

HERMENÊUTICA E ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA: UMA ANÁLISE DA DECISÃO DO CADE SOBRE O ATO DE CONCENTRAÇÃO DA OI S/A

Paula de Siqueira Nunes¹

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Do julgamento do Ato de Concentração Nº 08700.000726/2021-08; 3. Da hermenêutica e argumentação jurídica; 4. Da análise dos votos dos Conselheiros do CADE no ato de Concentração Nº 08700.000726/2021-08; 5. Conclusão; Referências bibliográficas.

RESUMO: Este artigo aborda a decisão do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) no ato de concentração da Oi S/A sob o prisma da hermenêutica e argumentação jurídica. Para tanto, este artigo parte da análise do julgamento do Ato de Concentração nº 08700.000726/2021-08 e o resultado dele obtido. Em seguida, faz-se uma breve revisão teórica sobre a hermenêutica e argumentação jurídica, com a conclusão de que a argumentação é a melhor baliza para o controle das decisões judicantes. Na sequência, sob o espectro do *layout* de Toulmin, analisa-se os fundamentos jurídicos erigidos em cada um dos votos no julgamento do CADE. Ao final, apresentam-se considerações sobre o uso da argumentação jurídica, que materializada no *layout* de Toulmin, como *standard* para a análise das decisões, visa racionalizar o processo de tomada de decisão, evitando-se argumentos consequencialistas em detrimento de argumentos jurídicos.

PALAVRAS-CHAVE: Hermenêutica. Argumentação. Ato de concentração. Baliza. *Layout* de Toulmin.

¹ Procuradora do Estado de São Paulo. Mestranda em Direito Comercial na Universidade de São Paulo (USP).

1. INTRODUÇÃO

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) aprovou, com restrições, a aquisição das atividades de telefonia móvel (Serviço Móvel Pessoal – arts. 4º e 5º da Lei nº 9.472/1997)² detidas pela Oi S/A pela Claro S/A, Telefônica Brasil S/A e TIM S/A. O aval foi condicionado à assinatura de Acordo em Controle de Concentrações (ACC) e condições adicionais, nos termos propostos pela divergência aberta.

O julgamento (Ato de Concentração nº 08700.000726/2021-08) foi marcado pela divisão do Conselho, com três votos a favor e três votos contrários, tendo sido o resultado alcançado pelo voto de qualidade do Presidente³.

Sob tal égide, a existência de decisões jurídicas de grande repercussão nacional cujo resultado decorre de votações com diferenças ínfimas ou, no caso em questão, pela existência de um “voto de minerva”, lança luz para a necessidade de análise do tema sob o viés da hermenêutica jurídica (que consiste no estudo da interpretação da norma jurídica) e da argumentação jurídica (ramo que analisa os argumentos que podem ser utilizados para fundamentar as interpretações)⁴.

Partindo da premissa de que interpretar é construir um sentido e que a interpretação e aplicação das normas jurídicas, muitas vezes, sofrem influência de elementos não jurídicos, o uso da teoria da argumentação, por meio da abordagem epistemológica de Stephen Toulmin e o consequente uso do *layout* dos argumentos⁵, surge como um importante *standard* para a análise das decisões, evitando-se, assim, que se aglutinem argumentos consequencialistas em detrimento de argumentos jurídicos.

2 BRASIL. Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Brasília, DF: Presidência da República, 1997.

3 BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de concentração nº 08700.000726/2021-08. Brasília, DF: MJSP, 2022a.

4 ANDRADE, José Maria Arruda de. Da interpretação à argumentação jurídica: as armadilhas do essencialismo. In: LEAL, Saul Tourinho; GREGÓRIO JÚNIOR, Eduardo Lourenço. *A constituição cidadão e o direito tributário: estudos em homenagem ao ministro Carlos Ayres Britto*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 286-287.

5 ANDRADE, José Maria Arruda de. *Economicização do Direito Concorrencial*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 143-163.

Assim, este artigo objetiva analisar os votos dos conselheiros no julgamento do Ato de Concentração nº 08700.000726/2021-08 à luz da hermenêutica e argumentação jurídica, a fim de que as decisões do órgão administrativo, de natureza judicante, tenham como baliza a ordem jurídica, dispensando-se a aplicação de metavalores – problema que coloca em risco a consistência e a seriedade de qualquer espaço de tomada de decisão.

2. DO JULGAMENTO DO ATO DE CONCENTRAÇÃO Nº 08700.000726/2021-08

O julgamento do Ato de Concentração nº 08700.000726/2021-08 contempla três Atos de Concentração que consistem na aquisição, pela Claro S.A. (Claro), Telefônica Brasil S.A. (Telefônica) e TIM S.A. (Tim), de todos os ativos, obrigações e direitos relacionados às atividades de telefonia móvel do Grupo Oi (Unidade Produtiva Isolada – UPI – Ativos Móveis).

A operação resulta da participação conjunta das compradoras no leilão da Oi Móvel realizado no âmbito da Recuperação Judicial do Grupo Oi.

Nesse diapasão, os ativos, as obrigações e os direitos adquiridos da UPI Ativos Móveis, pelas três compradoras, serão segregados em três Sociedades de Propósito Específico (SPEs Ativos Móveis) distintas, e cada uma das compradoras adquirirá a totalidade das ações representativas do capital social de cada SPE Ativos Móveis.

A análise do caso pelos conselheiros, em geral, seguiu o modelo sugerido pelo Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal do CADE (Guia de “H”), no qual foram observados os seguintes pontos, a saber: (i) a definição do mercado relevante; (ii) os índices de concentração decorrentes da sobreposição horizontal das requerentes; (iii) os efeitos unilaterais decorrentes da operação (análise sobre a probabilidade de exercício de poder de mercado através do exame quanto à existência de forças de contestação do aumento de poder de mercado gerado pela operação), aferidos pelas seguintes métricas: (iii.a) barreiras à entrada e (iii.b) rivalidade; (iv) análise da integração vertical; (v) os efeitos coordenados; (vi) os ganhos de eficiência; (vii) os remédios antitruste.

O denominador comum do voto de todos os conselheiros participantes foi o reconhecimento de que a operação em questão teria impacto negativo na concorrência. Isso porque, em se tratando da aquisição compartilhada da quarta maior empresa do setor de telecomunicações pelos três maiores players da área, há efetiva probabilidade de exercício abusivo de poder de mercado, o que viabiliza possíveis efeitos adversos à concorrência e aos consumidores em virtude de, principalmente, o fechamento de mercado aos demais *players* e aos efeitos coordenados.

Ademais, ao ser analisada as eficiências apresentadas pelas Requerentes (Claro S.A. (Claro), Telefônica Brasil S.A. (Telefônica) e TIM S.A. (Tim)), os conselheiros entenderam não ter sido demonstrado que estas seriam suficientes ao ponto de compensar e superar os efeitos negativos ao bem-estar do consumidor - além de não ser demonstrado o repasse direto dessas eficiências a esses consumidores.

No entanto, o que determinou a diferença no resultado do julgamento do referido ato de concentração foi a decisão quanto à reprovação da operação ou a aprovação com restrições – decisão que prevaleceu ao final, tendo sido o resultado alcançado pelo voto de qualidade do Presidente.

Portanto, a divergência situou-se no âmbito da negociação dos remédios antitruste.

