

O DIREITO DE TROCA DE PRODUTOS SEM VÍCIOS: A INSTITUCIONALIZAÇÃO DE UM COSTUME

ANDRÉA CARVALHO DE BRITO

Resumo: O presente artigo pretende abordar, à luz do Código de Defesa do Consumidor, o direito de troca assegurado ao consumidor, ainda que os produtos não contenham vícios. Para tanto, faz-se imprescindível a abordagem acerca da institucionalização dos costumes no processo de consolidação desta prerrogativa. Palavras-chave: Direito de troca. Código de Defesa do Consumidor. Costume.

Andréa Carvalho de Brito é Advogada. Mestre em Direito Privado (UFBA). Especialista em Direito Civil e Direito do Consumidor (JusPodivm). Professora de Direito Civil, Direito do Consumidor e de Metodologia da Faculdade Baiana de Ciências (FABAC), da Faculdade Maurício de Nassau (FMN) e da Faculdade Metropolitana de Camaçari (FAMEC).

I INTRODUÇÃO

As trocas de produtos revelam uma prática bastante comum na vida moderna, inclusive por se constituir uma forma constante e segura de circulação de riquezas, fator incontestavelmente necessário ao comércio. No caso de produtos adquiridos com vícios (aparentes ou ocultos), as trocas são regulamentadas pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor, segundo as regras e prazos previstos em seu conteúdo. Doutro modo, já no que se refere à troca de produtos sem vícios, inexistente obrigatoriedade legal para efetivação da troca de produtos perfeitos quanto à qualidade, bem como quanto à quantidade.

Indaga-se, nessa linha, qual seria o fundamento para permissão desta prática, que é rotineira neste país. De fato, a troca de produtos sem vícios surgem, contemporaneamente, com a mesma expressividade com que ocorrem as trocas legalmente previstas.

Nesse sentido, é válida a identificação do costume na influência direta das trocas praticadas pelos lojistas. Assim, a análise conceitual e classificativa desta importante fonte do direito vêm coadunar perfeitamente com a necessidade de compreensão acerca das condições de trocas de produtos oferecidas pelo CDC.

Prioriza-se, neste espaço, o estudo sob este enfoque levando em conta sua incomensurável importância social, por ser relevante toda e qualquer abordagem que se volte às necessidades do consumidor em sentido amplo. Não é a toa que o presente trabalho pretende surgir com a intenção de esclarecer os pontos controversos da matéria, com vistas a contribuir com a pesquisa e proporcionar maior segurança jurídica nas relações de consumo.

2 OS COSTUMES E A TEORIA GERAL DO DIREITO

Historicamente, o uso dos costumes como fonte do direito advém das sociedades primitivas, nas quais tanto as leis como os códigos eram considerados expressões da vontade divina, que eram reveladas aos chefes religiosos (que atuavam como legisladores).

Refletia-se, nesse contexto, uma fatídica época em que a força era imposta através da repetição incessante dos costumes (WOLKMER, 2005)¹.

Acerca disso, vale o destaque de Miguel Reale, que afirma que “no período do direito costumeiro primitivo, a lei não se distinguia do costume, sendo esta, a lei escrita, apenas reveladora dos usos e costumes de um povo” (REALE, 2003, p.144-145).

De fato, não há que se generalizar a causa da criação do costume, afinal, a simples repetição de condutas e comportamentos não estabelece um costume. Para que isto ocorra, este deverá estar respaldado no argumento da obrigatoriedade caracterizada pelos elementos objetivo e subjetivo, que representam, respectivamente, o uso continuado no tempo, e a convicção da obrigatoriedade institucionalizada (*opinio necessitatis*) (FERRAZ JUNIOR, 2003).

Conceitualmente, por costume, pode-se entender, de acordo com Maria Helena Diniz (2005, p.310), que se trata de “uma norma que deriva da longa prática uniforme ou da geral e constante repetição de um dado comportamento sob a convicção de que corresponde a uma necessidade jurídica”. Assim, é possível afirmar que a necessidade jurídica revela-se verdadeiramente essencial ao estabelecimento do costume como fonte do direito.

Na visão de Paulo Nader (2004, p.150), o Direito costumeiro “pode ser definido como um conjunto de normas de conduta social, criadas espontaneamente pelo povo, através do uso reiterado, uniforme e que gera certeza de obrigatoriedade, reconhecidas e impostas pelo Estado”. Em verdade, nada poderia ser mais claro do que a característica da obrigatoriedade, que se soma à repetição de certo comportamento para configuração do direito costumeiro.

¹ Sobre o assunto, registre-se: “mas este momento inicial de um direito sagrado ritualizado, expressão das divindades, desenvolve-se na direção de praticas normativas consuetudinárias. Certamente que ainda não se trata de um direito escrito, porém de um conjunto disperso de usos, praticas e costume, reiterados por um longo período de tempo e publicamente aceitos. E a época do direito consuetudinário, largo período em que não se conheceu a invenção da escrita, em que uma casta, ou aristocracia [...]” (WOLKMER, 2005, p.4).

