

SUPERIOR TRIBUNAL
DE
JUSTIÇA

Antônio Herman V. Benjamin
Claudia Lima Marques
Leonardo Roscoe Bessa

Manual de
DIREITO DO CONSUMIDOR

2.^a edição revista, atualizada e ampliada

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

339.379.8 (81)

B468 m

2. ed.

2810

ANTÔNIO HERMAN V. BENJAMIN
CLAUDIA LIMA MARQUES
LEONARDO ROSCOE BESSA

Manual de DIREITO DO CONSUMIDOR

2.^a edição revista, atualizada e ampliada

1.^a edição, 1.^a tiragem: nov. 2007; 2.^a tiragem: mai. 2008.

Apresentação

CLAUDIA LIMA MARQUES

© desta edição

[2009]

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

CARLOS HENRIQUE DE CARVALHO FILHO

Diretor responsável

Rua do Bosque, 820 – Barra Funda

Tel. 11 3613.8400 – Fax 11 3613.8450

CEP 01136-000 – São Paulo, SP, Brasil

Visite nosso site

www.rt.com.br

CENTRAL DE RELACIONAMENTO RT

(atendimento, em dias úteis, das 8 às 17 horas)

Tel. 0800.702.2433

e-mail de atendimento ao consumidor

sac@rt.com.br

Impresso no Brasil

[02-2009]

Universitário [texto]

Atualizado até

[01-2009]



ISBN 978-85-203-3432-4

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfílmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos do Código Penal) com pena de prisão e multa, busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

NO. DATA

840482

108.06.2009

S/S

V. Teoria da Qualidade

Antônio Herman V. Benjamin

SUMÁRIO: 1. Introdução: as duas órbitas da proteção ao consumidor – 2. A proteção do consumidor no direito tradicional através da teoria dos vícios redibitórios – 3. As deficiências jurídicas – 4. A exigência de vínculo contratual – 5. A exigüidade dos prazos para reclamar – 6. A estreiteza do conceito de vício redibitório – 7. A exclusão da garantia de durabilidade – 8. A insuficiência das opções satisfativas – 9. A internalização dos custos sociais da atividade produtiva – 10. A disponibilidade da garantia – 11. A dificuldade de prova do vício – 12. A irrelevância da profissionalidade da vítima – 13. As deficiências fáticas – 14. Teoria dos vícios redibitórios x teoria da qualidade – 15. A teoria da qualidade e os seus dois aspectos – Quadro sinótico – Bibliografia.

1. Introdução: as duas órbitas da proteção ao consumidor

No direito do consumidor é possível enxergar duas *órbitas* distintas – embora não absolutamente excludentes – de preocupações.

A primeira centraliza suas atenções na garantia da *incolumidade físico-psíquica* do consumidor, protegendo sua saúde e segurança, ou seja, preservando sua vida e integridade contra os *acidentes de consumo* provocados pelos riscos de produtos e serviços. Esta órbita, pela natureza do bem jurídico tutelado, ganha destaque em relação à segunda.

Outro não é o ensinamento do grande jurista argentino Gabriel A. STIGLITZ: “A relação entre os direitos pessoais do consumidor e a atitude agressiva do empresário encontra sua mais delicada manifestação quando o interesse afetado resulta ser a saúde ou segurança do lesado” (*Protección jurídica del consumidor*, p. 23). No mesmo sentido manifesta-se Carlos Ferreira de ALMEIDA, brilhante professor da Faculdade de Direito de Lisboa, ao apontar que “as mais antigas medidas de proteção dos consumidores são aquelas que, ainda antes da vulgarização desta idéia como tal, são impostas por razões de saúde pública” (*Os direitos dos consumidores*, p. 49).

A segunda esfera de inquietação, diversamente, busca reger a *incolumidade econômica* do consumidor em face dos *incidentes* (e não *acidentes*!) de consumo capazes de atingir seu patrimônio. Não obstante em termos éticos a proteção da incolumidade físico-psíquica do consumidor seja prioritária, são os ataques a sua incolumidade econômica que mais aparecem no seu relacionamento com o fornecedor.

“O desprezo pelos interesses econômicos dos consumidores constitui a parte mais visível da sua desproteção. Os prejuízos materiais efectivos ou potenciais dos consumidores interferem em todos os momentos de contacto entre fornecedor e adquirente ou utente de bens ou serviços” (Carlos Ferreira de ALMEIDA, *Os direitos dos consumidores*, p. 71).

