, que passaram a exigir dos fornecedores a troca imediata dos aparelhos celulares, por considerá-los produto essencial.

Em razão disso, a Associação Brasileira da Indústria Elétrica e Eletrônica – ABINEE, ajuizou em 02/09/2010 ação coletiva em face da União (Processo nº 41735-81.2010.4.01.3400, 9ª Vara Federal, JFDF), na qual conseguiu em grau de recurso (Agravo de Instrumento nº 0059941-61.2010.4.01.0000/DF) a suspensão dos efeitos da Nota Técnica, através de decisão do TRF da 1ª Região.

No voto, referiu o relator, Juiz Federal Convocado, Ricardo Gonçalves da Rocha Castro o seguinte:

⁵³ Disponível em: Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7783.htm. Acesso em: 30 jun. 2016.

[...] apesar de aceitável que, nos dias de hoje, o serviço de telefonia móvel seja reputado essencial de interesse público (Lei n. 7.783/89, art. 10; CDC, art. 18, § 3º), é questionável que também se considere essencial o instrumento necessário para a utilização de tal serviço. Uma coisa é o serviço em si, outra coisa é o aparelho necessário para a utilização do serviço.

Em quarto lugar, porque, não sendo o aparelho de telefonia celular essencial de interesse público, a sua imediata troca por outro da mesma espécie, em caso de defeito ou vício de fabricação, restituição ou abatimento do preço pago pelo consumidor – obrigações alternativas previstas na Nota 62/CGSC/DPDC/2010, representam a privação do direito dos fornecedores de sanar o defeito ou vício no prazo legal de 30 (trinta) dias (CDC, art. 18, §§ 1º e 3º). Dito prazo, apesar de dilatado para o caso de aparelho de telefonia, destina-se a que o fornecedor possa apurar a origem do vício ou defeito do produto e repará-lo ou fornecer ao consumidor outra unidade de iguais características e marca; ou ainda verificar que o consumidor fez mal uso do aparelho, ou seja, deu causa ao defeito ou vício, deixando o telefone, por exemplo, cair ou infiltrar-se de líquido, situações que, entre outras, excluem a garantia do produto e, em consequência, a responsabilidade do fornecedor (CDC, art. 12, § 3º, inc. III).⁵⁴

Em que pese a decisão acima, o Ministério Público Federal divulgou entendimento reconhecendo o aparelho celular como um produto essencial, através do Enunciado 8, aprovado em 29/06/2011, que diz: *“O aparelho de telefone celular é produto essencial, para os fins previstos no art. 18, § 3º, da Lei nº 8.078/90 (CDC)”*.⁵⁵

Inconformada com a divulgação do entendimento do MPF, que foi prontamente repassado pelo DPDC aos órgãos do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, através de um ofício-circular, a ABINEE recorreu novamente à justiça, que reconheceu afronta ao comando judicial liminar proferido, declarando insubsistente qualquer medida expedida pelo DPDC com relação à matéria, e determinando, ainda, que o DPDC expedisse ofício-circular aos membros do SNDC para informar o inteiro teor da decisão, que mantinha válida a suspensão dos efeitos da Nota Técnica.

A União então formulou pedido de reconsideração da decisão liminar suspensiva dos efeitos da Nota Técnica nº 62/2010, sustentando que a mesma seria de caráter opinativo, sem efeito vinculante e que não teria havido ausência de participação das empresas no processo administrativo de que resultou a Nota, tendo em vista que durante aproximadamente dois anos teriam discutido medidas para

⁵⁴ Disponível em:

<http://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=00599416120104010000&pA=&pN=599416120104010000>. Acesso em: 31 mai. 2016.

⁵⁵ Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr3/dados-da-atuacao/enunciados-1/justificativa-enunciado08.pdf>. Acesso em 30 jun. 2016.

solucionar problemas na prestação dos serviços e no fornecimento de produtos de telefonia celular. Também o DPDC se manifestou nos autos, demonstrando sua preocupação com o fato de que a suspensão da Nota Técnica poderia ensejar interpretações equivocadas sobre eventual limitação de suas competências.

Entretanto, o pedido de reconsideração foi indeferido, sob o seguinte fundamento:

“[...] a decisão antecipatória da tutela recursal não interfere de nenhum modo, como não poderia deixar de ser, nas competências legais do DPDC. Tão somente impede a autuação dos fornecedores de aparelhos de telefonia móvel que se recusem a dar cumprimento à Nota Técnica e à decisão judicial, uma e outra a terem como direito do consumidor a troca do aparelho ou a devolução ou o abatimento do preço pago, tudo imediatamente”.

Em prosseguimento, a decisão liminar que suspendeu os efeitos da Nota Técnica foi confirmada no julgamento do Agravo de Instrumento, cujo acórdão possui a ementa a seguir descrita:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. NOTA TÉCNICA N. 62/CGSC/DPDC/2010. DEPARTAMENTO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR – MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CARÁTER NORMATIVO. EFEITO VINCULANTE. INEXISTÊNCIA.

I – Hipótese em que a decisão agravada entendeu como de caráter normativo, com efeito vinculante a todos os destinatários, a Nota Técnica n. 62/CGSC/DPDC/2010, do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, vinculado ao Ministério da Justiça, que, definindo como bem essencial o aparelho celular, possibilitou o entendimento acerca da aplicação do § 3º do art. 18 do CDC, ao caso, permitindo a troca imediata do produto, sem observância do prazo de 30 dias estabelecido no § 1º do mesmo dispositivo.

II – As obrigações alternativas previstas na Nota 62/CGSC/DPDC/2010 representam a privação do direito dos fornecedores de sanar o defeito ou vício no prazo legal de 30 (trinta) dias nos termos do Código de Defesa do Consumidor, art. 18, §§ 1º e 3º. E a obrigatoriedade da imediata troca de aparelhos, em decorrência da referida Nota, traz prejuízo financeiro aos fornecedores, afigurando-se difícil a reparação, a que fariam jus os mesmos, no caso de verificada a responsabilidade do consumidor pela quebra ou defeito do aparelho devolvido.

III – Por incontestes o caráter opinativo da Nota Técnica em questão, que confere a característica de essencialidade ao aparelho celular, gerando, com isso, a supressão da possibilidade de os fornecedores sanarem o vício no prazo de 30 dias, art. 18, § 3º, do CDC e, diante do comprovado potencial, ainda que equivocado, de vinculação dos demais órgãos de Defesa do Consumidor aos termos nela inscritos, impõe-se o parcial acolhimento da pretensão recursal, para que se esclareça o caráter meramente opinativo da Nota, sem efeito vinculante, bem como o impedimento de instauração de procedimento administrativo ou de aplicação de sanções pelo DPDC com base no entendimento nela contido.

IV – Agravo de instrumento a que se dá parcial provimento.