2.1 O Costume como Fonte do Direito

É Miguel Reale quem melhor traceja o conceito de fonte do direito (2003, p.140): “os processos ou meios em virtude dos quais as regras jurídicas se positivam com legítima força obrigatória, isto é, com vigência e eficácia no contexto de uma estrutura normativa”. Assim, ao se considerar toda norma costumeira como norma-origem, nada mais razoável do que considerá-la dotada de validade e eficácia, requisitos necessários para sua efetiva institucionalização.

Na elucidativa explicação de Tércio Sampaio Ferraz Junior (2003), a validade da norma revela-se pela imperatividade do sistema jurídico, que se utiliza do costume como regra, condicionando a sua receptividade com base no prazo de validade deste, aliado ao uso reiterado e continuado de determinado comportamento.

No direito brasileiro, reconhece-se o valor dos costumes como fonte de direito no artigo 126 do Código de Processo Civil, *in verbis*:

O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.

Assim, resta clara a possibilidade de utilização dos costumes como fonte do direito, subsidiando o julgamento da lide em caso de lacuna ou obscuridade. Como se vê, o rol de fontes disponíveis ao magistrado alarga-se na medida em que o ordenamento afrouxa o positivismo exacerbado.

Na legislação trabalhista também é possível visualizar a aplicação do costume como fonte do direito, como é o caso do artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho:

As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas

sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

Já o costume como fonte do Direito Internacional também tem seu lugar na redação e na aplicação do artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, tal como se lê:

1. A corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará:
 - a) as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes;
 - b) O costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito [...].

Também é possível notar a presença e a aplicação do costume como fonte do direito no Código Civil brasileiro, qual seja, nos arts. 569, II e 196².

No que tange ao costume como fonte do direito, enxerga-se a possibilidade de sua utilização no direito do consumidor, especialmente no artigo 7 do CDC, *in verbis*:

Os direitos previstos neste Código 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.

Parágrafo único. Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo.

Evidencia-se, portanto, o costume como fonte de direito na seara consumerista, coadunando-se, por questão de bom senso, em total compatibilidade com o Código Civil de 2002 e com a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

² Esta previsão legal da utilização do costume, se dá na seara do direito das obrigações, que obriga o locatário a efetuar o pagamento do aluguel segundo o costume local. A segunda previsão relaciona-se com os contratos de prestação de serviços, quando a retribuição poderá ser fixada de acordo com o costume.

2.2 Espécie de Costume

Três são as espécies de costume, segundo as lições de Maria Helena Diniz (2005, p.312): *secundum legem*, *praeter legem* e *contra legem*.

Quanto à primeira espécie, costume *secundum legem*, Paulo Nader (2004, p.154) ensina que:

se caracteriza quando a prática social corresponde à Lei. Não seria uma prática social ganhando efetividade jurídica, mas a lei introduzindo novos padrões de comportamento à vida social e que são acatados efetivamente. É também denominado costume interpretativo, pois, expressando o sentido da lei, a prática social espontaneamente consagra um tipo de aplicação das normas.

Assim, o costume *secundum legem* encontra-se previsto em lei, que reconhece sua eficácia obrigatória. Nesse sentido, é válida a menção de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2007, p. 16), quando explicam o exemplo da “obrigação legal do locatário de pagar pontualmente o aluguel nos prazos ajustados, e, em falta de ajuste, segundo o costume do lugar”. Neste caso, o costume atua em conformidade com a previsão legal.

A segunda espécie de costume, *praeter legem*, ainda em consonância com Maria Helena Diniz (2005, p.313), verifica-se “quando se reveste de caráter supletivo, suprindo a lei nos casos omissos, preenchendo lacunas”³.

Por fim, no que se refere ao costume *contra legem*, segundo Paulo Nader (2004, p. 154), trata-se da “chamada *consuetudo abrogatoria*, que se caracteriza pelo fato de a prática social contrariar as normas de Direito escrito”. Ou seja, o costume *contra legem* se evidencia como aquele que se forma em sentido contrário ao da lei, a partir de uma discordância comportamental em relação a esta.

³ Sobre isso, é válida a lição de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, quando os mesmos afirmam que o costume *praeter legem* procura suprir a lei, em caso de eventuais omissões existentes (art. 4º da LICC). Segundo eles, “é o caso, por exemplo, da maior parte das práticas comerciais individuais, existente muito antes da sua disciplina formal em códigos” (2007, p.16).

Para ilustrar, destaque-se o exemplo disposto por Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2007, p.17), que assim sugerem:

Exemplo de típica hipótese de desuso encontramos no parágrafo único do art. 74 do CC-02 (parágrafo único do art. 34 do CC-16), que exige como prova da intenção de mudança do domicílio “o que declarar a pessoa às municipalidades dos lugares, que deixa, e para onde vai”. A referida “declaração”, prevista expressamente pelo texto de lei como prova da mudança, é, indiscutivelmente, um mandamento normativo írrito, sem aceitação social.

