



A POSSIBILIDADE DE OFERECIMENTO DE MERCADORIA INDISPONÍVEL E NÃO CUMPRIMENTO DA OFERTA COMO INFRAÇÃO À ORDEM ECONÔMICA

Submetido em: 10-06-2024
Publicado em: 18-10-2024

Priscilla de Araújo Campos Nóbrega

Doutoranda em Direito, UFPE
Procuradora da Fazenda Nacional
✉ pryscillaacampos@gmail.com

Marco Bruno Miranda Clementino

Doutor, UFRN
Coordenador do Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET) em Natal-RN
Juiz Federal
✉ marcobrunomiranda@gmail.com

RESUMO: O presente artigo, abordando a temática do oferecimento de mercadoria indisponível e o não cumprimento da oferta como infração à ordem econômica, nos termos da Lei nº 12.529/2011, é fundamental para compreender a inter-relação entre os princípios da ordem econômica e a defesa do consumidor, sobretudo dada a crescente difusão das práticas anticoncorrenciais que ferem os direitos consumeristas. Buscou analisar os conceitos de oferta e publicidade, em especial de publicidade chamariz, à luz dos princípios da ordem econômica, partindo do pressuposto de que proteção ao consumidor é manifestação basilar da ordem econômica equilibrada. Por conseguinte, o trabalho visa a responder a seguinte problemática: é possível considerar o oferecimento de mercadoria indisponível e o não cumprimento da oferta como infração à ordem econômica? Para tanto, utilizou-se o método lógico-dedutivo, por meio de levantamento bibliográfico, bem como de interpretação da legislação brasileira. Por fim, concluiu-se que, no panorama jurídico atual brasileiro, embora não exista menção específica à respectiva prática como infração à ordem econômica, é possível inferir sua natureza violadora da ordem econômica.

Palavras-chave: Oferta; Publicidade; Não cumprimento; Defesa do consumidor; Infração à ordem econômica.

**THE POSSIBILITY OF OFFERING UNAVAILABLE MERCHANDISE
AND NON-COMPLIANCE WITH THE OFFER AS A VIOLATION OF
ECONOMIC ORDER**

ABSTRACT: This article, addressing the issue of offering unavailable goods and non-compliance with the offer as a violation of the economic order, under the terms of Law 12.529/2011. It is essential to understand the interrelationship between the principles of economic order and consumer protection, especially given the growing spread of anti-competitive practices that harm consumer rights. It sought to analyze the concepts of offer and advertising, in the light of the principles of the economic order, based on the assumption that consumer protection is a fundamental manifestation of a balanced economic order. Therefore, the work aims to answer the following problem: is it possible to consider the offer of unavailable merchandise and the non-fulfillment of the offer as a violation of the economic order? For that, the deductive method was used, through a bibliographic survey, as well as an interpretative one of the Brazilian legislation. Finally, it was concluded that, in the current Brazilian legal scenario. Although there is no specific mention of the respective practice as a violation of the economic order, it is possible to infer its nature as a violation of the economic order.

Keywords: Offer. Advertising; Non-compliance; Violation of economic order; Consumer defense.

1 INTRODUÇÃO

Com a crescente difusão de práticas anticoncorrenciais que ferem precipuamente o direito fundamental do consumidor, positivado constitucionalmente, é fundamental realizar uma abordagem da proteção daquele, mas também com fulcro na defesa da ordem econômica equilibrada, porquanto a controvérsia analisada da perspectiva apenas consumerista limita a visão global da situação que impacta diretamente o mercado, seja limitando a concorrência, seja buscando a dominância de mercado relevante de bens e serviços por vias oblíquas, não naturais ou espontâneas, prejudicando os diversos agentes econômicos envolvidos, em especial, o consumidor.

O presente artigo, abordando a temática do oferecimento de mercadoria indisponível e o não cumprimento da oferta como infração à ordem econômica, nos termos da Lei n.º 12.529/2011, é fundamental para compreender a inter-relação entre os princípios da ordem econômica e a defesa do consumidor, como direito fundamental, que a integram e a limita.

É de se considerar ainda a fluidez e o avanço da economia digital, bem como a velocidade com a qual a publicidade integra e influencia a tomada de escolha pelo consumidor e as suas consequências jurídicas, em especial quando a publicidade tem como propósito não ser cumprida.

Dito isso, o trabalho visa a responder a seguinte pergunta-problema: é possível considerar o oferecimento de mercadoria indisponível e o não cumprimento deliberado da oferta como infração à ordem econômica?

