

RECEBIDO EM: 13/06/2017

APROVADO EM: 09/11/2017

# CONSIDERAÇÕES SOBRE A SOCIEDADE DE CONSUMO E A DEFESA DA CONCORRÊNCIA

*CONSIDERATIONS ON CONSUMER SOCIETY AND THE DEFENSE  
OF COMPETITION*

*Fábio Campelo Conrado de Holanda*  
*Doutor em Ciência Política pela UFRGS*

*Mestre em Direito pela UFC*  
*Professor do Curso de Mestrado em Direito Privado da Un7*  
*Procurador Federal na PF/CE*

*Francisco Dias de Oliveira Junior*  
*Mestrando em Direito pela UNi7*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A Contextualização do Consumidor em uma Economia de Mercado; 2 A Proteção do Consumidor na Sociedade Pós-Moderna e a Fragilidade da sua Autonomia Decisória; 3 A Proteção do Consumidor Sobre o Prisma da Defesa da Concorrência Através do Estudo de Caso; 4 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** Este ensaio tem por objetivo fazer uma análise da correlação existente entre a defesa da concorrência e a proteção do consumidor, políticas públicas que trazem benefícios mútuos às relações consumeristas e que devem ser harmonizadas em benefício do bem-estar do consumidor. Apesar de essas políticas apresentarem enfoques específicos e distintos, investiga-se de que maneiras a política de defesa da concorrência pode influenciar na tutela dos direitos do consumidor, principalmente, por meio da garantia e proteção do direito de escolha, nas relações consumeristas. Para atingimento desses objetivos será realizada pesquisa doutrinária, utilizando do método hipotético-dedutivo, com intuito de demonstrar que a legislação antitruste tem como um de seus principais fundamentos a proteção do consumidor. Além do que, nessa sociedade pós-moderna, deve ficar evidente que o consumidor carece dessa proteção.

**PALAVRAS-CHAVE:** Tutela do Consumidor. Defesa da Concorrência. Direito de Escolha. Direito Antitruste.

**ABSTRACT:** This essay aims at analyzing the correlation between competition and consumer protection, public policies that bring mutual benefits to consumer relations and that should be harmonized for the benefit of the consumer. Although these policies have specific and distinct approaches, it's investigated in what ways competition policy can influence the protection of consumer rights, especially by guaranteeing and protecting the right to choose, in consumer relations. To achieve these objectives, a doctrinal research will be carried out, using the hypothetical-deductive method, in order to demonstrate that antitrust legislation has as one of its main foundations the protection of consumers. In addition, in this postmodern society, it should be evident that the consumer lacks this protection.

**KEYWORDS:** Consumer Protection. Defense of Competition. Right to Choose. Antitrust Law.

## INTRODUÇÃO

O mundo globalizado de hoje presencia constantemente a fusão, a cisão e a incorporação de empresas que, de certa forma, afetam diretamente a vida dos consumidores em geral, tendo a vista a ocasional caracterização de oligopólios capazes de aumentar a vulnerabilidade dos destinatários finais de produtos e serviços, cada vez mais submissos às diretrizes impostas pelo mercado de consumo.

Neste contexto, não se pode negar que estes *players* fracos das relações de consumo estão envoltos em uma sociedade de riscos, marcada tanto por aspectos positivos quanto negativos do progresso, reclamando o olhar percuciente do direito. A revelação dos riscos desta sociedade contemporânea de consumidores é destacada através do avanço tecnológico e do crescimento da indústria.

Com lastro nestas premissas, o objeto do presente estudo é debater em que medida os mecanismos de defesa da concorrência têm o condão de proteger o consumidor. O desenvolvimento do tema se valerá do referencial teórico de autores nacionais e estrangeiros, como o filósofo polonês Zygmunt Bauman (reconhecido pelo estudo da sociedade líquida de consumo, pós-moderna e afeiçãoada à produção em massa com indução ao consumismo exacerbado), o sociólogo alemão Ulrich Beck e os franceses Gilles Lipovetsky e Jean Baudrillard, dentre outros.

A justificativa para o enfrentamento do tema posto em debate é a correspondência da atuação profissional dos autores da pesquisa na esfera do poder público, a par dos estudos que vêm desenvolvendo em âmbito acadêmico, voltados à compreensão das relações consumeristas e do direito privado contemporâneo.

Sobre a tutela dos consumidores na sociedade de consumo de massa, verifica-se que o papel das normas antitruste pode ser melhor entendido em termos de um padrão fundamental - o padrão de escolha do consumidor, ou seja, na medida em que se protege a competitividade entre fornecedores de produtos e serviços, preservando o dinamismo do livre mercado nas relações consumeristas, haverá maiores possibilidades do destinatário final (desde que bem informado) exercer sua autonomia da vontade. A propósito, a informação, considerada um dos pilares da Política Nacional de Consumo, tem o propósito de mitigar o universo de incertezas em que está envolto o consumidor.

O objetivo do presente arrazoadado, registre-se, é investigar de que forma e em que circunstâncias os órgãos de defesa da concorrência protegem o consumidor e fomentam seu bem-estar, por meio de uma proteção regulatória específica. O método eleito para o debate do tema foi a pesquisa bibliográfica com a divisão do arrazoadado em três capítulos, constando no primeiro a contextualização do consumidor brasileiro na economia de mercado contemporânea (com ênfase na sociedade de risco da pós-modernidade), no segundo os vários mecanismos de tutela dos direitos do consumidor (em especial a defesa da concorrência) e, no derradeiro tópico, as luzes estarão voltadas a um caso concreto protagonizado pela atuação do CADE enquanto órgão regulador do tema.