Do voto do relator, Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian, destaca-se a seguinte passagem:

11. Assim, retomo os bem lançados fundamentos da r. decisão liminar, mormente porque, em que pesem aos argumentos exarados no parecer ministerial, de que a citada Nota Técnica não tem caráter normativo – sendo apenas “parecer enunciando uma **opinio**, qual seja o entendimento do órgão de defesa do consumidor ligado à Secretaria de Direito Econômico – MJ quanto ao caráter essencial dos aparelhos de telefonia celular” –, outro foi o caráter a ela conferido pela r. decisão combatida, o que faz inequívoca a argumentação da agravante de que os efeitos concretos decorrentes do entendimento acerca da referida Nota e da atuação do DPDC geram danos irreparáveis às fabricantes – das quais é substituta processual.

12. Embora a União alegue a carência de eficácia normativa da Nota Técnica 62/CGSC/DPDC/2010, caracterizando-a como de mera orientação para os órgãos locais de Defesa do Consumidor, a agravante traz aos autos prova de sua utilização como fundamento para autuações e aplicação de multas aos fornecedores (fls. 501/521).⁵⁶

Conforme referiu o relator, embora a própria União e o Ministério Público Federal tenham reconhecido a falta de caráter normativo da Nota Técnica, tal entendimento não era inequívoco, na medida em que a mesma estava servindo de fundamento para a aplicação de sanções aos fornecedores pelos órgãos de defesa dos consumidores, bem como foi interpretada de forma diversa pelo próprio juiz de primeiro grau ao indeferir a liminar pleiteada na mesma ação, razão pela qual se mostrou necessário pacificar o entendimento.

Posteriormente, em 01/08/2012, foi proferida sentença na ação originária, reconhecendo o caráter meramente opinativo da Nota Técnica e confirmando a decisão do Agravo de Instrumento, nos seguintes termos:

Isso posto, JULGO PROCEDENTES os pedidos, com resolução de mérito, com fundamento no art. 269, I, do CPC, para:

- a) confirmar as decisões de fls. 1094/1096 e 1174/1177;
- b) anular o ato administrativo consubstanciado na Nota Técnica nº 62, do DPDC;
- c) proibir, definitivamente, o DPDC de aplicar sanções e de instaurar procedimentos administrativos contra os substituídos processuais (fabricantes de aparelhos celulares) com base no entendimento contido na Nota Técnica nº 62 ou em quaisquer outros atos que encampem o mesmo entendimento;
- d) declarar a aplicabilidade do prazo de 30 dias previsto no § 1º do artigo 18 aos fabricantes e vendedores de aparelho celular e de

⁵⁶ Disponível em:

<http://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=00599416120104010000&pA=&pN=599416120104010000>. Acesso em: 31 mai. 2016.

inaplicabilidade do § 3º do mesmo artigo, enquanto não houver a regulamentação por ato normativo do que seja um produto essencial.⁵⁷

Nos fundamentos da sentença, referiu o Juiz Federal Substituto da 9ª Vara/DF, Alaôr Piacini, o seguinte:

“Sabido de todos, a Nota Técnica nº 62/CGSC/DPDC/2010, de 15 de junho de 2010, em face de seu caráter meramente opinativo que, inclusive, não vincula a própria administração, não tem o condão de regulamentar o § 3º do art. 18 do CDC para dispor que aparelhos celulares são produtos essenciais.

Não há qualquer base legal para que uma simples Nota Técnica disponha com característica de norma geral que aparelhos celulares são produtos essenciais.

[...]

Diante de tais características, a Nota Técnica nº 62/CGSC/DPDC/2010, de 15 de junho de 2010, não pode gerar qualquer efeito geral, concreto e vinculante para as associadas da autora, muito menos servir de norma geral para que os PROCON do país passem a aplicar sanções, tendo por base as orientações da referida Nota.

Frise-se, mais uma vez, somente lei ou regulamento pode ter o alcance normativo geral, pretendido pela Nota Técnica nº 62/CGSC/DPDC/2010, em face de seu caráter meramente opinativo.”⁵⁸

Inconformada com o resultado da decisão, a União interpôs recurso de apelação nº 0041735-81.2010.4.01.3400, alegando, em síntese, que cabe ao DPDC a coordenação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, cumprindo-lhe “planejar, elaborar, propor, coordenar e executar a Política Nacional de Defesa do Consumidor”, e que a sentença lhe retirou a prerrogativa legal de interpretar as normas de defesa do consumidor e emitir entendimentos técnicos que irão servir de subsídios para os casos concretos. Aduziu ainda que negar ao consumidor o uso de produto essencial coloca em risco a sua dignidade, saúde e segurança e referiu que a sentença foi *extra petita* ao declarar nulas todas as notificações feitas por PROCONs de todo país, que tenham por fundamento a Nota Técnica nº 62 ou qualquer outra orientação com o mesmo entendimento.

Não obstante as argumentações acima, a Sexta Turma do TRF1, por unanimidade, negou provimento à apelação da União e manteve a sentença proferida na íntegra, cujo acórdão foi publicado em 17/08/2015. No voto, referiu o relator, Desembargador Federal Jirair Meguerian:

⁵⁷ Disponível em: file:///C:/Users/User/Downloads/14324dade80ca65e1ab88ab222be866d.pdf. Acesso em: 30j jun. 2016.

⁵⁸ *Idem*.

39. Do exame de todo o contexto fático dos autos, observo que os pronunciamentos judiciais são uníssomos no entendimento de que não há base legal para que a indigitada Nota Técnica pudesse dispor sobre a essencialidade dos aparelhos celulares, à míngua da existência de lei ou ato normativo que viesse a disciplinar a questão.

40. Diante da ausência dessa base legal, também não se mostra juridicamente viável que os órgãos integrantes do Sistema Nacional de Proteção ao Consumidor, possam impingir aos substituídos processuais da apelada as conseqüências que poderiam daquele entendimento advir, no caso, a supressão do prazo de 30 dias para a tentativa de sanar vícios, conforme estabelecido no Código de Defesa do Consumidor, não sendo admissível que os PROCONs do país passassem a aplicar sanções tendo por fundamento as orientações da referida Nota.

41. Dessa forma, a decisão ora combatida no recurso em exame mostra-se consentânea com o entendimento já professado por esta Sexta Turma, no agravo de instrumento retrocitado e transcrito, consoante os termos da sentença:

[...]

43. Quanto à alegação de que “o juiz federal extrapolou as competências da Justiça Federal ao declarar nulas todas as notificações dos PROCON de todo o País que tenham por fundamento a essencialidade do aparelho celular,” porque não está autorizada a julgar matéria da Justiça Estadual, entendo que não merece guarida tal argumento, uma vez que não se está julgando matéria da órbita estadual, mas, determinando-se, em decorrência do julgamento de matéria de interesse da União, portanto matéria afeta ao âmbito federal, que se desfaçam todas as ramificações tomadas em razão daquele eixo caular que se consubstanciou na Nota Técnica n. 62/CGSC/DPDC/2010, ora caída por terra.⁵⁹

A União então apresentou Embargos de Declaração alegando que houve omissão quanto a manifestação sobre dispositivos de lei invocados. Entretanto, foram os mesmos rejeitados, por unanimidade, entendendo a Sexta Turma que não é obrigação do magistrado responder todas as alegações das partes quando já tenha encontrado motivo para fundamentar a decisão. Tal fato levou a União a interpor Recurso Especial, o qual não foi julgado até a conclusão deste trabalho.