Em outras palavras: enquanto a primeira órbita afeta o corpo do consumidor, a outra atinge o seu bolso. Todavia, mesmo quando a atividade do fornecedor provoca danos à

incolumidade físico-psíquica do consumidor, reflexamente está atingindo igualmente sua incolumidade econômica, ocasionando diminuição de seu patrimônio. Portanto, na identificação do tipo de esfera – e do regime jurídico – atacada pela atividade do fornecedor, não deve o intérprete buscar um traço exclusivo, e sim o *preponderante*.

Exemplo típico de conduta que incomoda preponderantemente a incolumidade físico-psíquica do consumidor é a colocação no mercado de bens de consumo (produtos e serviços) defeituosos capazes de causar acidentes. Além de afligir a órbita da segurança do consumidor, tal atividade traz também um invólucro econômico. O consumidor que, em claro atentado a sua incolumidade físico-psíquica, perde um braço em um acidente automobilístico, em decorrência de um defeito de fabricação, é afetado, igualmente, na sua esfera econômica (incapacidade para o trabalho, despesas hospitalares, conserto do veículo).

Situação diversa é aquela em que o consumidor é lesado por uma cláusula contratual abusiva ou por uma publicidade enganosa. Aí ganha destaque a violação de sua órbita econômica, posto que os eventuais prejuízos concentram-se no plano eminentemente patrimonial, não atingindo sua incolumidade físico-psíquica.

Como uma das conseqüências da identificação dessas duas órbitas de tutela, pode-se afirmar que os bens de consumo (produtos e serviços) lançados no mercado causam dois tipos básicos de prejuízos ao consumidor.

Primeiro, observa-se uma depreciação do próprio bem em razão de um vício que atinge sua utilidade *intrínseca*. O direito tradicional resolve tais casos como uma execução defeituosa do contrato, utilizando-se, fundamentalmente, da teoria dos vícios redibitórios (Capítulo VII).

Em segundo lugar, com a revolução industrial e com o surgimento da sociedade de consumo – ambiente de progresso tecnológico com diversidade de produtos e serviços complexos –, torna-se demasiadamente comum um outro tipo de dano, decorrente não mais de uma *depreciação* do bem, mas provocado pelo *próprio bem* em si considerado.

São os acidentes de consumo, prejuízos *extrínsecos* ao bem (mas que podem alcançar também o próprio produto ou serviço), atingindo outros bens de consumo ou mesmo a incolumidade físico-psíquica de consumidores (Capítulo VI). Citemos, como exemplo, os casos trágicos da talidomida e do talco morhange, entre tantos outros acidentes de consumo. No direito tradicional, para estes a resposta não seria a teoria dos vícios redibitórios.

A proteção do consumidor, reconhecendo as duas órbitas acima mencionadas, há que buscar uma *nova formulação*, uma vez que o sistema das garantias clássicas tem se mostrado ineficiente ao responder aos desafios da sociedade de consumo.

De qualquer maneira, para que cheguemos a esse sistema moderno, temos de analisar, embora sucintamente, as suas origens e desenvolvimento. Vale a pena, por conseguinte, verificar como a teoria dos vícios redibitórios, em matéria de qualidade e quantidade de produtos ou serviços, vem servindo (ou não servindo) à tutela do consumidor.

2. A proteção do consumidor no direito tradicional através da teoria dos vícios redibitórios

O consumidor é um sujeito de batismo jurídico recente. Logo, qualquer esforço no sentido de buscar sua proteção no direito tradicional – tutelado como consumidor

e atuando *ex proprio jure* – será em vão. Isso não quer dizer que o consumidor, antes do surgimento do direito do consumidor, estivesse totalmente desamparado.

Dispositivos legais múltiplos o protegiam, em especial na condição de comprador. É nesse contexto que se inserem as garantias contra a evicção e contra os vícios redibitórios, como consequência da obrigação de entrega.

De qualquer maneira, como facilmente se percebe, todas essas garantias surgiram e ganharam forma em um ambiente muito diferente daquele que caracteriza a sociedade de consumo. Assim, em particular a garantia contra os vícios redibitórios só de modo muito ineficiente pôde ser usada como instrumento de *defesa real* pelo consumidor.

Realmente, um sistema cristalizado em 1804, com o Código Napoleônico, e que permaneceu praticamente inalterado durante quase dois séculos, não poderia dar resposta apropriada às necessidades de um mundo radicalmente transformado. Em tal situação de desconformidade entre a realidade econômico-social e as respostas jurídicas, o máximo que o consumidor poderia almejar seria uma proteção “imperfeita” (Jean CALAIS-AULOY, *Droit de la consommation*, p. 223), fruto mais de uma adaptação forçada do que propriamente de uma modernização sistemática do tema. E, por ser imperfeita, também recheada de injustiças.