Em verdade, na pura e simples observação da conduta social, percebe-se que o costume *contra legem* deriva, sem resquícios de dúvida, da não aceitação da norma imposta, manifestada por seu desuso ou pela evolução natural da própria sociedade.

3 A RELAÇÃO DE CONSUMO

A proteção de consumidor com previsão na Constituição Federal de 1988 no artigo 5º, inciso XXXII, bem como no artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), assegura que a defesa do consumidor deverá ser promovida pelo Estado. Em verdade, se nota que Código de Defesa do Consumidor, promulgado em 1990 como a lei nº 8.078, surge como verdadeiro desejo da Constituição Federal⁴.

⁴ Remete-se a leitura, nesta oportunidade, ao título “Da Ordem Econômica e Financeira”, contido no capítulo I, Dos Princípios Gerais da Ordem Econômica, dispõem o artigo 170 da Constituição Federal: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I – soberania nacional; II – propriedade privada; III – função social da propriedade; IV – livre concorrência; V – defesa do consumidor; VI – redução das desigualdades regionais e sociais; VII – busca do pleno emprego; IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”.

O Código de Defesa do Consumidor encontra-se pautado em princípios norteadores, que não especificam a exata conduta a ser seguida, e se caracterizam pela generalidade, podendo incidir sobre uma gama de situações. Reconhece-se, assim, sua dimensão de importância na contemporaneidade.

Dentre os princípios norteadores do CDC, destaca-se o da boa-fé objetiva, considerado o mais importante da seara consumerista, por proporcionar a indicação dos valores éticos nos quais resta embasado o comportamento dos sujeitos de toda e qualquer relação jurídica. Segundo ele, quem contrata, pode contar e deve retribuir com cooperação, respeito e lealdade, dentre outros valores. Compreende-se, portanto, a boa-fé objetiva como um indicativo padrão de conduta exigível nas relações de consumo (CAVALIERI FILHO, 2010).

Na sequência, pelo princípio da vulnerabilidade, encontra-se o consumidor em posição de fragilidade em relação ao fornecedor. Trata-se de uma fragilidade real e concreta, por ser o fornecedor o verdadeiro detentor dos meios de produção, cabendo a ele a escolha sobre o que e quanto produzir. Nessa esteira, o consumidor deve optar pelo que está sendo oferecido no mercado, sempre levando em conta a superioridade econômica, jurídica e fática do fornecedor face ao consumidor (NUNES, 2009).

Nesse passo, anote-se que o princípio da equidade estabelece a busca pelo equilíbrio no caso concreto, tendo uma função integradora na qual busca suprir a lacuna da lei e autoriza ao juiz a solução do caso concreto com um julgamento justo sem que seja necessário criar uma norma, e também permitindo, de forma corretiva, que o juiz vá além da lei para garantir a aplicação do que seja justo (CAVALIERI FILHO, 2010).

Por último, ressalte-se a importância do princípio da segurança, que busca proteger os consumidores contra os riscos do consumo, pois a segurança deve ser assegurada a todos os sujeitos da cadeia de fornecedores, sendo fundamental o cuidado e zelo ao colocar produtos e serviços no mercado de consumo (MARCQUES, 2010).

São elementos da relação de consumo: o consumidor, presumido absolutamente vulnerável segundo os princípios básicos do CDC; o fornecedor, detentor da força de produção e distribuição; e os produtos e serviços, elementos objetivos que integram o vínculo visualizado na relação consumeirista.

O conceito de consumidor vem disciplinado no artigo 2º do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, tal como se lê:

Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo⁵.

O conceito de fornecedor tem lugar no art. 3º do CDC, tal como se vê:

Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

5 Cabe nesta oportunidade, em caráter complementar, trazer à baila o artigo 6º do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, que dispõe sobre os direitos básicos do consumidor: Art. 6º São direitos básicos do consumidor: I – a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos; II – a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações; III – a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; IV – a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços; V – a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas; VI – a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos; VII – o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção jurídica administrativa e técnica aos necessitados; VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências; IX – (vetado); X – a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.

Compreende, da leitura pura e simples desse *caput*, a extensão deste conceito, deflagrado notadamente em atenção à proteção do consumidor, inclusive no instante de abrangência do conceito de fornecedor, fator que facilita a submissão do fornecedor às regras protetivas do CDC.

Nessa oportunidade, interessante é a colocação de José Geraldo Brito Filomeno (2007, p. 23), no que se refere à estrutura subjetiva da relação de consumo, concluindo o seguinte:

1. envolve basicamente duas partes bem definidas: de um lado o adquirente de um produto ou serviço (consumidor; de outro o fornecedor ou vendedor de um serviço (produtor/fornecedor);
2. destina-se à satisfação de uma necessidade privada do consumidor;
3. o consumidor, não dispondo, por si só, de controle sobre a produção de bens de consumo ou prestação de serviço que lhe são destinados, arrisca-se a submeter-se ao poder e condições dos produtores daqueles mesmos bens e serviços.