Desse modo, sem qualquer pretensão de correção da decisão, é relevante que se faça a análise dos votos à luz da hermenêutica e argumentação jurídica. Isso porque, é fundamental criar balizas capazes de evitar o aglutinamento de argumentos consequencialistas em detrimento de argumentos jurídicos, a fim de fortalecer a segurança jurídica das decisões.

3. DA HERMENÊUTICA E ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

A hermenêutica jurídica consiste na interpretação de enunciados normativos. Sua finalidade, enquanto domínio teórico, é proporcionar bases racionais e seguras para a interpretação de enunciados normativos.

Para José Maria Arruda Andrade, a interpretação da norma está no âmbito das operações linguísticas, de forma que teorizar sobre o tema

envolve explicar como os sujeitos se relacionam com a linguagem e a compreendem e qual o resultado desse processo⁶.

Dessa forma, o autor se vale do conceito dos “jogos de linguagem” de Ludwig Wittgenstein. A ideia de observar a linguagem em movimento é essencial para a compreensão dos jogos de linguagem, já que as palavras são formadas de signos e todo signo, isolado, é um elemento morto.

Nesse contexto, a interpretação e aplicação das normas se desenvolvem em um ambiente baseado em adestramento e aprendizado de técnicas, hábitos, costumes e instituições⁷.

É justamente por essa característica da interpretação, como um processo de construção de sentido que sofre influência de uma gama de elementos, que é difícil fixar balizas de controle para essa atividade.

O foco, portanto, deixa de ser o questionamento de como foi tomada a decisão – já que é ilusória a ideia do essencialismo de que o texto da norma possui um conteúdo preexistente que poderia ser acessado pelo intérprete e reconstruído como resultado – mas de como a decisão foi fundamentada.

É por essa razão que reside no campo da argumentação jurídica o melhor *standard* para o controle das decisões jurídicas. Nas precisas lições de José Maria Arruda Andrade:

Justamente por isso, a discussão da relação de pertinência entre o texto normativo e o resultado de sua aplicação (construção da norma jurídica – sobretudo individual e concreta) pode ser melhor desenvolvida no âmbito da teoria da argumentação (confirmado o deslocamento da *origem* da interpretação para o campo da *justificativa*, conforme mencionado em Wittgenstein [1984a, §199]) [...].

Muito embora não se possa defender a referibilidade entre o resultado da aplicação (norma jurídica construída) e o texto normativo

6 ANDRADE, José Maria Arruda de. Da interpretação à argumentação jurídica: as armadilhas do essencialismo. In: LEAL, Saul Tourinho; GREGÓRIO JÚNIOR, Eduardo Lourenço. *A constituição cidadão e o direito tributário: estudos em homenagem ao ministro Carlos Ayres Britto*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 286-287.

7 ANDRADE, José Maria Arruda de. *Argumentação jurídica e teoria das provas no direito da concorrência*. In: *Direito econômico atual*. São Paulo: Método, 2015, p. 184.

(pretensamente o ponto de partida – ao menos não do ponto de vista da hermenêutica jurídica -, será no campo da argumentação jurídica que se permitirá um mínimo de controle do processo de decisão, a saber, regras procedimentais preestabelecidas, necessidade de fundamentar a decisão jurídica construída e o sistema processual estatal, que possui regras que uniformizam sentidos e impedem a discussão interminável (expedientes de uniformização de jurisprudências, limites de recursos processuais, trânsito em julgado etc.)⁸.

Sob tal égide, a argumentação jurídica tem por escopo teorizar a utilização de argumentos para elaborar ou justificar as decisões judiciais obtidas pela via interpretativa. Desse modo, o controle da decisão é realizado de forma *a posteriori*.

Para a análise da argumentação jurídica nos processos de decisão judiciais – ou melhor, judicantes -, José Maria Arruda Andrade utiliza como base teórica o estudo filosófico de Stephen Toulmin, mais precisamente o *layout* de Toulmin⁹, a saber:

Como mencionado, o projeto teórico de STEPHEN TOULMIN era questionar a filosofia analítica de sua época e o uso de um modelo lógico-formal em que os argumentos analíticos seriam modelos ideais para outros campos que não o da matemática pura, sobretudo nas explicações da lógica prática (o tal deslocamento de uma *teoria* epistemológica para uma *análise* epistemológica).

Para tanto, TOULMIN analisa os argumentos em sua forma não geométrica, valendo-se de um layout (‘logicamente imparcial dos argumentos’), extremamente didático, denominado jurisprudencial, cuja finalidade é representar a dinâmica da argumentação, de forma mais estendida do que aquele que se vale da estrutura de uma premissa maior, de uma premissa menor e de uma conclusão.

O modelo básico da argumentação em TOULMIN conta com os seguintes elementos: uma alegação [C de *claim*], os dados que a fundamentam [D de *data*], sua garantia [W de *warrant*] e seu apoio [B de *backing*].

8 ANDRADE, José Maria Arruda de. Da interpretação à argumentação jurídica: as armadilhas do essencialismo. In: LEAL, Saul Tourinho; GREGÓRIO JÚNIOR, Eduardo Lourenço. *A constituição cidadão e o direito tributário: estudos em homenagem ao ministro Carlos Ayres Britto*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 293-294.

9 ANDRADE, José Maria Arruda de. *Economicização do Direito Concorrencial*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 155.

Ao explicitar o que significam cada um dos elementos utilizados no modelo básico de argumentação de Toulmin, quais sejam, alegação [C], dados [D], garantia [W] e apoio [B], o autor acrescenta¹⁰:

Assim, se os dados (fatos específicos) necessitam de fundamentação, a questão, agora, é sobre a natureza e a justificação do passo dado na apresentação desses fatos [D]. Já não se trata de apresentar novos fatos ou de reforçar a base do argumento. Trata-se de apresentar ‘proposições de um tipo bem diferente: regras, princípios, licenças de inferência’, ou seja, demonstrar que ‘tomando-se aqueles dados [D] como ponto de partida, é apropriado e legítimo passar dos dados à alegação [C] ou conclusão apresentada’.

Agora será o caso de se apresentar as garantias [W], os enunciados gerais que autorizam aquela passagem. Já não são os fatos: são as afirmações gerais e hipotéticas, os padrões práticos ou cânones do argumento. Trata-se do argumento no qual os dados do tipo [D] dão-nos o direito de tirar as conclusões [C]. [...]

Além disso, há diferentes tipos de garantias [W], em virtude de distintos graus de força às conclusões. Para graduar esse grau de força, vale-se de qualificadores modais [Q de *qualifier*], tais como ‘necessariamente’, ‘provavelmente’, ‘presumivelmente’. Quando for necessário, portanto, poderá ser feito o uso desses qualificadores para explicitar o grau de certeza da garantia. [...]

Há, ainda, para enriquecer a estrutura da argumentação, as possíveis condições de refutação [R de *rebuttals*], que indicam situações em que a garantia deve deixar de ser aplicada. Ou seja, trata-se de possível exceção à regra geral que justifica a relação entre os dados e a alegação.

O último elemento do *layout* de TOULMIN é o apoio [B], que dá o fundamento ao uso da garantia [W] no caso, que assegura que por motivo, em geral, a garantia deve ser aceita. ‘Por trás de nossas garantias normalmente haverá outros avais, sem os quais nem as próprias garantias teriam autoridade ou vigência’. Esses avais são o apoio das garantias.