Poderíamos dissertar longamente sobre as inconveniências da teoria dos vícios redibitórios para a tutela do consumidor, em um contexto de produção e consumo em massa. Limitemo-nos, entretanto, a listar algumas delas, lembrando que umas são *jurídicas*, enquanto outras são *fáticas*.

3. As deficiências jurídicas

O surgimento da sociedade industrial, com sua produção em massa (e também comercialização e consumo em massa), criou um ambiente inóspito para a utilização das garantias clássicas contra os vícios redibitórios.

É certo que os tribunais buscaram os mais variados artifícios como forma de superar os limites restritos da garantia. A situação do consumidor não melhorou. A incerteza, própria de uma jurisprudência não pacificada, fez com que o consumidor só raramente levasse sua insatisfação às vias judiciais.

4. A exigência de vínculo contratual

Quando falamos em vício redibitório, a primeira idéia que surge à mente é a de um contrato comutativo unindo a vítima e o responsável pela reparação. Não há dúvida que o vício redibitório é instituto decididamente atado à realidade contratual.

O instituto mostra-se, portanto, incapaz de reger todas aquelas situações em que a vítima não consegue demonstrar a existência de um vínculo contratual com o sujeito que diz ser responsável pelo dano que sofreu. Há aí uma *dupla* deficiência pelo prisma da tutela do consumidor.

A garantia contra os vícios redibitórios, pelo menos como princípio, não pode ser utilizada contra o fabricante, mesmo que o consumidor esteja alegando um simples vício de qualidade por inadequação. Por exemplo, um ferro elétrico que nada passa. Se o caso for um de acidente de consumo (vício de qualidade por insegurança), a posição do consumidor

se torna mais difícil ainda. Pouco se pode fazer quando, no caso de acidente de consumo, a vítima é um estranho total – um pedestre, por exemplo – à relação contratual.

Ou seja, a teoria dos vícios redibitórios, nos seus moldes tradicionais, queda-se alheia à matéria dos acidentes de consumo, seja porque a vítima, freqüentemente, não tem qualquer vínculo contratual com quaisquer dos fornecedores (é um simples *bystander*), seja porque, se o tem, não o é com o fabricante, mas sim com o distribuidor.

Isso se dá em parte porque o instituto não consegue distinguir claramente as duas esferas da proteção do consumidor (a econômica e a físico-psíquica), criando para esta um regime próprio e mais rigoroso (inclusive com um conceito mais amplo de consumidor). Ou seja, não acolhe com facilidade a chamada garantia de segurança, inerente à proteção eficiente da órbita físico-psíquica do consumidor.

5. A exigüidade dos prazos para reclamar

É notório que os prazos para exercício da garantia são extremamente exíguos. São fatais e impiedosos com o consumidor comum que, em regra, os ignora por inteiro (Capítulo VII).

Os abusos praticados contra os consumidores, em decorrência da exigüidade do prazo (fato este conhecido pelos fornecedores e, de regra, desconhecido pelo consumidor), são os mais distintos. Uma das práticas corriqueiras, particularmente no mercado brasileiro, é “cozinhar”, no próprio estabelecimento comercial, o consumidor que reclama, levando-o a crer que seu problema será resolvido. Sua reclamação é passada, sucessivamente, do vendedor para o gerente, deste para o diretor e, finalmente, para o departamento jurídico. Quando o consumidor resolve reclamar para um órgão oficial, seu prazo já foi ultrapassado.

6. A estreiteza do conceito de vício redibitório

Conforme já ponderamos, ao analisar o requisito contratual, o instituto dos vícios redibitórios não consegue recepcionar todas as modalidades de vícios de qualidade. Nem no Brasil, nem em outros países do *civil law*. É esta a razão pela qual, mesmo antes da maturidade do direito do consumidor, doutrina e jurisprudência estrangeiras já se manifestavam no sentido da ampliação da formulação acanhada da teoria e propunham sua substituição por uma mais ampla: a noção de *vício funcional*, isto é, qualquer desconformidade que impeça ou limite a função para a qual o bem é destinado (Thierry BOURGOIGNIE, *Eléments pour une théorie du droit de la consommation*, p. 290).