Na exata forma da lei, vê-se a letra do parágrafo único do artigo 3º do CDC. Neste, enfrenta-se o conceito de produto, que também mereceu atenção por parte de José Geraldo Brito Filomeno. Segundo ele, “produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial” (2007, p.41). No mesmo passo, no parágrafo 2º do artigo 3º do CDC, define-se serviço como “qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”.

Dessa forma, não seria exagero afirmar que qualquer atividade prestada no mercado de consumo pode ser encaixada na definição de serviço, sem olvidar que qualquer atividade fornecida mediante pagamento ou não é alcançada pelo conceito proposto no Código de Defesa do Consumidor.⁶

⁶ Os serviços podem ser duráveis e não duráveis. Para Rizzatto Nunes (2009, p. 100) “serviços não duráveis serão aqueles que, de fato, exercem-se uma vez prestados, tais como, por exemplo, os serviços de transporte, de diversões públicas, de hospedagem etc.” Ainda de acordo com o supra citado autor temos: Serviços duráveis serão aqueles que tiverem continuidade no tempo em decorrência de uma estipulação contratual. São exemplos a prestação dos serviços escolares, os chamados planos de saúde etc., bem como todo e qualquer serviço que no contrato seja estabelecido como

3.1 O Vício e o Fato do Produto

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor é pautado na responsabilidade objetiva, com vistas à proteção do consumidor, parte mais vulnerável da relação de consumo. Busca-se, assim, assegurar a proteção no tange aos vícios e defeitos dos produtos e serviços adquiridos pelo consumidor, conforme se depreende dos artigos 12 e 14 do CDC⁷.

Entende-se por vício, na concepção de Rizzatto Nunes (2009, p.180), aquelas “características de qualidade ou quantidade que tornem os produtos ou serviços impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam e também lhes diminuam o valor”. Desse modo, é interessante o registro, o vício causaria, além da falta de adequação, uma perda no valor do bem. Estaria, então, o vício, sempre associado a uma inadequação do produto ou do serviço.

Admite-se a existência de dois tipos de vício: o vício de qualidade e o vício por quantidade. De acordo com José Carlos Maldonato de Carvalho (2011, p.87), ocorre o “vício de qualidade quando o produto ou serviço não corresponda à justa expectativa

contínuo; b) embora típicos de não-durabilidade e sem estabelecimento contratual de continuidade, deixarem como resultado um produto. Por exemplo, a pintura de uma casa, a instalação de um carpete, o serviço de *buffet*, a colocação de um boxe, os serviços de assistência técnica e de consertos (o conserto de um veículo) etc. Nesses casos, embora se possa destacar o serviço do produto deixado {...}, o produto faz parte do serviço – às vezes até com ele se confundindo como acontece, por exemplo com a pintura de uma parede.

⁷Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos. § 1º O produto é defeituoso quando não oferece segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais: I – sua apresentação; II – o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam; III – a época em que foi colocado em circulação. § 2º O produto não é considerado defeituoso pelo fato de outro de melhor qualidade ter sido colocado no mercado. § 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar: I – que não colocou o produto no mercado; II – que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste; III – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

do consumidor.” O vício por quantidade, por seu turno, seria verificado “quando o produto ou o serviço apresenta uma disparidade com as indicações constantes da embalagem, rótulo ou mensagem publicitária”.

Isto posto, percebe-se que os vícios de qualidade e quantidade estão intimamente ligados a adequação do produto ou serviço, considerando a sua finalidade.

No que se refere ao defeito, segundo Rizzatto Nunes (2009, p. 181), poderia se considerar como o acréscimo de algum problema extra, que pode causar um dano maior que a simples inadequação e perda de valor, atingindo o consumidor em seu patrimônio. Ademais, o defeito estaria equiparado a uma potencialidade de risco, configurando, portanto, um vício mais sério.⁸

Não obstante tais considerações, não há que se confundir o vício ou o defeito (que é uma potencialidade de dano), com o fato do produto ou do serviço. Neste caso, o acidente é uma realidade e pode ensejar, além da aplicação do parágrafo primeiro do artigo 18 do CDC, indenização por danos materiais ou morais, entre outras categorias possíveis. É de bom alvitre recordar que a natureza dos prazos para reclamação é diferente, na medida em que, nos casos de vício do produto ou serviço, o prazo decadencial pode ser de 30 ou 90 dias (a depender da durabilidade do bem), enquanto que o prazo prescricional (artigo 27/CDC) para ajuizar ação indenizatória é de 05 anos.⁹

Ou seja, o direito de o consumidor reclamar pelos vícios apa-

⁸ Esta também é a posição de José Geraldo Brito Filomeno (2007, p. 176): “consideram-se defeitos as anomalias constatadas em produtos e serviços, que não apenas os tornem inadequados aos fins a que se destinam, como também causados danos aos seus consumidores, ou então representam risco à vida, saúde ou segurança dos efetivos ou potenciais consumidores”.