Por hipótese, tem-se a necessidade de investigar na legislação brasileira as normas que inibem as práticas concorrenciais abusivas, em especial aquelas que ferem os direitos do consumidor, e de trazê-las a um acoplamento junto à legislação consumerista, abordando os direitos fundamentais do consumidor e o livre mercado. Para aferir a presente hipótese, utilizar-se-á o método lógico-dedutivo, por meio de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

Assim, no primeiro capítulo pretende-se abordar o direito do consumidor não apenas como um direito fundamental, mas como um instrumento primordial da ordem econômica constitucional, que exerce papel relevante no livre mercado, como um dos principais agentes econômicos, seja sua influência direta nas curvas de demanda e oferta, seja receptor das milhares de publicidades e ofertas que lhe são entregues descomedidamente, principalmente em tempos de uma economia digitalizada.

No segundo capítulo, busca-se trazer o conceito de oferta e publicidade, dispostos no Código de Defesa do Consumidor, sua proteção jurídica, bem como o conceito de publicidade chamariz, que tem intrínseca relação com a hipótese do não cumprimento premeditado da oferta e se caracteriza como uma maneira obtusa de captação de consumidores, bem como a potencialidade de risco para o desequilíbrio da ordem econômica.

Por derradeiro, no terceiro e último capítulo, propõe-se a analisar e correlacionar as respectivas infrações à ordem econômica dispostas no ordenamento jurídico pátrio e a proteção ao consumidor, em especial no caso do não cumprimento da oferta deliberadamente por parte do fornecedor.

2 A DEFESA DO CONSUMIDOR COMO PRINCÍPIO DA ORDEM ECONÔMICA

A Constituição brasileira consagrou o sistema econômico capitalista, ao trazer a previsão expressa da proteção à propriedade privada e da livre iniciativa no artigo 170²⁸. Porquanto o Estado de Direito repousa em berço democrático pós-moderno, sendo a intervenção estatal na economia além de possível, necessária, uma vez que já restou demonstrado, desde o século XIX, que a mão invisível²⁹ do mercado não seria suficiente para evitar e lidar com as falhas mercadológicas, espontâneas ou provocadas. Dessa forma, sendo o Estado detentor do poder de coerção, a ele incumbe o ônus de regular e intervir no mercado, em especial na defesa da concorrência.

Ocorre que, entre os princípios constitucionais da ordem econômica previstos na nossa Carta da República, a defesa do consumidor encontra-se no mesmo rol, limitando a livre concorrência e neutralizando o abuso do poder econômico, porquanto se caracteriza como direito fundamental nela positivado³⁰.

A Constituição, portanto, mesmo consagrando o sistema econômico capitalista, mantém uma política regulatória, porém menos intervencionista³¹ que permite a atuação estatal como ente regulador.

Não há que se falar em desenvolvimento econômico que viole o destinatário final do mercado, que é o próprio consumidor. Assim, para que haja um mercado e uma concorrência equilibrada, é fundamental que, para além da observância dos outros princípios constitucionais, tais como a função social da propriedade, a defesa do meio ambiente, a busca do pleno emprego ou a redução das desigualdades regionais e sociais, os agentes econômicos saibam que o consumidor é o principal destinatário dos diferentes nichos mercadológicos, impactando, muitas vezes, os diferentes comportamentos dos próprios agentes, como, por exemplo, na curva de demanda e oferta, bem como do preço.

Não se pode negligenciar que o consumidor é um agente econômico e é certo que, como agente econômico, está sempre em um processo contínuo de escolhas, o que na economia dá-se o nome de *trade-offs*, que se caracteriza precipuamente quanto aos dilemas

²⁸ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [1988]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

²⁹ A expressão “mão invisível do mercado” foi cunhada por Adam Smith, filósofo e economista defensor do liberalismo clássico.

³⁰ É certo que para um direito ser considerado fundamental seu conteúdo não precisa estar adstrito ao rol do art.5º da Constituição Federal, uma vez que é plenamente reconhecível a fundamentalidade de um direito esparsos na Constituição para além do respectivo rol.

³¹ SEIXAS, Luiz Felipe Monteiro. **Tributação indutora e análise econômica do direito: uma investigação crítica**. 2017. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2017.

que decorrem das escolhas dos agentes, sobre quais recursos devem consumir e desse processo acarreta o custo de oportunidade, que é o custo de abrir mão de uma escolha.

