



MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO
DEPARTAMENTO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR
COORDENAÇÃO GERAL DE SUPERVISÃO E CONTROLE

Nota n.º 62/CGSC/DPDC/2010
Data: 15 de junho de 2010.
Assunto: Direitos do consumidor em caso de vício em aparelho celular

Senhora Coordenadora-Geral,

I. RELATÓRIO

01. Trata-se de parecer técnico acerca do direito do consumidor de exigir, em caso de vício em aparelho celular, o cumprimento imediato das alternativas previstas no art. 18, §1º, da Lei nº 8.078/90 perante quaisquer fornecedores, inclusive varejistas e fabricantes.

II. FUNDAMENTAÇÃO

02. No ano de 2009, o Cadastro Nacional de Reclamações Fundamentadas¹ apontou mais uma vez que as demandas relativas a *aparelhos celulares* superaram em muito as referentes a todos os demais produtos e serviços, representando quase um quarto (24,87%) do total registrado junto aos órgãos do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC)². Dos problemas computados, os correspondentes à *garantia de produtos* foram os mais frequentes, alcançando a monta de 37,46% das reclamações³.

¹ BRASIL. Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor. *Cadastro Nacional de Reclamações Fundamentadas 2009: Relatório Analítico / Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC)*. Brasília: DPDC, 2010.

² Tabela 5.2, p. 44.

³ Tabela 5.4, p. 46.

03. A partir dos dados coletados pelo Sistema Nacional de Informações de Defesa do Consumidor (SINDEC), constata-se que a grande maioria das queixas dos consumidores recai sobre o esquema de substituição e reparo de aparelhos celulares viciados consolidado pelas empresas do setor. 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 desaposado do aparelho por longos períodos, e afinal não se opera a troca.

04. 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*.

05. “Serviços essenciais”, conforme a Lei nº 7.783/89, que define as atividades essenciais e dispõe sobre o exercício do direito de greve, são aqueles *indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade*, isto é, *as necessidades cujo desatendimento coloca em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população* (art. 11). Dentre eles, o referido diploma inclui expressamente os *serviços de telecomunicação*. Leia-se (grifos nossos):

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.

Art. 11. Nos **serviços ou atividades essenciais**, os sindicatos, os empregadores e os trabalhadores ficam obrigados, de comum acordo, a garantir, durante a greve, **a prestação dos serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.**

Parágrafo único. **São necessidades inadiáveis, da comunidade aquelas que, não atendidas, coloquem em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população.**

06. 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”⁴, 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 a 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.

07. Nesse ponto, por oportuno, ressalta-se que a definição de *serviço essencial* sob a perspectiva do Código de Defesa do Consumidor não se confunde com o conceito de *serviço público* presente na Lei nº 9.472/97, a Lei Geral de Telecomunicações (LGT). Essa lei classifica os serviços de telecomunicações quanto ao regime jurídico de sua prestação, demarcando como *públicos* os serviços delegados mediante concessão ou permissão e cuja existência, universalização e continuidade a própria União compromete-se a assegurar (arts.

⁴ O CDC determina, em seu art. 22, que os serviços essenciais prestados por órgãos públicos ou por suas empresas delegadas devem ser contínuos. No entanto, não define o que qualifica um serviço essencial, nem quais atividades devem ser assim consideradas.

63 e 64) e como *privados* o residual (conforme explicitado pelo Regulamento dos Serviços de Telecomunicações⁵, art. 14).

08. A partir do art. 64, parágrafo único, da LGT, a regulamentação infralegal estabeleceu que o *serviço de telefonia fixa* é prestado nos *regimes público e privado*, mediante concessão ou permissão e autorização (Plano Geral de Outorgas⁶, art.1º, c/c Regulamento do Serviço Telefônico Fixo Comutado⁷, art. 5º) e que o *serviço de telefonia móvel* é prestado exclusivamente no regime *privado*, mediante autorização (Plano Geral de Outorgas⁸, art. 3º, c/c Regulamento do Serviço Móvel Pessoal⁹, art. 5º). Convém enfatizar que o quadro normativo específico do setor em momento algum associa qualquer dessas categorias à essencialidade ou não do serviço.