A pretensão do arrazoadado, como se vê, é ambiciosa, mas as críticas que lhes forem destinadas serão suficientes contribuições ao desenvolvimento do tema, tão caro para os autores, que aqui revelam seu interesse pelo debate multidisciplinar sobre este segmento do direito privado.

## **1 A CONTEXTUALIZAÇÃO DO CONSUMIDOR EM UMA ECONOMIA DE MERCADO**

Nesta seção objetiva-se contextualizar a figura do consumidor na economia de mercado contemporânea, com enfoque na redução das desigualdades estabelecidas pelas práticas abusivas contra si, representadas, dentre outras, pela eliminação da concorrência através da formação de cartéis, por conduto do abuso do poder econômico<sup>1</sup> e da mitigação do seu poder de escolha.

Historicamente, a necessidade de uma proteção específica para o consumidor deriva da desigualdade intrínseca existente na relação de consumo, potencializada pelas grandes transformações do sistema capitalista, especialmente na produção e comercialização de bens e serviços. A produção em série, marcada simbolicamente pelo taylorismo e pelo fordismo<sup>2</sup>, consubstancia-se como o passo inicial para o consumo de massa. Concomitante ao surgimento do consumo de massa emerge a publicidade,

---

1 Para maiores detalhes ver lição de CAVALIERI FILHO, Sérgio. O direito do consumidor do limiar do século XXI. *Cidadania e Justiça*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 7, 1999, 20-22. Ver, também, FAVARO, Maria Carolina Pacheco. *A reestruturação e fortalecimento do direito administrativo sancionador: a necessidade da terceira via para efetivação da proteção dos direitos do consumidor*. São Paulo, 2011. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (dissertação de mestrado). Orientador: Prof. Dr. Eduardo Reali Ferrari.

2 TAYLOR, Frederick W. *Os princípios da administração científica*. São Paulo: Atlas, 1990.

lastreada pela necessidade de promoção dos produtos e serviços com aspirações de estabelecerem padrões de consumo.

Conforme destacado por Bauman<sup>3</sup>, “a característica mais proeminente da sociedade de consumidores – ainda que cuidadosamente disfarçada e encoberta – é a transformação dos consumidores em mercadorias”. Ainda segundo o autor<sup>4</sup> (na esteira do que já havia destacado Nicole Aubert), a consolidação da sociedade de consumidores promoveu uma redimensão da compreensão do tempo, agora pontilhado, através de uma coleção de instantes experimentados com intensidades variadas, onde o fugaz e o efêmero sobrepujam os conceitos de durabilidade e segurança.

Com base nesta premissa, uma indagação se conecta ao objeto do presente artigo: se os ciclos de vida dos produtos seguem a lógica de um tempo pontilhado, marcado por constantes discontinuidades, representado pela mudança no produto ou por uma versão mais sofisticada daquele mesmo produto, até que ponto, numa economia de mercado competitiva ou monopolista, esse período discreto de tempo pode ser alargado ou diminuído ao bel-prazer dos grandes conglomerados empresariais e em detrimento do bem-estar do consumidor?

Acredita-se que, quanto maior for o poder de mercado de determinada empresa ou de determinado produto (ou marca) a vulnerabilidade do consumidor será maior, havendo maior propensão e tendência de substituição de equipamentos motivados pela obsolescência programada. Entretanto, se há várias empresas concorrentes no mercado, assim como a existência de vários produtos similares, a tendência será uma proteção maior do consumidor, uma vez que ele poderá ter a opção por mais de uma marca, no qual o período de obsolescência pode ser diferenciado. É o equivalente a afirmar que a concorrência dá mais liberdade e opção ao livre poder de escolha do consumidor.

Ao tratar da sociedade contemporânea de consumidores, Bauman<sup>5</sup> percebeu que a ideia do movimento presentes em nossas vidas, harmoniza-se com o apropriar e descartar de coisas. A tendência ao rápido descartar de bens (que o mercado nos oferece em todas as ocasiões e situações) prospera quando os fornecedores de produtos e serviços conseguem incutir

---

3 BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008. p. 20.

4 Ibidem, p. 20.

5 Ibidem, 2008. p. 20.

a sensação de não satisfação de seus membros (e assim, em seus próprios termos, a “infelicidade” deles). Daí a volatilização e voracidade da economia de consumo, que está sempre preocupado em satisfazer (aparentemente) os consumidores é o combustível da quadra social contemporânea.

Esclarece o professor de Leeds que a mencionada infelicidade, no mundo da livre concorrência, paradoxalmente representa a felicidade do consumidor, traduzindo-se no mais amplo e variado poder de escolha, o poder de optar por produtos (modelos de produtos) concorrentes:

O mundo cheio de possibilidades é como uma mesa de bufê com tantos pratos deliciosos que nem o mais dedicado comensal poderia esperar provar de todos. Os comensais são consumidores, e a mais custosa e irritante das tarefas que se pode pôr diante de um consumidor é a necessidade de estabelecer prioridades: a necessidade de dispensar algumas opções inexploradas e abandoná-las. A infelicidade dos consumidores deriva do excesso e não da falta de escolha. “Será que utilizei os meios à minha disposição da melhor maneira possível? é a pergunta que mais assombra e causa insônia ao consumidor<sup>6</sup>.

