



CONSUMO E MERCADO: ALTERNATIVAS À TUTELA DO CONSUMIDOR E À DEFESA DA CONCORRÊNCIA NA SOCIEDADE LÍQUIDA

CONSUMPTION AND MARKET: ALTERNATIVES TO CONSUMER AND COMPETITION PROTECTION IN LIQUID SOCIETY

<i>Recebido em:</i>	12/01/2021
<i>Aprovado em:</i>	21/02/2021

Gean Carlos Balduino Júnior¹

Mariana Ribeiro Santiago²

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo analisar as possíveis alternativas à defesa do consumidor e da concorrência na sociedade líquido-moderna. O enfoque em questão se justifica pelo fato de que, embora venham embasadas em pareceres técnicos, as intervenções do Conselho

¹ Mestrando em Direito na Universidade de Marília (UNIMAR). Bolsista do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso (TJMT). Especialista em Direito Civil (Anhanguera-UNIDERP) e em Filosofia e Teoria do Direito (PUC-Minas). Analista judiciário do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso (TJMT). Professor do Curso de Bacharelado em Direito da Universidade do Estado de Mato Grosso (UNEMAT). E-mail: gean.jr@gmail.com

² Pós-doutorado em Direito pela Justus-Liebig-Universität Giessen. Doutorado e Mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP. Especialização em Contratos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP. Graduação em Direito pela Universidade Federal da Bahia - UFBA. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Marília - UNIMAR. Editora-Chefe da Revista Argumentum. Membro do projeto Harmony with Nature, de iniciativa das Nações Unidas. Advogada. E-mail: marianasantiago@bs-advogados.com



Administrativo de Defesa Econômica (CADE) no âmbito das demandas concorrenciais se mostram insuficientes para promover efetividade à tutela do consumidor, ator ainda vulnerável nas relações de que é parte, por se restringirem a meras projeções de mercado. Para o desenvolvimento da pesquisa – em que foi utilizada revisão de literatura com enfoque qualitativo a respeito do panorama que envolve a regulação da concorrência no Brasil – utilizou-se o método dialético jurídico, visto que se pretendeu elucidar os pontos de conexão entre as eventuais deficiências da atuação do Estado em relação à proteção dos consumidores. Por fim, foi possível concluir que, embora o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), do qual o CADE é integrante, tenha passado por uma completa reestruturação num passado recente, por permanecer concentrada, sua atuação ainda se mostra insuficiente para proteger toda a massa de consumidores que possam ser expostos às demandas concorrenciais. Para isso, se mostra imprescindível que os demais sujeitos com atuação na defesa destes interesses difusos e coletivos adotem posturas complementares, visando ao equilíbrio entre a produção de riquezas por meio da atuação das empresas, fortalecendo a economia, e a manutenção da proteção ao consumidor.

Palavras-chave: Consumo; CADE; Concorrência; Sociedade líquida.

ABSTRACT

This work aims to analyze the possible alternatives to consumer protection and competition in the liquid-modern society. The focus in question is justified by the fact that, although they are based on technical opinions, the interventions of the Administrative Council for Economic Defense (CADE) in the context of competitive demands are insufficient to promote effectiveness to the protection of the consumer, an actor still vulnerable in the relationships to which he is a party, because they are restricted to mere market projections. For the development of the research – in which a literature review with a qualitative focus on the panorama that involves the regulation of competition in Brazil was used – the legal dialectical



method was used, since it was intended to elucidate the points of connection between the possible deficiencies of the State's action in relation to the protection of consumers. Finally, it was possible to conclude that, although the Brazilian Competition Protection System (SBDC), of which CADE is a member, has undergone a complete restructuring in the recent past, its performance is still insufficient, since it remains concentrated, to protect the entire mass of consumers who may be exposed to competitive demands. For this, it is essential that the other subjects acting in the defense of these diffuse and collective interests take complementary postures, aiming at the balance between the production of wealth through the performance of companies, strengthening the economy, and the maintenance of consumer protection.

Keywords: Consumption; CADE; Competition; Liquid society.

INTRODUÇÃO

A nova ordem constitucional inaugurada no Brasil após 1988 trouxe à tona discussões relativas à garantia de direitos fundamentais ancorados em princípios basilares e norteadores das relações sociais. O relativo abandono de uma ótica individualista e estritamente patrimonial, tão presente nas leis civis por um longo período, passou a ser reinterpretado tendo como fundamento a dignidade da pessoa humana, a expectativa de redução de desigualdades e, ainda que de forma incipiente, a solidariedade.

A economia de mercado, por sua vez, também recebeu novo tratamento, como se infere da leitura dos princípios que embasaram a atividade econômica, estampados no art. 170 da Constituição, os quais servem para, rejeitando a existência, ao menos teórica, de um capitalismo predatório no Brasil, regular a produção de riquezas tendo sempre em mira o desenvolvimento sadio e sustentável da sociedade. Surge, nesse influxo de ideias, a



necessidade de se regular a liberdade de concorrência, princípio que se encontra umbilicalmente vinculado à atividade econômica desenvolvida no âmbito privado e a garantia de igualdade de condições entre os sujeitos envolvidos.

Sucedem que, apesar de todo esse esforço, a trilha percorrida pela sociedade, em constante ebulição, permanece dando origem a novos desafios na regulação estatal. Pelos vínculos que são criados entre as pessoas – humanas e jurídicas – no atual contexto social, chega-se ao patamar de se encontrar uma sociedade descaracterizada de verdadeira identidade de seus membros, como uma quase disforme massa de consumidores e usuários anônimos. Foi partindo deste panorama que o sociólogo polonês Zygmunt Bauman construiu sua teoria que atribui à sociedade a denominação de líquido-moderna, justamente pela sua falta de forma concreta e na qual os vínculos existentes são feitos para não durar.

A problemática da presente pesquisa, então, se insere neste contexto. Enquanto de um lado se encontra todo o manancial regulatório em defesa da livre concorrência (e que seria supostamente suficiente), mediante a atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) como um todo, os quais analisam as questões que lhes são submetidas a partir dos preceitos legalmente estabelecidos, de outro existe a dificuldade de se identificar o que, de fato, seria a liberdade a ser garantida a essa massa de usuários, a partir do viés que retrata tudo como produto e todos como consumidores, ainda que em potencial.

Portanto, o objetivo deste estudo permeia a verificação da incidência dos princípios fundamentais nas relações privadas, especialmente no âmbito do exercício da liberdade (e da liberdade de concorrência, em última análise). Além disso, também pretende advertir quanto aos dilemas encontrados no âmbito do SBDC quando da submissão de casos aos seus órgãos, notadamente ao CADE, buscando identificar possibilidades de atuação do Estado e dos demais atores envolvidos na defesa da concorrência, que visem a reduzir, ainda mais, os danos causados à coletividade de consumidores, sem se afastar da efetiva função atribuída



às empresas concorrentes, no exercício de suas respectivas atividades almejando à produção de riquezas.

O desenvolvimento do trabalho principia discorrendo sobre a teoria da sociedade líquido-moderna, traçando as nuances do papel desempenhado pelo emaranhado de consumidores que a compõem. O raciocínio prossegue caracterizando o contexto do capitalismo e do mercado a partir da mesma teoria do mundo líquido para, na sequência, justificar a existência do SBDC e do CADE como instrumentos de controle da liberdade de concorrência e da tutela aos consumidores no Brasil. Por fim, o arremate da pesquisa retrata a insuficiência da análise preventiva aos atos de concentração referendados pelo CADE, pelos argumentos abstratos previstos na lei, confirmando a necessidade de um reforço *a posteriori* através dos diversos sujeitos que também compõem o SBDC, tudo com o fito de garantir a efetividade da tutela ao consumidor.

Para tal finalidade, a construção desta pesquisa se utilizou do método dialético jurídico, de modo a ir além da mera descrição dos fenômenos, mas também apontando suas causas e consequências. A pretensão é estabelecer as nuances que demonstrem a conexão entre a atual sociedade e do contexto normativo que regulamenta o exercício da liberdade de concorrência e dos demais direitos concernentes à atividade econômica, a fim de se obter uma possível conclusão sobre o assunto. Além do mais, a pesquisa restringiu-se à utilização de ferramentas bibliográficas e documentais, mediante a utilização de doutrina especializada e da legislação aplicável à matéria.