Assim, os agentes estão sempre buscando maximizar seu bem-estar, com as suas escolhas, buscando satisfazer seus próprios interesses, tomando decisões com fulcro nas informações que lhe são dispostas e reagindo aos incentivos e desincentivos do mercado³². Nessa perspectiva, essa perquirição dos agentes converge, ao menos teoricamente, para uma conjuntura de equilíbrio, de modo que o Estado sempre será legitimado para refrear qualquer ato atentatório à estabilidade econômica.

Considerando o panorama exposto, mostra-se imprescindível que a defesa do consumidor seja erigida a princípio fundamental da ordem econômica, uma vez que, comumente, o consumidor vai se encontrar em situação de vulnerabilidade em face dos agentes de mercado que, não raras vezes, desprezam a importância daquele, para tão somente maximizar os seus lucros. Dito isso, destaca-se a relevância do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) que, além de trazer conceitos essenciais à relação de consumo, também relaciona o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor.

Segundo Eros Roberto Grau, a proteção ao consumidor, para além de um direito fundamental positivado, constitui-se um princípio constitucional impositivo³³. Sarmento pondera a importância prática do reconhecimento de um direito como direito fundamental, especialmente porque os direitos fundamentais gozam de regime constitucional próprio e robusto, acarretando a proteção como cláusula pétrea e sua imediata aplicabilidade³⁴, reforça que o principal critério para identificar e classificar a fundamentalidade de um direito, seria sua vinculação com a dignidade humana, trazendo limites e deveres correlatos ao estado e aos particulares.

Ademais, não se pode conceber a proteção ao consumidor de maneira dissociada da ordem econômica equilibrada, uma vez que, ao mesmo tempo em que esta visa a salvaguarda do consumidor, é ele que de certo modo influencia o comportamento mercadológico, em uma via de mão dupla, quanto aos aspectos de demanda e oferta.

Assim, para que o livre mercado funcione de maneira ideal, é fundamental que esteja em equilíbrio, o que, sob o ponto de vista econômico, é o fruto das escolhas maximizadoras

³² CARVALHO, Cristiano Rosa de. Teoria da decisão tributária. Tese (Livre-docência em Direito Tributário). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo: 2010

³³ GRAU, Eros Robert. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 6. ed. São Paulo: Malheiros. 2018.

³⁴ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana, conteúdo, trajetórias e metodologias**. Ed. Fórum. Belo Horizonte, 2016

de utilidade, porquanto ao atenderem seu autointeresse, convergiriam de maneira síncrona a uma conjuntura de equilíbrio³⁵. Desse modo, um mercado equilibrado tem que proporcionar tanto para o fornecedor, quanto para o consumidor, uma sensação de bem-estar.

Necessário pontuar que para que haja o ponto de equilíbrio do mercado nas curvas de demanda e de oferta, é fundamental que o consumidor esteja disposto a pagar pelo produto o exato preço pelo qual o fornecedor o oferece, para que não haja excesso de demanda nem tampouco o excesso de oferta. Dessa forma, é nítido a interdependência entre consumidor e ofertante para um funcionamento ótimo do mercado.

Além disso, é indispensável a intervenção do Estado quando do embate entre particulares, principalmente quando disser respeito a partes desiguais, precipuamente quando o direito do consumidor coincide com o direito de liberdade empresarial ameaçado por outro concorrente, tornando-se essencial a intervenção estatal³⁶.

Assim, é fundamental compreender que o conceito de liberdade é intrínseco à responsabilidade, significando não apenas possibilidade de escolha, mas a responsabilidade de assim o fazer³⁷ e de arcar com as consequências decorrentes.

3 OFERTA E PUBLICIDADE. A OFERTA NÃO CUMPRIDA E SEUS EFEITOS NA ORDEM ECONÔMICA

A publicidade é a maneira do agente econômico oferecer informações acerca do seu produto ou serviço ao consumidor, considerando-se gênero do qual a oferta é espécie. Com a hipercomplexidade das relações jurídicas e sociais, a massificação da publicidade sofreu grande incremento, dificultando ainda mais o seu controle jurídico.

A importância da publicidade é decisiva na “formação do consentimento do consumidor”³⁸ e seria onipresente, de modo que “aonde for o homem, encontrará a

³⁵ SEIXAS, Luiz Felipe Monteiro. **Tributação indutora e análise econômica do direito: uma investigação crítica**. 2017. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2017.