Tem-se, portanto, que a escolha do consumidor é hoje um valor em si mesma, e quanto mais opções ele dispuser – apesar da aparente e paradoxal infelicidade, mais protegido estará o consumidor, em face da própria dinâmica concorrencial do mercado.

O ciclo de vida cada vez mais curto dos produtos, tornados obsoletos, traz consigo um custo, pois os produtos substituídos servirão de sucatas não recicláveis que tem como destino ou os países do terceiro mundo, ou as periferias das grandes cidades, representando problemas ambientais de grandes magnitudes.

Nesse contexto, Beck<sup>7</sup> destacava existir certa indiferença da sociedade diante destes riscos<sup>8</sup> e o corolário da degradação ambiental que lhe é peculiar, provenientes do consumo desenfreado, o chamado

6 BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 47.

7 BECK, op. cit., p. 54.

8 Para Ulrich Bech: “A sociedade de risco designa uma época em que os aspectos negativos do progresso determinam cada vez mais a natureza das controvérsias que animam a sociedade. O que inicialmente ninguém via e, sobretudo, desejava, a saber, colocar a si mesmo em perigo e a destruição da natureza, está cada vez mais se tornando o motor da história” (BECK, Ulrich. *A política na sociedade de risco*. Tradução de Estevão Bosco. Ideias, Campinas-SP, n. 1, nova série, 2º semestre, 2010. p. 229-256).

“efeito bumerangue” (o produto que traz a felicidade do consumidor hoje pode ser aquele que degradará sua saúde amanhã). Verifica-se, pois, que a defesa da concorrência tem o condão de possibilitar o aprimoramento de informações existentes entre os produtores/fornecedores e os consumidores (a propósito, um dos grandes problemas da sociedade pós-moderna é a assimetria de informações existentes sobre os riscos dos produtos)<sup>9</sup>.

Ainda segundo o autor alemão<sup>10</sup>, pode-se enumerar três lógicas de riscos globais: riscos de crises ecológicas, riscos de crises financeiras globais e riscos de ameaças terroristas. Uma diferença central entre os dois primeiros e o último é que este é intencional, enquanto aqueles são acidentais, colaterais. Além disso, o primeiro deles, os riscos ecológicos ou ambientais estão diretamente associados ao consumismo exacerbado, marca da sociedade de massa, da sociedade de consumo pós-moderna.

Transportando tais considerações para a legislação consumerista pátria, tem-se que o conceito de consumidor foi o tema que mais suscitou debates e gerou polêmicas nos primeiros anos de vigência do atual Código de Defesa do Consumidor (CDC). Muitas dessas polêmicas permanecem até hoje. Assim, não é pretensão dessa pesquisa exaurir esse debate nem tampouco aprofundar-se no mesmo, mas apenas apresentar aqueles conceitos mais comumente aceitos.

O conceito legal de consumidor é trazido no art. 2º, *caput*, da Lei nº 8.078/1990 (CDC), qualificando-se como tal “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. O Código traz ainda o conceito de consumidor equiparado, dividindo-o em três espécies: i) a coletividade (art. 2º parágrafo único), ii) a vítima de acidente de consumo (art. 17), também denominado *bystander*; e, iii) o consumidor potencial (art. 29).

Entretanto, o conceito mais importante é o de consumidor em sentido estrito do qual são relacionados três requisitos para a sua configuração: i) ser pessoa física ou jurídica, ii) adquirir ou utilizar um produto ou serviço e iii) ser o destinatário final do produto ou serviço. Os dois primeiros requisitos não requerem maiores digressões, já o terceiro foi o que mais suscitou polêmicas tanto na doutrina quanto na jurisprudência, fazendo surgir algumas teorias com intuito de definir ou delimitar o que seja destinatário final. As principais correntes doutrinárias que merecem

9 BECK, op. cit., p. 54.

10 Ibidem, p. 54.

estudo são: i) a teoria finalista ou subjetiva, ii) a teoria maximalista ou objetiva, e iii) a teoria finalista ampliada<sup>11</sup>.

Pela teoria finalista o consumidor é apenas aquele que utiliza o produto ou serviço adquirido para seu uso próprio, sem utilizá-lo com fins econômicos. Desse modo, tal teoria preconiza que consumidor é apenas o destinatário final econômico, ou seja, aquele que usa o produto ou serviço para proveito próprio ou familiar, não o utilizando em atividade econômica empresarial. O Supremo Tribunal Federal tem encampado esta teoria.<sup>12</sup>

Registre-se, no entanto, que o enfoque do presente artigo não é o aprofundamento destes conceitos gerais sobre o direito do consumidor e o posicionamento dos tribunais superiores na adoção das teorias em epígrafe, mas uma abordagem eminentemente teórica sobre as relações consumeristas na contemporaneidade, com enfoque na fragilização do poder decisório deste *player* fraco da relação.

## 2 A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR NA SOCIEDADE PÓS-MODERNA E A FRAGILIDADE DA SUA AUTONOMIA DECISÓRIA

Quanto à doutrina que se debruça sobre o estudo do ato de escolha do consumidor, destaca-se a dialética norte-americana de Robert Lande<sup>13</sup> e Robert Bork<sup>14</sup>, onde o primeiro defendia que o objetivo principal da política antitruste é a garantia do direito de escolha do consumidor, enquanto o segundo advogava que o principal desiderato do legislador americano ao promulgar a lei antitruste seria a busca pela eficiência do mercado.

Independente do posicionamento destas correntes, aquelas que apontam para o viés da eficiência econômica ou as que apontam para a liberdade de escolha do consumidor, pode-se afirmar que são complementares, afinal, de que vale a liberdade de escolha se não houver eficiência econômica? Não seria estéril haver eficiência econômica se o consumidor ficasse aprisionado em sua liberdade de escolha?