Já vimos que as dificuldades são enormes em relação aos vícios de qualidade por insegurança (acidentes de consumo). Mas, mesmo em sede de vício de qualidade por inadequação, área por excelência da garantia, ainda assim em seu conceito clássico não cabem certas modalidades de desconformidade dos bens, decorrentes da massificação e complexidade do mercado. Vejam-se os casos de vícios de “somenos importância”, como aqueles referentes à cor, ao paladar, a detalhes de produtos e serviços. São irregularidades que não satisfazem o requisito da “gravidade do vício”, imprescindível à acolhida da garantia.

De fato, uma interpretação estrita da garantia exclui qualquer proteção para o consumidor em relação aos vícios menores – tão comuns no mercado de produção massificada –,

uma vez que sua autoridade inclui somente os vícios graves. Há como que uma incompatibilidade entre a desconformidade de somenos importância e a aplicação da garantia. É mais: a situação do consumidor piora caso pretenda usar a garantia quando o produto, embora não apresentando propriamente um vício, seja de qualidade inferior. Ademais, como melhor analisaremos abaixo, a durabilidade – elemento basilar na avaliação que os consumidores fazem daquilo que adquirem – não é, de maneira alguma, considerada.

Finalmente, a garantia não incorpora os vícios de quantidade.

7. A exclusão da garantia de durabilidade

Por mais que os tribunais dilatam o ventre da teoria dos vícios redibitórios, não se consegue dar abrigo à garantia de durabilidade. De fato, a pouca durabilidade de um bem nem sempre decorre de um vício (na acepção da doutrina clássica). A durabilidade, na sociedade de consumo, tem muito mais a ver com o processo decisório de *marketing*. Não são poucas as vezes em que o fornecedor pretende, efetivamente, criar produtos e serviços com pouca durabilidade sem, contudo, informar o consumidor adequadamente.

Já não é novidade o fenômeno da *obsolescência planejada*. O consumidor é induzido a adquirir um produto ou serviço que, em pouco tempo, será considerado obsoleto, seja porque sua utilidade decai rapidamente, seja porque o fornecedor, intencionalmente, deixou de lhe dar certas características que já conhecia, apenas para lançar um “novo” produto em seguida. E o consumidor queda-se completamente alheio a todo esse processo, embora pagando, por inteiro, seus custos.

A durabilidade, apesar de não presente entre as preocupações da teoria dos vícios redibitórios, é um dos princípios que deve orientar o trabalho do aplicador do Código (art. 4.º, II, *d*). É que a teoria da qualidade, funcionando como verdadeira garantia de qualidade, ao lado da adequação e da segurança, também abarca uma garantia de “durée raisonnable”, conforme assevera Nicole L'HEUREUX, ao analisar a legislação de Québec 23 e 24 (*Droit de la consommation*, p. 45).

8. A insuficiência das opções satisfativas

É patente a avareza de soluções que a teoria dos vícios redibitórios abre para o consumidor afetado (a redibição do contrato e a diminuição proporcional do preço).

Na sociedade de consumo, veloz e mutável por excelência, o que menos interessa ao consumidor, amiúde, é receber de volta o preço, posto que a mesma quantia não mais é suficiente para a aquisição do mesmo produto ou serviço. Outrossim, a diminuição do preço também pode não lhe satisfazer, pois significa ter de manter um bem em desacordo com sua legítima expectativa. Em verdade, a melhor solução para o consumidor – uma vez que já pagou o preço – é tão apenas receber o bem em perfeitas condições de uso, seja através de reparo, seja mediante a entrega de um outro. É exatamente esta solução não é facultada pela teoria dos vícios redibitórios.

9. A internalização dos custos sociais da atividade produtiva

Também é notório o desconhecimento, no sistema dos vícios redibitórios, da questão econômica afeita à idéia de reparação do consumidor (a *internalização* dos custos sociais

da produção). Em conseqüência, vale a regra de que – afora as duas soluções apontadas no item anterior – a indenização das perdas e danos do consumidor só é devida quando o fornecedor estiver de má-fé.

Ora, não é o consumidor, individualmente considerado (nem, tampouco, só o vendedor-direto), que deve suportar os custos sociais da produção em massa. São prejuízos que necessitam de uma repartição entre *todos* os outros sujeitos do mercado. E só os fornecedores, particularmente o fabricante, têm condições de pulverizá-los, indenizando o consumidor-vítima e incorporando no produto ou serviço o valor pago.

A proteção do consumidor, nessa área da qualidade, não é uma questão de boa ou má-fé. É antes uma exigência de equidade.