⁹ Nesse passo, destaque-se a responsabilidade subsidiária do comerciante em algumas hipóteses, elencadas no artigo 13 do CDC, onde também encontram-se previstas algumas excludentes: O comerciante é igualmente responsável nos termos do artigo anterior, quando: I – o fabricante, o construtor, o produtor ou o importador não puderem ser identificados; II – o produto for fornecido sem identificação clara do seu fabricante, produtor, construtor ou importador; III – não conservar adequadamente os produtos perecíveis. Parágrafo único. Aquele que efetivar o pagamento ao prejudicado poderá exercer o direito de regresso contra os demais responsáveis, segundo sua participação na causação do evento danoso.

rentes ou de fácil constatação, tem sua decadência prevista no artigo 26 do CDC, *in verbis*:

O direito de reclamar pelos vícios aparentes ou de fácil constatação caduca em:

I – trinta dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos não duráveis;

II – noventa dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos duráveis;

§ 1º Inicia-se a contagem do prazo decadencial a partir da entrega efetiva do produto ou do término da execução dos serviços.

§ 2º Obstatam a decadência:

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

II – (vetado).

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

§ 3º Tratando-se de vício oculto, o prazo decadencial inicia-se no momento em que fica evidenciado o defeito.

Para melhor compreensão, é válido o ensinamento de Zelmo Denari (2007, p. 233), no que tange à decadência, que deve ser entendida como a extinção de direitos subjetivos que deixaram de ser constituídos pela inércia dos respectivos titulares em determinado período de tempo (DENARI, 2007). Nota-se, assim, que ocorre a perda do direito subjetivo do consumidor quando este ainda não foi constituído por seu titular, por falta de iniciativa deste.

O dispositivo da lei especial em referência institui prazos decadenciais diferentes, pois dependem da durabilidade do produto e serviços, sendo somente de trinta dias para os produtos e serviços não duráveis e de noventa dias para os duráveis, aplicáveis aos vícios de aparente como aos vícios ocultos. Inicia-se a contagem do prazo decadencial, no caso de vício aparente, no instante da entrega do produto ou da finalização do serviço¹⁰, ao tempo em que, no caso de vício oculto, o prazo deve ser iniciado assim que o consumidor to-

¹⁰ Recorde-se as causas obstativas, capazes de interromper ou suspender a contagem do prazo em referência.

mar conhecimento da existência efetiva do problema, fato que pode ocorrer em oportunidades longínquas (CAVALIERI FILHO, 2010).

Também merece atenção a compreensão conceitual da prescrição, que pode ser entendida como a extinção de um direito definitivamente constituído, por inatividade do seu titular. Desta maneira, acaso o consumidor não pleiteie pelo provimento jurisdicional cabível dentro do prazo legalmente estabelecido, o mesmo não perde o direito a ele garantido, e sim o exercício do direito de ação para consumá-lo. Conforme aqui já fora dito, eleva-se o prazo prescricional em caso de fato do produto ou do serviço.

3.2 O Direito à Troca

Sabe-se que uma vez que os fornecedores possuem a obrigação de colocar no mercado os produtos e serviços compatíveis com a segurança e a transparência exigida pela legislação consumeirista, a desobediência a esta regra enseja o dever de reparação, fundamentado na teoria da responsabilidade civil objetiva, portanto, independente de investigação da culpa do fornecedor.

Legalmente, as condições de troca estabelecidas pelo Código de Defesa do Consumidor estão prescritas em seu artigo 18¹¹.

11 Art.18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas, as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas. § 1º Não podendo o vício ser sanado no prazo máximo de trinta dias, pode o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha: I – a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso; II – a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos; III – o abatimento proporcional do preço. § 2º Poderão as partes convencionar a redução ou ampliação do prazo previsto no parágrafo anterior, não podendo ser inferior a sete nem superior a cento e oitenta dias. Nos contratos de adesão, a cláusula de prazo deverá ser convencionada em separado, por meio de manifestação expressa do consumidor. § 3º O consumidor poderá fazer uso imediato das alternativas do § 1º deste artigo sempre que, em razão da extensão do vício, a substituição das partes viciadas puder comprometer a qualidade ou características do produto, diminuir-lhe o valor ou se tratar de produto essencial. § 4º Tendo o consumidor optado pela alternativa I do § 1º deste artigo, e não sendo possível a substituição do bem, poderá haver substituição por outro de espécie, marca

É de se observar que no caput deste dispositivo, há menção apenas a vícios de qualidade (vide nota 12). Para estes, o CDC concedeu ao fornecedor o prazo de trinta dias para sanar o vício, de modo que, em caso de não saneamento do vício, o consumidor poderá exigir as opções constantes no §1º do artigo 18, em seu rol de alternativas definidas.

No caso de produtos industrializados agregados, que por suas características próprias permite que seus componentes sejam dissociados, este prazo deve ser plenamente observado, como no caso de aparelhos eletrônicos e veículos. Entretanto, em se tratando de produtos industrializados essenciais (a exemplo de vestuário, remédios e utilitários de uso diário imprescindível), não seria necessária a aplicação do §1º do artigo 18, mas sim do §3º do referido artigo, que elenca as alternativas possíveis para saneamento do vício.