³⁶ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

³⁷ HAYEK, Friedrich. **Law, legislation and Liberty**. Vol.03, The political order of free people. The university of Chicago Press, 1979

³⁸ BENJAMIN, Herman. **O controle jurídico da publicidade**. Versão ampliada e atualizada de palestra proferida no IV Congresso Internacional de Direito do Consumidor, realizado em Buenos Aires, de 26 a 29 de maio de 1993, sob a coordenação geral do Prof. Gabriel A. Stiglitz, presidente do "Instituto Argentino de Derecho del Consumidor", p.04

publicidade, dela não podendo fugir ou esconder-se³⁹. Percebe-se, portanto, a importância da publicidade para a tomada de decisões pelo agente econômico, o consumidor, e como ela pode influenciar determinado nicho mercadológico, além de ter a capacidade de difundir o objeto que está sendo divulgado, com fins de aumentar os lucros do fornecedor.

Assim, considerando que cada vez mais o consumidor está exposto de maneira vertiginosa a diversas publicidades e são elas não apenas capazes de influenciar na formação da escolha racional do agente econômico, mas essenciais para tanto, nada mais coerente que haja a sua proteção jurídica, uma vez que sua danosidade seria difusa e coletiva, com riscos sociais e danos em série⁴⁰.

O ministro Herman Benjamin conceitua a publicidade como sendo qualquer maneira de “oferta, comercial e massificada, tendo um patrocinador identificado e objetivando a promoção de produtos ou serviços, com uso de informação e/ou persuasão”⁴¹. Não se confundiria ainda com a propaganda, uma vez que aquela teria fim comercial e profissional.

O ordenamento jurídico brasileiro, considerando a importância da publicidade para a manipulação social, prevê, em seu artigo 30 do Código do Consumidor, que toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado⁴².

Dessa forma, o próprio aparato legal consumerista fornece ao consumidor, caso haja recusa no cumprimento da oferta, o seu cumprimento forçado, a aceitação de produto equivalente ou a rescisão contratual, à escolha exclusiva do consumidor, considerando a boa-fé objetiva que rege a relação contratual.

³⁹ BENJAMIN, Herman. **O controle jurídico da publicidade**. Versão ampliada e atualizada de palestra proferida no IV Congresso Internacional de Direito do Consumidor, realizado em Buenos Aires, de 26 a 29 de maio de 1993, sob a coordenação geral do Prof. Gabriel A. Stiglitz, presidente do "Instituto Argentino de Derecho del Consumidor", p.05

⁴⁰ BENJAMIN, Herman. **O controle jurídico da publicidade**. Versão ampliada e atualizada de palestra proferida no IV Congresso Internacional de Direito do Consumidor, realizado em Buenos Aires, de 26 a 29 de maio de 1993, sob a coordenação geral do Prof. Gabriel A. Stiglitz, presidente do "Instituto Argentino de Derecho del Consumidor", p.06

⁴¹ BENJAMIN, Herman. **O controle jurídico da publicidade**. Versão ampliada e atualizada de palestra proferida no IV Congresso Internacional de Direito do Consumidor, realizado em Buenos Aires, de 26 a 29 de maio de 1993, sob a coordenação geral do Prof. Gabriel A. Stiglitz, presidente do "Instituto Argentino de Derecho del Consumidor", p.08

⁴² BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor (1990)**. Brasília, DF: Presidência da República, [1990]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm.

O que comumente se costuma observar como exercício ilegítimo dos agentes econômicos é a oferta de produtos indisponíveis e o posterior reembolso e rescisão contratual⁴³. O problema encontrado nessa prática é que muitas vezes o fornecedor faz o anúncio ou oferta propositalmente sem a intenção de cumpri-los e, havendo a possibilidade de alegação de erro⁴⁴, para que se desconstitua qualquer relação jurídica ora firmada, habitualmente aceita jurisprudencialmente, consegue eximir-se do cumprimento.

O resultado para o consumidor é a falta de confiança e segurança jurídica nas publicidades fidedignas, gerando sempre um sentimento de incerteza diante de diferentes tipos de oferta. Para o mercado, trata-se de conduta desastrosa: uma empresa pode se capitalizar facilmente, considerando que ela pode efetivar o reembolso da oferta posteriormente e, rescindir o contrato, dessa forma, gera um desequilíbrio concorrencial, porque muitas vezes o reembolso é efetivado em crédito, a compensação seria em *voucher*, cupons de desconto, o que, para além da captação de recursos, há uma captação de clientes de maneira predatória, artilosa e espúria, constituindo uma assimetria distorcida no mercado, violando os princípios da boa-fé objetiva que deve nortear todas as relações jurídicas, em especial a consumerista.