Mesmo que ainda não haja um julgamento definitivo desta ação, os efeitos da Nota Técnica permanecem suspensos, impedindo que sejam instaurados processos administrativos ou aplicadas sanções contra os fornecedores que negarem a aplicação do § 3º do artigo 18 do CDC aos aparelhos celulares.

Desta forma, no caso de existência de defeito em aparelho celular, deve predominar entendimento no sentido de que, o fornecedor tem prazo de 30 dias para proceder aos reparos, conforme autoriza expressamente o § 1º, do artigo 18, do Código de Defesa do Consumidor.

⁵⁹ Disponível em:

<http://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=00417358120104013400&pA=&pN=417358120104013400>. Acesso em: 30 jun. 2016.

2.2 Análise de casos do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

Inserindo os termos “produto essencial” e “consumidor” na seção de pesquisa de jurisprudência do site do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, são encontradas 53 decisões. Analisando o material foram selecionados dois acórdãos, cujo conteúdo apresenta relação direta com o tema em debate neste trabalho.

Oportuno mencionar que os julgados encontrados analisam caso a caso em particular para avaliar se o produto em discussão pode ou não ser considerado essencial, e então determinar se o consumidor deve aguardar o prazo de 30 dias para realização do conserto ou se pode exigir de imediato a troca, substituição ou abatimento proporcional do preço.

2.2.1 Primeiro caso: ação individual

O primeiro caso escolhido como representativo paradigmático da controvérsia a respeito do produto essencial, mencionado no artigo 18, § 3º do CDC e o uso imediato das alternativas previstas no § 1º do mesmo dispositivo legal, foi a Apelação Cível Nº 70058459264, julgada pela Décima Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do RS em 13.08.2015⁶⁰.

O acórdão do caso indicado acima possui a ementa a seguir transcrita:

APELAÇÃO CIVEL. AÇÃO COMINATÓRIA CUMULADA COM PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. CONSUMIDOR. VÍCIO NO PRODUTO. RECUSA DE SUBSTITUIÇÃO DO BEM. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO.

Facultado à consumidora pleitear a troca do produto ou a restituição do valor pago imediatamente, sem ter que esperar o prazo de trinta dias para o conserto do vício, quando se tratar de produto essencial, conforme o § 3º, do artigo 18, do Código de Defesa do Consumidor.

Devolução do valor pago pelo produto defeituoso que é de rigor.

Consumidora que optou por adquirir outra máquina de lavar, em valor superior ao da primeira, em razão da demora da ré em trocar o bem defeituoso, não tendo a empresa demandada responsabilidade sobre tal quantia.

⁶⁰ Disponível em:

http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70058459264+e+decima+oitava&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AR%3Ad1&as_qj=70058459264&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris. Acesso em: 30 mai. 2016.

Não se tratando a hipótese dos autos, de dano moral *in re ipsa*, da requerente o ônus de comprovar o abalo psicológico decorrente da falha na prestação do serviço, mas que ficou na orfandade.

Aborrecimentos pelo defeito apresentado no produto, bem como resistência da ré em efetuar a troca a mercadoria, que não acarretam prejuízo moral. Dizem com ilícito contratual, sem qualquer ofensa aos direitos da personalidade da demandante.

Indenização por dano imaterial que não tem cabimento.

Sentença reformada.

Sucumbência redimensionada.

DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO. UNÂNIME.

No caso em tela, a consumidora ajuizou ação cominatória cumulada com pedido de indenização por danos morais e materiais em face da loja fornecedora em que adquiriu uma máquina de lavar roupas para sua mãe.

Relatou a consumidora que a máquina de lavar teria apresentado vazamento permanente de água quando foi testá-la, depois de realizar as devidas instalações elétricas e hidráulicas, razão pela qual entrou em contato com a loja solicitando a troca do produto, o que lhe foi negado por diversas vezes, sob o argumento de que a fabricante não efetuava a troca de seus produtos, apenas o conserto.

Referiu ainda a consumidora que ficou quase um mês sem solução por parte da loja, fato que levou-a a adquirir outra máquina de lavar.

Em contestação, alegou a loja, dentre outros fundamentos, que não era cabida a devolução do valor pago pelo produto, tendo em vista que a consumidora foi orientada a levar a máquina de lavar até a assistência técnica da fabricante, a fim de consertar o defeito apresentado, mas não o fez.

Instruído o feito, sobreveio sentença que julgou improcedente o pedido da consumidora, condenando-a nos ônus da sucumbência.

Inconformada com a sentença, a consumidora interpôs recurso de apelação, alegando em síntese que a máquina de lavar se trata de produto essencial, especialmente no caso dos autos em que foi presenteada à sua mãe, que contava com noventa anos de idade e apresentava problemas de saúde. Referiu que não podia esperar o prazo de 30 dias para o conserto, em razão da impossibilidade de lavar manualmente e diariamente as roupas de sua genitora, razão pela qual entendeu ser cabível postular a troca imediata do produto.

Do julgamento do recurso da consumidora, destaca-se a seguinte passagem do voto do relator, Des. Nelson José Gonzaga:

Eminentes Colegas:

Cuida-se de recurso de apelação contra sentença que julgou improcedente o pleito inaugural, sob o fundamento de que a autora não atendeu aos requisitos previstos no artigo 18 do CDC, eis que não concordou com a possibilidade de encaminhamento da máquina de lavar para a assistência técnica, inviabilizando fosse sanado o vício e, por consequência, a troca do produto ou devolução do valor pago.

Dado o máximo, a questão colocada em debate está a exigir, em parte, um tratamento diverso.

Incontrovertida a existência de vício no produto que lhe tornava impróprio para uso, uma vez que *“a máquina simplesmente não encheu [...] ficava na metade d’água e o resto ia tudo pra baixo, assim, não ia até em cima pra começar a bater”*, conforme depoimento da autora em audiência, constante do CD de áudio da fl. 114, reforçado pelos depoimentos das testemunhas Marcelo, que afirmou que a máquina *“não tinha como funcionar”* e demais, bem como pelas fotos colacionadas nas fls. 34/35 e 38.

Em que pese também incontrovertido que a ré ofereceu à autora a possibilidade de conserto do produto defeituoso, como seria direito seu, conforme interpretação do § 1º do artigo 18 do Código de Defesa do Consumidor, o qual preconiza que o fornecedor tem prazo de trinta dias para sanar o vício antes de o consumidor poder exigir a troca do produto ou restituição da quantia paga, o § 3º do mesmo artigo dispensa tal prazo, facultando ao consumidor a escolha entre as alternativas do § 1º de imediato quando se tratar de produto essencial, *in verbis*:

Art. 18. [...] § 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.