10. A disponibilidade da garantia

As normas que regem os vícios redibitórios têm caráter de disposição absoluta, podendo, a qualquer momento, ser afastadas pela vontade das partes, ou, como ocorre freqüentemente, por imposição do fornecedor, que é a parte mais forte.

Situação inversa é aquela introduzida pelo Código de Defesa do Consumidor, onde todos os dispositivos são de *ordem pública e interesse social* (art. 1.º), proibindo-se, totalmente, qualquer cláusula contratual que *impossibilite, exonere ou atenuie a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou implique renúncia ou disposição de direitos* (art. 51, I). Finalmente, mais especificamente, veda-se “a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenuie a obrigação de indenizar” nos casos de vícios de qualidade ou de quantidade (art. 25, *caput*).

11. A dificuldade de prova do vício

É enorme a dificuldade que tem o consumidor de provar que o vício do bem existia à época de seu fornecimento. Há aí uma quase impossibilidade. Mesmo que o produto pare de funcionar imediatamente após seu fornecimento, ainda assim o consumidor tem de juntar prova suficiente de que o vício não é superveniente à aquisição.

Outra questão difícil, já não mais se referindo ao momento do surgimento do vício, tem a ver com a prova do próprio vício. O consumidor, freqüentemente, não tem condições de provar que o dano que sofreu foi causado por uma desconformidade. Mencione-se, só como exemplo, o caso em que o produto seja destruído no acidente de consumo. Daí que, modernamente, reclama-se uma inversão do ônus da prova do defeito em si, como, também, de sua anterioridade.

12. A irrelevância da profissionalidade da vítima

O vício redibitório é um instituto que não distingue suficientemente o comprador-consumidor do comprador-profissional, como se fosse possível protegê-los de maneira idêntica.

O comprador-profissional está em uma situação privilegiada em relação ao comprador-consumidor. Sem ir muito longe, lembre-se somente que a questão da aparência do vício tem muito mais a ver com o profissional do que com o consumidor comum, muito

menos cauteloso e destituído de qualquer conhecimento mais aprofundado sobre o bem e sobre o próprio funcionamento do mercado.

Com efeito, toda a sistemática dos vícios redibitórios, entre outras razões, por ter um único peso para dois sujeitos distintos, falha enormemente na proteção do consumidor. E uma consulta rápida à jurisprudência brasileira demonstra que, dos casos levados aos tribunais, a grande maioria não se refere ao consumidor individual.

E, infelizmente, o caminho adotado pelo Código de Defesa do Consumidor, com um conceito amplo de consumidor (art. 2.º), não progride suficientemente na superação desse problema.

13. As deficiências fáticas

Ao lado das deficiências *jurídicas* do instituto dos vícios redibitórios, algumas de ordem *fática* podem ser ajuntadas (Jean CALAIS-AULOY, *Droit de la consommation*, p. 225).

Ambas as classes de deficiências são responsáveis pelo funcionamento imperfeito da garantia dos vícios redibitórios na proteção do consumidor e no regramento do fenômeno do consumo em massa.

Em primeiro lugar, o consumidor, quase sempre, ignora por completo a existência da garantia legal. Não se trata, como abordamos acima, de mera incerteza quanto à duração do prazo. O consumidor, aqui, simplesmente desconhece a própria garantia. Por isso mesmo, ausente uma garantia expressa (reconhecível mais facilmente), imagina ele que o bem de consumo está a descoberto de qualquer garantia.

Desconhecendo a garantia, não se anima a reclamá-la. Com isso há um enriquecimento sem causa do fornecedor.

Mesmo que o consumidor esteja a par da existência da garantia legal e de seu prazo, recusando-se o fornecedor a cumpri-la, não lhe restará outra opção a não ser a via judicial, ou melhor, a *via crucis*, com enormes custos, econômicos e psicológicos.

O cotidiano revela que o consumidor não quer, como não pode, suportar esse ônus, enquanto o fornecedor não só pode, como também está disposto a enfrentá-lo. No Brasil, em particular, o consumidor, reiteradamente, depara com um fornecedor pronto para mandá-lo “buscar seus direitos”. E ele, compreensivelmente, sem recursos e inseguro acerca de seus direitos, não vai.