10 ANDRADE, José Maria Arruda de. *Economicização do Direito Concorrencial*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 156-157.

Ainda que se valha, quando a lei permitir, de métodos de colmatação de lacunas (analogia, por exemplo), a fundamentação legal para essa colmatação lá estará.

Isso significa, e isso é importante, que o apoio [B] será um texto normativo vigente em nosso ordenamento jurídico e não uma teoria qualquer ou um modelo qualquer.

Este *standard* argumentativo para a validade das decisões, isto é, a necessidade de que qualquer decisão jurídica tenha por fundamento um texto vigente no ordenamento jurídico, é crucial para que nos processos de tomada de decisão sejam evitados argumentos consequencialistas e/ ou aplicação de metavalores em detrimento de argumentos jurídicos - problema que coloca em risco a consistência e a seriedade de qualquer espaço de tomada de decisão.

4. DA ANÁLISE DOS VOTOS DOS CONSELHEIROS DO CADE NO ATO DE CONCENTRAÇÃO Nº 08700.000726/2021-08

Tomando por base o *layout* de Toulmin como *standard* argumentativo de validade das decisões, passo à análise dos votos dos conselheiros do CADE no Ato de Concentração nº 08700.000726/2021-08.

Destaco, inicialmente, que a análise será baseada no ponto de divergência das decisões, que se situou no âmbito da negociação dos remédios antitruste.

O relator do processo, conselheiro Luis Henrique Bertolino Braidó, se manifestou da seguinte maneira sobre a questão:

A adoção de remédios antitruste está prevista na Lei 12.529/2011 e é esmiuçada no ‘Guia de Remédios Antitruste do CADE’. Diz os art. 61 da Lei nº 12.529/2011:

Art. 61. No julgamento do pedido de aprovação do ato de concentração econômica, o Tribunal poderá aprová-lo integralmente, rejeitá-lo ou aprová-lo parcialmente, caso em que determinará as restrições que deverão ser observadas como condição para a validade e eficácia do ato. § 1º O Tribunal determinará as restrições cabíveis no sentido de mitigar os eventuais efeitos nocivos do ato de concentração sobre os mercados relevantes afetados. § 2º As restrições mencionadas no § 1º deste artigo

incluem: I - a venda de ativos ou de um conjunto de ativos que constitua uma atividade empresarial; II - a cisão de sociedade; III - a alienação de controle societário; IV - a separação contábil ou jurídica de atividades; V - o licenciamento compulsório de direitos de propriedade intelectual; e VI - qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica. § 3º Julgado o processo no mérito, o ato não poderá ser novamente apresentado nem revisto no âmbito do Poder Executivo.

O Guia de Remédios Antitruste do CADE, por sua vez, sugere a adoção de remédios estruturais (i.e., venda de ativos e base de clientes) em operações como esta. Considerando o significativo aumento de concentração econômica, as altas barreiras à entrada, a impossibilidade de importação, o insuficiente nível de rivalidade e o risco de coordenação tácita ou explícita, penso ser fundamental condicionar a aprovação desta operação a um substancial pacote de desinvestimentos, o qual deveria incluir parte significativa da carteira de clientes e da infraestrutura adquirida, incluindo as estações de rádio base (ERBs) e, principalmente, os direitos de uso de espectro de radiofrequência. Os montantes desinvestidos, a meu ver, deveriam ser suficientes para fomentar o surgimento de um rival efetivo no plano nacional ou de diversos rivais regionais, em todas as regiões do país.

Este é um ponto de discordância que tenho em relação ao Parecer SG 11/2021, o qual sugeriu tão somente a adoção de remédios comportamentais – mais especificamente, da obrigação de cada operadora apresentar ofertas de aluguel de parte de sua infraestrutura.

Tenho duas restrições conceituais à adoção de remédios baseados no chamado ‘aluguel’ de rede, em oposição aos remédios estruturais (venda de clientes, rede e espectro). Primeiramente, os eventuais compromissos assumidos pelas Requerentes possuirão prazo limitado e, necessariamente, deixarão de existir no futuro. Ademais, a definição do preço do aluguel passará, inevitavelmente, por algum tipo de negociação comercial. Ora, se inexistente rivalidade suficiente no varejo, não se deve esperar alta competição no atacado, pois as mesmas três dominarão entre 95% e 98% desses dois mercados.

Como é bem sabido dos manuais de Economia, a existência de poder de mercado no atacado afeta os preços no varejo. Um monopolista no mercado à montante, por exemplo, que se depare com um mercado à

jusante perfeitamente competitivo, não terá dificuldades em impor o preço de monopólio ao consumidor final.

Assim, os preços dos acordos de aluguel de infraestrutura, necessariamente, refletirão os novos preços de equilíbrio a serem cobrados no varejo pelo triopólio resultante desta operação. [...]

Importante frisar não haver na proposta de ACC apresentada qualquer obrigação de venda de ativos, mas apenas o compromisso de se ofertar Estações de Rádio Base (ERBs) à venda, sem definir o critério de negociação a ser adotado.

Os demais compromissos previstos também se referem à disponibilização de ofertas de referência de infraestrutura (em diferentes modalidades), a ser compartilhada ou cedida, temporariamente, mediante a contrapartida financeira negociada entre as partes.

Portanto, enquanto o Guia de Remédios Antitruste recomenda acordos no estilo fix-it-first, nos quais a contraparte dos compromissos assumidos é definida a priori, a proposta de ACC se restringe à disponibilização de ofertas de referência, a serem disponibilizadas após o fechamento da operação, sem qualquer compromisso de execução efetiva. A meu ver, esse tipo de acordo, caso aceito, desmoralizaria o CADE.

Ademais, considero que tais compromissos não possuem a menor chance de permitir a entrada de um rival efetivo e, tão pouco, de promover repasse de eficiências ao consumidor.

Diante desses fatos, se seguirmos formalmente a boa análise antitruste, não resta alternativa a este Conselho a não ser reprovar esta operação¹³.

Com base no layout de Toulmin, é possível extrair que:

[D] = o Acordo em Controle de Concentração (ACC) e condições adicionais são os dados, o fato específico analisado no caso;

[W] = “O Guia de Remédios Antitruste do CADE, por sua vez, sugere a adoção de remédios estruturais. Considerando o significativo aumento de concentração econômica, as altas barreiras à entrada,

13 BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Voto do Conselheiro-Relator Luis Henrique Bertolino Braido. Brasília, DF: MJSP, 2022d.

a impossibilidade de importação, o insuficiente nível de rivalidade e o risco de coordenação tácita ou explícita, penso ser fundamental condicionar a aprovação desta operação a um substancial pacote de desinvestimentos, o qual deveria incluir parte significativa da carteira de clientes e da infraestrutura adquirida, incluindo as estações de rádio base (ERBs) e, principalmente, os direitos de uso de espectro de radiofrequência. Os montantes desinvestidos, a meu ver, deveriam ser suficientes para fomentar o surgimento de um rival efetivo no plano nacional ou de diversos rivais regionais, em todas as regiões do país”;

[B] = Art. 61 da Lei nº 12.529/2011¹⁴;

[C] = ato de concentração reprovado.