09. Consoante se percebe, a distinção entre serviço público e privado extraída da LGT tem fins meramente regulatórios e refere-se exclusivamente ao regime jurídico de prestação e contratação com o poder público. Assim, não guarda qualquer relação com o conceito de serviço essencial firmado com base no Código de Defesa do Consumidor, já que nada elucida acerca do atendimento das necessidades dos consumidores e da proteção a sua dignidade, saúde e segurança. Do contrário, haveria uma inconsistência intrínseca na definição, pois a própria LGT prevê que uma mesma modalidade de serviço de telecomunicações pode ser prestada em ambos os regimes concomitantemente (art. 65): por óbvio, um serviço não pode ser classificado ao mesmo tempo como essencial e não essencial.

10. Outro exemplo de independência entre as concepções de serviço público e serviço essencial são os *serviços funerários*, que, embora qualificados como essenciais pela Lei 7.783/89, têm caráter privado. Por isso, é fundamental que não se confunda a definição de serviço essencial extraída da principiologia do Código de Defesa do Consumidor, aliada à Lei 7.783/89, com a classificação dos serviços em público e privado decorrente da LGT.

⁵ Anexo à Resolução nº 73/98 da ANATEL.

⁶ Aprovado pelo Decreto nº 2.534/98.

⁷ Anexo à Resolução nº426/05 da ANATEL.

⁸ Aprovado pelo Decreto nº 2.534/98.

⁹ Anexo à Resolução nº477/07 da ANATEL.

11. Tal leitura é coerente com a atual realidade sócio-econômica do Brasil: não seria razoável reputar essenciais apenas os serviços de telefonia prestados no regime público, quando o acesso à comunicação é muito mais significativo no regime privado. Segundo dados publicados pela ANATEL¹⁰, no ano de 2008 já havia 150,6 milhões de números de acesso ao serviço móvel, contra somente 41,2 milhões de números de acesso em uso ao serviço fixo.

12. Além disso, a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio (Pnad) de 2008¹¹, realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), demonstrou que há hoje mais famílias com aparelho celular do que com telefone fixo no Brasil. Dos domicílios com acesso a telefone, 92% contam com serviço móvel, ao passo que apenas 54% dispõem de serviço fixo. Ainda mais expressivo: de todas as famílias pesquisadas, mais de um terço (37%) utiliza exclusivamente telefonia móvel, enquanto meros 6% usufruem somente de telefonia fixa.

13. Essa estatística é de suma relevância, pois comprova que a telefonia móvel se presta tanto quanto ou mais que a fixa para atender às necessidades inadiáveis da comunidade e assegurar a proteção de sua dignidade, saúde e segurança. Evidencia-se, assim, o importante papel social e o caráter essencial do serviço móvel pessoal para a população.

14. 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, seja 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*.

¹⁰ <http://www.anatel.gov.br/Portal/exibirPortalInternet.do#>

¹¹ Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio (Pnad), realizada no ano de 2008, pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), p.113.

In: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/trabalhoerendimento/pnad2008/brasilpnad2008.pdf>

15. Assim sendo, é imperativa nesse caso a aplicação do §3º do artigo 18, o qual prescreve que, quando o vício atinge produto essencial, o consumidor não é obrigado a entregá-lo ao fornecedor e esperar durante 30 (trinta) dias enquanto este procura repará-lo. Justamente em virtude da natureza do bem, indispensável à vida, é direito do consumidor exigir *imediatamente* a substituição, a restituição da quantia paga ou o abatimento proporcional do preço, conforme melhor lhe convier. Leia-se:

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 a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.

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

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

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

III - o **abatimento** proporcional do preço. [...]

§ 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**.

16. Observe-se ainda que o *caput* do referido dispositivo determina a *responsabilidade solidária* de todos os fornecedores pelos vícios de qualidade e quantidade dos produtos. Isso implica que, em caso de vício em telefone celular, o consumidor tem o direito de exigir pronto cumprimento de qualquer das alternativas do §1º pelo *fornecedor à sua escolha* – seja o imediato ou o mediato.

17. Desse modo, demonstra-se a evidente ilegalidade da prática estabelecida pelo setor de telefonia: segundo previsto no Código de Defesa do Consumidor, o consumidor não é obrigado a procurar assistência técnica para sanar vício em aparelho celular, nem a ficar sem a posse do produto durante 30 (trinta) dias para fins de avaliação e conserto. Pelo contrário, pode exigir diretamente do lojista (vendedor) a imediata substituição do produto, se assim preferir.