11 Para maiores detalhes ver MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. São Paulo: RT, 2002. p. 278-280. Ver também BENJAMIN, op. cit. p. 77-78.

12 PFEIFFER, op. cit., p. 40.

13 AVERITT, Neil W.; LANDE Robert H. Consumer sovereignty: a unified theory of antitrust and consumer protection law, *Antitrust Law Journal*, 713 (1997). Disponível em: <[http://scholarworks.law.ubalt.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1366&context=all\\_fac](http://scholarworks.law.ubalt.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1366&context=all_fac)>. Acesso em: 11 nov. 2016.

14 BORK, Robert H. *The antitrust paradox: a policy at war with itself*. New York: The Free Press, 1993. p. 12, apud PFEIFFER, Augusto Castellanos, op. cit., p. 88.



Evoluindo no debate, verifica-se que há uma mitigação da autonomia da vontade do consumidor decorrente da influência da publicidade que se utiliza de técnicas subliminares para influenciar nas decisões consumeristas. A legislação pátria proíbe a publicidade enganosa, mas não tece qualquer restrição ou comentário sobre a publicidade subliminar. Assim, a despeito da tolerância às mídias subliminares, nota-se que tal expediente (que tem o condão de reduzir o nível de consciência do destinatário final) se revela como desconhecido destes e dos órgãos de proteção do consumidor.

O conhecimento de técnicas de indução ao consumo por meio de mensagens subliminares, registre-se, imperceptível ao nível consciente do consumidor, mas massacrante ao nível de comprometimento do seu poder de decisão e de autonomia, é certamente arma de manipulação dos grandes conglomerados econômicos e da grande indústria da mídia consumerista.

Sobre a influência do subliminar nas decisões consumistas faz-se mister citar a relevância do pensamento de Mlodinow<sup>15</sup>, que em várias passagens do livro, deixa claro a influência da propaganda subliminar nas decisões de consumo, deixando cristalino que a mídia (a propaganda, a publicidade) pode incutir padrões de consumo inconscientemente nas mentes dos consumidores.

Segundo o autor, levando em consideração o cotidiano de uma série de decisões inconscientes, cientistas estimam que só temos consciência de cerca de 5% de nossa função cognitiva, sendo que os outros 95% vão para além de nossa consciência, estão no subliminar, e exercem enorme influência em nossas vidas.<sup>16</sup>

Caracterizando-se a inovação e a mudança como molas propulsoras da nova economia de mercado dessa sociedade de consumidores, não restam dúvidas de que, à primeira vista, a palavra inovação traz consigo um valor positivo. Como destacou Bauman, a mudança constante é também a norma suprema do comportamento, anunciada e promovida como a receita da sobrevivência no mundo turbulento e não mais previsível.<sup>17</sup>

15 MLODINOW, Leonard. *Subliminar: como o inconsciente influencia nossas vidas*. Tradução de Cláudio Carina. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.

16 *Ibidem*, p. 30.

17 BAUMAN, Zygmunt. *The 20th century: the end or a beginning?* Thesis Eleven, Number 70, August 2002: 15–25, SAGE Publications and Thesis Eleven Pty Ltd. No original: “Constant change is also the supreme norm of behaviour, advertised and promoted as the recipe of survival in the turbulent and no more predictable world”.

Entretanto, não se pode olvidar que, em nome da inovação, empresas possam desenvolver suas estratégias de *marketing* em detrimento de um benefício real aos consumidores, sobretudo diante de um mercado concentrado (oligopolista ou monopolista).

Hodiernamente, é possível relacionar autores que tem se debruçado sobre o estudo das culturas de massas, do consumo exagerado e da fragilidade do consumidor frente a esta realidade contemporânea. Lipovetsky destaca o surgimento de uma nova fase do capitalismo, que deu origem a denominada sociedade de hiperconsumo, cujo lema chave é “compro, logo existo”. É, nas palavras do próprio autor, a “civilização do desejo”<sup>18</sup>. Essa sociedade do hiperconsumo, marcada pela cultura de massa, é apreendida como a “máquina destruidora da razão, empresa totalitária da erradicação da autonomia do pensamento”. Destaca o autor, que o consumo é superficial, o que torna as massas infantis<sup>19</sup>, e mais:

Toda a cultura massa-midiática tornou-se uma formidável máquina comandada pela lei da renovação acelerada, do sucesso efêmero, da sedução, da diferença marginal. A uma industrial cultural que se organiza sobre o princípio soberano da novidade corresponde um consumo excepcionalmente instável; mais que toda parte reina aí a inconstância e a imprevisibilidade dos gostos [...].<sup>20</sup>

Diante de um poder de influência relevante da mídia sobre as decisões do consumidor, principalmente, por meio da influência a nível subliminar, diante da busca incessante dos consumidores por mudança, por *status*, por ser diferente ou até muitas vezes igual a determinados comportamento de determinadas classes sociais, diante do poder dos grandes conglomerados econômicos que conhecem como influenciar as decisões dos consumidores, fazendo surgir demanda onde, na prática não deveria existir, fica a instigante pergunta: até que ponto, em que limite e circunstâncias, a escolhas e as decisões que os consumidores tomam são realmente decisões conscientes, autônomas? No uso pleno de sua autonomia da vontade? Ou a vontade do consumidor e seu poder de escolha não passam de mera aparência? Manipuladas por informações subliminares? E, por fim, de que forma e em que circunstâncias a

18 LIPOVETSKY, Gilles. *A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo*. Tradução de Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

19 LIPOVETSKY, Gilles. *O império do efêmero: a moda e seu destino nas sociedades modernas*. Tradução de Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. p. 16-17.