Das provas dos autos, em especial o depoimento da testemunha Lourdes Morais Rodrigues, possível depreender que o bem adquirido era de suma importância para a autora e para sua mãe, a quem foi presenteada a máquina de lavar, conforme transcrevo trecho:

Juíza: que a senhora sabe sobre a máquina de lavar que a dona Maria comprou? **Lourdes:** eu sei que a dona Maria comprou uma máquina que ela precisava muito, que é uma senhora com noventa anos que ela precisa que ela usava fralda [...]

Procuradora da autora: os dias que elas ficaram sem a máquina, em virtude de não ter funcionado, isso causou algum transtorno na vida diária da dona Maria? **Lourdes:** sim, porque ela é uma senhora com noventa anos e ela usava fralda e não tinha como lavar as roupas dela, aí ficou todo esse tempo, tiveram que comprar outra máquina.

Procuradora da autora: foi comprada outra máquina? **Lourdes:** olha, deve ter comprado outra, como é que ela ia esperar todo tempo, se eles foram trocar e não conseguiram a máquina!?”.⁶¹

Como se verifica, ao contrário do entendimento do juízo de primeiro grau, entendeu o julgador de segundo grau que a consumidora não estava obrigada a atender ao requisito do § 1º do artigo 18 do CDC, de enviar do produto para

⁶¹ *Idem.*

conserto, concedendo ao fornecedor o prazo de 30 dias para solucionar o problema. Isso porque no seu entender a prova dos autos demonstrou suficientemente a existência do vício, bem como ser a máquina de lavar de suma importância para a consumidora e sua mãe, razão pela qual entendeu se tratar de produto essencial, caso em que a consumidora poderia fazer uso imediato das alternativas previstas nos incisos I a III do § 1º do artigo 18 do CDC, conforme previsto no § 3º do mesmo artigo.

Ou seja, a análise do caso e das provas produzidas foi determinante para concluir que o produto reclamado é um produto essencial.

Além desta análise, outro fator que contribuiu para esta conclusão foi o de que o Tribunal firmou entendimento no sentido de que os eletrodomésticos da chamada “linha branca” são considerados bens essenciais, independente do caso em apreço, tendo em vista se tratarem de produtos de uso diário, imprescindíveis para a vida rotineira das pessoas, conforme se verifica neste trecho do voto do relator:

Ademais, é o entendimento no âmbito deste Tribunal que os produtos da chama “linha branca”, como máquina de lavar roupas e outros eletrodomésticos, são considerados, independente do caso em apreço, bens essenciais, pois de uso diário e imprescindíveis para a vida rotineira das pessoas atualmente, senão vejamos:

“RECURSO INOMINADO. RESCISÃO DE COMPRA E VENDA DE MÁQUINA DE LAVAR ROUPAS E DANO MORAL. VÍCIO NO PRODUTO EVIDENCIADO LOGO APÓS A ENTREGA DA MÁQUINA. CONSTATAÇÃO PELA VISITA TÉCNICA DE DEFEITO DE FÁBRICA. EXIGÊNCIA DE SUBMISSÃO AO CONserto DESCABIDA. BEM ESSENCIAL E NECESSÁRIO À AUTORA QUE É PESSOA IDOSA, SOZINHA E COM PROBLEMAS DE SAÚDE. CONSUMIDORA QUE AO VER NEGADO SEU PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO SE VIU OBRIGADA A ADQUIRIR OUTRA MÁQUINA. TESE DE FALTA DE INTERESSE DE AGIR AFASTADA. SENTENÇA REFORMADA PARA JULGAR PROCEDENTE A AÇÃO E CONDENAR AS RÉS NA DEVOLUÇÃO DOS VALORES PAGOS E EM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS RECONHECIDO NO CASO, EM R\$ 1.500,00. AINDA EM DAR POR RESCINDIDA A COMPRA E VENDA. RECURSO PROVIDO. (Recurso Cível Nº 71005558218, Quarta Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Gisele Anne Vieira de Azambuja, Julgado em 26/06/2015)”.

“DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO COLETIVA DE CONSUMO AJUIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. VÍCIO NA QUALIDADE DO PRODUTO. PRETENSÃO INDENIZATÓRIA. PRELIMINARES. [...]. MÉRITO. DANOS PATRIMONIAIS E

EXTRAPATRIMONIAIS. PRÁTICA ABUSIVA CONFIGURADA. SUBSTITUIÇÃO IMEDIATA DO BEM. OBSERVÂNCIA DOS §§ 1º E 2º DO CDC. DEVER DE INDENIZAR. A prova coligida no feito demonstra que a conduta imprimida pela demandada em relação aos seus clientes gerou um abalo significativo, que transcende os limites do individualismo. O cerne da questão concentra-se na precariedade do atendimento prestado ao consumidor quando ocorrentes vícios do produto fabricados pela ré (artigo 18, CDC), especialmente no que concerne a troca imediata daqueles produtos considerados essenciais (artigo 18, § 3º do CDC). A legislação consumerista ou qualquer outra não especifica o que seria considerado um produto "essencial". A doutrina e jurisprudências, entretanto, esclarecem o que seria. A professora Cláudia Lima Marques⁸ salienta que "em princípio, todos os produtos comestíveis e de uso pessoal já podem ser aí incluídos. O critério deve ser lido sob o impacto do princípio da proteção da confiança; assim, se o consumidor compra um sapato, mesmo que para utilizar em festas, e o sapato apresenta um vício de inadequação, a loja não pode exigir, como ocorreu em Porto Alegre, 'o prazo legal de trinta dias' para consertar o sapato substituí-lo por outro semelhante'. O produto é essencial, quanto à expectativa do consumidor em usá-lo de pronto; logo tem o consumidor o poder de exigir, de pronto, a substituição do produto". **A empresa ré é fabricante e também fornecedora de produtos identificados como de "linha branca", ou seja, eletrodomésticos, tais como fogões, refrigeradores, máquina de lavar roupas, entre outros. Por certo que tais produtos devem ser considerados essenciais, pois são de utilização diária para as pessoas, imprescindíveis para a conservação dos alimentos, como é o caso do refrigerador adquirido pela testemunha Verônica Alfonsin ou a máquina de lavar roupas, necessária para o vestuário diário dos consumidores. São apenas exemplos de produtos, entre outros tantos, não sendo crível, compreensível tratá-los como produtos gerais e impor ao consumidor o decurso do prazo de trinta dias para conserto do produto. (...)** As práticas contrárias ao ordenamento consumerista estão bem sinalizadas, comprovadas pelos depoimentos prestados pelos funcionários da própria empresa ré. (...) Indesviável, pois, a postura abusiva praticada pela ré ao não observar as diretrizes previstas na lei protetiva do consumidor, especialmente o que se extrai do § 3º do artigo 18 do CDC⁹, ao não efetuar a troca imediata dos produtos considerados "essenciais" para os consumidores, frustrando-se suas expectativas de uso imediato. (...) [...]. Sentença Mantida. APELAÇÃO CÍVEL DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70055483424, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Túlio de Oliveira Martins, Julgado em 23/10/2014)". Grifou-se.