14. Teoria dos vícios redibitórios x teoria da qualidade

Da insatisfação com a garantia contra os vícios redibitórios surge a necessidade de reformulação do sistema vigente, projetando-se um outro, mais moderno e em melhor sintonia com a sociedade de consumo, que se proponha a reger a qualidade (e também a quantidade), como conceito amplo, de produtos e serviços. Por isso mesmo, na base deste novo sistema está aquilo que denominamos *teoria da qualidade*, complementada por algo mais, um apêndice, que chamaríamos de *teoria da quantidade*.

A teoria da qualidade não derruba a teoria dos vícios redibitórios. Ao revés, trata-se de uma *releitura* das garantias tradicionais sob o prisma da produção, comercialização e consumo em massa. Busca-se com ela dar, pelo menos no plano teórico, *unicidade de fundamento* à responsabilidade civil do fornecedor em relação aos consumidores (Thierry

BOURGOIGNIE, *Eléments pour une théorie du droit de la consommation*, p. 298). Nada mais de discussões estereis – e prejudiciais à proteção do consumidor – entre responsabilidade contratual e extracontratual. Tudo passa a ser mera decorrência de um dever de qualidade e quantidade.

Realmente, a formulação de uma *teoria da qualidade* decorre de uma tentativa de adaptar o sistema tradicional das garantias contra a evicção e contra os vícios redibitórios à realidade da sociedade de consumo, ambiente de produção e comercialização em massa. O consumidor, decididamente, por mais que se esforce a doutrina e a jurisprudência, não pode ser tutelado adequadamente no âmbito do Código Civil. A teoria da qualidade, assim, representa um avanço em simplicidade e tecnicidade, dispensando, em tema de vícios redibitórios, a criação de esquemas teóricos complexos – pouco compatíveis com os princípios tradicionais do Código Civil – como via de favorecimento do consumidor (Jean CALAIS-AULOY, *Droit de la consommation*, p. 223).

Abstraindo-se a garantia contra a evicção, os bens de consumo, no direito do consumidor, devem estar cobertos por dois tipos de garantias básicas: contra os *vícios de qualidade* e contra os *vícios de quantidade*.

Os vícios de qualidade bifurcam-se em duas categorias. A primeira delas, que tem a ver precipuamente com a tutela da incolumidade físico-psíquica do consumidor, chamaremos de *vícios de qualidade por insegurança*. É sob tal prisma que examinaremos os acidentes de consumo. A segunda categoria denominaremos *vícios de qualidade por inadequação*. Tem ela a ver, por um lado, com o *desempenho* dos produtos e serviços, ou seja, com o cumprimento de sua finalidade em acordo com a expectativa legítima do consumidor. De outro lado, manifesta-se com um caráter de *durabilidade*, isto é, a garantia de que o produto ou serviço não perderá, total ou parcialmente, de forma prematura, sua utilidade, também em sintonia com a expectativa legítima do consumidor.

No pórtico do Código, a inexistência de vícios de qualidade por insegurança, como valor primordial no mercado de consumo, é tida como direito básico do consumidor (art. 6.º, I). Já a garantia do consumidor contra os vícios de qualidade por inadequação (desempenho e durabilidade) foi acolhida como princípio informativo da “Política Nacional das Relações de Consumo” (art. 4.º, II, *d*), não obstante a imprecisão de colocar, no mesmo patamar, como se fossem espécies de um conjunto, a qualidade, a segurança, a durabilidade e o desempenho.

Em face das características da empresa moderna, dos riscos que assume, da complexidade e velocidade de desenvolvimento e produção de novos bens de consumo e da vulnerabilidade do consumidor (art. 4.º, I), realmente não mais se justifica o tratamento antiquado e brando trazido pela garantia contra os vícios redibitórios.

Por conseguinte, é com base nesta sistematização do que denominamos vícios de qualidade que se impõe a formulação de uma *teoria da qualidade*, como forma de dar um tratamento moderno, mais rigoroso e eficiente – pelo prisma do consumidor – à teoria dos vícios redibitórios.

A teoria da qualidade, conforme a imaginamos no contexto do direito do consumidor, rompe, como sistema novo – e autônomo – com alguns dos aspectos dos vícios redibitórios.

Em primeiro lugar, salta aos olhos a feição de ordem pública dos direitos decorrentes das teorias da qualidade e da quantidade, tanto em países estrangeiros, como no Código de Defesa do Consumidor (arts. 1.º, 24, 25, *caput*, e 51, I).