20 Ibidem, p. 238.

defesa da concorrência poderia mitigar essas desvantagens, em favor do consumidor?

Como preparação para o derradeiro tópico do presente ensaio, tem-se que existem dois grandes momentos que representam um paradigma na defesa do consumidor: a) as grandes transformações do sistema capitalista, marcado pela produção e comercialização de bens e serviços<sup>21</sup>, e b) o consumo em massa, marca do último quartel do século XX e primeiro deste século. Como resultado desses eventos históricos têm-se o surgimento da figura do consumidor, como a conhecemos hoje.

Por conseguinte, há consenso na afirmativa de que os consumidores são beneficiados pela concorrência, pois ela acarreta menores preços<sup>22</sup>, maior qualidade e diversidade de produtos e serviços colocados à disposição da sociedade<sup>23</sup>, liberdade de escolha, como pressuposto do direito de acesso ao consumo<sup>24</sup>.

Para complementar a abordagem teórica que se pretendeu desenvolver, será tangenciado no próximo tópico um estudo de caso envolvendo a atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

### 3 A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR SOBRE O PRISMA DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA ATRAVÉS DO ESTUDO DE CASO

O capitalismo é tido por alguns como um sistema parasitário. Partindo desta premissa, tem-se que como todos os parasitas, pode prosperar durante certo período, desde que encontre um organismo ainda não explorado que lhe forneça alimento. Mas não pode fazer isso sem prejudicar o hospedeiro, destruindo assim, cedo ou tarde, as condições de sua prosperidade ou mesmo de sua sobrevivência<sup>25</sup>. A pretensão aqui não é fazer qualquer alusão negativa ou positiva do sistema capitalista, mas apenas destacar que qualquer sistema tem suas vantagens e desvantagens (prós e contras), que precisam ser reconhecidas, principalmente em se

21 A modificação na maneira de consumo teve como principal evento a produção em série, marca principal do fordismo e do taylorismo. (TAYLOR, Frederick W. *Os princípios da administração científica*. São Paulo: Atlas, 1990).

22 MAGALHÃES, Francisco Carlos. *Leis que preservam a concorrência protegem o consumidor*. Brasília, CADE, ano II, n. 5, p. 3-5, dez. 1976.

23 FONSECA, João Bosco Leopoldino. *Lei de proteção da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 78.

24 MALARD, Neide Terezinha. *Concentração de empresas: livre concorrência e livre iniciativa*. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade de Brasília (UnB), Brasília, 1997. p. 134.

25 BAUMAN, op. cit., 2010. p. 6.

tratando das desvantagens, a fim de direcionar a atuação do Estado em favor do elo mais fraco da relação consumerista.

Portanto, diante do poder do mercado capitalista, no qual os conglomerados econômicos são cada vez mais poderosos e concentradores, faz-se, nesta seção, um estudo de caso sobre a proteção do consumidor como corolário de defesa da concorrência. Dessa forma, procura-se estabelecer a ressonância, vale dizer, os pontos de intersecção e de convergências entre os objetivos de defesa do consumidor e de defesa da concorrência.

A história da concorrência e, por consequente, de sua regulação, é muito anterior à própria história do modo de produção capitalista. Entretanto, as políticas de defesa da concorrência estão intrinsecamente relacionadas (imbricadas) à cultura do sistema capitalista e da sociedade de mercado (sociedade de consumo). Desta forma, pode-se entender que a concorrência seria um produto do próprio capitalismo e a sua garantia um pressuposto do pleno desenvolvimento do mercado.

Nesse sentido, a concorrência seria um valor, um fundamento intrínseco do mercado capitalista, devendo o Estado assegurar a defesa da concorrência, de modo que sua ausência ou a ineficiência das práticas de defesa da concorrência pode ocasionar uma disfuncionalidade do sistema econômico capitalista, o que poderia resultar em atraso no desenvolvimento dos países e na piora do bem-estar da população.

Corolário da dimensão constitucional da defesa da concorrência, tem-se a validade conferida à legislação infraconstitucional quem tem por função a concretização de tal princípio, como, por exemplo, a Lei nº 12.529/2011 que estabeleceu o controle repressivo e controle estrutural administrativo e a Lei nº 8.137/1990 que criminalizou diversas condutas anticoncorrenciais.

Nessa sociedade de consumo, cada vez mais massificada, o grande desafio é conciliar valores, às vezes antagônicos, como o livre acesso ao consumo, a defesa da concorrência e a defesa do consumidor. Nesse passo, a Constituição de 1988 inovou ao elevar a livre concorrência à categoria de princípio constitucional (art. 170, IV). Por seu turno, no art. 173, § 4º, estabeleceu-se que a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

Cabe, ainda, mencionar que a Constituição não trouxe um conceito de livre concorrência, deixado tal tarefa a cargo legislador e do intérprete.

Daí, também, a importância da hermenêutica constitucional, em matéria de proteção do consumidor, pois, dessa forma, os objetivos das políticas da concorrência (e o seu significado) podem variar de acordo com o contexto em que são aplicadas e de acordo com a visão de quem as aplicam.