1 O CAPITALISMO E O PAPEL DO MERCADO NA SOCIEDADE LÍQUIDO-MODERNA

Desde algum tempo denominou-se o meio em que vivemos como sendo uma sociedade de risco: a partir dela, abandonou-se toda uma era industrial para fazer nascer uma nova forma de desenvolvimento das relações sociais, já que, conforme Beck (2011, p. 11),



“tudo é ‘pós’”. Não existe um termo que defina, de maneira absoluta tal qual se vê no passado, as conexões travadas na contemporaneidade. Os conceitos tradicionais de modernidade, capitalismo e desenvolvimento tornaram-se insuficientes.

Nesse sentido, o fim do século XX e o início do presente inaugurou uma nova perspectiva (BECK, 2011, p. 99):

[...] a sociedade, com todos os seus subsistemas, economia, política, família, cultura, justamente na modernidade tardia, deixa de ser concebível como “autônoma em relação à natureza”. Problemas ambientais *não* são problemas do meio *ambiente*, mas problemas completamente – na origem e nos resultados – *sociais, problemas do ser humano*, de sua história, de suas condições de vida de sua relação com o mundo e com a realidade, de sua constituição econômica, cultural e política. [...]

É possível perceber, a partir disso, que a chamada pós-modernidade fez nascer diversas formas de se analisar seu próprio contexto, além da denominada sociedade de risco. Foi a partir de um novo conceito das relações que são travadas neste século que Zygmunt Bauman (2009) desenvolveu a perspectiva da sociedade ou da própria vida líquido-moderna: ela retrata o atual estágio em que a humanidade se insere, cujas relações são repletas de efemeridade e assumem um aspecto descartável. Isso implica dizer que, pelo que se vê, esta nova sociedade se desenvolve em velocidade sem igual, o que obsta a efetiva sedimentação da informação veiculada a todo instante e de todas as formas (BAUMAN, 2009, p. 7-23).

Sua teoria, de um modo geral, passa a retratar os vieses da sociedade sob outro enfoque, portanto: o autor retrata o agrupamento humano não mais como um mundo de produtores, mas como de consumidores. Esta caracterização soma outros problemas à



questão: a solidez que era a marca dos vínculos de outrora cede lugar ao contexto do efêmero, em que nada é feito para durar.

Esta sociedade líquida se refere a uma forma de sociedade de consumo, em que tudo acaba por se tornar um produto: pessoas, relações, objetos. Isso se dá em razão da consciência de não se alcançar o eterno, de modo que se imprime maior velocidade nos relacionamentos que são estabelecidos para, desta maneira, se atingir um maior número de sensações em menos tempo, sem que necessariamente se usufrua delas na mesma intensidade de outrora. Não é a eternidade ou mesmo a permanência dos vínculos que importa, mas muito mais a velocidade que se atinge para obtê-las (as coisas, os desejos, as necessidades), sempre em maior número (BAUMAN, 2009, p. 15).

Some-se a isto, como dito, o fato de que esta sociedade dito pós-moderna assume um papel descartável e, por ser identificada como líquida, passa a ser encarada como aquela que não tem forma própria, que escorre pelos dedos e se esvai (BAUMAN, 2009, p. 7-23). Ou seja, o conceito de liquidez proposto por Bauman (2010b, 14-15):

[...] é uma metáfora para descrever as notáveis transformações sociais e políticas entre o meio e o fim do século XX, representadas pela desintegração, ou “liquefação”, das instituições da modernidade. Em seu enquadramento, a modernidade líquida é “pós-utópica”, “pós-fordista”, “pós-nacional” e “pós-pan-óptica”. [...]

Quando se afirma, na obra de Bauman (2009, p. 16), que “a vida líquida é uma vida de consumo”, não se está a dizer simplesmente que todos os sujeitos são encarados como consumidores, na acepção jurídica do termo; muito mais que isso, advertir esta característica da vida e da sociedade demonstra que tudo que a mente humana concebe passa a ser encarado como produto, exposto no que se convencionou chamar de mercado:



absolutamente tudo, desde sentimentos até pessoas, passando pelos objetos que pretendem facilitar a vida dos usuários, mostra-se como itens “que perdem a utilidade [...] enquanto são usados” (BAUMAN, 2009, p. 16-17).

Embora haja um discurso ainda crescente que enalteça o individualismo, a fim de retratar cada sujeito como único no mundo, cada vez mais as relações se tornam massificadas e disformes. Houve uma época, não tão distante do presente, em que o indivíduo valorizava aquilo que o tornava único. As diferenças e todas as particularidades que rondavam e compunham a pessoa, constituíam e faziam nascer nela mesma sentimentos que a tornavam única no mundo. Este conceito de individualidade também é revisitado na teoria de Zygmunt Bauman (2009, p. 26), de modo que “os membros desta sociedade são tudo, menos indivíduos diferentes ou únicos”. Significa dizer que tais indivíduos, ao fazer parte do todo, são apenas células identificáveis entre si, o que reforça o contexto massificado em que a sociedade contemporânea se constrói.

A sociedade de consumo em que vivemos atualmente não está interessada em adquirir objetos pela utilidade que eles proporcionam, mas, segundo Braudrillard, “já não consumimos coisas, mas somente signos”. Isso porque, ele entende que a junção do signo e da mercadoria produz o “mercado-signo”, a conexão de inúmeras associações mentais e simbólicas aos objetos postos no mercado para torná-los cada vez mais sedutores e desejáveis. Desse modo, afirma o autor que “raros são os objectos que hoje se oferecem isolados, sem o contexto de objectos que os exprimam. Transformou-se a relação do consumidor ao objecto: já não se refere a tal objecto na sua utilidade específica, mas ao conjunto de objectos na sua significação total”. (BAUDRILLARD, 2010, p. 17)

É assim que nessa sociedade de consumo “jamais se consome um objeto por ele mesmo ou por seu valor de uso, mas em razão de seu ‘valor de troca signo’, isso é, em razão do prestígio, do *status*, da posição social que confere”. (LIPOVETSKY, 1989, p. 171)



Por mais que esse raciocínio possa indicar o ocaso de um pensamento estritamente singular, comumente o fenômeno apenas massifica os vínculos sem que as pessoas que compõem esse sistema verdadeiramente se deem conta de sua condição. A sociedade líquida, assim, obriga que as pessoas, como consumidoras de tudo que está aí à solta, se comportem como seres únicos, mas as trata apenas como uma massa disforme, uniformizando rotinas e necessidades (BAUMAN, 2009, p. 36). Isto faz despontar outra reflexão sobre algo que também contribui para a constituição desta sociedade: o mito de que há abundância e que os indivíduos são livres para escolher aquilo que pretendem para suas próprias vidas.

A falta de identidade – e pior, essa ausência de percepção desses consumidores que fazem parte da sociedade fluida, os faz viver o distúrbio do “cárcere do consumo”, como denominado pelos psicólogos (BOTSCHAN e ROGERS, 2011, pp. 5-6).

Existir, sim, uma ilusão de individualidade – e de sua liberdade –, em que cada pessoa se sinta única na cadeia de consumo, mas acabe se tornando apenas uma peça que, juntamente com uma infinidade de outras, representa seu papel em massa (BAUMAN, 2009, p. 25-54). A liberdade, portanto, se reveste de um caráter quase mitológico, como uma finalidade sempre buscada e nunca alcançada (BAUMAN, 2009, p. 47): “a liberdade das pessoas em busca de identidade é parecida com a de um ciclista; a penalidade por parar de pedalar é cair; deve-se continuar pedalando apenas para se manter em pé”.

Esta suposta liberdade, cujos limites por vezes se mostram mais próximos do que se apresenta, representa o solo propício para o germinar dentro da semente do capitalismo. Daí porque o pano de fundo generalizado da teoria em análise representa uma espécie de síndrome consumista (BAUMAN, 2009, p. 83):

A “síndrome consumista” à qual a cultura contemporânea se rende cada vez mais tem como centro uma enfática negação da virtude da procrastinação e do preceito de “retardar a satisfação” – princípios



fundadores da “sociedade dos produtores” ou “sociedade produtivista”. Na hierarquia herdada dos valores reconhecidos, a “síndrome consumista” destronou a duração, promoveu a transitoriedade e colocou o valor da novidade acima do valor da permanência.