Ademais, não mais se exige que o vício seja oculto. Sua cobertura se estende até mesmo aos vícios aparentes (art. 26, *caput*). Isso porque é um dos fundamentos da teoria a evolução do princípio do *dever de informar-se*, a cargo do consumidor, para a máxima do *dever de informar*, como encargo inafastável do fornecedor. Ou seja, o dever de informar-se transforma-se no dever de informar, não cabendo a garantia, contudo, quando o consumidor conhece *cabalmente* a desconformidade (“vendas de saldos de produtos com pequenas imperfeições”, por exemplo).

Finalmente, é dispensável a gravidade do vício. Afinal, não é esta que cria a insatisfação do consumidor. É a própria existência do vício, pequeno ou grande, que macula a expectativa legítima do consumidor (Capítulo VII).

15. A teoria da qualidade e os seus dois aspectos

A teoria da qualidade forma-se com os olhos voltados para o instituto da responsabilidade do fornecedor: civil, administrativa e penal. De nada adiantaria criar-se um dever de qualidade se o seu desrespeito não trouxesse conseqüências para o violador. Tanto no direito administrativo como no direito penal, a teoria da qualidade apresenta um colorido predominantemente repressivo. Já pelo prisma da responsabilidade civil, o tom principal é dado pela reparação, elemento essencial para o consumidor lesado. É em tal sede, portanto, que a questão da qualidade ganha enorme importância econômica.

A dicotomia clássica entre responsabilidade civil contratual e responsabilidade civil extracontratual não se mostrou apta, nos próprios limites da *summa divisio*, a proteger adequadamente o consumidor. Inimaginável seria o desenvolvimento do direito do consumidor sem uma modificação profunda nas bases e sistematização da responsabilidade civil. E qualquer alteração passa, necessariamente, por uma releitura da questão da *qualidade*, advindo daí a importância da construção de uma teoria da qualidade.

Como reflexo do desmembramento, em duas esferas, com que idealizamos o direito do consumidor, a *teoria da qualidade* – nos termos da formulação que propomos – comporta dois aspectos distintos: a *proteção do patrimônio do consumidor* (com o tratamento dos vícios de qualidade por inadequação) e a *proteção da saúde do consumidor* (com o tratamento dos vícios de qualidade por insegurança). Logo, a teoria da qualidade tem um pé na órbita da tutela da incolumidade físico-psíquica do consumidor e outro na tutela de sua incolumidade econômica.

Na noção de vício de qualidade por inadequação o elemento básico é a carência – total ou parcial – de aptidão ou idoneidade do produto ou serviço para a realização do fim a que é destinado. Distintamente, no vício de qualidade por insegurança o dado essencial é a carência de segurança do produto ou serviço, isto é, a sua capacidade para provocar danos à saúde do consumidor.

O Código de Defesa do Consumidor brasileiro adotou essa perspectiva dicotômica da teoria da qualidade, embora, ressalte-se, misturando conceitos e noções. Acrescentou-se, é certo, o elemento quantitativo, que, particularmente como decorrência do regramento que lhe deu o legislador, devemos tratar separadamente, através de uma teoria da quantidade. De qualquer modo, em matéria de qualidade, observe-se que a proteção da saúde do consumidor (normas de prevenção e normas de “responsabilidade pelo fato do produto e do serviço”) e a proteção do patrimônio do consumidor (“responsabilidade

por vício do produto e do serviço”) estão perfeitamente separadas, aquela nos arts. 8.º a 17 e esta nos arts. 18 a 25.

A terminologia *vício de qualidade por insegurança* e *vício de qualidade por inadequação* raramente aparece no Código. No art. 23, por sugestão minha, mencionam-se, expressamente, os vícios de qualidade por inadequação. Em um dos artigos da tutela administrativa, a Comissão, mais uma vez aceitando ponderação minha, adotou, integralmente, tal nomenclatura (art. 58).

O direito clássico desconhecia a distinção que ora propomos entre vícios de qualidade por inadequação e vícios de qualidade por insegurança. Por isso mesmo, tratava a questão da segurança como uma *vertente acessória* da problemática da adequação dos produtos ou serviços. Cabe, conseqüentemente, ao direito do consumidor apartar os dois conceitos, elevando a preocupação com a segurança a um *fim em si mesmo* e, certamente, o mais importante dos fins.

A teoria dos vícios de qualidade por insegurança tem objetivos diferenciados da teoria dos vícios de qualidade por inadequação: “Aquela visa proteger a integridade pessoal do consumidor e dos seus bens; esta o interesse (da equivalência entre a prestação e a contra-prestação) subjacente ao cumprimento perfeito” (João Calvão da SILVA, *Responsabilidade civil do produtor*, p 635).