A alternativa descrita no inciso I do §3º o artigo 18 autoriza a troca do produto por outro da mesma espécie. Ocorre que, há algum tempo, convencionou-se esta prática ainda que o produto não contenha vícios. Os lojistas comerciantes, como estratégia de atração do consumidor, concede certo prazo, mediante certas circunstâncias, para efetivação da troca da coisa, mesmo que nesta não haja deflagrado qualquer vício aparente ou oculto.

A possibilidade de substituição do produto, garantida pelo inciso I do § 3º, do artigo 18 do Código consumerista, assevera que ao consumidor é dado o poder de escolha da troca do produto por outro da mesma espécie, em situação de vício apresentado. Entretanto, é imperioso ressaltar que em determinadas ocasiões (a exemplo de vestuário e de calçados), os comerciantes oferecem a

ou modelo diversos, mediante complementação ou restituição de eventual diferença de preço, sem prejuízo do disposto nos incisos II e III do § 1º deste artigo. § 5º No caso de fornecimento de produtos *in natura*, será responsável perante o consumidor o fornecedor imediato, exceto quando identificado claramente seu produtor. § 6º São impróprios ao uso e consumo: I – os produtos cujos prazos de validade estejam vencidos; II – os produtos deteriorados, alterados adulterados, avariados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à vida ou à saúde, perigosos ou, ainda aqueles em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação; III – os produtos que, por qualquer motivo, se revelem inadequados ao fim a que se destinam.

possibilidade de troca do produto adquirido, ainda que o mesmo não apresente qualquer tipo de vício.

Ainda que inexista qualquer previsão legal nesse sentido, impõe-se o destaque acerca do caráter salutar desta operação. Nesse contexto, revela-se de grande valia a lição de Rizzato Nunes (2009, p. 201) quando ele afirma ser preciso que “o consumidor avalie se a saída é boa, já que o mesmo produto também pode apresentar vício”, evitando assim o início de um novo percurso de troca. É o que será analisado no capítulo que segue.

No que tange aos vícios de quantidade, destaca-se sua previsão no artigo 19 do Código de Defesa do Consumidor¹². A esse respeito, registre-se a definição de Rizzato Nunes (2009, p. 224): “vício de quantidade é aquele que gera uma perda ao consumidor, pelo fato de ter este pago certa quantidade e ter recebido menos”.

O rol das sanções previstas para os vícios de quantidade encontra-se previsto na letra do artigo 19, incisos I a IV, do CDC. Sua aplicação denota caráter alternativo ao consumidor, que terá livre opção de escolha em caso de constatação do vício de quantidade: troca do produto ou complementação da sua quantidade.

Ainda sobre o direito de troca e, por conseguinte, no que diz respeito aos vícios, impõe-se uma breve distinção entre o vício oculto e o vício aparente. Este último, como já é de conhecimento – também chamado de vício de fácil constatação – é aquele que aparece no simples uso e consumo do produto, facilmente perceptível ao consumidor. Já o vício oculto – também chamado de vício redibitório¹³ – este não está plenamente às vistas do consumidor e só se

¹² Art. 19. Os fornecedores respondem solidariamente pelos vícios de quantidade do produto sempre que, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, seu conteúdo líquido for inferior às indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou de mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e a sua escolha: I – o abatimento proporcional do preço; II – o complemento do peso ou medida; III – a substituição do produto por outro da mesma espécie, marca ou modelo, sem os aludidos vícios; IV – a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos. § 1º Aplica-se a este artigo o disposto no § 4º do artigo anterior. § 2º O fornecedor imediato será responsável quando fizer a pesagem ou a medição e o instrumento utilizado não estiver aferido segundo os padrões oficiais.

¹³ O vício oculto está em consonância com os vícios redibitórios previsto no artigo

torna evidente quando impossibilita o uso normal do próprio bem, após algum tempo de uso (NUNES, 2009, p. 184).

Ademais, o Código de Defesa do Consumidor também elencou outra modalidade de troca de produtos, sendo que numa circunstância peculiar de aquisição do mesmo fora do estabelecimento comercial. É como dispõe o artigo 49, *in verbis*:

O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio.

Parágrafo único. Se o consumidor exercitar o direito de arrependimento previsto neste artigo, os valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão, serão devolvidos, de imediato, monetariamente atualizados.

Trata-se do direito de arrependimento ou de retratação. De acordo com este dispositivo, o consumidor tem o direito de se arrepender do contrato de consumo efetuado fora do estabelecimento comercial, bastando apenas sua declaração da vontade, sem que haja qualquer necessidade de justificativa por parte do consumidor sobre as razões que o levaram àquela atitude. Nesse contexto, portanto, o consumidor tem o prazo de 07 (sete) dias para pronunciarse sobre a desistência da contratação – conhecido como prazo de reflexão – que deve ser contado a partir do recebimento do produto para as contratações feitas por telefone ou internet. Nada mais razoável, uma vez que o consumidor não teve a oportunidade de examinar o produto no ato da contratação.