A conselheira Paula Farani de Azevedo Silveira, seguindo o voto do relator, se manifestou da seguinte maneira:

Mesmo diante de constatações tão graves, a SG/CADE sugeriu a adoção de um pacote de remédios comportamentais unicamente, por compreender que eles seriam suficientemente robustos para enfrentar os problemas concorrenciais identificados, além de que remédios estruturais poderiam desvirtuar a operação e suas eficiências alegadas:

‘726. A concentração de espectro reforça a posição dominante das empresas no mercado upstream se mostrando provável o fechamento de acesso ao espectro de radiofrequência detido pelas Requerentes. Como visto no capítulo de probabilidade de poder de mercado as barreiras são elevadas e a probabilidade de uma entrada efetiva, suficiente e tempestiva foi descartada. Além disso, foi constatada ausência de rivalidade no mercado de acesso às redes móveis em atacado. As características deste mercado mostram-se favoráveis ao estabelecimento e manutenção de acordos colusivos, sejam explícitos ou tácitos, com redução dos incentivos a rivalizar e aumento dos incentivos à acomodação. Outrossim, denota-se que um remédio estrutural poderia ser desproporcional visto

14 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, 2011.

que o racional da Operação está vinculado à necessidade que Telefônica e Tim possuem de aquisição de espectro adicional, de modo a aprimorar suas atividades e a qualidade de prestação de serviços para suas respectivas bases de clientes e para a expansão de suas atividades no Brasil. Além disso, haveria incertezas em relação à viabilidade de se encontrar um comprador tempestivamente, trazendo riscos importantes para a efetividade do remédio em tal configuração.

727. Nesse sentido, a SG negociou remédios que pudessem mitigar os riscos concorrenciais da Operação como proposta. Como explicitado anteriormente, esta SG entende que um remédio estrutural poderia desvirtuar a Operação e suas alegadas eficiências. Um remédio que determinasse a venda por completo da Oi Móvel poderia ser desproporcional ao problema concorrencial identificado além de apresentar riscos relevantes de não efetividade. Outro possível remédio estrutural seria vender partes da Oi, porém este poderia restringir eventuais eficiências advindas da Operação.'

Com a devida vênia, discordo do raciocínio empreendido, uma vez que a proporcionalidade do pacote de remédios adotados não pode estar balizada pelo objetivo das partes com a operação proposta. Em verdade, se os remédios que se revelam necessários e proporcionais para enfrentar os riscos concorrenciais da concentração findam por implicar o desfazimento da operação, isso significa que a operação não pode ser remediada e deve ser bloqueada pela autoridade concorrencial.

Conforme já expus³, o Guia de Remédios Antitruste do CADE ('Guia de Remédios') prescreve que os remédios a serem implementados em atos de concentração lesivos à concorrência 'devem mitigar o potencial prejuízo ao ambiente concorrencial decorrente da operação, restaurando as condições de rivalidade e de entrada presentes no cenário pré-operação', não sendo devido que os remédios corrijam problemas competitivos pré-existent⁴.

Ao dispor sobre os princípios que devem orientar o desenho dos remédios, o Guia destaca os critérios de proporcionalidade, tempestividade, factibilidade e verificabilidade. Especificamente sobre a proporcionalidade, que entendo central para a avaliação do pacote de ativos ora sob análise, o Guia de Remédios dispõe que:

‘Um remédio antitruste deve ser proporcional no sentido de impor ações mitigadoras necessárias, adequadas e suficientes à efetiva reversão do potencial prejuízo à concorrência decorrente especificamente do AC. Essa proporcionalidade requer, em primeiro lugar, que as medidas aplicadas sejam capazes, por si só, de sanar os problemas concorrenciais identificados. Por outro lado, implica que se evite a adoção de remédios que ultrapassem o necessário para restaurar a concorrência no mercado. Além disso, a proporcionalidade busca preservar eventuais sinergias entre as Requerentes, desde que garantida a supressão dos danos potenciais à concorrência gerados pela operação.’⁵.

A proporcionalidade se atrela, portanto, à noção de que o remédio deve estar intrinsecamente calibrado com a dimensão dos riscos concorrenciais emergentes da operação, de modo que possa redundar na neutralização dos potenciais prejuízos à concorrência e seja capaz, por si só, de solucionar os problemas identificados. O remédio deve ser proporcional, portanto, à lesividade da concentração, a fim de que possa ser bem-sucedido em atenuá-la. De outro lado, a proporcionalidade também dita que os remédios não devem se exceder ao escopo necessário para o enfrentamento dos problemas identificados, de modo que as medidas comportamentais e estruturais aplicadas não se tornem desmoderadas frente aos riscos que devem mitigar.

No entanto, conforme esclarece o Guia de Remédios, caso tal reversão não seja possibilitada por meio dos remédios propostos, de modo que os potenciais prejuízos gerados pela operação não possam ser sanados unicamente com os remédios, a medida tida como mais adequada será a reprovação. Acertadamente, a opção pela reprovação tem sido medida excepcional na prática judicante deste Conselho e deverá ser sempre revestida de prudência e cautela, exigindo que a autoridade pondere com seriedade e profundidade sobre as alternativas disponíveis para viabilizar e não obstruir, injustificadamente, o curso de negócios escolhido pelos agentes de mercado.

Como bem fundamentado pelo Conselheiro-Relator, entendo que é este o caso, uma vez que, com a devida vênia àqueles que entendem de modo diverso, o pacote de remédios não é proporcional, suficiente ou efetivo em lidar com os problemas concorrenciais gerados pela operação, de modo que eventual obstrução ao negócio objetivado pelas

Requerentes é solidamente justificável para assegurar um ambiente econômico competitivo.

À luz das recomendações do Guia de Remédios, verifica-se que o pacote de remédios proposto não se mostra devidamente calibrado com os graves danos gerados à concorrência e, portanto, é insuficiente para neutralizar os efeitos negativos da operação. Ademais, ainda que tal situação requeira a devida diligência e prudência, é de suma importância relembrar e compreender que não cabe ao CADE garantir a viabilidade operacional e financeira da Oi ou de qualquer empresa em detrimento da concorrência no mercado, dos consumidores e da coletividade, em estrito respeito aos comandos legais que normatizam o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, regidos pela Ordem Econômica Constitucional.

Não é, portanto, permitido ao CADE sobrepor situações privadas que, ainda que impactem o domínio público, não podem se sobrepor ao objeto tutelado por esta autarquia, na medida em que, igualmente, a defesa da concorrência também afeta a coletividade.

Há outras esferas da Administração Pública que possuem mandato para lidarem com tal situação e são, por essa mesma razão, melhores qualificadas para lidar com problemas dessa natureza.

Não cabe ao CADE, portanto, resolver toda espécie de problema econômico, não sendo incumbência desta autarquia socorrer empresas ou atender a interesses de pequenos grupos. Cabe ao CADE, na sua missão de autoridade da concorrência, identificar os problemas concorrenciais decorrentes de uma concentração econômica e, se possível, aplicar os remédios necessários e adequados para neutralizá-los. Se isso não for possível, como recomendado pelo próprio Guia de Remédios deste Conselho, caberá ao CADE reprová-la operação, em acatamento ao comando legal.

Tenho reiterado, em diversos casos, que o padrão legal de análise em sede de controle de estruturas no direito brasileiro, incrustado no artigo 88, §§ 5º e 6º, se pauta pela condição de produção de efeito líquido não negativo. Assim, os atos de concentração que impliquem potenciais efeitos negativos podem ser aprovados, desde que atendidos os critérios elencados no dispositivo citado. A Lei de Defesa da Concorrência

estabelece, portanto, critérios que devem se opor e contrabalancear os eventuais efeitos negativos de um ato de concentração. Esses critérios devem ser suficientemente relevantes a ponto de, no mínimo, neutralizar os potenciais efeitos negativos identificados.