A dimensão constitucional de defesa do consumidor subjaz de relevância ímpar, pois, por meio dela, estabelece-se a validade de uma série de normas infraconstitucionais que protegem o consumidor e impõem limites à atuação da livre iniciativa das empresas. Dentre essas normas, a mais importante é o Código de Defesa do Consumidor (CDC), Lei nº 8.078/1990.

A Lei nº 12.529/2011 menciona o termo consumidor em seu art. 1º ao incluir a defesa do consumidor entre os princípios de defesa da concorrência, entretanto, não traz, em nenhum momento, a definição ou conceito de consumidor. No entanto, no art. 115, estabelece que, subsidiariamente, aplicam-se aos processos administrativo e judicial as disposições da Lei nº 8.078/1990 (CDC).

Pode-se inferir que o conceito de consumidor do CDC pode ser transladado para a lei de defesa da concorrência, uma vez que esta, em nenhum momento, trouxe tal conceito. Nesse diapasão, o conceito de consumidor pode ser unificado, para efeito de aplicação de ambas as legislações: CDC e lei de defesa da concorrência.

Não se pode deixar de mencionar que o CDC elegeu como centrais para o aperfeiçoamento do processo de escolha: informação e publicidade, cuja disciplina interessa tanto à defesa da concorrência quanto à proteção do consumidor. Com efeito, conforme destaca Pfeiffer, o CDC “possui uma extensa preocupação com o direito à informação adequada, por entender que ela é essencial para a garantia de uma escolha refletida”.<sup>26</sup> Ademais, veda a publicidade enganosa, na medida em que ela deturpa o processo de reflexão do consumidor.

Mencionado autor é didático ao esclarecer a relação entre a política de defesa da concorrência e de proteção do consumidor, na medida em que não se limita “à constatação de efeitos reflexos trazidos pela competição entre as empresas que beneficiam os consumidores, tais como menores preços, maior qualidade e ampliação da diversidade de produtos”. Segundo ele, tal relação é ainda mais intensa, “já que o bem-estar do consumidor

---

<sup>26</sup> PFEIFFER, op. cit., p. 65.

constitui um dos objetivos centrais da política de defesa da concorrência, o que vincula a atuação das autoridades responsáveis pela sua execução”.<sup>27</sup>

Na busca por uma defesa da concorrência efetiva, uma das principais ferramentas deve ser a informação, mas não podemos negar que a sociedade de massas é rica em contrainformações, sempre em favor do interesse dos grandes grupos econômicos. Chegando-se ao ponto de verificarmos um paradoxo da sociedade da informação: quanto mais informações, menor o poder de assimilação e de compreensão. Daí a defesa de que não basta termos muita informação, quanto se trata de relações consumeristas, mas a informação certa, objetiva, direta, esclarecedora. Nessa questão, não se pode olvidar do papel desempenhado pelos órgãos de controle e repressão dos ilícitos concorrenciais.

Conforme leciona Rizzato Nunes<sup>28</sup>, a livre concorrência é essencialmente uma garantia do consumidor e do mercado. Significando, portanto, que o produtor/fornecedor tem de oferecer ao consumidor produtos e serviços melhores do que os de seus concorrentes. Essa obrigação é posta *ad infinitum*, de forma que sempre haja melhora. Evidente que esse processo de concorrência se faz não só pela qualidade, mas, principalmente, pelo preço. O forte elemento concorrencial na luta pelo consumidor é o binômio qualidade/preço.

Pode-se, desde já inferir, *a priori*, que a concorrência tem papel fundamental em dois aspectos relevante para a melhoria do bem-estar do consumidor: preço e qualidade. Mas, se é justamente por meio da defesa da concorrência que se garante um mercado com vários fornecedores/produtores, não se pode deixar de mencionar um terceiro aspecto relevante que são os princípios antitrustes de garantia da liberdade de escolha. Aqui, garantir a liberdade de escolha é assegurar que sempre haverá no mercado um satisfatório número de *players* concorrendo em igualdade de condições.

A bem da didática e visando complementar a abordagem eminentemente teórica trazida no presente artigo, interessa a alusão ao inquérito administrativo nº 08012.008859/2009-86, deflagrado no âmbito do CADE, cuja atuação tem se mostrado diligente no equilíbrio dos interesses dos consumidores enquanto corolário da proteção das práticas concorrenciais.

27 PFEIFFER, op. cit., p. 1.

28 NUNES, Luis Antonio Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 7. ed. revisado e atualizado. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 102.

A análise inclui exposição dos indícios apurados em sede de instrução de urgência que apontam para a existência de fundado receio de que a suposta conduta colusiva liderada pela empresa Cascol Combustíveis para Veículos Ltda. cause lesão irreparável à concorrência e aos consumidores finais. Em 24 de novembro de 2015 foi deflagrada a “Operação Dubai”, a cargo do Departamento de Polícia Federal, que em conjunto com o Ministério Público do DF e o Cade efetivou o cumprimento de mandados de prisão, busca e apreensão e condução coercitiva com vistas a colher provas, no âmbito da investigação criminal, de um suposto cartel no mercado em tela.

Figura central nessa investigação é a rede de postos Cascol (anteriormente conhecida como “Gasol”), que detém inegável posição dominante no segmento de revenda de combustíveis. A Cascol opera 92 postos em universo de 323, de acordo com dados da ANP. Resulta em “market share” próximo a 30% em termos de unidades de pontos de venda, fazendo do grupo disparadamente o maior do DF.