4 A INSTITUCIONALIZAÇÃO JURÍDICA DO COSTUME DA TROCA

Conforme aqui já se mencionou, ao consumidor é garantido o direito à substituição do produto em caso de vício de qualidade e de vício de quantidade, conforme os artigos 18 e 19 do Código de

441 do Código Civil de 2002: “a coisa recebida em virtude de contrato comutativo pode ser enjeitada por vícios ou defeitos ocultos, que a tornem imprópria ao uso a que é destinada, ou lhe diminua o valor.”

proteção e Defesa do Consumidor, respectivamente, sendo a substituição possível apenas em caso de contrato efetuado fora do estabelecimento, desde que obedecido o prazo de reflexão.

Neste sentido, nada como a institucionalização de um costume – entendido como prática comum e reiterada em determinada sociedade – para resolver a antinomia criada pela falta de uma norma jurídica positivada na lei especial de proteção ao consumidor. Aliado a esse fator, sem sombra de dúvida, é de se reconhecer a necessidade de constante circulação de riquezas na prática comercial, especialmente dos produtos duráveis.

De toda sorte, é importante ressaltar que, por se tratar de uma concessão que parte da iniciativa dos fornecedores destes tipos de produtos, aos mesmos também é dado o direito de condicionar esta troca ao preenchimento de determinadas exigências, tais como, a preservação da etiqueta afixada ao produto, estar em perfeito estado, restringir as opções de troca tão somente ao modelo e ao tamanho da mercadoria, ou mesmo negar esta troca em caso de compra feita em liquidação.

4.1 O Direito à Troca do Produto sem Vício

De acordo com o Código de Defesa do Consumidor, o fornecedor só está efetivamente obrigado a efetuar a troca de produtos que apresentarem vício de quantidade ou de qualidade, por tornarem a coisa imprópria ou inadequada para o consumo ou lhe diminuam o valor. Desta forma, sem temer redundância ou exagero, o fornecedor não pode se eximir de efetuar a troca do produto se a reclamação for feita pelo consumidor dentro do prazo de garantia legal, depois de transcorrido tempo suficiente para que o vício seja sanado (exceto quando se tratar de bem essencial).

No caso de produtos sem vícios, a única previsão legal de troca encontra-se no artigo 49 do CDC, que assegura o conhecido “direito de arrependimento”¹⁴. Nesse sentido, como o fornecedor

¹⁴ Impõe-se a lembrança de que o arrependimento não necessita de forma específica e pode ser realizado e comprovado de qualquer forma pelo consumidor, uma vez que não cabe qualquer cláusula que traga a renúncia a este direito, por se tratar o CDC de norma de ordem pública (BRAGA NETTO, 2011, p 295-296).

não está obrigado a efetuar trocas de produtos sem vício que tenham sido adquiridos dentro do seu estabelecimento comercial, é comum a ocorrência desta prática no comércio, por discricionariedade dos fornecedores.

4.2 Estratégia de Marketing: a vinculação da Oferta à possibilidade de troca do produto sem vício

A possibilidade da troca de produtos sem vício, como já era de se imaginar, decorre da estratégia de *Marketing* realizada pelos fornecedores que, independentemente de haver qualquer contrato escrito ou verbal, concordam em efetuar a troca do produto adquirido – ainda que sem qualquer vício - bastando que o consumidor a solicite no estabelecimento. Trata-se, em verdade, da institucionalização de um costume, que gera efeitos na órbita jurídica (FADEL, 2006, p. 4).

Segundo Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin (2007, p. 34), *Marketing* abrange “todos os métodos, técnicas e instrumentos que aproximam o consumidor dos produtos e serviços colocados à sua disposição no mercado pelos fornecedores”. Pode-se compreender, por esta definição, sua íntima ligação com o termo “oferta”, inclusive e principalmente por sua característica vinculante, com grande abrangência de técnicas de vendas.

Nesse contexto, impossível não remeter a discussão novamente ao âmbito do Código de Defesa do Consumidor, que tanto se preocupa com a questão da publicidade, estabelecendo sanções para aquelas do tipo abusivas e enganosas. Bem assim, também determina o efeito obrigatório de cumprimento da oferta divulgada.

Destaca-se, assim, a importância do *Marketing* para que o fornecedor possa efetivamente colocar no mercado de consumo os produtos e serviços de forma que estes se tornem conhecidos do público em geral. Portanto, em sendo adquiridos pelos consumidores que tiveram acesso à oferta divulgada através da publicidade criada pela arte do *Marketing*.

Pode-se afirmar, por fim, que a possibilidade da troca de produtos sem vícios decorre necessariamente da estratégia de *Marketing* praticada por alguns comerciantes, e que tanto os interessa.