Trata-se, assim, da condição de efeito líquido não negativo sobre o bem-estar econômico dos consumidores, parâmetro disposto pela Lei 12.529/11, ao indicar que as eficiências específicas de cada operação devem ser ponderadas frente aos seus efeitos negativos.

Com base no layout de Toulmin, é possível extrair que:

[D] = o Acordo em Controle de Concentração (ACC) e condições adicionais são os dados, o fato específico analisado no caso;

[W] = “Acertadamente, a opção pela reprovação tem sido medida excepcional na prática judicante deste Conselho e deverá ser sempre revestida de prudência e cautela, exigindo que a autoridade pondere com seriedade e profundidade sobre as alternativas disponíveis para viabilizar e não obstruir, injustificadamente, o curso de negócios escolhido pelos agentes de mercado.

Como bem fundamentado pelo Conselheiro-Relator, entendo que é este o caso, uma vez que, com a devida vênia àqueles que entendem de modo diverso, o pacote de remédios não é proporcional, suficiente ou efetivo em lidar com os problemas concorrenciais gerados pela operação, de modo que eventual obstrução ao negócio objetivado pelas Requerentes é solidamente justificável para assegurar um ambiente econômico competitivo.

À luz das recomendações do Guia de Remédios, verifica-se que o pacote de remédios proposto não se mostra devidamente calibrado com os graves danos gerados à concorrência e, portanto, é insuficiente para neutralizar os efeitos negativos da operação. Ademais, ainda que tal situação requeira a devida diligência e prudência, é de suma importância lembrar e compreender que não cabe ao CADE garantir a viabilidade operacional e financeira da Oi ou de qualquer empresa em detrimento da concorrência no mercado, dos consumidores e da coletividade, em estrito respeito aos comandos legais que normatizam o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, regidos pela Ordem Econômica Constitucional”.

[B] = Art. 88, §§ 5º e 6º da Lei nº 12.529/2011¹⁵;

[C] = ato de concentração reprovado.

O conselheiro Sérgio Costa Ravagnani não teve o voto disponibilizado para análise.

A conselheira Lenisa Rodrigues Prado abriu a divergência e explicitou o voto da seguinte forma:

A alienação integral da operação móvel da Oi, nos moldes propostos pela Operação, implica a retirada da Oi do mercado de SMP. Essa retirada gera uma concentração de mercado na oferta de telefonia móvel que precisa ser tratada por este CADE com atenção. De outra parte, com os devidos remédios mitigadores, a rivalidade entre os players remanescentes no mercado é elemento crítico para a análise, uma vez que pode levar à manutenção de nível de competição saudável após a operação. Além disso, a Operação, ao viabilizar a reestruturação do Grupo Oi e a criação de uma nova empresa de atacado, com rede neutra, ofertando capacidade a todo o mercado, contribuirá para aumentar a competitividade no setor de telecomunicações, levando a uma análise de contexto mais amplo do que aquele restrito exclusivamente à competição no mercado SMP (o que inclui os mercados de atacado, STFC, SCM), embora o próprio mercado SMP seja influenciado também, indiretamente pelo contexto dos demais mercados de atuação das companhias. Vejamos cada um dos pontos. [...]

a) Apesar da concentração, a Operação não elimina a rivalidade no mercado de Serviço Móvel Pessoal (“SMP”) [...]

b) A competição exercida pela Oi no mercado de SMP é limitada, de modo que a sua potencial característica como empresa ‘maverick’ acaba sendo limitada por suas restrições de investimento e capacidade de rede / atualização de infraestrutura. Nesse sentido, sua retirada do mercado não configuraria necessariamente em eliminação do player mais agressivo do mercado. [...]

15 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, 2011.

c) A Operação é necessária para o soerguimento financeiro da Oi e sua saída organizada do mercado

Outro ponto relevante na análise desse ato de concentração é que a viabilidade do Aditamento ao Plano de Recuperação Judicial da Oi está atrelada à execução da venda das UPIs dentro do processo de Recuperação Judicial, previsto para se encerrar em 31 de março de 2022. A alienação da UPI Ativos Móveis é a principal fonte de recursos para sustentação operacional e pagamento das dívidas contraídas pela Oi [ACESSO RESTRITO AO CADE] e, conseqüentemente, para a sobrevivência da companhia, cuja situação crítica de caixa poderia torná-la insustentável no curto prazo no caso do insucesso da Operação.

A sobrevivência da Oi tende a ser positiva para o mercado como um todo, pois viabilizará a oferta de atacado em rede neutra, num momento de alta demanda de capacidade (implementação do 5G e expansão de redes). Nesse contexto, a alienação da operação da Oi Móvel (UPI Ativos Móveis) foi apresentada ao CADE como a transação mais importante no âmbito da reorganização do Grupo Oi para (a) gerar caixa no processo de reestruturação da Companhia; (b) reduzir seu custo e aumentar sua eficiência operacional; e (c) tornar possível a sua viabilidade no curto/médio prazo. [...]

d) Contrafactual: se a Oi sair do mercado os impactos são negativos para stakeholders, para a competição e para o país

Como contrafactual desta Operação, entendo que a falência da Oi traria conseqüências potencialmente desastrosas para o mercado de telecomunicações como um todo. Especialmente no mercado móvel, a falência da Oi poderia levar ao aprofundamento da concentração do setor, em níveis maiores que aqueles decorrentes desta Operação, uma vez que os principais líderes por CN tenderiam a absorver a maior quantidade dos clientes atuais da Oi. Ademais, também traria conseqüências de altíssimo impacto para os cofres públicos [ACESSO RESTRITO AO CADE] e para prestação de outros serviços essenciais que dependem da infraestrutura da Oi (por exemplo, pagamentos eletrônicos, compras online, sistemas previdenciário e financeiro, estabelecimentos de saúde, educação, segurança pública, agências dos correios e postos de atendimento bancários). Isso tudo sem contar os impactos no emprego e

no Produto Interno Bruto. Mas cumpre lembrar que o maior impacto potencial deveria ser a interrupção iminente da prestação de serviços de SMP, STFC e SCM (telefonia móvel, telefonia fixa e serviços de banda larga e comunicação de dados) para os mais de 50 milhões de clientes das vendedoras, em todas as regiões do país.

Portanto, no presente caso, estamos diante da alternativa menos prejudicial para garantir a competição no setor de telecomunicações. Sabe-se que um ato de concentração pode ser aprovado em razão das condições financeiras irremediáveis da empresa adquirida, cujos ativos teriam o potencial de sair do mercado não fosse pela concentração. Especificamente, verifica-se que: (i) existe um risco concreto de a Oi se tornar insolvente no curto prazo e ser efetivamente incapaz de cumprir com as suas obrigações financeiras; (ii) a Oi empreendeu esforços de boa-fé para encontrar outros compradores, tendo inclusive cumprido rito judicial para recepção de propostas de interessados, ao final do qual restou como competidora apenas a proposta das atuais compradoras; e (iii) parece-me claro que, no caso de não conclusão da operação, os ativos da Oi sairão do mercado, ainda que temporariamente, prejudicando a competição e os consumidores. Ainda que parte desses ativos pudessem voltar ao mercado, de forma desordenada dada a situação de liquidação da companhia, isso não aconteceria sem uma grande disrupção num setor de infraestrutura essencial. Ressalte-se que tais ativos enfrentariam inclusive situações de gravames que impediriam o acesso eventual de terceiros interessados a esses ativos no momento de tal liquidação, uma vez que vários ativos se encontram sob situação de garantia de financiamentos providos por credores extraconcursais, a exemplo das próprias frequências.