Esta situação de dominância da Cascol, boa parte dela construída com a prática de diversas conduta supostamente ilícitas e anticompetitivas, vêm conformando o mercado de combustíveis do DF de uma maneira extremamente prejudicial ao consumidor, na medida em que transforma um ambiente que supostamente deveria ser caracterizado por competição em um ambiente artificialmente concentrado e favorável ao exercício abusivo de posição dominante por parte deste grupo econômico.

Embora o efeito imediato de uma operação como a “Dubai”, ao desarticular o suposto cartel, não necessariamente seja a queda de preços, dado que estes são formados por diversos fatores, sendo o cartel apenas um fator artificial que os influenciava, espera-se que, ao menos após tal desarticulação, os preços passem a ser definidos conforme a decisão independente de cada revendedor, ou seja, que passem a ter um padrão menos uniforme. Em um mercado efetivamente competitivo e, após um “choque” como o da operação realizada, esperar-se-ia uma maior variação em preços e margens, bem como uma maior diferenciação entre os postos.

Conclusivamente, o CADE determinou através do seu poder de polícia administrativo, a aplicação do artigo 13, inciso XI, c/c o art. 84, ambos da Lei 12.529/2011, recomendando a adoção de medida preventiva com a intervenção na administração da Cascol, além da imposição de multa diária por descumprimento das condutas descritas no âmbito da decisão

final do mencionado processo administrativo, sem prejuízo das demais sanções civis e penais cabíveis.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os princípios de defesa da concorrência têm como pano de fundo, como destinatário final a tutela do consumidor. Sem uma atuação efetiva dos órgãos de defesa da concorrência os direitos do consumidor estariam longe de ser inteiramente respeitados. Uma vez que, no jogo da vida dos consumidores pós-modernos, as regras do jogo mudam continuamente à medida que as estruturas de mercado se modificam.

As normas de defesa da concorrência resguardam a liberdade preocupando-se em preservar a possibilidade de escolha entre mais de um fornecedor de produtos ou serviços. Por exemplo, a atuação das autoridades responsáveis pela análise dos atos de concentração é vinculada à preservação do excedente do consumidor e das condições imprescindíveis ao exercício do direito de escolha, sendo vedada a aprovação de fusões que prejudiquem o bem-estar do consumidor.

Um mercado concorrencial plenamente emancipado, livre, da utopia neoliberal, do *laissez-faire laissez-passer* de Adam Smith, não garantirá o caminho mais rápido e mais barato que conduz à riqueza e à felicidade. Afinal, a concorrência será sempre a melhor opção do ponto de vista dos consumidores e também do mercado. Pois, sem o dinamismo de um mercado livre, com empresas privadas competindo, os consumidores enfrentam inúmeras dificuldades, tais como baixa qualidade dos produtos, preços abusivos, serviços extremamente limitados e pouco opções de escolha.

Quem controla toda a atividade econômica controla os meios para todos os nossos fins e deve, portanto, decidir quais deles serão ou não satisfeitos. Esta é realmente a chave da questão. Em uma sociedade com livre concorrência, nossa liberdade de escolha está no fato de que, se alguém se recusar a satisfazer nossas demandas, nós podemos procurar outro que o faça. Isso só será assegurado se os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência forem garantidos em sua plenitude.

Convém destacar que, a proteção do consumidor não é uma reação contra o mercado, mas na realidade visa a sua própria preservação e adequado funcionamento, procurando solucionar algumas falhas por ele apresentadas.



A política de relações de consumo não será completa se não dispuser sobre a coibição dos abusos praticados no mercado de consumo, como o combate a concorrência desleal. Logo, o que se pretende com as regras de combate aos ilícitos concorrenciais é o estabelecimento de concorrência saudável e de um capitalismo menos selvagem.

A defesa da concorrência não é um fim em si mesma, mas o meio pelo qual se busca criar uma economia eficiente. E, em uma economia eficiente, as empresas estarão satisfeitas por receberem incentivos adequados ao aumento da produtividade e a introdução de novos e melhores produtos e serviços, gerando crescimento econômico; e os consumidores, por disporem de mais novidades, inovação, e maior variedade de produtos pelos menores preços e com maior qualidade. Em última análise, o que se pretende é não perder de vista a máxima de dar a cada um o que é seu, pilar tão caro ao direito privado, com origem no Direito Romano.

## REFERÊNCIAS

AVERITT, Neil W.; LANDE Robert H. Consumer sovereignty: a unified theory of antitrust and consumer protection law, *Antitrust Law Journal*, v.65, n. 713, 1997. Disponível em: <[http://scholarworks.law.ubalt.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1366&context=all\\_fac](http://scholarworks.law.ubalt.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1366&context=all_fac)>. Acesso em: 11 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. Using the “consumer choice” approach to antitrust law. *Antitrust Law Journal*, v. 74, n. 1, 2007. Disponível em: <<http://home.ubalt.edu/ntland/ConsumerChoiceAntitrustLawJ2007.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

BAUDRILLARD, Jean. *A sociedade de consumo*. 2. ed. Tradução de Artur Mourão. Portugal, Lisboa: Edições 70, 2008.

BAUMAN, Zygmunt. *A vida em fragmentos: sobre a ética pós-moderna*. Tradução: Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2011.

\_\_\_\_\_. *Capitalismo parasitário e temas contemporâneos*. Tradução de Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

\_\_\_\_\_. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

\_\_\_\_\_. *Vida fragmentada: ensaios sobre a moral pós-moderna*. Tradução de Miguel Serras Pereira. Rio de Janeiro: Relógio D'Água, 1995.