Essa prática ilegítima, configura-se de maneira semelhante à publicidade “chamariz”, e que não deixa de ser uma prática abusiva e enganosa em detrimento não só do consumidor, mas de toda a ordem econômica, desde as pequenas empresas, que não dispõem de *know-how* ou aparato suficiente para elaborar essa estrutura específica de burla ao ordenamento jurídico, até as maiores empresas que objetivam promover a sustentabilidade e se nortear pela boa-fé em todas as etapas de sua produção. Rizzatto Nunes conceitua o “chamariz” como espécie de prática abusiva que não está necessariamente interligada à mercadoria ou ao serviço, consistindo senão uma forma de atrair o consumidor ao estabelecimento, inclusive no

⁴³ O Superior Tribunal de Justiça já decidiu, no REsp 1872048, que a falta de estoque não impede o consumidor de exigir a entrega do produto anunciado, cabendo ao fornecedor a responsabilidade de anunciar apenas o que há no seu estoque. Segundo a Corte, a única hipótese em que o fornecedor não estaria obrigado ao cumprimento forçado da obrigação, que, frise-se, é uma escolha do consumidor, é quando da inexistência absoluta do produto, quando a marca ou modelo não for mais fabricada.

⁴⁴ A alegação de erro de carregamento de tarifa acontece principalmente quando as fornecedoras são companhias aéreas que, para eximir-se de fornecer o transporte aéreo promocional, alegam erro no carregamento de tarifa, argumentando sempre que o valor seria irrisório, e conseguem evadir-se da prestação de fornecimento das passagens, mesmo sendo um serviço com alta elasticidade tarifária.

ambiente digital, para que assim consuma o que estiver à disposição⁴⁵, de maneira embaraçosa e constrangedora, uma vez que não era a intenção inicial do consumidor.

Para além, portanto, da clara violação à boa-fé objetiva na relação contratual com o consumidor, é de se evidenciar a nítida distorção mercadológica causada pelo comportamento do fornecedor nessas situações, prejudicando o equilíbrio natural da ordem econômica e violando a concorrência legítima.

Pode-se usar como exemplo a questão das passagens aéreas, uma vez que o mercado de passagens aéreas é extremamente volátil, uma vez que depende de diversos fatores externos, para além da oferta e demanda, o que torna a precificação bastante variável. Dessa forma, é comum que em determinadas épocas do ano, a exemplo da *black Friday*, os valores das passagens encontrem-se abaixo do valor de mercado, para atrair consumidores a voar com determinada companhia ou utilizar da melhor estratégia de marketing. Ocorre que, muitas vezes, a companhia faz a inserção do preço e cancela dias depois por alegação de erro no lançamento da tarifa. Como poderia, portanto, o consumidor afastar a alegação de erro principalmente em um mercado tão volátil quanto o aéreo? Por que não exigir do próprio fornecedor que se responsabilize pelos lançamentos errôneos? Seja por meio de recrudescimento do aparato tecnológico, para evitar o carregamento equivocado de tarifas, seja com o cumprimento voluntário da oferta carregada.

Ora, o fornecedor que se utiliza do estratagema de oferecer mercadoria ou serviço com a prévia intenção de não a entregar ou prestar o serviço, mas apenas visando à capitalização, angariando recursos, numa espécie de “empréstimo” a juros zero, consegue maximizar seus lucros, uma vez que tudo o que entra no caixa da empresa no momento será contabilizado de maneira positiva para o agente econômico, que poderá, principalmente em tempos de crise, utilizar aquele recurso para pagamento de funcionários, demais fornecedores, terceirizados, por exemplo, em vantagem aos demais agentes que, para buscarem recursos financeiros, têm que recorrer às instituições financeiras que cobram juros elevados para empréstimo. Sob esse ponto de vista, essa atividade prejudica até mesmo o próprio Sistema Financeiro Nacional.

A prática é preocupante porque comumente a empresa já faz o reembolso e o consumidor aceita sem maiores questionamentos, geralmente por desconhecer a legislação

⁴⁵ Um exemplo dado por Rizzatto Nunes é o de uma grande liquidação anunciada, porém restrita a apenas uma pequena parcela da loja, ou em relação a poucas peças com padronagem únicas. Outro exemplo, pelo mesmo doutrinador, ocorre quando, um dia antes da promoção, os fornecedores aumentam os valores das mercadorias ou serviços, para criar um efeito ilusório no consumidor de que há efetivamente um desconto, ou uma vantagem para ele. NUNES, Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

consumerista que lhe dá guarida ou por inércia de não querer levar adiante uma discussão na via judicial e, quando o leva, a empresa propõe acordo para não postergar a controvérsia, o que faz com que o mérito da questão não seja levado ao conhecimento da autoridade julgadora, que é capaz de visualizar e desarticular a pretensão ilegítima do fornecedor.