"RESPONSABILIDADE CIVIL. DEFEITO DO PRODUTO. MÁQUINA DE LAVAR ROUPAS. BEM ESSENCIAL NA VIDA CONTEMPORÂNEA. RESTITUIÇÃO IMEDIATA DA QUANTIA PAGA. OPÇÃO DO CONSUMIDOR COM BASE NO ART. 18, §1º e §3º DO CDC. DANO MORAL CONFIGURADO. QUANTUM MANTIDO. I - Incidência do art. 18, §1º e do §3º, do CDC, o qual autoriza o consumidor a exigir, imediatamente, sendo produto considerado

essencial à sua própria escolha, a substituição do produto, a restituição da quantia paga, ou o abatimento proporcional do preço. II - A falta de diligência da ré, a qual não providenciou a troca da máquina de lavar, tampouco a devolução do valor do bem, configura dano moral indenizável. A frustração decorrente da impossibilidade de uso do bem ultrapassa o mero dissabor. III - Manutenção do montante indenizatório considerando o equívoco das rés, o aborrecimento e o transtorno sofridos pela demandante, além do caráter punitivo-compensatório da reparação. EMBARGOS INFRINGENTES ACOLHIDOS, POR MAIORIA. (Embargos Infringentes Nº 70053886461, Quinto Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Túlio de Oliveira Martins, Julgado em 19/04/2013)⁶².

Com base nos fundamentos acima indicados, acordaram os desembargadores integrantes da Décima Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em dar parcial provimento ao apelo da consumidora, para condenar a loja à devolução da quantia paga pelo produto, corrigida monetariamente pelo IGP-M desde o desembolso, acrescido de juros moratórios de 1% ao mês a contar da citação, mantendo a improcedência do pedido indenizatório por danos morais.

Em observância ao julgado em análise se verifica que foi observado, além das peculiaridades do caso (como quem adquiriu o produto, quem utiliza o produto, qual a finalidade/utilidade do produto, quais os prejuízos causados pela falta do produto e etc.) o entendimento jurisprudencial em decisões anteriores.

2.2.2 Segundo caso: ação coletiva

O segundo caso escolhido foi a Apelação Cível Nº 70055483424, julgada pela 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do RS em 23.10.2014⁶³, cujo acórdão possui a ementa a seguir transcrita:

DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO COLETIVA DE CONSUMO AJUIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. VÍCIO NA QUALIDADE DO PRODUTO. PRETENSÃO INDENIZATÓRIA. PRELIMINARES.

⁶² *Idem.*

⁶³ Disponível em:

http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70055483424&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AR%3Ad1&as_qj=70058459264+e+decima+oitava&site=emntario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris. Acesso em: 30.05.2016.

ILEGITIMIDADE ATIVA. AFASTADA.

Na hipótese houve provocação de uma consumidora diretamente perante o Ministério Público, a quem também compete a defesa dos direitos do consumidor, que, verificando o fato, descobriu a abrangência do problema, tanto que as reclamações nos órgãos de defesa do consumidor eram hodiernas. Interesse social relevante que legitima o órgão ministerial a litigar em favor de uma gama indeterminada de consumidores.

FALTA DE INTERESSE DE AGIR. INOCORRÊNCIA.

A investigação levada a efeito pelo Ministério Público através do inquérito civil demonstrou que a apelante é sistemática descumpridora das normas previstas no Código de Defesa do Consumidor, especificamente no que diz respeito à adoção de medidas eficazes para sanar os vícios dos produtos por ela comercializados, seja oferecendo serviço de assistência técnica visando o conserto dos mesmos, ou, então, promovendo a substituição dos produtos irrecuperáveis no prazo legal. Diante das reiteradas omissões da empresa requerida em dar cumprimento às determinações legais pertinentes, lesando uma gama considerável de consumidores, tendo em vista que sua atuação se dá em todo o território nacional, evidencia-se a presença do interesse de agir necessário à busca da tutela jurisdicional específica, a fim de que seja impelida a reparar os danos provenientes da colocação no mercado de produtos defeituosos e efetuar a reparação nos prazos legalmente previstos, além de promover a efetiva substituição dos produtos que não sejam passíveis de conserto.

MÉRITO. DANOS PATRIMONIAIS E EXTRAPATRIMONIAIS. PRÁTICA ABUSIVA CONFIGURADA. SUBSTITUIÇÃO IMEDIATA DO BEM. OBSERVÂNCIA DOS § § 1º E 2º DO CDC. DEVER DE INDENIZAR. A prova coligida no feito demonstra que a conduta imprimida pela demandada em relação aos seus clientes gerou um abalo significativo, que transcende os limites do individualismo.

O cerne da questão concentra-se na precariedade do atendimento prestado ao consumidor quando ocorrentes vícios do produto fabricados pela ré (artigo 18, CDC), especialmente no que concerne a troca imediata daqueles produtos considerados essenciais (artigo 18, § 3º do CDC).

A legislação consumerista ou qualquer outra não especifica o que seria considerado um produto "essencial". A doutrina e jurisprudências, entretanto, esclarecem o que seria. A professora Cláudia Lima Marques salienta que "em princípio, todos os produtos comestíveis e de uso pessoal já podem ser aí incluídos. O critério deve ser lido sob o impacto do princípio da proteção da confiança; assim, se o consumidor compra um sapato, mesmo que para utilizar em festas, e o sapato apresenta um vício de inadequação, a loja não pode exigir, como ocorreu em Porto Alegre, 'o prazo legal de trinta dias' para consertar o sapato substituí-lo por outro semelhante'. O produto é essencial, quanto à expectativa do consumidor em usá-lo de pronto; logo tem o consumidor o poder de exigir, de pronto, a substituição do produto".

A empresa ré é fabricante e também fornecedora de produtos identificados como de "linha branca", ou seja, eletrodomésticos, tais como fogões, refrigeradores, máquina de lavar roupas, entre outros.

Por certo que tais produtos devem ser considerados essenciais, pois são de utilização diária para as pessoas, imprescindíveis para a conservação dos alimentos, como é o caso do refrigerador adquirido pela testemunha Verônica Alfonsin ou a máquina de lavar roupas, necessária para o vestuário diário dos consumidores. São apenas exemplos de produtos, entre outros tantos, não sendo crível, compreensível tratá-los como

produtos gerais e impor ao consumidor o decurso do prazo de trinta dias para conserto do produto.

(...) As práticas contrárias ao ordenamento consumerista estão bem sinalizadas, comprovadas pelos depoimentos prestados pelos funcionários da própria empresa ré.

(...) Indesviável, pois, a postura abusiva praticada pela ré ao não observar as diretrizes previstas na lei protetiva do consumidor, especialmente o que se extrai do § 3º do artigo 18 do CDC, ao não efetuar a troca imediata dos produtos considerados "essenciais" para os consumidores, frustrando-se suas expectativas de uso imediato.

(...) No caso em exame, a investigação promovida pelo Ministério Público apontou o desrespeito aos direitos básicos dos consumidores e a inobservância da lei protetiva no que concerne ao disposto no seu § 3º do artigo 18, ou seja, inexistem possibilidades de troca imediata de produtos considerados essenciais. Além dos testemunhos prestados pelos próprios funcionários da ré, considerados informantes, outras testemunhas também evidenciaram problemas ocorridos com elas próprias (Heraldo da Silva e Verônica Alfonsin), cuja troca dos equipamentos perdurou por prazo muito além daquele previsto no § 1º do artigo 18, CDC.