Vê-se, nesse diapasão, o retrato daquilo que não é feito para durar – já que, se o fosse, um dos pilares do mercado estaria em risco. Do mesmo modo que em Heráclito (REALE; ANTISERI, 2003, p. 23) a única certeza é a mudança, a sociedade líquida se caracteriza, conforme Bauman (2009, p. 88), pela “qualidade da permanência ao estado da transitoriedade”.

Ideais da filosofia antiga são retomados ao se investigar as características desta sociedade de consumo no mundo líquido. O ideal de um amor retratado por Platão (2013, p. 83-87) e embasado no homem como ser desejante, acaba por ser também revisitado: na sociedade de consumo, as pessoas se tornaram apenas sujeitos que desejam e que, à medida que alcançam seus objetivos consumistas, não mais os desejam. Alimenta-se, assim, um ciclo interminável que acaba por ser fomentado por crises, epidemias e surtos de novos produtos sistematicamente lançados no mercado e que passam a despertar o interesse de uma cada vez mais disforme massa de consumidores (BAUMAN, 2009, p. 105-150). Nas palavras do próprio autor (BAUMAN, 2009, p. 110): “a ‘síndrome consumista’ é uma questão de velocidade, excesso e desperdício”.

De maneira curiosa, ou até mesmo esperada neste contexto social que é apresentado, o objeto do desejo de consumo acaba sendo o próprio desejo. Trocando em miúdos, obter ou atingir o desejo não satisfaz o usuário: muito pelo contrário, faz com que ele busque, quase que imediatamente, novos objetos de desejo. Este é o raciocínio perene que alimenta o ciclo da sociedade líquido-moderna e fomenta a produção em larga escala pelos agentes do



mercado, conscientes que estão de que o desejo de novidade sempre estará presente (BAUMAN, 2009, p. 120).

Seguindo a trilha da teoria da sociedade de consumo, existem retratos e posições mais bem definidos, cujas características acabam por ser reforçadas no contexto da sociedade líquido-moderna. Já se disse, por exemplo, que o mercado representa uma falência do viés regulamentador estatal e encontra terreno propício ao seu desenvolvimento, justamente pelos componentes nesse mundo de consumidores, como seres desejantes sempre em busca do novo. Aliás, como tudo é entendido como mercadoria ou produto, Bauman (2009, p. 117) retoma a ideia de que o mercado revivesceu a lenda do Rei Midas: o que ele toca, “não importa o que seja, transforma-se em mercadoria de consumo – incluindo as coisas que tentam escapar a esse domínio e até os meios e formas utilizados em suas tentativas de escape”.

Esse panorama do mercado alimenta cada vez mais o capitalismo no qual todos se veem imersos. Aqui não se pretende tecer uma crítica pura e simples ao capitalismo como sistema econômico, em contraposição a uma defesa do consumismo, por exemplo, seguindo uma lógica repleta de polaridade. Muito pelo contrário, a intenção é apenas traçar as características de um sistema que, uma vez vigente, acaba por fazer adoecer os vínculos que são nele constituídos. Isto porque o capitalismo funciona como um parasita: “pode prosperar durante certo período, desde que encontre um organismo ainda não explorado que lhe forneça alimento” (BAUMAN, 2010a, p. 8-9). Há, neste raciocínio, a demonstração do elo de prejudicialidade entre o parasita e o hospedeiro, sendo que este não tem condições de prosperar enquanto perdurar a ação daquele.

Como as pessoas, no geral, acabam por se deixar seduzir pelo desejo do agora, em detrimento de qualquer outro aspecto de suas vidas líquidas, o capitalismo de consumo exerce um fator ainda mais predominante, facilitando o culto ao crédito, mediante o raciocínio da imediatez das necessidades: “desfrute agora e pague depois”, afirma Bauman (2010a, p. 12), retratando exatamente uma lógica que fomenta a engrenagem que acaba por



esmagar o consumidor. Essa órbita sedutora acaba por reforçar ainda mais o já afirmado caráter parasitário deste capitalismo de consumo.

Curiosamente ou não, este fenômeno acaba por ser entendido como consequência constante da desregulamentação estatal ou da própria falta do Estado. Não se nega, no caso brasileiro, a face capitalista inerente à própria base constitucional, conforme se infere do próprio art. 170 (BRASIL, 1988), por exemplo. No entanto, ao se permitir mais e mais a omissão estatal no controle de atos ou negócios que possam vir a prejudicar, individual ou coletivamente, os consumidores, tem-se o reforço da tese de que o mercado sem fronteiras visíveis acaba por ditar as regras do jogo (BAUMAN, 2010a, p. 14). No dizer de Bauman (2010a, p. 18-19), o próprio sucesso dos bancos, por exemplo, é sentido quando se transforma “uma enorme maioria de homens, mulheres, jovens e velhos numa raça de devedores”, desprovidos verdadeiramente de um poder de escolha ou de uma liberdade que represente uma verdade.

Ademais, a mencionada desregulamentação contribui para o aumento da desigualdade (BAUMAN, 2015, p. 46):

[...] A “desregulamentação” de bancos e do movimento de capital permite aos ricos deslocarem-se livremente, buscar e encontrar os melhores e mais lucrativos terrenos para exploração e, assim, ficarem mais ricos; enquanto isso, a “desregulamentação” dos mercados de trabalho torna os pobres incapazes de acompanhar essas façanhas, isso para não falar em deter ou diminuir o ritmo das peregrinações dos proprietários de capital (agora chamados “investidores”, no linguajar das bolsas de valores), situação que necessariamente torna os pobres mais pobres.



De um modo geral, o mercado – identificado quase que como uma entidade sem rosto que a todos governa – se utiliza do desejo incessante desta grande massa de consumidores que muito quer e muito almeja. Este desejo quase infinito fomentado pelo *marketing* das marcas – cujo escopo é “evitar a limitação das opções e a realização dos desejos” (BAUMAN, 2009, p. 48) – demonstra quão frágil se tornou a psique humana e os vínculos que ela constrói.

O mercado, este ente soberano e invisível, encontra o local propício ao desenvolvimento de seus pontos de evolução (BAUMAN, 2009, p. 190-191):

[...] Os mercados de capital e de mercadorias agora se mudaram para um *novo espaço societalmente extraterritorial*, situado bem acima dos domínios da soberania dos Estados, e portanto além do alcance de sua capacidade de supervisão, estabilização e mitigação. E os Estados-nação são colocados na ponta receptora do processo de globalização do capital, em posição similar à que foi ocupada pelas autoridades locais no princípio da construção dos Estados nacionais. Agora é a vez de eles serem acusados por impor restrições “economicamente sem sentido”, e portanto retrógradas, sobre a atividade econômica; e de serem pressionados ou coagidos a renunciar a todos os direitos e intenções de interferência política em assuntos relacionados ao fluxo global de capitais e mercadorias.

A sociedade líquida, assim denominada, como visto, em razão da volatilidade de seus valores e instrumentos, acaba por depositar sua fé na efemeridade do consumo. Isso implica dizer, de um modo geral, que a publicidade assume papel primordial na veiculação de marcas não pela qualidade intrínseca do produto posto à disposição, mas pelo seu grau de divulgação



através dos meios e mecanismos de *marketing* mais apropriados. O consumo, logo, acaba sendo mais difundido porque tem a ideia de tal difusão replicada em massa (BAUMAN, 2009, p, 71-89).

Além disso, o fenômeno da globalização representa um agravante à condição das pessoas na sociedade líquida: “mais liberdade não parece ser a cura de seus problemas” (BAUMAN, 2009, p. 53). Ao aproximar distâncias e romper divisas, em grande medida pelo avanço tecnológico, a globalização representa o ponto alto da sanha insaciável deste mundo de consumidores. Inclusive, esta vertente transnacional da globalização pressupõe o protagonismo da tecnologia, afinal (BAUMAN, 2009, p. 187):

[...] é o conhecimento crescentemente “transnacional” da elite, a classe cada vez mais afirmativa e ruidosamente *extraterritorial* de criadores e manipuladores de símbolos, que se coloca na linha de frente da “globalização” – termo resumido para o enfraquecimento genuíno ou putativo, gradual mas implacável, da maioria das distinções territorialmente fixadas, e a substituição de grupos e associações territorialmente definidos por “redes” eletronicamente mediadas, negligentes quanto ao espaço físico e livres do controle das localidades e das soberanias espacialmente circunscritas. [...]