Reforça a preocupação o fato de que, ainda que a situação, economicamente considerada, sob a ótica do consumidor, seja uma prestação de serviço ou produto não tão relevante, para os agentes de mercados configura uma disfunção que irradia consequências a toda a ordem econômica, que merece ênfase do ordenamento jurídico para evitar a prática corriqueira pelos fornecedores, uma vez que se qualifica como falha de mercado, devendo existir uma ponderação do aplicador do direito quando se deparar com casos isolados de cumprimento de oferta.

Assim, a busca pela solução justa, além de se sustentar em princípios, deve se estruturar no raciocínio judicial e na posição institucional do juiz⁴⁶, porque os próprios objetivos sociais também fazem parte do ordenamento jurídico brasileiro e seu arcabouço constitucional, não podendo o juiz considerar as consequências sociais da sentença o único norte do raciocínio judicial, mas deve ponderar ainda o impacto no estímulo ou desincentivo de certas condutas.

4 INFRAÇÃO À ORDEM ECONÔMICA E PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR

A Lei n.º 12.529/2011, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, disciplina algumas práticas que são consideradas infração contra a ordem econômica. Logo em seu artigo 31, fica claro que as sanções se aplicam tanto para pessoas físicas, quanto jurídicas. Sucintamente, a legislação disciplina as formas de conduta que podem ser elencadas quanto ao abuso da posição dominante, quanto aos acordos entre concorrentes e quanto aos atos de concentração⁴⁷.

O artigo 36 da respectiva legislação, tanto no *caput*, quanto nos parágrafos subsequentes, em um rol exemplificativo, discrimina condutas que são consideradas como infrações à ordem econômica e que atraem a aplicação das sanções do artigo 37⁴⁸. É

⁴⁶ SANCHIS, Luis Pietro. **Os princípios, o problema da discricionariedade judicial e a tese da unidade da solução justa**. Ed. Ícone. São Paulo, 2012

⁴⁷ FORGIONI, Paula Andrea. **Os fundamentos do antitruste**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

⁴⁸ São as seguintes sanções: Art. 37. A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas: I - no caso de empresa, multa de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido, no último exercício anterior à instauração do

perceptível que, para a legislação, não interessam os meios empregados no cometimento do ilícito, senão que o ato tenha como objeto ou efeito as hipóteses previstas nos incisos I a IV, quais sejam: limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou iniciativa, dominar mercado relevante de bens ou serviços, aumentar arbitrariamente os lucros e exercer de forma abusiva posição dominante.

Pode-se afirmar que, no caso da oferta reiterada de produto ou serviço indisponível, com posterior cancelamento e crédito de reembolso ou *voucher*, capitalizando recursos de maneira obtusa, caracteriza-se como infração à ordem econômica. A uma, é uma conduta que tenta limitar ou prejudicar a livre concorrência, porquanto todos os demais agentes econômicos, caso precisem de recursos financeiros, vão recorrer aos procedimentos ordinários, quais sejam, subsídios ou empréstimo a juros das instituições financeiras. A duas, por meio de determinada prática agressiva, o agente econômico visa não apenas maximizar os seus lucros de maneira arbitrária, como tenta, muitas vezes, dominar o mercado relevante, principalmente quando da prática “chamariz”, fazendo o reembolso por meio de crédito no mesmo estabelecimento ou oferecendo algum benefício, que muitas vezes são cupons para serem utilizados no mesmo estabelecimento, como forma de compensação aos danos.

A conduta predeterminada de oferecer preços predatórios em objetos que se sabem indisponíveis pelo fornecedor, de não ter controle do estoque, de não utilizar sistemas que impeçam o carregamento de tarifas errôneas, constituem comportamentos violadores da ordem econômica, porque limitam a concorrência legítima e merecem ser punidos não apenas sob a ótica da prejudicialidade ao consumidor, mas perante o direito da concorrência legítima também.