A partir disso, é necessário frisar que a conduta da ré possuiu vários desdobramentos. Práticas e cláusulas abusivas (art. 6º, IV, do Código de Defesa do Consumidor) e ausência de boa-fé nas relações contratuais (artigo 4º, III do CDC, concorrendo decisivamente para que fossem causados dano moral coletivo e potencial dano patrimonial e extrapatrimonial individual.

(...)

Por todo o exposto, forçoso reconhecer que a conduta da ré acarretou dano moral coletivo aos consumidores, pois expostos às suas práticas empresariais abusivas.

Assim, considerando as peculiaridades do caso concreto, a inobservância de um mezinheiro direito de informação pela ré, o ato contrário à boa-fé contratual e a frustração da expectativa dos consumidores ao uso a produtos de extrema utilidade diária a todos os consumidores de um modo geral, a imediata frustração com o produto logo após sua advindos, bem como o caráter sancionador da medida, tenho por fixar o valor da indenização por dano moral coletivo em R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais). Trata-se de quantia adequada para reparar o dano sem que importe em enriquecimento ilícito, e com suficiente carga punitivo-pedagógica, para evitar novas ocorrências da espécie. Os valores reverterão para o Fundo dos Bens Lesados pelos danos patrimoniais e morais coletivamente causados aos consumidores difusamente considerados

A correção monetária, pelo IGP-M, deverá incidir a partir da publicação desta sentença, ao passo que os juros moratórios de 1% (um por cento ao mês) incidirão desde a primeira comercialização do produto noticiada no procedimento em apenso.

Sentença Mantida.

APELAÇÃO CÍVEL DESPROVIDA.

Trata-se de Ação Coletiva de Consumo ajuizada pelo Ministério Público em face de Mabe Brasil Eletrodomésticos Ltda., loja e fábrica, em decorrência de ter recebido a notícia de uma consumidora de que a fornecedora indicada estaria cometendo prática abusiva ao tratar de produtos viciados, na medida em que não solucionou o problema apresentado numa máquina de lavar adquirida pela mesma.

Ao analisar a prática no âmbito coletivo, referiu o MP que foram encaminhadas diversas reclamações de consumidores que também se sentiram lesados ao adquirir produtos com defeitos, sendo constatado que a fornecedora não trocava a mercadoria de imediato quando a extensão do vício comprometia a qualidade ou características ou diminuía o valor do produto ou ainda quando se tratava de produtos considerados essenciais.

Segundo o MP, foi oportunizada a manifestação da fornecedora em inquérito civil, a qual não reconheceu a existência de práticas abusivas e entendeu desnecessária a celebração de termo de ajuste de conduta.

Em razão destas constatações, conforme constou no relatório da sentença, postulou o MP a condenação da fornecedora a *“indenizar de forma ampla e completa os danos materiais e morais causados aos consumidores, pois atinge direitos coletivos strictu sensu daquele grupo de consumidores identificáveis e que celebrar contrato de compra e venda com a ré, bem como dos consumidores considerados individuais homogêneos e que já sofreram prejuízos ao adquirir produtos”*.

Em contestação, alegou a fornecedora, dentre outros argumentos, que os produtos fabricados por ela não podem ser considerados essenciais na medida em que a legislação não definiu quais sejam eles. Alegou ainda a inexistência de danos tendo em vista que todas as reclamações indicadas no inquérito civil teriam sido solucionadas de imediato ou judicialmente.

Encerrada a instrução, na qual foram ouvidas testemunhas, sobreveio sentença que julgou procedente a ação, nos seguintes termos:

[...]

a) **declarar** essenciais os produtos fornecidos pela ré às pessoas que firmaram as reclamações constantes no inquérito civil em anexo, especialmente o caso de fogões, lavadoras de roupas e refrigeradores.

b) **condenar** a ré no cumprimento da obrigação de fazer, consistente na substituição do produto por outra da mesma espécie, restitua a quantia paga ou abata proporcionalmente o preço quando o produto conter vício de qualidade, cuja extensão impeça a tentativa de concerto em face do comprometimento da qualidade, ou suas características

c) **condenar** a ré no cumprimento da obrigação de fazer, consistente na observância dos §§ 1º e 2º do artigo 18 do CDC no caso dos produtos que não compreendam aqueles salientados na alínea anterior.

d) **condenar** a ré na obrigação de fazer, consistente no fornecimento de informações técnicas por escrito ao consumidor, no prazo máximo de cinco dias, quando houver divergência quanto a extensão dos danos.

e) condenar a ré ao pagamento dos danos patrimoniais suportados pelos consumidores, mediante comprovação, corrigidos monetariamente pelo IGP-M a contar de cada desembolso e acrescidos de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês a contar da citação;

b) condenar a ré ao pagamento de indenização por dano moral coletivo no valor de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), corrigido monetariamente pelo IGP-M a contar da publicação desta sentença e acrescido de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês a contar da comercialização mais antiga verificada no expediente em apenso, a ser destinado ao Fundo mencionado na fundamentação;

c) determinar que, para ciência da presente decisão aos interessados, deverá a demandada publicar às suas expensas, no prazo de 30 (trinta) dias a contar da data em que não houver mais recurso dotado de efeito suspensivo, o inteiro teor da parte dispositiva da presente decisão em 01 (um) jornal de grande circulação em cada estado da federação, para efeitos de melhor publicização deste julgado, na dimensão mínima de 20cm x 20cm e em cinco dias intercalados, sem exclusão da edição de domingo.

d) ao Sr. Escrivão, decorrido o prazo recursal contra esta sentença, deverá disponibilizar, através do sistema de informática a todos os cartórios cíveis e judiciais do Estado do Rio Grande do Sul, cópia da ementa da presente decisão, com certidão de interposição de recurso e dos efeitos em que recebido, ou do trânsito em julgado, se for o caso, para, se assim entender o titular da jurisdição, iniciar-se a liquidação provisória do julgado, nos termos dos arts. 97 do CDC, c/c art. 475-A do CPC;

e) o cumprimento espontâneo da presente decisão e, desde que não haja comprovação de reiteração das obrigações previstas nas alíneas anteriores, ensejará liberação do demandado da multa que ora fixo em R\$ 1.000,00 a cada reclamação e apurada. [...] ⁶⁴

Diante do conteúdo da decisão, apelou a fornecedora, alegando em síntese que “o pedido de “declaração de essencialidade dos produtos” fornecidos pela MABE, especialmente fogões, lavadoras de roupas e refrigerador”, não tem amparo jurídico, tendo em vista o cunho condenatório da ação civil pública, conforme art. 3º da Lei 7.347/85. Discorreu sobre “produto essencial” e a “impossibilidade de criação de obrigação não prevista em lei”. Defendeu a inexistência de danos materiais e morais individualmente considerados e a ausência de danos morais coletivos a serem indenizados”.