18. Nesse sentido tem entendido a jurisprudência:

CONSUMIDOR. VÍCIO DO PRODUTO. TELEFONE CELULAR. PRODUTO ESSENCIAL. EMPRESA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE LIMPEZA. OPÇÃO DO CONSUMIDOR COM BASE NO ART. 18, §1º E §3º DO CDC. SUBSTITUIÇÃO IMEDIATA DO PRODUTO. NEGATIVA DA VENDEDORA. POSTERIOR CONSERTO DO APARELHO PELA ASSISTÊNCIA TÉCNICA. DANOS MORAIS E MATERIAIS. RESSARCIMENTO. APELO PARCIALMENTE PROVIDO.

(Apelação Cível Nº 70030724124, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Antônio Kretzmann, Julgado em 26/11/2009)

CONSUMIDOR. VÍCIO DO PRODUTO. USO IMEDIATO DA ALTERNATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DO PRODUTO. INCIDÊNCIA DO ART. 18, §1º E §3º DO CDC. ALTERNATIVA DO CONSUMIDOR NÃO RESPEITADA PELA RÉ (SUBSTITUIÇÃO DO PRODUTO). PRODUTO ESSENCIAL AO AUTOR. ENVIO DO PRODUTO À ASSISTÊNCIA TÉCNICA, POR DIVERSAS VEZES. AUSÊNCIA DE SOLUÇÃO DO DEFEITO APRESENTADO. DANO MORAL. SENTENÇA MANTIDA PELOS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. 1 - Ação onde postula a parte a reparação por danos morais. Consumidor que adquire **telefone celular com defeito, não se prontificando a ré a realizar a troca do aparelho. Incidência do art. 18, §1º e do §3º, do CDC, o qual autoriza o consumidor, imediatamente, vez que **produto essencial**, a exigir, a sua própria escolha, a substituição do produto, a restituição da quantia paga, ou o abatimento proporcional do preço. 2 ; Descumprimento de dever contratual de parte da ré. 3 - Quantum indenizatório. Critérios de fixação no caso concreto. Valor mantido, vez que se apresenta consentâneo com a realidade do caso concreto e com os parâmetros adotados por esta Câmara. 4 ; Honorários advocatícios majorados para 15% sobre o valor da condenação, para que bem remunerem o profissional do direito. Apelo improvido. Recurso adesivo parcialmente provido.**

(Apelação Cível Nº 70025048943, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Antônio Kretzmann, Julgado em 30/10/2008)

VÍCIO DO PRODUTO. CELULAR. AÇÃO DE RESTITUIÇÃO DE VALOR PAGO. NÃO CONFIGURADO O MAU USO DO PRODUTO PELA CONSUMIDORA. FACULTADO À COMPRADORA A SUBSTITUIÇÃO DO BEM OU A RESTITUIÇÃO DO EQUIVALENTE EM DINHEIRO. FALHA NA PLACA PRINCIPAL DO TELEFONE CELULAR ; PEÇA ESSENCIAL PARA O NORMAL FUNCIONAMENTO DO PRODUTO, O QUE ACARRETA A APLICAÇÃO DO ART. 18, §3º, DO CDC, NÃO SENDO NECESSÁRIO, DESTA FORMA, SE AGUARDAR O PRAZO DE TRINTA DIAS, FIXADO NO § 1º DO MESMO DISPOSITIVO. RECURSO PROVIDO.

(TJRS Recurso Cível Nº 71000625418, Terceira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Maria José Schmitt Sant Anna, Julgado em 14/12/2004)

19. Considerando-se que, conforme o regime do Código de Defesa do Consumidor, a responsabilidade do fornecedor pelo vício é objetiva (art. 18) e sempre se presume a boa-fé (art. 4º, III), a única hipótese em que seria legítimo ao fornecedor recusar o cumprimento das alternativas do art. 18, §1º é a comprovação irrefutável de causa de exclusão da garantia legal, ou seja, de inexistência de vício ou culpa do consumidor pela ocorrência do problema. É esse o posicionamento da jurisprudência pátria:

CIVIL. DIREITO DO CONSUMIDOR. APARELHO DE TELEFONIA CELULAR. DEFEITO NA PLACA, OXIDAÇÃO. CULPA DO CONSUMIDOR NÃO COMPROVADA. POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DO PRODUTO. 1. Fornecedor e fabricante têm a obrigação de colocar no mercado produtos de boa qualidade, sendo responsáveis por eventuais falhas que estes venham a apresentar, e não se desobrigam de prestar a devida garantia ao produto ou serviço (art. 24 do CDC). 2. **Se o defeito apresentado no produto, ainda sob garantia, não decorreu de culpa exclusiva do consumidor, respondem fornecedor e fabricante, solidariamente, pelo vício do produto, devendo providenciar a imediata restituição da quantia paga ao consumidor,** monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos (art. 18, § 1º, II, do CDC). 3. Recurso conhecido e improvido.