Convém registrar, embora com relação à coibição de crimes, que “a pena deve impor uma quantidade de sofrimento que, somada a quaisquer outros sofrimentos estimados pelo criminoso, exceda o prazer que ele espera obter com o crime”⁴⁹. Assim, enxergar o não

processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação; II - no caso das demais pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, que não exerçam atividade empresarial, não sendo possível utilizar-se o critério do valor do faturamento bruto, a multa será entre R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e R\$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais); III - no caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida, quando comprovada a sua culpa ou dolo, multa de 1% (um por cento) a 20% (vinte por cento) daquela aplicada à empresa, no caso previsto no inciso I do caput deste artigo, ou às pessoas jurídicas ou entidades, nos casos previstos no inciso II do caput deste artigo.

⁴⁹ POSNER, Richard. Allen. **Fronteiras da Teoria do Direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, p. 34.

cumprimento da oferta, apenas da perspectiva consumerista, pode não compelir à mudança de atitude dos fornecedores que vislumbram nessa situação uma oportunidade de se capitalizar e obter empréstimos oblíquos, sem juros e de dominar determinado mercado. Portanto, é imprescindível que haja a repressão pela prática do ilícito na esfera concorrencial.

Tal como no direito penal, é necessário que o agente econômico tenha a consciência e responsabilidade de seus atos, bem como de suas consequências, de modo que a repressão sirva para desestimular o comportamento e desencoraje outros agentes a incorrerem nas práticas abusivas. Assim, como os poucos casos acabam nos juizados especiais, o que acaba pulverizando a situação ilegítima e descentralizando os consumidores, é fundamental que o juiz perceba que, para além do cumprimento da oferta que já é imperativa, nos termos do Código de Defesa do Consumidor, os impactos da atitude ludibriadora dos agentes mercadológicos que incidem nas hipóteses infracionais são bastante nocivos para a concorrência, de forma que esse fundamento deve ser levado em conta quando da elaboração da decisão no processo, principalmente quando se considera o valor global do impacto econômico.

É fundamental, portanto, que, na análise feita, seja pelo magistrado em um processo individual, seja pelas autoridades administrativas responsáveis pela apuração do ocorrido, sejam levados em consideração alguns fatores, quais sejam: a dimensão da oferta; quantos consumidores foram prejudicados pelo não cumprimento; o valor médio das mercadorias em um período mínimo para que se avalie se houve erro ou não; caso se alegue erro, se existem mecanismos tecnológicos para evitá-los; a reiteração da conduta; o período em que ocorreu⁵⁰; a quantidade de estoque efetivo do produto ou bem.

Assim, com essas informações mínimas, dá-se para perquirir, seja o objeto, seja o efeito da atitude do agente infrator no respectivo caso e o impacto no mercado específico, para que a decisão sancionatória seja justa, havendo a confluência da consciência jurídica formal e material⁵¹, gerando a confiança em uma solução justa, seja sob a ótica do consumidor, seja dos agentes concorrentes.

Ademais, é muito mais coerente que se exija do fornecedor mais responsabilidade no oferecimento de seus produtos ou serviços, do que impor ao consumidor o ônus de frustração,

⁵⁰ O período em que ocorreu se mostra relevante, uma vez que alguns agentes econômicos precisam de mais recursos financeiros em determinados períodos, a exemplo do encerramento do ano, em que há uma maior necessidade de despendar recursos para pagamento de folha.

⁵¹ SANCHIS, Luis Pietro. Os princípios, o problema da discricionariedade judicial e a tese da solução justa. *In*: MOREIRA, Eduardo (org.). **Argumentação e Estado Constitucional**. 1. ed. São Paulo: Ícone, 2012.

porquanto ele age no intuito de maximizar o seu bem-estar, com fruto de sua escolha, uma vez que já restou demonstrado ainda que o oferecimento de mercadoria indisponível também afeta outros agentes econômicos, e não se restringe ao âmbito do relacionamento entre fornecedor e consumidor, tratando-se de prática ilegítima e violadora do equilíbrio da ordem econômica.

5 CONCLUSÃO

É incontroverso que proteção do consumidor é um direito fundamental, além de norteador da própria ordem econômica nacional, uma vez que a própria Constituição Federal dispõe de maneira expressa acerca do tema e as práticas abusivas que ferem a legislação consumerista trazem reflexos imediatos no mercado equilibrado e na concorrência leal.