No julgamento do recurso, analisadas e rejeitadas as preliminares, referiu o relator, Desembargador Túlio de Oliveira Martins, que “a prova coligida no feito demonstra que a conduta imprimida pela demandada em relação aos seus clientes gerou um abalo significativo, que transcende os limites do individualismo”, reportando-se aos fundamentos utilizados na sentença pelo juiz Dr. João Ricardo dos Santos Costa, dos quais extrai-se a seguinte passagem:

⁶⁴ *Idem.*

[...]

Os testemunhos não deixam quaisquer dúvidas de que a empresa ré não tem uma política de atendimento aos consumidores para troca imediata dos produtos considerados “essenciais”, conforme determina a lei

Configuram-se, pois, abusivas as práticas aplicada pela demandada, que se furta sistematicamente em cumprir o que preceitua o artigo 18, § 3º do CDC, o que faz com que seja passível de indenização por danos materiais e morais individualmente considerado àqueles que adquiriram os produtos da ré e coletivo, abrangendo os consumidores que não tiveram apuradas suas reclamações no inquérito civil instaurado pelo Ministério Público.

Neste diapasão, compreendo que a ré, cuja responsabilidade é solidária com os demais fornecedores (artigos 7º, parágrafo único e 25, § 1º, ambos do CDC) agiu de maneira ilícita, mediante abuso de direito, em observância ao que dispõe o art. 187 do Código Civil, pois, em desacordo a boa-fé.

Boa-fé das Relações de Consumo:

Referindo-se à boa-fé, necessário salientar que no sistema brasileiro das relações de consumo, houve opção explícita do legislador pelo primado da boa-fé. Com a menção expressa do art. 4º, III, do CDC à “boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores”, como princípio básico das relações de consumo – além da proibição das cláusulas que sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade (art. 51, IV, do referido diploma legal) –, o microsistema do Direito das Relações de Consumo está informado pelo princípio geral da boa-fé, que deve reger toda e qualquer espécie de relação de consumo, seja pela forma de ato de consumo, de negócio jurídico de consumo, de contrato de consumo etc¹².

*A boa-fé na conclusão do contrato de consumo é requisito que se exige do fornecedor e do consumidor (art. 4º, III, do CDC), para que haja **transparência e harmonia nas relações de consumo** (art. 4º, caput, do referido diploma legal), buscando o equilíbrio entre os contratantes.*

Destarte, do que acima exposto, resta reconhecida a conduta abusiva e que, como dito, enseja condenação à título de danos materiais e morais.

[...]

Diante de tudo o que fora exposto, acordaram os Desembargadores integrantes da Décima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do RS, à unanimidade, em negar provimento ao recurso da fornecedora, mantendo na íntegra a decisão de primeiro grau.

Com efeito, da análise do caso apontado, verifica-se que a fornecedora vinha desrespeitando reiteradamente o disposto no § 3º do artigo 18 do CDC, uma vez que jamais disponibilizou aos consumidores a possibilidade de troca imediata de produtos considerados essenciais.

Conforme se verifica, as práticas abusivas e a ausência de boa-fé nas relações contratuais contribuiu decisivamente para a configuração dos danos materiais e morais, individuais e coletivos, uma vez que presente a relação de causa e efeito, dano e nexos de causalidade.

Da mesma forma como vimos no caso analisado no item anterior, mesmo inexistindo legislação indicando o que seriam produtos essenciais, os julgadores

entenderam por declarar a essencialidade dos produtos fabricados e comercializados pela fornecedora, objeto de reclamação do inquérito civil, em especial os fogões, lavadoras de roupas e refrigeradores.

Com isso, podemos concluir que a jurisprudência vem firmando entendimento no sentido de que eletrodomésticos da chamada “linha branca” devem ser considerados essenciais, independentemente da análise de quaisquer outros fatores.

Com efeito, estes eletrodomésticos são considerados essenciais no senso comum, na medida em que não podem ser tratados como produtos de luxo ou supérfluos, uma vez que visam cumprir finalidades de primeira necessidade, como lavar roupas, refrigerar alimentos e cozinhar. Ainda que não haja definição legal acerca do que seriam produtos essenciais, os mesmos vem sendo entendidos pela jurisprudência como aqueles imprescindíveis para o cotidiano da pessoa e, conseqüentemente, para a dignidade da vida humana.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verificou-se, inicialmente, que a atual legislação disciplinadora dos direitos do consumidor não prevê uma definição para produto essencial, muito embora o CDC contenha previsão de que, na hipótese de que o produto que apresentar vício se tratar de produto essencial, poderá o consumidor exigir imediatamente a substituição por outro novo, ou a restituição da quantia paga ou o abatimento proporcional do preço, sem precisar aguardar o prazo de 30 dias para o fornecedor providenciar o conserto, nos termos do que dispõe os parágrafos 1º e 3º do artigo 18 do CDC.

Ao passo que o CDC concede uma espécie de benefício ao consumidor que tenha um produto essencial com algum vício, deixa de indicar quais seriam estes produtos essenciais ou então quais as condições a serem analisadas para se constatar a essencialidade de um produto, para aplicação de tal benefício.

A pertinência pelo estudo do produto essencial especificamente, demonstrou que o objeto estudado necessita de uma definição, seja através da criação de uma lista de produtos essenciais, seja através da criação de critérios objetivos e condições específicas que ajudem a identificar quais produtos são essenciais.

No entanto, demonstrou-se que as poucas construções doutrinárias e jurisprudenciais existentes não são suficientes para garantir a efetiva aplicação do benefício concedido pelo parágrafo 3º do artigo 18 do CDC.

Após apresentar um panorama dos conceitos envolvidos no estudo, o ponto culminante do trabalho restou retratado no segundo capítulo, a partir da análise de casos concretos, eleitos como fundamentos aptos a dar sustentação ao entendimento proclamado.

Assim, à luz do direito do consumidor, a legislação mencionada não garante de forma eficaz um importante direito ao consumidor, qual seja, a desnecessidade de aguardar o prazo de 30 dias para a solução de um problema quando se tratar de um produto essencial, de muita importância para satisfazer as suas necessidades, afrontando os princípios da vulnerabilidade, da confiança, da dignidade da pessoa humana, dentre outros.

Em suma, sendo a pessoa humana o valor-fonte de todos os valores, tem-se que o princípio da dignidade da pessoa humana se consolidaria para o consumidor, através de uma adequada compreensão acerca dos princípios mencionados neste

trabalho, bem como acerca das necessidades do consumidor relacionadas à essencialidade dos produtos.

Não haveria equidade impor ao consumidor a espera de 30 dias para sanar o vício de um produto que não vai lhe devolver a sua utilidade ou que possa lhe causar outros danos até mais graves.

Em que pese a legislação consumerista ser omissa quanto a definição de produto essencial, é obrigação dos órgãos de defesa do consumidor e dos juízes, quando da análise do caso, indicar se o produto objeto de reclamação é essencial, a fim de garantir ao consumidor o benefício contido no parágrafo 3º do artigo 18 do CDC.