Significa dizer que o Estado, por sua vez, também acaba por perder suas características tradicionais quando visto a partir das lentes da globalização, que dissolve fronteiras e reduz a soberania. Na sociedade líquido-moderna, o único ente que aparentemente permanece, adaptando-se às mudanças quase instantâneas, é o mercado, “cada vez mais desregulamentados e inadministráveis” (BAUMAN, 2009, p. 62). Reside, neste



ponto, a ausência do Estado, que acaba por delegar, ou até mesmo se omitir, na resolução das preocupações que avocou para si durante toda a história.

É claro que todo este itinerário teórico também pode se expandir a outras áreas mais tormentosas. As características da vida líquida deste mar de consumidores geram consequências na construção e na concepção atual da democracia, justamente em razão da ignorância que acaba por ser cultivada entre as pessoas. Afinal, Bauman (2009, p. 165) salienta que “a pessoa não sabe o que lhe é reservado nem tem como avaliar os riscos”, daí porque não se sente segura em tomar decisões sobre a própria vida e sobre toda a coletividade para além da próxima meta de consumo.

O economista Celso Furtado (1974, p. 75), primeiro Ministro do Planejamento do Brasil, ensina que a generalização capitalista das formas de consumo observadas nos países desenvolvidos não tem cabimento dentro das possibilidades evolutivas aparentes desse sistema, evidenciando que o estilo de vida criado pelo capitalismo industrial sempre será o privilégio de uma minoria, além de causar a forte depredação do mundo físico, pondo em risco as possibilidades de sobrevivência da espécie humana. (SANTIAGO; ANDRADE, 2018, p. 189-190)

Dessa forma, segundo o pensamento furtadiano, a ideia de desenvolvimento econômico como generalização, para todo o planeta, das formas de vida dos atuais povos ricos é simplesmente irrealizável. Nesse sentido, parece irrefutável que as economias da periferia nunca serão desenvolvidas, embora essa crença tenha sido de grande utilidade na mobilização dos povos da “periferia” do planeta a aceitarem enormes sacrifícios, legitimando a destruição de formas de cultura arcaicas e do próprio meio físico, para justificar formas de dependência que reforçam o caráter predatório do sistema produtivo. (FURTADO, 1974, pp. 75-76. SANTIAGO; ANDRADE, 2018, p. 190)

Nessa linha, afirma o referido autor (FURTADO, 1974, p. 76):



Cabe, portanto, afirmar que a idéia de desenvolvimento econômico é um simples mito. Graças a ela tem sido possível desviar as atenções da tarefa básica de identificação das necessidades fundamentais da coletividade e das possibilidades que abre ao homem o avanço da ciência, para concentrá-las em objetivos abstratos como são os investimentos, as exportações e o crescimento.

De toda forma, Bauman (2010a, p. 28) ainda aponta possíveis soluções, a partir da retomada do protagonismo do Estado:

A principal tarefa (e, portanto, a legitimação) do Estado capitalista é garantir que ambas as condições se cumpram. O Estado tem, portanto, duas coisas a fazer. Primeiro, subvencionar o capital caso ele não tenha o dinheiro necessário para adquirir a força produtiva do trabalho. Segundo, garantir que valha a pena comprar o trabalho, isto é, que a mão de obra seja capaz de suportar o esforço do trabalho numa fábrica. [...]

Em suma, a condição do consumidor inserido no seio da sociedade líquida também pressupõe a multiplicidade de oferta e de publicidade, como se teve a oportunidade de afirmar anteriormente, as quais fazem despertar necessidades até então desnecessárias. Por isso, Bauman (2010a, p. 35) afirma que esta mecânica de mercado “se baseia no excesso de ofertas, no envelhecimento cada vez mais acelerado do que se oferece e na rápida dissipação de seu poder de sedução”. Esse poder de encantamento que o mercado exerce acaba por influenciar o desenvolvimento dessas condutas por parte dos consumidores, as quais são



muitas vezes danosas, mas que refletem exatamente o império do efêmero que norteia esses vínculos (BAUMAN, 2010a, p. 36).

Deste modo, o mercado, muito mais que sua estrutura tradicional, assenta-se nesta sociedade líquida a partir do medo que ele mesmo impõe aos consumidores: medo de ser diferente, medo da falta, medo da mudança. O medo, neste sentido, também acaba por ser identificado como um medo líquido, já que, “para os governos e o mercado, é interessante manter acesos esses medos e, se possível, até estimular o aumento da insegurança” (BAUMAN, 2010a, p. 75).

2 OS MECANISMOS ESTATAIS DE REGULAÇÃO DA CONCORRÊNCIA E DE TUTELA DO CONSUMIDOR E SUA EFETIVIDADE

Nesse sentido, a par do entendimento consolidado quanto à eficácia imediata dos direitos fundamentais também nas relações privadas, vive-se hoje um panorama de cada vez menor intervenção estatal nos mais diversos setores, o que se agrava no já mencionado contexto da sociedade de consumo. Conforme expõe Aguillar (2019, p. 127-185), isso implica dizer que se abandonou o viés provedor do Estado, especialmente entre os anos de 1930 e 1990, para torná-lo apenas regulador: no caso, atuando para mitigar as escolhas dos indivíduos em suas mais variadas esferas de atuação.

Desde a redemocratização brasileira que culminou na elaboração da Constituição da República de 1988, o Estado tendeu a cada vez mais funcionar como agente limitador do exercício das liberdades individuais de seus cidadãos (AGUILLAR, 2019, p. 189-190). Nesse sentido, na economia, coube ao ente estatal mediar as relações travadas entre as pessoas – naturais e jurídicas –, com o fito de efetivar comandos maiores, denominados fundamentais, como a garantia da dignidade, da justiça social e da redução de desigualdades.



Isso significa dizer, assim, que o constituinte originário se esforçou a ponto de identificar, no rol do art. 170 da Lei Fundamental (BRASIL, 1988), diversos princípios que serviriam para nortear as relações econômicas. Seu objetivo, assim, seria equilibrar, de um lado, a construção de riquezas e a garantia de lucros aos diversos atores econômicos e, de outro, a manutenção da dignidade da pessoa humana e da solidariedade.

Parte da doutrina adverte que, embora denominados de princípios, os institutos previstos no art. 170 da Constituição da República (BRASIL, 1988), em verdade, são normas programáticas (AGUILLAR, 2019, p. 241-259), justamente porque seu texto pressupõe não de um “mandamento de otimização”, mas a existência de um comando a ser assegurado por meio de uma política pública empreendida pelo próprio Estado. Mesmo assim, parte-se do vértice de analisar os referenciados preceitos como princípios em sentido amplo, consignando-se que seu regime jurídico-interpretativo seria diverso daqueles previstos aos princípios em sentido estrito (AGUILLAR, 2019, p. 289).

Partindo deste pressuposto, surge no contexto vigente a volta do pêndulo, de acordo com a alegoria da trajetória adotada ao longo da história (BARROSO, 2015, p. 93):

[...] Começou *liberal*, com funções mínimas, em uma era de afirmação dos direitos políticos e individuais. Tornou-se *social* após o primeiro quarto, assumindo encargos na superação das desigualdades e na promoção dos direitos sociais. Na virada do século, estava *neoliberal*, concentrando-se na atividade de regulação, abdicando da intervenção econômica direta, em um movimento de desjuridicização de determinadas conquistas sociais. E assim chegou ao novo século e ao novo milênio.



Assim, o art. 170 da Constituição (BRASIL, 1988) enumerou um rol de princípios norteadores da atividade econômica, partindo de que seu fundamento é a “valorização do trabalho humano”: soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação, redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego e tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte.