Quanto a isso, dado o recorte temático ora proposto, qual seja, a consideração da atitude específica de não cumprimento deliberado da oferta pelo fornecedor, oferecendo de forma premeditada a mercadoria ou serviço indisponível, deduz-se que, quando se trata de comportamento, frequentemente reiterado por parte de alguns agentes econômicos, que reflete de modo que desvirtua o equilíbrio do mercado, ainda que isoladamente considerado, sob a ótica do consumidor, pode não aparentar um comportamento relevante. Entretanto, sob a perspectiva mercadológica e concorrencial, quando se considera a difusão do mercado atingido, como a quantidade de consumidores, o efetivo impacto ou o elemento subjetivo da conduta, é de se considerar a reverberação imediata e distorciva do mercado e livre concorrência, ambientes que deveriam ser ou permanecer em equilíbrio, considerando-se uma falha de mercado que atrai a intervenção estatal para sanar os vícios perpetrados.

Assim, a consideração da respectiva prática como infração à ordem econômica, atraindo a sanção adequada, é medida que se impõe. A falta de previsão legislativa específica não impediria que houvesse consideração nesse sentido do magistrado do caso em concreto da ação consumerista, principalmente porque a lei que disciplina os ilícitos concorrenciais tem um rol meramente exemplificativo, fazendo alusão expressa à possibilidade de a atitude infratora apenas tentar ter como objeto ou efeito as condutas descritas.

Conclui-se, pois, que a prática reiterada e deliberada por parte dos fornecedores, para além de violar o Código de Defesa do Consumidor, afronta diretamente a ordem econômica e prejudica, principalmente, os agentes econômicos que atuam pautados pela boa-fé e recorrem aos meios legítimos e habituais de captação de recursos financeiros e de clientes.

É necessário que o agente econômico tenha a consciência e responsabilidade de seus atos e as respectivas consequências, de modo que a sanção sirva para desestimular o comportamento, bem como desencoraje outros agentes a incorrerem nas práticas abusivas, além de seu viés pedagógico. Assim, como os poucos casos de relação consumerista em que se exige o cumprimento da oferta acabam nos Juizados Especiais, é fundamental que o juiz perceba que, por trás da observância do cumprimento da oferta, que é imperativa, nos termos do Código de Defesa do Consumidor, os impactos da atitude ludibriadora dos agentes que deliberadamente oferecem mercadoria ou serviço sabidamente indisponível são bastante nocivos para a concorrência, de forma que tal fator não pode ser desconsiderado quando da quantificação do dano na sentença.

Por derradeiro, tem-se que é nítida, portanto, a possibilidade de sanção dos fornecedores também no âmbito concorrencial pelos fundamentos já expostos, considerando se tratar de comportamento que viola a ordem econômica e a concorrência legítima.

REFERÊNCIAS

BENSOUSSAN, Fábio Guimarães; GOUVEA, Marcus de Freitas. **Manual de direito econômico**. 2. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2016.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [1988]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 01 out. 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Brasília, DF: Presidência da República, [2011]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm. Acesso em: 01 out. 2022.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor (1990)**. Brasília, DF: Presidência da República, [1990]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em: 01 out. 2022.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FORGIONI, Paula Andrea. **Os fundamentos do antitruste**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GRAU, Eros Robert. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

NUNES, Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

POSNER, Richard. Allen. **Fronteiras da Teoria do Direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

SANCHIS, Luis Pietro. Os princípios, o problema da discricionarietà judicial e a tese da solução justa. *In*: MOREIRA, Eduardo (org.). **Argumentação e Estado Constitucional**. 1. ed. São Paulo: Ícone, 2012.

SEIXAS, Luiz Felipe Monteiro. **Tributação indutora e análise econômica do direito: uma investigação crítica**. 2017. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2017.






BIOGRAFIA

Priscilla de Araújo Campos Nóbrega

Doutoranda em Direito pela UFPE, na linha de Estado e Regulação. Mestre em Direito pela UFRN, na linha Constituição, Regulação Econômica e Desenvolvimento, no projeto Tributação e Ordem Econômica. Pós-Graduada em Direito Público e em Direito Tributário. Procuradora da Fazenda Nacional.

CONTATOS

-  <http://lattes.cnpq.br/5341494485763243>
-  <https://orcid.org/0009-0005-4187-522X>
-  priscillaacampos@gmail.com

Marco Bruno Miranda Clementino

Doutor e Mestre em Direito. Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Coordenador do Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET) em Natal. Juiz Federal.

CONTATOS

-  <http://lattes.cnpq.br/1281119330515495>
-  <https://orcid.org/0000-0001-5091-4108>
-  <https://ufrn.academia.edu/MarcoBrunoMirandaClementino>
-  marcobrunomiranda@gmail.com