A noção de vício de qualidade por insegurança relaciona-se diretamente com a de acidente de consumo. Não podemos esquecer, porém, que, em diversos casos, o mesmo produto ou serviço, ao apresentar um vício de qualidade por inadequação (vício redibitório no direito tradicional), também traz consigo um vício de qualidade por insegurança, ou vice-versa. Todavia, enquanto a adequação dos produtos e serviços é uma *condição positiva* imposta ao fornecedor (o consumidor tem uma expectativa afirmativa de adequação), o respeito da segurança do consumidor ocorre como uma *condição negativa* da produção e comercialização no mercado de consumo (o consumidor tem uma expectativa negativa de insegurança).

O Código de Defesa do Consumidor criou *três regimes jurídicos diversos*, embora nem antagônicos, nem excludentes: um para os vícios de qualidade por insegurança, outro para os vícios de qualidade por inadequação e um último para os vícios de quantidade. Os regimes jurídicos divergem não apenas na sua feição formal (com regramentos próprios no Código), mas também quanto à extensão e o fundamento do dever de indenizar (distinção esta mínima quando cotejados os vícios de quantidade e os de qualidade por inadequação). Na medida em que os vícios de qualidade por insegurança dizem respeito à saúde do consumidor, o regime jurídico da responsabilidade civil é mais *rígido* para eles do que para os vícios de qualidade por inadequação.

Observe-se, em primeiro lugar, que o universo dos sujeitos protegidos contra os vícios de qualidade por insegurança é mais *amplo* que aquele tutelado contra os vícios de quantidade e os de qualidade por inadequação (Jean CALAIS-AULOY, *Droit de la consommation*, p. 242). O direito do consumidor, no que se refere aos acidentes de consumo, confere proteção a *qualquer pessoa*, pouco importando tenha ela adquirido pessoalmente o produto ou serviço ou, ao contrário, seja um simples transeunte vítima do mesmo defeito. Assim, tanto o consumidor que compra um automóvel defeituoso como o pedestre

que vem a ser atingido em decorrência do defeito podem beneficiar-se do mesmo regime jurídico de responsabilidade civil.

Ademais, o rol dos responsáveis pelos danos decorrentes de vícios de qualidade por insegurança (o fabricante, o construtor, o produtor e o importador) é menor que aquele dos obrigados a reparar os vícios de quantidade e os de qualidade por inadequação (todos os fornecedores).

Outrossim, os limites temporais da responsabilidade civil são distintos, quer se trate de vícios de qualidade por insegurança (prescrição), quer se cuide de vícios de quantidade e de qualidade por inadequação (decadência). Do mesmo modo, já no plano processual, os vícios de qualidade por insegurança dão ensejo a uma prestação jurisdicional diferenciada (art. 102), que lhe é exclusiva. Finalmente, o regramento penal dos vícios de qualidade por insegurança (arts. 63, 64 e 65) é muito mais abrangente que aquele conferido aos vícios de qualidade por inadequação (art. 70), conforme explicado no Capítulo XIII.

QUADRO SINÓTICO

DUAS ÓRBITAS DE PROTEÇÃO NO CDC	{	Incolumidade físico-psíquica Incolumidade econômica
DEFICIÊNCIAS DA PROTEÇÃO TRADICIONAL (CÓDIGO CIVIL)	{	Exigência de vínculo contratual Exigüidade dos prazos para reclamar Conceito restrito de vício Exclusão de durabilidade Disponibilidade da garantia Dificuldade da prova do vício
TEORIA DA QUALIDADE	{	Vícios de qualidade por inadequação Vícios de qualidade por insegurança

BIBLIOGRAFIA

- ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Os direitos dos consumidores*. Coimbra: Almedina, 1982; BOURGOIGNIE, Thierry. *Éléments pour une théorie du droit de la consommation*. Bruxelles: Story-Scientia, 1988; CALAIS-AULOY, Jean. *Droit de la consommation*. Paris: Dalloz, 1985; L'HEUREUX, Nicole. *Droit de la consommation*. Montreal: Wilson & Lafleur Itée, 1986; FROTA, Mário. Palestra. Federação do Comércio de São Paulo, *Cadernos de Problemas Brasileiros*, n. 282, p. 27, nov.-dez. 1990 (encarte especial); SILVA, João Calvão da. *Responsabilidade civil do produtor*. Tese de doutorado, Coimbra, 1990; STIGLITZ, Gabriel A. *Protección jurídica del consumidor*. Buenos Aires: Depalma, 1990.