Conforme os dados públicos disponíveis e diante dos números apresentados pelos procuradores da Oi em documentos acostados aos autos, todos validados por laudos de acompanhamento econômico-financeiro do processo de Recuperação Judicial, sem a aprovação da Operação, a situação de caixa da Oi passará a ser insustentável. Não só não existirão recursos financeiros para a realização de novos investimentos, como também não será possível garantir a sustentabilidade operacional de todos os serviços do Grupo Oi, com fortes impactos no mercado nacional de telecomunicações. A Oi é o maior provedor

de serviços de telefonia e internet fixa do Brasil e o principal fornecedor de infraestruturas de telecomunicações, com exceção do estado de São Paulo. A interrupção da operação da empresa implicaria em desligamento de milhões de acessos em serviço e efeitos diretos e indiretos sobre milhões de consumidores, além de prejudicar sobremaneira MVNOs que dependem de acesso à infraestrutura da vendedora (vide esclarecimentos prestados pela Algar, Terceira Interessada admitida nos autos). Como consequência direta da descontinuidade das atividades hoje desempenhadas pela Oi, milhares de municípios que dependem exclusivamente de sua infraestrutura correriam grave risco de apagão imediato dos serviços de telefonia e internet.

De fato, a infraestrutura de telecomunicações da Oi, além de prover serviço direto para diversos usuários, é um ativo essencial para diversas outras prestadoras de telecomunicações que atendem aos seus próprios usuários tendo essa infraestrutura como suporte. Nesse sentido, a falência da Oi também geraria efeitos sistêmicos sobre o setor de telecomunicações, com impactos imprevisíveis sobre todos os serviços que dependem de sua rede.

Mais especificamente, em um cenário de insolvência do Grupo Oi, haveria (i) impacto em empregos diretos (aproximadamente, 38.000 colaboradores) e indiretos (aproximadamente 91.000 empregos); (ii) possível sucateamento de todos os ativos do Grupo Oi, em especial de sua infraestrutura de rede de telecomunicações; (iii) impacto fiscal da ordem de R\$ 5 bilhões ao ano; e (iv) descontinuidade dos serviços prestados pela Oi, com prejuízos para inúmeros outros serviços essenciais, como, por exemplo, pagamentos eletrônicos, compras online, sistemas previdenciário e financeiro, estabelecimentos de saúde, educação, segurança pública, agências dos correios e postos de atendimento bancários.

Com a interrupção de seus serviços, estimativas internas da Oi também indicam que poderão ser afetados: [ACESSO RESTRITO AO CADE E À OI].

e) Manutenção dos compromissos de abrangência e inexistência de impacto em telefonia rural [...]

f) O pacote de remédios fomenta maior rivalidade e atenua custos de entrada

Os remédios atualmente em negociação com o Tribunal aprofundam aqueles já propostos à Superintendência-Geral ('SG') e facilitam as condições de entrada de players que desejem (i) adquirir Estações Rádio-Base (ERBs) desinvestidas pelas Compradoras [ACESSO RESTRITO AO CADE E REQUERENTES]; (ii) contratar serviços de Roaming Nacional ou ofertas para MVNOs, em todas as tecnologias (incluindo 5G), também para conectividade IoT e M2M; (iii) acessar a radiofrequências por meio de contratos de Exploração Industrial de Rede com garantia de [ACESSO RESTRITO AO CADE E REQUERENTES] em todos os municípios brasileiros; (iv) [ACESSO RESTRITO AO CADE E REQUERENTES]; além da (v) previsão de Trustee de Monitoramento para fiscalização do cumprimento das obrigações e de mecanismo de arbitragem. Quando considerados em conjunto com as condicionantes da Anatel e a regulamentação setorial, os remédios do CADE têm o claro potencial de reduzir significativamente as barreiras à entrada e expansão de concorrentes, fomentando ainda mais a competição.

Como se vê, as Requerentes se comprometeram a realizar Oferta Pública para alienação de praticamente metade de todas as ERBs adquiridas da Oi. [ACESSO RESTRITO AO CADE E REQUERENTES] Isso significa que aproximadamente [ACESSO RESTRITO AO CADE E REQUERENTES] serão alienadas pelas Compradoras e disponibilizadas ao mercado. Para fins comparativos, a Algar e a Sercomtel possuíam, respectivamente, apenas 725 e 48 ERBs em dezembro de 2021 [ACESSO RESTRITO AO CADE E REQUERENTES].

Com o objetivo de afastar quaisquer preocupações acerca da efetividade de implementação dos remédios e para garantir o cumprimento do ACC, as Requerentes, além de continuarem sujeitas à fiscalização do CADE e da Anatel, propuseram que o monitoramento do cumprimento dos remédios fosse realizado por um trustee independente, em linha com os procedimentos e a estrutura de governança já adotados em outros atos de concentração cuja aprovação foi igualmente condicionada à celebração de ACCs. Entendo que o trustee deverá, inicialmente, realizar um levantamento dos preços praticados, por operadora, por tipo de serviço e por tipo de cliente, nos últimos dois anos, a fim de viabilizar o devido monitoramento de quaisquer violações quanto aos preços antes e depois da Operação.

Os remédios negociados com as Requerentes consistem em um amplo conjunto de medidas que favorecem e facilitam a entrada de novos agentes econômicos e a expansão de competidores. Na prática, são remédios modulares que permitem a flexibilidade necessária para o desenho de diferentes estratégias de mercado e poderão ser escolhidas por concorrentes para se adequar às suas realidades específicas, de acordo com os seus interesses comerciais. Eles atendem grande parte das preocupações levantadas pelos terceiros interessados que se manifestaram ao longo do processo.

Quando considerados em conjunto com as condicionantes da Anatel e a regulamentação setorial, os remédios do CADE têm o potencial de reduzir significativamente as barreiras à entrada e expansão de concorrentes, mitigando as preocupações concorrenciais identificadas ao longo da instrução do presente processo.

Com base no layout de Toulmin, é possível extrair que:

[D] = o Acordo em Controle de Concentração (ACC) e condições adicionais são os dados, o fato específico analisado no caso;

[W] = “Como contrafactual desta Operação, entendo que a falência da Oi traria consequências potencialmente desastrosas para o mercado de telecomunicações como um todo. Especialmente no mercado móvel, a falência da Oi poderia levar ao aprofundamento da concentração do setor, em níveis maiores que aqueles decorrentes desta Operação, uma vez que os principais líderes por CN tenderiam a absorver a maior quantidade dos clientes atuais da Oi. Ademais, também traria consequências de altíssimo impacto para os cofres públicos [ACESSO RESTRITO AO CADE] e para prestação de outros serviços essenciais que dependem da infraestrutura da Oi (por exemplo, pagamentos eletrônicos, compras online, sistemas previdenciário e financeiro, estabelecimentos de saúde, educação, segurança pública, agências dos correios e postos de atendimento bancários). Isso tudo sem contar os impactos no emprego e no Produto Interno Bruto (PIB). Mas cumpre lembrar que o maior impacto potencial deveria ser a interrupção iminente da prestação de serviços de SMP, STFC e SCM (telefonia móvel, telefonia fixa e serviços de banda larga e comunicação de dados) para os mais de 50 milhões de clientes das vendedoras, em todas as regiões do país.