Tal principiologia veio, como era de se esperar, para reafirmar o viés capitalista no qual o Estado é alicerçado. Já foi possível perceber que, a despeito de os fundamentos da República se assentarem sob a soberania, a cidadania, a dignidade humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político (art. 1º, I a V) (BRASIL, 1988), a propriedade privada e a liberdade atribuída ao indivíduo permanecem latentes para negar a existência de um quadrante diverso daquele voltado ao fluxo de riquezas.

Para equilibrar tais questões, o Estado passou a exercer a função de regulador das atividades desenvolvidas pelas pessoas. A partir desta perspectiva, mais latente na medida em que o liberalismo exerce maior pressão nos ideais socioeconômicos vigentes, coube ao Estado velar a existência de uma circulação de riquezas – e, portanto, a obtenção de lucros – sem se perder de vista a necessidade de se assegurar o cumprimento da dignidade humana, em toda a sua extensão. Até porque, como adverte Aguillar (2019, p. 81-202), embora o Estado tenha sempre intervindo na economia, o período contemporâneo passou a contar com um mais elevado grau de respeito à pessoa, circunstância que serve para caracterizar o elemento fundante da democracia. O Estado não surge, portanto, como limitador do direito à propriedade, por exemplo, mas apenas como um interventor para, eventualmente, limitar abusos, inclusive mediante o surgimento de um novo ramo jurídico, a que se denominou de Direito Econômico (AGUILLAR, 2019, p. 16).



Os princípios da ordem econômica, neste contexto atual, passaram a ser regulados por diversas leis que tiveram o propósito de estabelecer os mecanismos e os instrumentos que assegurassem seu cumprimento. Foi o caso, por exemplo, da Lei nº 8.078/1990, que dispõe sobre a proteção do consumidor, atendendo às suas necessidades e, especialmente (art. 4º, *caput*) (BRASIL, 1990), “o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo”.

De outro lado, o tratamento favorecido às pequenas empresas também foi efetivado através da Lei Complementar nº 123/2006, a qual se refere a um verdadeiro estatuto da microempresa e da empresa de pequeno porte, tratando de forma simplificada sobre seus procedimentos e facilitando o fluxo de bens e serviços por elas fornecidos (BRASIL, 2006). Do mesmo modo, a função social da propriedade acaba por ser assegurada por diversos outros dispositivos da própria Constituição, como é o caso do art. 5º, XXIII (BRASIL, 1988), oportunidade em que se adverte a necessidade de observância da sua função social – o que também vem previsto no art. 2.035, parágrafo único, do Código Civil (BRASIL, 2002).

Por fim, o legislador também acabou por editar a Lei nº 12.529/2011, após tentativas em 1962 e 1994, que passou a tratar da temática voltada à liberdade de concorrência. Se o fluxo econômico poderia ensejar abusos, a regulação da livre concorrência (mesmo que esta seja um desdobramento da liberdade garantida constitucionalmente) dispõe do condão de evitar perturbações que interfiram no pleno exercício das liberdades individuais. A lei em questão, como se depreende da leitura de seu art. 1º (BRASIL, 2011), estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), criando mecanismos de se prevenir e reprimir as ofensas à ordem econômica, cometidas nesta seara.

Singrando nestes mares, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), após a reforma empreendida pela Lei nº 12.529/2011 (BRASIL, 2011), passou a ter por principal finalidade a criação de mecanismos estatais de regulação da livre concorrência.



Assim, enquanto de um lado caberia ao Poder Público a garantia de uma liberdade plena, numa verdadeira livre iniciativa decorrente do governo da própria pessoa durante o exercício de sua autonomia, de outro também é sua função desenvolver meios e instrumentos de se efetivar o cumprimento do extenso rol de direitos sociais que também são garantidos à pessoa, a fim de evitar a incidência do abuso do poder econômico. Em resumo, “o exercício de atividades econômicas e profissionais por particulares deve ser protegido da coerção arbitrária por parte do Estado” (BRASIL, 2019b).

A existência deste mecanismo de controle se justifica (CARPENA, 2005, p. 16):

[...] Na sociedade massificada, contudo, o mercado deixa de ser visto como um espaço democrático, franqueador de iguais oportunidades, aberto para escolhas voluntárias, instrumentalizadas pelo contrato, e se torna a arena na qual vigora a lei do mais forte, reclamando a adoção de mecanismos de intervenção estatal, aptos a garantir o equilíbrio entre os agentes econômicos. [...]

O art. 1º da Lei nº 12.529/2011 (BRASIL, 2011) atribui como finalidades do SBDC a prevenção e a repressão de eventuais infrações cometidas em desacordo com a ordem econômica. Em outras palavras, mostra-se claro que o efetivo cumprimento dos princípios que norteiam a atividade econômica no Brasil é o ponto de encontro de todas as disposições do sistema concorrencial. Isso implica dizer que o mencionado sistema tutela, de acordo com o que apresenta Marrara (2015, p. 26), “situações em que as condutas ou operações de mercado [...] se revelem real ou potencialmente lesivas ao direito dos concorrentes, dos consumidores ou de outros grupos sociais apenas sob uma perspectiva difusa”, dispondo assim de instrumentos de investigação e decisão dentro deste âmbito de atuação.



Ademais, o SBDC, conforme sua própria lei instituidora (BRASIL, 2011), é composto de dois órgãos: o CADE e a Secretaria de Acompanhamento Econômico, vinculada ao Ministério da Fazenda – o qual passou a ser denominado de Ministério da Economia, nos termos do art. 57, I, da Lei nº 13.844/2019 (BRASIL, 2019a). O CADE, por sua vez, constitui-se do Tribunal Administrativo de Defesa da Concorrência (TADE), da Superintendência-Geral (SG) e do Departamento de Estudos Econômicos (DEE), de acordo com os incisos do art. 5º (BRASIL, 2011). Além desses órgãos, atuam perante o SBDC a Procuradoria Federal e o Ministério Público Federal, no âmbito de suas atribuições constitucionais (arts. 131 e 129, respectivamente) (BRASIL, 1988).

Embora a defesa da concorrência não seja realizada apenas através do SBDC (MARRARA, 2015, p. 81-82), a sua atuação regulatória, especialmente aquela exercida pelo CADE através do processo administrativo concorrencial, pressupõe a abrangência sob dois aspectos: o preventivo, através do controle prévio dos atos de concentração econômica, e o repressivo, exercendo controle posterior, após verificadas as infrações à ordem econômica e concorrencial, mediante a aplicação das sanções previstas em lei (MARRARA, 2015, p. 82).

As funções do SBDC – e do CADE, em última instância – restringem-se à defesa da concorrência, isto é, na garantia de prevenção e repressão à lesão a interesses de natureza primária. Todavia, a partir do momento em que se verifica o exercício de suas atribuições perante uma coletividade indeterminada de consumidores, novas questões tormentosas vêm à tona, fazendo-se refletir sobre até que ponto o exercício da liberdade de escolha destes pode ser, de fato, assegurado pelo ente regulatório, em sua análise preventiva acerca de atos de concentração.

A questão da regulação da liberdade de concorrência, em suma, encontra-se suficientemente tratada pela legislação brasileira. Todavia, os critérios adotados pelo SBDC no exercício de seu papel regulador, especialmente no que concerne ao âmbito de atuação do CADE, partem do pressuposto de que a concorrência ainda é considerada com base em



critérios de impacto econômico, como se percebe da leitura dos requisitos previstos no art. 88 da Lei nº 12.529/2011 (BRASIL, 2011). Como limites de sua atuação, salienta-se que são encontrados, cumulada ou alternativamente, o aumento da produtividade ou a competitividade, a melhoria da qualidade de bens ou serviços ou a viabilização da eficiência e do desenvolvimento tecnológico ou econômico, além do repasse aos consumidores de parte relevante dos benefícios decorrentes (art. 88, § 6º) (BRASIL, 2011), não se atentando para o atual contexto em que se vive, que é o da globalização – ou da sociedade líquida, no dizer de Zygmunt Bauman.