Todavia, levando-se em consideração a rotineira demora na tramitação de um processo, tanto administrativo como judicial, percebe-se que este direito não está sendo efetivamente garantido, eis que, até ser definido que o produto é essencial, já terá decorrido o prazo de 30 dias para o fornecedor sanar o vício.

Daí concluir-se que face à falta de aplicação do disposto no parágrafo 3º do artigo 18 do CDC, há clara violação aos princípios mencionados, o que se consagra pela falta de definição de produto essencial, bem como de eventual penalidade a ser aplicada ao fornecedor que deixar de cumprir referida norma.

Uma abordagem ao tema sob este viés torna possível despertar para a construção de um conceito de produto essencial, que garanta ao consumidor a satisfação de suas necessidades.

Sugere-se que este conceito leve em consideração: se o produto atende a alguma necessidade básica fundamental (imprescindível, indispensável) do consumidor, como saúde, educação, alimentação, trabalho, moradia, transporte e lazer; se a falta do produto fere algum direito fundamental, como a vida, a segurança ou a propriedade; e, por fim, se a falta do produto causa algum dano grave ao consumidor.

Salienta-se que mesmo com a construção de um conceito para produto essencial não se pode garantir a máxima efetividade do benefício concedido no parágrafo 3º do artigo 18 do CDC, isso porque o consumidor e suas necessidades estão em constantes transformações, da mesma forma como o próprio mercado de consumo sofre rápida e constante transformação, razão pela qual não se descarta a necessidade de, em alguns casos, ser necessária a análise do caso concreto para

se apurar se o produto é essencial ou não. Mas esta então seria a exceção, e não a regra.

No mesmo sentido é o entendimento de Moraes, acerca da existência destas transformações e das diferenças entre os consumidores e suas necessidades, bem como em razão da necessidade de análise dos valores envolvidos em cada caso:

A história do homem infelizmente evidencia uma árdua luta em prol da igualdade, fato este que, por si só, indica uma paradoxal propensão ao estabelecimento de situações de desigualdade.

Verificamos que, por motivos de raça, sexo ou classe social, sempre houve condutas diferenciadoras, pois é a partir da geração de diferenças que o poder exerce todo o seu domínio.

O objetivo desta abordagem filosófica, portanto, foi demonstrar que a terceira face integrante do sistema jurídico, o mundo dos valores, é imprescindível para que seja realizada qualquer tarefa hermenêutica, sob pena de não ser alcançada a melhor solução para o caso concreto, o que é de fácil ocorrência, caso sejam desprezadas as realidades imateriais e subjetivas que estão no âmago do nosso ser.⁶⁵

Impende consignar, por último, que não se pretende, de forma alguma, ter o assunto como esgotado. Pelo contrário, o tema permite suscitar, ainda, mais questionamentos, principalmente se for levado em conta o aspecto “público” do Direito do Consumidor, de onde emana que se deve abrir mão do individual em prol do coletivo. Neste aspecto, pois, se concentra a ideia final deste trabalho: aguçar a discussão acerca do assunto abordado.

⁶⁵ MORAES, *op. cit.*, p. 325.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Batista de. **Manual de direito do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2003.

BAGGIO, Andreza Cristina. **O direito do consumidor brasileiro e a teoria da confiança**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BENJAMIN, Antônio Carlos Herman de Vasconcellos e; DENARI, Zelmo; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; GRINOVER, Ada Pellegrini; NERY JÚNIOR, Nelson; WATANABE, Kazuo;. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, v. 1.

_____. **Manual de direito do consumidor**. Antônio Carlos Herman V. Benjamin, Claudia Lima Marques, Leonardo Roscoe Bessa. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm

_____. Decreto nº 7.963 de 15 de março de 2013. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D7963.htm

_____. Decreto nº 7.986 de 15 de abril de 2013. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D7986.htm

_____. Lei nº 7.783 de 28 de junho de 1989. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7783.htm

_____. Nota Técnica 62/CGSC/DPDC/2010. Ministério da Justiça e Cidadania. Disponível em: http://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/notas-tecnicas/anexos/2010nota_celularespecial.pdf

_____. Procuradoria Geral da República. Ministério Público Federal. Enunciado Nº 08/2011/3ªCCR. Relator: Brasileiro Pereira dos Santos. Brasília, 29 de junho de 2011. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr3/dados-da-atuacao/enunciados-1/justificativa-enunciado08.pdf>

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 27512/BA. Recorrente: Banco Safra S/A. Recorrido: Plasalp Produtos Cirúrgicos Ltda. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 20 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=27512&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>. Acesso em: 30 jun.2016

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. Mandado de Segurança 053.10.023092-2. Impetrante: ABINEE – Associação Brasileira da Indústria Elétrica e Eletrônica. Impetrado: Diretor da Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor de

São Paulo – Fundação PROCON/SP. São Paulo, 27 de setembro de 2010.

Disponível em:

http://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=1H0001ZG50000&processo.foro=53&uidCaptcha=sajcaptcha_5a419e1807244eb3b9de942193978f6d

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível 70058459264. Apelante: Carrefour Comércio e Indústria Ltda. Apelada: Maria Elenice Bordinhão. Porto Alegre, 13 de agosto de 2015. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70058459264+e+decima+oitava&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AR%3Ad1&as_qj=70058459264&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível 70055483424. Apelante: Ministério Público. Apelada: Mabe Brasil Eletrodomésticos Ltda. Porto Alegre, 23 de outubro de 2014. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70055483424&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AR%3Ad1&as_qj=70058459264+e+decima+oitava&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris

_____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Agravo de Instrumento 0059941-61.2010.4.01.0000. Agravante: Associação Brasileira da Indústria Elétrica e Eletrônica - ABINEE. Agravado: União Federal. Brasília, 06 de outubro de 2010. Disponível em: <http://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=00599416120104010000&pA=&pN=599416120104010000>.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de lei nº 7.768 de 01 de julho de 2014.

Disponível em:

http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=2F040CE5EE8DA820A843997C22EFDCE4.proposicoesWeb2?codteor=1263801&filenome=PL+7768/2014

DICIONÁRIO DE SINÔNIMOS ONLINE DE PORTUGUÊS DO BRASIL. Disponível em: <http://www.sinonimos.com.br/essencial/>

DICIONÁRIO DO AURÉLIO ONLINE. Dicionário Português. Disponível em: <https://dicionariodoaurelio.com/>

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MICHAELIS DICIONÁRIO BRASILEIRO DA LÍNGUA PORTUGUESA. Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/>

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. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção e; TARTUCE, Flávio. **Manual de direito do consumidor.** Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: MÉTODO, 2012.

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

ROLDÃO, Melquisedec José. **Substituição imediata de aparelhos com defeito. Essencialidade do aparelho celular à luz do ordenamento jurídico, com ênfase para a recente Nota Técnica 62/CGSC/DPDC.** Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2568, 13 jul. 2010.

SIGNIFICADOS. Disponível em: <http://www.significados.com.br/>