BAUMAN, Zygmunt. *Vida líquida*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

\_\_\_\_\_. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BECK, Ulrich. A política na sociedade de risco. Tradução de Estevão Bosco. *Ideias*, Campinas-SP, n. 1, nova série, 2. semestre, p. 229-256, 2010.

\_\_\_\_\_. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011.

BENJAMIN, Antônio Herman. O conceito jurídico de consumidor. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1988, v. 628, fev. 1988.

BORK, Robert H. *The antitrust paradox: a policy at war with itself*. New York: The Free Press, 1993.

BOURGOGNIE, Thierry. *O conceito jurídico de consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 2, 1992.

CARPENA, Heloisa. *O consumidor no direito da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CARVALHO, Gilberto de Abreu Sodré. Concorrência e consumidor no âmbito da administração pública: uma relação a ser vista como de tensão no plano dos valores. *RAP*, Rio de Janeiro 38(4):643-56, p. 643-655, jul./ago. 2004.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. O direito do consumidor do limiar do século XXI. *Cidadania e Justiça*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 7, p. 20-22, 1999.

COMPARATO, Fábio Konder. A proteção do consumidor: importante capítulo do direito econômico. *Revista de Direito Mercantil*, n. 15-16, p. 89-105, 1974.

FAVARO, Maria Carolina Pacheco. *A reestruturação e fortalecimento do direito administrativo sancionador: a necessidade da terceira via para efetivação da proteção dos direitos do consumidor*. São Paulo, 2011. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (dissertação de mestrado). Orientador: Prof. Dr. Eduardo Reali Ferrari.

FERRILL, Michael Ferrill; HYMAN, Leslie Sara Hyman; VALENCIANO, Soledad. Antitrust and consumer protection. *SMU Law Review*, 2012. Disponível em: <<http://heinonline.org>>. Acesso em: 16 set. 2016.

FONSECA, João Bosco Leopoldino. *Lei de proteção da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

KIRKWOOD, John B.; LANDE, Robert H. The Chicago school foundation is flawed: antitrust protect consumers, not efficiency. In: *How the Chicago School overshot the mark: the effect of conservative economic analysis on U.S. antitrust*, Oxford University Press, Robert Pitfosky, Editor, 2008. Disponível em: <[http://home.ubalt.edu/ntlaland/The\\_Chicago\\_Schools\\_Foundation\\_is\\_Flawed\\_Book\\_Chapter.pdf](http://home.ubalt.edu/ntlaland/The_Chicago_Schools_Foundation_is_Flawed_Book_Chapter.pdf)>. Acesso em: 21 nov. 2016.

LANDE, Robert H. Consumer choice as the ultimate goal of antitrust. *University of Pittsburgh Law Review*, v. 62:503, p. 503-525. Disponível em: <[www.heinonline.org](http://www.heinonline.org)>. Acesso em: 16 set. 2016.

\_\_\_\_\_. The rise and (coming) fall of efficiency as the ruler of antitrust. University of Baltimore School of Law, *Federal Legal Publications*, 1988. Disponível em: <[http://scholarworks.law.ubalt.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1676&context=all\\_fac](http://scholarworks.law.ubalt.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1676&context=all_fac)>. Acesso em: 21 nov. 2016.

LIPOVETSKY, Gilles. *A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo*. Tradução de Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

\_\_\_\_\_. *O império do efêmero: a moda e seu destino nas sociedades modernas*. Tradução de Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor*. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (tese de doutorado). Orientador: Prof. Hermes Marcelo Huck. São Paulo: USP, 2010.

MAGALHÃES, Francisco Carlos. *Leis que preservam a concorrência protegem o consumidor*. Brasília, CADE, ano II, n. 5, p. 3-5, dez. 1976.

MALARD, Neide Terezinha. *Concentração de empresas: livre concorrência e livre iniciativa*. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade de Brasília (UnB), Brasília, 1997.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. São Paulo: RT, p. 278-280, 2002.

MIREMADI, Alireza; FAGHANI, Elham. An empirical study of consumer buying behavior and its influence on consumer preference in Iranian FMCG Market: a case study. *International Business and Management*, Canadian Research & Development Center of Sciences and Cultures, 5(1), 2012, p. 146-152. Disponível em: <<http://www.cscanada.net/index.php/ibm/article/download/j.ibm.1923842820120501.1115/2857>>. Acesso em: 21 nov. 2016.

MLODINOW, Leonard. *Subliminar: como o inconsciente influencia nossas vidas*. Tradução de Cláudio Carina. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Humano demasiado humano*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

NUNES, Luis Antonio Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*: 7. ed. revisada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2012.

ORBACH, Barak Y. The antitrust consumer welfare paradox. *Journal of Competition Law & Economics*, 7(1), 133-164. Advance Access publication, 1 December 2010. Disponível em: <<http://heinonline.org>>. Acesso em: 16 set. 2016.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as condutas*. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, Márcilio Ângelo; ROAZZI, Antonio; SOUZA, Bruno Campello de. A influência da propaganda no processo de decisão de compra do adolescente brasileiro. *Psicologia em Pesquisa*, v. 5, n.1, Juiz de Fora ago. 2011. Disponível em: <[http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1982-12472011000100003](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1982-12472011000100003)>. Acesso em: 21 nov. 2016.

TAYLOR, Frederick W. *Os princípios da administração científica*. São Paulo: Atlas, 1990.

WAILER, Spencer Weber. Antitrust as consumer choice: comments on the new paradigm. *University of Pittsburgh Law Review*. v. 62:535, 2001. Disponível em: <<http://heinonline.org>>. Acesso em: 16 set. 2016.