A realidade aparenta dispor de uma dureza maior. Por envolver duas ciências cujas bases podem ser plurais – o Direito e a Economia –, a análise prévia do CADE, como requisito de validade ao ato de concentração empresarial, se fundamenta em argumentos estritamente técnicos que nem sempre (ou quase nunca) levam em consideração projeções ligadas ao poderio tecnológico de grandes conglomerados de empresas. Se o intuito do SBDC é assegurar uma concorrência leal entre fornecedores de bens e serviços em solo brasileiro, talvez muito mais do que restringir sua análise ao faturamento empresarial e a projeções de impacto no comércio, em sentido amplo, talvez fosse mais viável considerar, outrossim, os diferentes recursos tecnológicos de que dispõem as empresas interessadas que justifique uma interferência danosa à liberdade de escolha do consumidor.

Afinal de contas, adverte Carpena (2005, p. 2-3) que:

A simplificação do contrato de consumo, quase sempre padronizado ou de adesão, aliada às técnicas de comunicação em massa, exacerbaram os riscos a que estão expostos os consumidores, tornando impulsivo, irrefletido e desinformado o processo decisório, o que potencializa a frustração decorrente da contratação, aumentando conseqüentemente a litigiosidade nessas relações. [...] Considerando-



se que é através de suas escolhas que o consumidor envia mensagens ao mercado, e participa como agente econômico de sua estrutura, logo se percebe que sua ação consciente é extremamente relevante do ponto de vista da concorrência.

Em assim sendo, da leitura da Lei nº 12.529/2011 é possível extrair que a livre concorrência, tal como prevista, pode ser perturbada também por fatores que excedem os limites de atuação do próprio SBDC. Apesar de que o liame entre a garantia ou a repulsa aos atos de concentração econômica perfaça o contexto do domínio de mercado, muito mais do que uma simples análise fria e teórica das suas projeções, diversos outros fatores podem influenciar, por exemplo, no aumento de preços ou outras condutas abusivas, como é o caso de incentivos fiscais (ANDREA JÚNIOR; ZANIN; RIBEIRO, 2017).

O questionamento que se faz na atual quadra de desenvolvimento da sociedade é aquele pertinente aos limites de observância de preceitos que assegurem um ambiente sadio de desenvolvimento da pessoa humana – aqui considerada como a grande massa de consumidores que acabam por ser os destinatários do exercício da liberdade de iniciativa da empresa que se submete aos procedimentos previstos no SBDC. Em outras palavras, mesmo que a atuação preventiva do CADE proporcione um equilíbrio econômico no exercício das atividades empresariais, inclusive mediante a garantia do cumprimento das funções social e solidária da empresa (ROCHA; SANTIAGO, 2019), seu viés de verificação ainda vem calcado em preceitos eminentemente individualistas, como é o caso do controle prévio de concentrações econômicas.

Do mesmo modo que a complexidade da sociedade atual anseia estas preocupações, também é ela mesma que justifica os atos de concentração de sociedades: aspectos produtivos e de maior rentabilidade, além da ampliação de acesso ao mercado, são suficientes para se tornar inquestionável a necessidade deste (quase) livre tráfego



empresarial (CARPENA, 2005, p. 47). Bem por isso, a pergunta que se impõe é se pode existir uma correlação entre o pleno exercício de uma liberdade do indivíduo (mesmo com todas as suas particularidades e dificuldades), no atual contexto da sociedade líquido-moderna, e o cumprimento dos deveres regulatórios exercidos pelo Estado, a fim de se garantir uma efetiva liberdade de concorrência.

Partindo deste raciocínio, o desafio se revela em como garantir que os concorrentes, submetendo suas pretensões ao SBDC e as tendo aprovadas (ainda que sob a justificativa do contexto global e sem fronteiras em que se vive, em constante expansão), também observem o cuidado devido à coletividade hipossuficiente e anônima de consumidores sem abandonar o contexto da construção de riquezas, causa e fundamento do exercício da empresa.

Pode-se perceber quão incertas são as perspectivas do futuro numa sociedade cada vez mais ágil e volátil como a que se vive atualmente. O contexto social em que as relações privadas se encontram inseridas passou por substanciais processos de modificação até se chegar no paradigma multifacetado que permeia os mais diversos âmbitos de atuação da pessoa. Partindo do estudo do sistema de controle do exercício da livre concorrência, através da atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e de seus mecanismos legalmente previstos, percebe-se que sua concepção parte de uma concorrência denominada tradicional, em razão do ideal que fundamentou sua criação. Sucede que, atualmente, outras questões permeiam a regulação da liberdade de concorrência. (MORIN, 2011, p. 29)

Dito desta maneira, o paradigma de que a liberdade se restringe apenas na concorrência baseada no indivíduo começa a ruir. Isto porque, em verdade, a livre concorrência está muito mais ligada a um contexto social e coletivo de pessoas que, nem sempre, encontra-se suficientemente protegido pela tutela da Lei nº 12.529/2011. A perspectiva é que exista (ou deva existir) um novo direito que, embora ligado a questões restritas ao exercício da autonomia das pessoas – naturais ou jurídicas –, também esteja



atento às peculiaridades que ensejam consequências a toda a coletividade indeterminada de pessoas que são destinatárias de suas ações.

Isto porque já se teve a oportunidade de afirmar, sob o enfoque da liberdade de contratar atribuída ao indivíduo, que (SANTIAGO, 2008, p. 53):

[...] foram impostas novas limitações, além da prevalência da ordem pública e dos bons costumes, à autonomia privada, exatamente porque, pela evolução sofrida pelo contrato, percebeu-se que a liberdade contratual poderia se transformar num instrumento de escravidão, devido ao desequilíbrio entre as partes contratantes, acabando por gerar contratos leoninos, nos quais uma parte tem direitos, e a outra tem apenas obrigações.

Ou seja: muito mais que se assegurar o cumprimento da função social da empresa como um dos fundamentos a iluminar sua atuação, o CADE – e os demais instrumentos de atuação no controle da liberdade de concorrência previstos no SBDC – também deveria levar em consideração o estado atual da sociedade brasileira. Sua atenção, sob uma outra perspectiva, deve partir dos impactos que a globalização tem acarretado no mercado interno, visto que “a liberalização do comércio entre países significou uma maior pressão para a internacionalização das empresas, que tiveram que adaptar sua estratégia de produção e distribuição para se tornarem competitivas” (AGUILLAR, 2019, p. 63).

O Estado permanece estruturado sob o pilar da soberania, mas não se pode afastar as consequências decorrentes da mencionada globalização e da constituição desta sociedade líquida já há muito discutida pelo teórico Zygmunt Bauman. Nesse sentido (AGUILLAR, 2019, p. 69):



[...] Raras são as pretensões de fusão de empresas rejeitadas pelo Cade, sob a argumentação de que as empresas que pretendem competir em escala global devem fortalecer-se, juntando-se a outras do mesmo ramo de atuação. Mas, ao mesmo tempo, o papel de entidades de preservação da competição entre as empresas é indispensável, quando se substituem as antigas técnicas de controle estatal de preços e tarifas pela confiança em que a concorrência limitará os abusos.

Daí porque uma coisa é certa: “o Estado desempenha um papel fundamental à consolidação das liberdades (instrumentais e substanciais), colaborando indiretamente com o crescimento econômico” (ROSSIGNOLI; ALMEIDA, 2018, p. 240). Todavia, não se sabe até que ponto a proteção do consumidor, no exercício da solidariedade que também deve nortear suas relações, acaba por ser utilizada como parâmetro de decisão por ocasião da atuação dos mecanismos de controle do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC). Afinal de contas, por se tratar de uma projeção econômica, a advertência de Carpena (2005, p. 80) é enfática no sentido de que é pouco possível estimar com precisão exata, no contexto da análise preventiva do CADE, todas as variantes que possam acarretar impactos na livre concorrência do mercado.