Nesse contexto, foi-se percebendo que, com o oferecimento do serviço de troca, circula-se um serviço a mais, na medida em que, ao pretender trocar a mercadoria, o consumidor pode se interessar por outra mercadoria mais cara (tendo com isso que complementar o valor) ou resolver levar mais de uma mercadoria. Há que se admitir que a institucionalização do costume da troca de produtos que não contém vícios não veio favorecer tão somente o consumidor.

Tal constatação também tem respaldo no princípio da vinculação, previsto no artigo 30 do Código de Defesa do Consumidor. Tal postulado tanto se aplica à oferta, quanto à publicidade, por incluir qualquer manifestação que influencie na decisão do consumidor. É nesse sentido que se visualiza a íntima ligação entre a publicidade, a necessidade de circulação de riquezas, a estratégia de Marketing e a necessidade de proteção do consumidor. Na tangente de tantos interesses, destaca-se o efeito vinculante da oferta. Ou seja, apesar de não existir a obrigação por parte do fornecedor de efetuar a troca de produtos sem vício, uma vez anunciada à possibilidade da troca ocorre a vinculação prevista no artigo 30 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

4.3 O Projeto de Lei n. 5.995, de 2009

O Projeto de lei nº 5.995, de 2009 propõe alterar o artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor, incluindo a possibilidade do direito de arrependimento ser estendido à contratação ou aquisição de produtos e serviço dentro do estabelecimento, no mesmo prazo de sete dias. O consumidor poderá exercer este direito de arrependimento desde que as embalagens permaneçam invioladas e no caso de serviços quando os mesmos ainda não tiverem iniciados. O dispositivo também prevê a devolução imediata dos valores pagos com a devida atualização, entre outras alterações.

5 CONCLUSÕES

O uso contínuo no tempo decorrente de uma necessidade jurídica estabelece um costume que pode ser utilizado como fonte do

direito, de forma subsidiária e complementar. Existem três espécies de costume: o costume *secundum legem*, decorrente da própria lei; o costume *preater legem*, que busca suprir a lei em caso de omissão; o costume *contra legem*, que se forma de maneira contrária a lei. A utilização do direito costumeiro encontra guarida na legislação brasileira inclusive no Código de Proteção e Defesa do Consumidor (CDC).

O CDC disciplina as relações de consumo e tem por objetivo assegurar a defesa e proteção do consumidor, parte mais vulnerável da relação de consumo, e que deverá ser promovida pelo Estado, tendo como princípios norteadores o da boa-fé, da vulnerabilidade, da equidade, e da segurança. Acrescente-se, também, que a relação de consumo tem como partícipes os fornecedores e os consumidores, que formam os elementos subjetivos e como elemento objetivos temos o produto e o serviço. Nos produtos e serviços, podem evidenciar-se alguns vícios e defeitos. Por vício, entende-se qualquer característica que torne o produto ou serviço inadequado ao consumo e que proporcione uma perda no seu valor, ao tempo em que, por fato do produto, vê-se alguma ocorrência derivada do produto que pode causar algum acidente de consumo.

Vale reafirmar que o consumidor tem direito à substituição do produto em caso de vício de qualidade e de vício de quantidade, ou apenas em caso de contrato efetuado fora do estabelecimento, no qual o consumidor poderá exercer o direito de arrependimento. Destaca-se assim a importância do *Marketing* para que o fornecedor possa efetivamente colocar no mercado de consumo os produtos e serviços de forma que estes se tornem conhecidos do público em geral, portanto, sendo adquiridos pelos consumidores que entram em contato com a oferta divulgada através da publicidade.

Também é possível afirmar que a possibilidade da troca de produtos sem vícios decorre da estratégia de *Marketing* praticada por alguns comerciantes que, por necessidade de circulação de riquezas e com o oferecimento do serviço de troca, prestam um serviço a mais, que lhe seria favorável no momento em que o consumidor optasse por determinado estabelecimento comercial, acarretando em prática constante e usual, ou seja, em um costume.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, João Batista de. **Manual de Direito do Consumidor**. 4 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 3 ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- BRAGA NETO, Felipe P. **Manual de Direito do Consumidor à Luz da Jurisprudência do STJ**. 6 ed. rev. Salvador: Juspodivm, 2011.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Direito do Consumidor**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- DENARI, Zelmo. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 9 ed. ver. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.
- DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**, 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- FADEL, M C. O direito do consumidor à substituição do produto (com ou sem vício). **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 930, 19 jan. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7845>>. Acesso em: 10 nov. 2011.
- FERRAZ JR. Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- FILOMENO, José Geraldo Brito. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 9 ed. ver. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.
- _____. **Manual de Direitos do Consumidor**. 9 ed. SP: Atlas, 2007.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil Parte Geral**. Vol. I. 9 ed. rev. SP: Saraiva, 2007.
- _____. **Novo Curso de Direito Civil Contratos: Teoria Geral**. Vol. IV, tomo I. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- NADER, P. **Introdução ao Estudo do Direito**. 24. ed. RJ: Forence, 2004.
- NUNES, Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor: com exercícios**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. 3ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2003.
- WOLKMER, Antônio Carlos. **Fundamentos de História de Direito**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.