(20040410072435 AC TJDF. Registro do Acórdão Número: 217619. Data de Julgamento: 01/06/2005. Órgão Julgador: Segunda Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF. Relator: MARCO ANTONIO DA SILVA LEMOS. Publicação no DJU: 27/06/2005 Pág. 36).

PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PRODUTO COM DEFEITO. PEDIDO DE TROCA DO APARELHO. PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DOS JUIZADOS ESPECIAIS. COMPLEXIDADE DA CAUSA. DESNECESSIDADE DE PERÍCIA. [...] 3. Alegando o autor/recorrido que o seu telefone celular, adquirido na empresa ré, (dentro do prazo de garantia), encontrava-se com defeito, a negativa do fato pela recorrente ou, ainda, a alegação de que ocorreu mau uso pelo consumidor, atrai-lhe o ônus da prova (art. 6º VIII, CDC e 333, inciso II do CPC). Não se desincumbindo deste fardo, deverá, o recorrente, indenizar em razão de sua responsabilidade civil objetiva. 4. **Caberia ao recorrente fazer a prova do fato impeditivo do direito do autor, consistente em comprovar a inexistência do fato (defeito no aparelho ou mau uso pelo consumidor), diante do princípio da inversão do ônus da prova, aqui aplicado. Ademais, vige em nosso ordenamento jurídico o princípio da boa-fé processual, razão pela qual não se pode presumir que alguém venha a juízo e se utilize do**

processo para conseguir objetivo ilegal, máxime quando a inverdade do fato narrado constitui fato típico de crime contra a Administração da Justiça (art. 347 CPB). O que não conseguiu comprovar o recorrente. [...] 6. Recurso conhecido e improvido, legitimando a lavratura do acórdão nos moldes autorizados pelo artigo 46 da Lei nº.9.099/95. (20060110748562ACJ, Relator ANA CANTARINO, Primeira Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do D.F., julgado em 21/08/2007, DJ02/10/2007 p. 140)

RECURSO CIVEL. DEFEITO EM APARELHO CELULAR. INDENIZACAO OU SUBSTITUICAO. 1 – o ônus da prova incumbe a quem alega, especialmente nas relações de consumo, em que **cabe ao fornecedor provar que o defeito no produto decorre de mau uso e não de sua própria qualidade.** 2 – aliando-se a este fato a notoriedade alcançada no dia-a-dia pela quantidade de aparelhos celulares em uso, em que são freqüentes defeitos decorrentes de oxidação tem lugar a aplicação da regra constante no art. 335, do código de processo civil, que autoriza o recurso das máximas da experiência. 3 – recurso conhecido e desprovido. 4 – sentença confirmada por seus próprios fundamentos. (TJGO, Relator Dr. LUIS ANTONIO ALVES BEZERRA DJ 14971 de 30/03/2007, 200500576780).

20. Assim, a fim de excluir a garantia legal, necessariamente recai sobre o fornecedor o ônus de comprovar a causa do vício e estabelecer relação precisa entre ela e eventual mau uso do produto por parte do consumidor. Mais do que isso, como o art. 18, §3º, do CDC faculta ao consumidor exigir o cumprimento *imediato* de alternativa prevista no §1º, o fornecedor deve estar apto a fazer tal prova *imediatamente*: do contrário, o dispositivo perderia sua razão de ser.

21. Desse modo, 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.

III. CONCLUSÃO

22. Ante o exposto, este Departamento entende 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 nº 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.

À consideração superior.


FELIPE ROCHA DOS SANTOS
Chefe de Divisão da CGSC

De acordo. Encaminhe-se ao Diretor do DPDC para apreciação.


LAURA SCHERTEL MENDES
Coordenadora Geral de Supervisão e
Controle


AMAURY MARTINS DE OLIVA
Coordenador Geral de Assuntos Jurídicos

De acordo.


RICARDO MORISHITA WADA
Diretor do DPDC