A preocupação com a concorrência – e especialmente com a defesa do consumidor – vai muito além da autorização dos atos de concentração empresarial pelo CADE. Seria possível afirmar que o indivíduo dispõe de plena liberdade no atual contexto de evolução do Estado: o exercício de sua autonomia privada é constitucionalmente garantido e, por consequência, aparenta se tratar de um direito intangível pelos demais agentes sociais. Sucede que, também dentro dos paradigmas atuais, as relações sociais passaram por profundas modificações, pelas quais “a satisfação ao consumidor dura pouco e logo ele vai novamente às compras, em um ritmo frequente e com variedade dos próximos itens a incluir



na lista, sejam alimentos, mobiliário, utensílios ou vestuário” (SERGL; CUNHA, 2020, p. 45). A globalização contribuiu para o abandono da individualidade do consumidor, tornando-o apenas parte da massa (BAUMAN, 2009, p. 53):

Render-se às pressões da globalização, nos dias de hoje, tende a ser uma reivindicação em nome da autonomia individual e da liberdade de autoafirmação. Para as vítimas dos efeitos colaterais da globalização, porém, mais liberdade não parece ser a cura de seus problemas – prefeririam antes encontrá-la no desmoronamento ou no desmantelamento forçado das rotinas da vida e das redes de vínculos humanos e compromissos mútuos que costumavam apoiá-las e fazê-las sentir-se seguras.

Isso implica dizer, portanto, que a sistemática prevista na Lei nº 12.529/2011, apesar de todos os louvores decorrentes do controle prévio de atos econômicos que venham a gerar consequências e impactos em toda a ordem concorrencial, ainda se mostra insuficiente para a efetiva tutela do consumidor – o qual se mostra como “agente do processo econômico, apontando quais são aqueles fornecedores que oferecem melhores condições de contratação, melhores preços e/ou qualidade superior” (CARPENA, 2005, p. 219), mas que permanece sendo considerado como sujeito hipossuficiente e que, por isso, necessita de uma atenção especial e particularizada.

Nesse sentido, mostra-se completamente irrelevante que o Estado brasileiro disponha de toda a estrutura do SBDC quando, sob outra perspectiva, permanece concentrando a grande maioria de seus atores no âmbito de uma autarquia que, ao menos do ponto de vista preventivo, lida apenas com projeções de mercado que, nem sempre, levam em consideração as particularidades dos mais diversos contextos socioeconômicos



disseminados em todo o território nacional. É certo que a justificativa da atuação do SBDC é garantir a “presença do Estado para resguardar a liberdade de concorrência” (AGUILLAR, 2019, p. 365). Todavia, sua atuação deve ser complementada muito mais pela presença de outros atores que também consigam exercer seus papéis na garantia de uma livre concorrência no âmbito empresarial brasileiro.

Partindo-se desse panorama, a liberdade de concorrência como mecanismo limitador da livre iniciativa – ambos caracterizados como princípios que norteiam a atividade econômica constitucional – deveria ser analisada no contexto voltado à coletividade de consumidores que seriam os destinatários das determinações decorrentes da atuação do SBDC. Isso desponta como sendo questionável a resistente justificativa da qual se utiliza o CADE quando autoriza a conclusão de atos de concentração econômica que, embora impliquem consequências gravosas no âmbito do mercado interno, encontra base na perspectiva globalizada do comércio atual.

Ou seja (BAUMAN, 2009, p. 62):

[...] A soberania do Estado, que era vista como completa e integral, se evapora para o domínio superior das forças globais, fugindo da lealdade e do compromisso territoriais, transborda para os campos de caça cada vez mais desregulamentados e inadministráveis dos mercados financeiros e das commodities, e escorre por baixo, para os *workshops* privados da vida política que estão assumindo (ou recebendo como encargo) as tarefas e preocupações cujo gerenciamento era reivindicados pelo Estado, o qual prometia e tentava cuidar delas.



Assim, o contexto da proteção da solidariedade, como fundamento da República (art. 3º, I, da Constituição) (BRASIL, 1988), encontra-se muito mais atrelado à manutenção de uma sociedade livre da dominação de mercado e do abuso econômico, partindo-se da perspectiva de que o consumidor nem sempre é um sujeito perfeitamente identificável. Tendo em mira este recorte, tem lugar a tutela coletiva para solucionar possíveis danos também à coletividade (difusos, coletivos *stricto sensu*, individuais homogêneos) (CARPENA, 2005, p. 159), daí porque, atualmente, esta sociedade plural e multifacetada – ou líquido-moderna, como se queira denominar – demanda a presença, cada vez maior, de agentes que se encontrem engajados no desempenho das suas funções em tempo real, e não através de meras projeções econômicas a longo prazo (que, como visto, dificilmente dispõem de certeza ou precisão).

Por mais perfeita que seja, nenhuma projeção é capaz de identificar, sem qualquer tipo de inconsistência, o que está por vir, quando se analisa o panorama dinâmico e acelerado da sociedade atual. Por isso, muito mais que a atuação de um sistema legalmente instituído para o controle prévio da concorrência, o contexto globalizado do mercado exige a presença também daqueles sujeitos que, em última análise, exerçam o papel primordial na tutela destes interesses difusos e coletivos (e anônimos, quando se considerado ao extremo).

A conjuntura social exige, portanto, uma postura ativa daqueles que, longe de garantir o exercício do poder de mercado sob o viés de uma globalização cada vez mais presente, cuidem com especial atenção desta coletividade disforme de usuários que, cotidianamente, se mostram vítimas do poder monopolista de mercado, travestido de uma justificativa de desenvolvimento (BAUMAN, 2009, p. 94). A solidariedade, muito além de ser aquela que deve nortear as ações empresariais no âmbito do mercado brasileiro, deve ser garantida como um ideal de construção de uma sociedade equilibrada a todos, ainda que sem fronteiras.



Por isso, Ministério Público, Defensoria Pública, concorrentes e todos os cidadãos devem assumir um papel de vigilantes permanentes do cumprimento dos preceitos constitucionais que garantem a livre iniciativa e a liberdade de concorrência, tendo sempre como foco a dignidade da pessoa humana e a criação de um ambiente justo e solidário. Esta postura serve para, afastando o viés individualista que supostamente se atribui às relações atuais, efetive a tutela de um bem difuso que, pela sua própria natureza, não se reveste de qualquer tipo de requisito que o individualize. A justificativa razoável para a identificação de toda a sociedade de consumo como sendo, também, titular de uma garantia fundamental a uma concorrência livre e leal é uma só: a solidariedade, como fundamento do nosso Estado democrático de direito.

CONCLUSÃO

A função desempenhada pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), e notadamente através do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), reveste-se de substancial importância, visto que tem o propósito de efetivar o comando constitucional de pleno exercício da liberdade de concorrência. Não por outro motivo, coube à legislação de regência a regulamentação de um extenso rol de mecanismos que, do ponto de vista centralizado, acabou por formatar toda a sistemática voltada a este viés.

Todavia, levando em consideração o atual panorama das relações travadas entre as pessoas – humanas e jurídicas –, o âmbito de atuação do SBDC acaba por se tornar insuficiente. Mais que isso, a conjuntura globalizada da qual se revestem as sociedades incentiva, cada vez mais, a conclusão de atos de concentração que caracterizam um verdadeiro domínio de mercado, em flagrante exercício de poderio econômico, muitas vezes embasados em projeções pouco precisas.



Os mecanismos previstos no SBDC são limitados quando se parte não só do pressuposto de que é necessário voltar os olhos às situações particularmente enfrentadas pelos consumidores, muito mais que meras projeções econômicas que não levam em conta a expansão tecnológica oportunizada pelas redes sociais, por exemplo. Portanto, este controle preventivo não pode ser feito de forma eficaz somente a partir de um sistema que se concentra na capital do país e está longe das realidades vivenciadas nos mais distantes rincões da nação brasileira.

O CADE, como componente do SBDC, também deve ser entendido como instrumento para se efetivar os princípios basilares de proteção da empresa, como é o caso de suas funções social e solidária. Ocorre que, muito mais que a análise a partir deste ponto de vista, cabe ao Estado, de um modo geral, efetivar mecanismos que garantam a constituição de uma sociedade livre, justa e solidária, a partir de instrumentos descentralizados de controle.

A atuação de outros sujeitos, engajados na tutela destes direitos também deve se mostrar ferramenta hábil para evitar a deslealdade concorrencial que gere, além de um poderio predatório de mercado, um desequilíbrio econômico que venha a afrontar os ideais abraçados pela sociedade. Ministério Público, Defensoria Pública, concorrentes e os próprios cidadãos devem reassumir papéis de controle e de tutela, até mesmo em seu aspecto preventivo, evitando possíveis danos à coletividade, através de uma vertente que se faça representar também no vasto ambiente em que as relações comerciais se propagam no Brasil.