Portanto, no presente caso, estamos diante da alternativa menos prejudicial para garantir a competição no setor de telecomunicações. Sabe-se que um ato de concentração pode ser aprovado em razão das condições financeiras irremediáveis da empresa adquirida, cujos ativos teriam o potencial de sair do mercado não fosse pela concentração. Especificamente, verifica-se que: (i) existe um risco concreto de a Oi se tornar insolvente no curto prazo e ser efetivamente incapaz de cumprir com as suas obrigações financeiras; (ii) a Oi empreendeu esforços de boa-fé para encontrar outros compradores, tendo inclusive cumprido rito judicial para recepção de propostas de interessados, ao final do qual restou como competidora apenas a proposta das atuais compradoras; e (iii) parece-me claro que, no caso de não conclusão da operação, os ativos da Oi sairão do mercado, ainda que temporariamente, prejudicando a competição e os consumidores. Ainda que parte desses ativos pudessem voltar ao mercado, de forma desordenada dada a situação de liquidação da companhia, isso não aconteceria sem uma grande disrupção num setor de infraestrutura essencial. Ressalte-se que tais ativos enfrentariam inclusive situações de gravames que impediriam o acesso eventual de terceiros interessados a esses ativos no momento de tal liquidação, uma vez que vários ativos se encontram sob situação de garantia de financiamentos providos por credores extraconcursais, a exemplo das próprias frequências [...].

f) O pacote de remédios fomenta maior rivalidade e atenua custos de entrada [...]. Os remédios negociados com as Requerentes consistem em um amplo conjunto de medidas que favorecem e facilitam a entrada de novos agentes econômicos e a expansão de competidores. Na prática, são remédios modulares que permitem a flexibilidade necessária para o desenho de diferentes estratégias de mercado e poderão ser escolhidas por concorrentes para se adequar às suas realidades específicas, de acordo com os seus interesses comerciais. Eles atendem grande parte das preocupações levantadas pelos terceiros interessados que se manifestaram ao longo do processo. Quando considerados em conjunto com as condicionantes da Anatel e a regulamentação setorial, os remédios do CADE têm o potencial de reduzir significativamente as barreiras à entrada e expansão de concorrentes, mitigando as preocupações concorrenciais identificadas ao longo da instrução do presente processo”;

[B] = Não foi apontado;

[C] = ato de concentração aprovado com restrições.

Seguindo a divergência, o conselheiro Luiz Augusto Azevedo de Almeida Hoffmann apresentou as seguintes ponderações:

Também foi avaliado o cenário contrafactual, caso a operação não ocorresse ou não fosse aprovada por este Conselho. Ainda que não esteja sendo ponderada a denominada hipótese da teoria da failing firm no caso concreto, fato é que o grupo econômico da empresa-alvo deste Ato de Concentração se encontra em processo de recuperação judicial, no qual se busca a alienação dos ativos de tal grupo para honrar os compromissos perante os credores, de modo que a não satisfação das obrigações contraídas pelo grupo traria impactos severos. Nessa linha, ainda que se repute que o escrutínio realizado por este Conselho sobre este Ato de Concentração recaia estritamente sobre os aspectos concorrenciais dos mercados relevantes afetados, foram também ponderados justamente os impactos à concorrência que ocorreriam no cenário contrafactual, visando ao bem-estar social.

Por todo o exposto, entendo que o pacote de remédios da nova proposta apresentada, tendo em vista a inclusão do remédio estrutural e o fortalecimento dos compromissos comportamentais, ao meu ver, é capaz de mitigar as preocupações concorrenciais apontadas ao longo da instrução, por um lado, sem comprometer a qualidade dos serviços aos consumidores e inibir a geração de eficiências decorrentes deste Ato de Concentração, por outro lado.

Com base no layout de Toulmin, é possível extrair que:

[D] = o Acordo em Controle de Concentração (ACC) e condições adicionais são os dados, o fato específico analisado no caso;

[W] = “Também foi avaliado o cenário contrafactual, caso a operação não ocorresse ou não fosse aprovada por este Conselho. Ainda que não esteja sendo ponderada a denominada hipótese da teoria da failing firm no caso concreto, fato é que o grupo econômico da empresa-alvo deste Ato de Concentração se encontra em processo de recuperação judicial, no qual se busca a alienação dos ativos de tal grupo para honrar os compromissos perante os credores, de modo que a não satisfação

das obrigações contraídas pelo grupo traria impactos severos. Nessa linha, ainda que se repete que o escrutínio realizado por este Conselho sobre este Ato de Concentração recaia estritamente sobre os aspectos concorrenciais dos mercados relevantes afetados, foram também ponderados justamente os impactos à concorrência que ocorreriam no cenário contrafactual, visando ao bem-estar social.

Por todo o exposto, entendo que o pacote de remédios da nova proposta apresentada, tendo em vista a inclusão do remédio estrutural e o fortalecimento dos compromissos comportamentais, ao meu ver, é capaz de mitigar as preocupações concorrenciais apontadas ao longo da instrução, por um lado, sem comprometer a qualidade dos serviços aos consumidores e inibir a geração de eficiências decorrentes deste Ato de Concentração, por outro lado”;

[B] = Não foi apontado;

[C] = ato de concentração aprovado com restrições.

O presidente Alexandre Cordeiro Macedo apresentou suas razões pelo seguinte prisma:

Mais uma vez, insisto que a reprovação da Operação da Oi Móvel enseja, necessariamente, na convocação da falência do Grupo Oi. Ocorre, portanto, que a Operação é crucial para o programa de pagamento de dívida da Vendedora.

Voltando aos dados do caso, em relação ao mercado de serviços móveis de voz e dados, segundo os dados da SG em seu parecer, a Vendedora possuía, em agosto de 2020, 36.616.796 (trinta e seis milhões e seiscentos e dezesseis mil e setecentos e noventa e seis) acessos ativos, o que equivale, no mercado total de varejo, a 16% da base de clientes. Atualmente, segundo o ranking[4] da Anatel, a Oi possui 42.041.387,00 (quarenta e dois milhões e quarenta e um mil e trezentos e oitenta e sete) acessos ativos. A partir desses números, objetivo comprovar que a reprovação gerará dois prejuízos aos consumidores: um de prejuízo de curto e outro de médio e longo prazo.

Desse modo, a primeira conclusão que se pode retirar a partir da reprovação da Operação é o enorme prejuízo que se causará no curto prazo aos atuais 42 milhões de acessos ativos da empresa Oi, uma vez que os

seus clientes terão seus serviços findados. Isto é, 16,6% dos clientes dos serviços de telefonia móvel no Brasil sofrerão imensas perdas por ter seus serviços cortados em decorrência da falência da empresa.

Contudo, sabe-se que os agentes econômicos são racionais e não restarão inertes a partir do fim dos serviços de telefonia móvel da Oi. Ou seja, os clientes que eventualmente tiverem seus contratos com a Vendedora findados recorrerão a outras empresas prestadoras do mesmo serviço que a Oi.