Pensar no SBDC sem realizar a perfeita contextualização de que se vive numa sociedade líquido-moderna, tão bem exposta e compartimentada pela teoria de Zygmunt Bauman, carece de aplicação prática e, por isso, põe em risco a liberdade de diversos indivíduos sem nome e que compõem um agrupamento indeterminado de pessoas.

REFERÊNCIAS

REVISTA DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS (UNIFAFIBE)

DISPONÍVEL EM: WWW.UNIFAFIBE.COM.BR/REVISTA/INDEX.PHP/DIREITOS-SOCIAIS-POLITICAS-PUB/INDEX

ISSN 2318-5732 – VOL. 9, N. 1, 2021



AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito econômico**: do direito nacional ao direito supranacional. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

ANAYA, José Adriano; ALTAMIRANO, Yolanda Castañeda; RINCÓN Adrián Reyes. El derecho al desarrollo y los derechos de la naturaleza. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe**. V. 8, N. 2, 2020.

ANDREA JÚNIOR, José Luís; ZANIN, Luciana Yoshihara Arcangelo; RIBEIRO, Maria de Fátima. Atuação do CADE no controle da guerra fiscal. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**. Curitiba, v. 8, n. 1, p. 182-199, jan./abr. 2017. DOI: <http://dx.doi.org/10.7213/rev.dir.econ.soc.v8i1.17670>. Disponível em: <https://periodicos.pucpr.br/index.php/direitoeconomico/article/view/17670/17430>. Acesso em: 20 jan. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**. Lisboa: Edições 70, 2010.

BAUMAN, Zygmunt. **A riqueza de poucos beneficia todos nós?** Rio de Janeiro: Zahar, 2015.

BAUMAN, Zygmunt. **Capitalismo parasitário**: e outros temas contemporâneos. Rio de Janeiro: Zahar, 2010a.



BAUMAN, Zygmunt. **Vida a crédito**: conversas com Citlali Rovirosa-Madrado. Rio de Janeiro: Zahar, 2010b.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida líquida**. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. 2. ed. São Paulo: 34, 2011.

BOTELHO, Marcos César. A LGPD e a proteção ao tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe**. V. 8, N. 2, 2020.

BOTSMAN, Rachel e ROGERS, Roo. **O que é meu é seu**: como o consumo colaborativo vai mudar o nosso mundo. Trad. Rodrigo Sardenberg. Porto Alegre: Bookman, 2011.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 20 jan. 2021.

BRASIL. **Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006**. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis nº 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, da Lei nº 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar nº 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999. Brasília: DF, Presidência



da República, [2020]. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp123.htm. Acesso em: 20 jan. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília: DF, Presidência da República, [2020]. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 20 jan. 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 20 jan. 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm. Acesso em: 20 jan. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.844, de 18 de junho de 2019a**. Estabelece a organização básica dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios; altera as Leis nºs 13.334, de 13 de setembro de 2016, 9.069, de 29 de junho de 1995, 11.457, de 16 de março de 2007, 9.984, de 17 de julho de 2000, 9.433, de 8 de janeiro de 1997, 8.001, de 13 de março de 1990, 11.952, de 25 de junho de 2009, 10.559, de 13 de novembro de 2002, 11.440, de 29 de dezembro de 2006, 9.613, de 3 de março de 1998, 11.473, de 10 de maio de 2007, e 13.346, de 10 de



outubro de 2016; e revoga dispositivos das Leis nºs 10.233, de 5 de junho de 2001, e 11.284, de 2 de março de 2006, e a Lei nº 13.502, de 1º de novembro de 2017. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13844.htm. Acesso em: 20 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 449**. Direito constitucional, administrativo e regulatório. Proibição do livre exercício da atividade de transporte individual de passageiros. Inconstitucionalidade. Estatuto constitucional das liberdades. Princípios constitucionais da livre iniciativa e do valor social do trabalho (art. 1º, IV), da liberdade profissional (art. 5º, XIII), da livre concorrência (art. 170, *caput*), da defesa do consumidor (art. 170, V) e da busca pelo pleno emprego (art. 170, VIII). Impossibilidade de estabelecimento de restrições de entrada em mercados. Medida desproporcional. Necessidade de revisão judicial. Mecanismos de freios e contrapesos. ADPF julgada procedente. Requerente: Partido Social Liberal. Relator: Min. Luiz Fux, 8 de maio de 2019b. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000282051&base=baseAcordaos>. Acesso em: 20 jan. 2021.

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

CUBIDES-CÁRDENAS, Jaime; NAVAS-CAMARGO, Fernanda; ORTIZ-TORRES, Diana; RICO, Antonio Fajardo. La libertad de expresión en colombia: parámetros constitucionales y reglas jurisprudenciales. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe**. V. 8, N. 2, 2020.



5. FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues; FERNANDES, Ana Elisa Silva. A resolução n. 125/2010 do CNJ como política pública de tratamento adequado aos conflitos nas relações familiares: em direção à proteção da dignidade da pessoa humana e a efetivação dos direitos da personalidade. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe**. V. 8, N. 2, 2020

5 FERNÁNDEZ, Rosa Ana Alija. La necesidad de transversalizar los derechos humanos en las políticas públicas para hacer frente a las crisis: una aproximación desde el derecho internacional de los derechos humanos. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe**. V. 8, N. 2, 2020.

FURTADO, Celso. **O Mito do Desenvolvimento econômico**. 4 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1974.

LIPOVETSKY, Gilles. **O Império do Efêmero**: a moda e seu destino nas sociedades modernas. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

MARRARA, Thiago. **Sistema brasileiro de defesa da concorrência**: organização, processos e acordos administrativos. São Paulo: Atlas, 2015.

MORIN, Edgar. **Os sete saberes necessários à educação do futuro**. 2. ed. São Paulo: Cortez; Brasília: UNESCO, 2011.

PLATÃO. **O banquete**. Porto Alegre: L&PM, 2013.



REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **História da filosofia**: filosofia pagã antiga. São Paulo: Paulus, 2003. v. 1.

ROCHA, Cristian Alberto Gazoli da; SANTIAGO, Mariana Ribeiro. A influência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE na manutenção da função social/solidária da empresa. **Revista Brasileira de Direito Empresarial**. Goiânia, v. 5, n. 1, p. 21-37, jan./jun. 2019. DOI: <http://dx.doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2526-0235/2019.v5i1.5502>. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/direitoempresarial/article/view/5502/pdf>. Acesso em: 20 jan. 2021.

ROSSIGNOLI, Marisa; ALMEIDA, Patrícia Silva de. Governamentabilidade neoliberal: reflexões sobre o crescimento econômico e o crescimento inclusivo. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**. Curitiba, v. 9, n. 3, p. 219-242, set./dez. 2018. DOI: <http://dx.doi.org/10.7213/rev.dir.econ.soc.v9i3.23440>. Disponível em: <https://periodicos.pucpr.br/index.php/direitoeconomico/article/view/23440/23499>. Acesso em: 20 jan. 2021.

SANTIAGO, Mariana Ribeiro; ANDRADE, Sinara Lacerda. A construção complexa do desenvolvimento: uma análise pelo prisma da teoria da complexidade. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 14, n. 2, p. 180-197, set. 2018. ISSN 2238-0604. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/2667>. Acesso em: 30 jan. 2021. doi:<https://doi.org/10.18256/2238-0604.2018.v4i2.2667>.

SANTIAGO, Mariana Ribeiro. **Princípio da função social do contrato**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.



SERGL, Marcos Júlio; CUNHA, Grace. A relação entre o indivíduo pós-moderno, o consumo e a internet das coisas. **Revista de Tecnologia e Sociedade**. Curitiba, v. 16, n. 39, p. 41-56, jan./mar. 2020. Disponível em: <https://periodicos.utfpr.edu.br/rts/article/view/8747/6901>. Acesso em: 20 jan. 2021.

SILVA, Juvêncio Borges; IZÁ, Adriana de Oliveira. A importância da participação popular na elaboração do orçamento e os limites estabelecidos pela lei de responsabilidade fiscal para a administração pública. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe**. V. 8, N. 2, 2020.