E, atualmente, quais são os principais concorrentes da Oi no mercado SMP? O grupo TTC, isto é, as Requerentes da presente Operação.

Desse modo, no médio e longo prazo, os atuais clientes da Oi, com a reprovação da Operação, provavelmente – ou obrigatoriamente se entendermos que as MNOs de pequeno porte não conseguirão absorver os clientes da Oi – migrarão para os concorrentes da Oi, que serão as três maiores operadoras do país, uma vez que não há outras operadoras capazes de rivalizar no momento atual com essas empresas. Isso ocorrerá, pois, conforme visto, em virtude das fortes barreiras à entrada presentes no mercado de telefonia móvel, não haverá tempo hábil de se ter um novo player capaz de absorver os clientes da Oi e rivalizar com as Requerentes.

Assim sendo, a reprovação do caso e a falência da Oi acaba por gerar prejuízos mais gravosos para o mercado do que a aprovação da Operação com os remédios, pois a reprovação do caso acarreta uma migração forçada dos clientes da Oi para o grupo TTC no médio e longo prazo, ocasionando efeitos similares, ao menos na base de clientes, a uma aprovação sem restrições da Operação.

Não permitir que ocorra a Operação a partir da imposição de remédios que mitiguem os problemas concorrenciais do caso, portanto, ocasiona outros efeitos concorrenciais negativos ainda mais severos, uma vez que a falência da Oi implica, no curto prazo, um possível caos e um enorme prejuízo aos consumidores e, no médio e longo prazo, após uma consequente migração dos clientes da Oi às Requerentes, um prejuízo ainda maior aos consumidores ao aumentar a concentração, a participação de mercado e a posição dominante das Requerentes sem a imposição de remédios antitrustes.

Portanto, conclui-se que é infinitamente mais vantajosa a aprovação do caso com os adequados remédios concorrenciais de maneira a mitigar eventuais fechamentos de mercado e efeitos coordenados do que a pura e simplesmente reprovação da Operação. Ou seja, em termos dinâmicos, a reprovação da Operação no presente momento acarretará efeitos similares a uma aprovação sem restrições da Operação no médio e longo prazo, uma vez que, ao menos a base de clientes da Oi migrará para as empresas existentes no mercado, quais sejam, o grupo TTC.

Por último, vale ressaltar que a aprovação com restrições desse Ato de Concentração não enseja uma imunidade absoluta e direta contra eventuais futuras condutas praticadas pelas Requerentes, sejam condutas unilaterais de fechamento de mercado, sejam até condutas coordenadas de possível cartelização entre as empresas. Nesse sentido, sempre haverá a possibilidade de instaurar processos de investigação para apurar eventuais ilícitos cometidos pelas Requerentes E, dessa forma, não haverá melhor denunciante do que os próprios Terceiro Interessados presentes na Operação para realizar tais acusações ao Cade¹⁶.

Com base no layout de Toulmin, é possível extrair que:

[D] = o Acordo em Controle de Concentração (ACC) e condições adicionais são os dados, o fato específico analisado no caso;

[W] = “Mais uma vez, insisto que a reprovação da Operação da Oi Móvel enseja, necessariamente, na convocação da falência do Grupo Oi. Ocorre, portanto, que a Operação é crucial para o programa de pagamento de dívida da Vendedora.

Voltando aos dados do caso, em relação ao mercado de serviços móveis de voz e dados, segundo os dados da SG em seu parecer, a Vendedora possuía, em agosto de 2020, 36.616.796 (trinta e seis milhões e seiscentos e dezesseis mil e setecentos e noventa e seis) acessos ativos, o que equivale, no mercado total de varejo, a 16% da base de clientes. Atualmente, segundo o ranking[4] da Anatel, a Oi possui 42.041.387,00 (quarenta e dois milhões e quarenta e um mil e trezentos e oitenta e sete) acessos ativos. A partir desses números, objetivo comprovar que a

16 BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Voto do Conselheiro-Presidente Alexandre Cordeiro Machado. Brasília, DF: MJSP, 2022c.

reprovação gerará dois prejuízos aos consumidores: um de prejuízo de curto e outro de médio e longo prazo.

Desse modo, a primeira conclusão que se pode retirar a partir da reprovação da Operação é o enorme prejuízo que se causará no curto prazo aos atuais 42 milhões de acessos ativos da empresa Oi, uma vez que os seus clientes terão seus serviços findados. Isto é, 16,6% dos clientes dos serviços de telefonia móvel no Brasil sofrerão imensas perdas por ter seus serviços cortados em decorrência da falência da empresa.

Contudo, sabe-se que os agentes econômicos são racionais e não restarão inertes a partir do fim dos serviços de telefonia móvel da Oi. Ou seja, os clientes que eventualmente tiverem seus contratos com a Vendedora findados recorrerão a outras empresas prestadoras do mesmo serviço que a Oi.

E, atualmente, quais são os principais concorrentes da Oi no mercado SMP? O grupo TTC, isto é, as Requerentes da presente Operação.

Desse modo, no médio e longo prazo, os atuais clientes da Oi, com a reprovação da Operação, provavelmente – ou obrigatoriamente se entendermos que as MNOs de pequeno porte não conseguirão absorver os clientes da Oi – migrarão para os concorrentes da Oi, que serão as três maiores operadoras do país, uma vez que não há outras operadoras capazes de rivalizar no momento atual com essas empresas. Isso ocorrerá, pois, conforme visto, em virtude das fortes barreiras à entrada presentes no mercado de telefonia móvel, não haverá tempo hábil de se ter um novo player capaz de absorver os clientes da Oi e rivalizar com as Requerentes.

Assim sendo, a reprovação do caso e a falência da Oi acaba por gerar prejuízos mais gravosos para o mercado do que a aprovação da Operação com os remédios, pois a reprovação do caso acarreta uma migração forçada dos clientes da Oi para o grupo TTC no médio e longo prazo, ocasionando efeitos similares, ao menos na base de clientes, a uma aprovação sem restrições da Operação.

Não permitir que ocorra a Operação a partir da imposição de remédios que mitiguem os problemas concorrenciais do caso, portanto, ocasiona outros efeitos concorrenciais negativos ainda mais severos,

uma vez que a falência da Oi implica, no curto prazo, um possível caos e um enorme prejuízo aos consumidores e, no médio e longo prazo, após uma conseqüente migração dos clientes da Oi às Requerentes, um prejuízo ainda maior aos consumidores ao aumentar a concentração, a participação de mercado e a posição dominante das Requerentes sem a imposição de remédios antitrustes.

Portanto, conclui-se que é infinitamente mais vantajosa a aprovação do caso com os adequados remédios concorrenciais de maneira a mitigar eventuais fechamentos de mercado e efeitos coordenados do que a pura e simplesmente reprovação da Operação. Ou seja, em termos dinâmicos, a reprovação da Operação no presente momento acarretará efeitos similares a uma aprovação sem restrições da Operação no médio e longo prazo, uma vez que, ao menos a base de clientes da Oi migrará para as empresas existentes no mercado, quais sejam, o grupo TTC”;

[B] = Não foi apontado;

[C] = ato de concentração aprovado com restrições.

5. CONCLUSÃO

Da análise dos votos, sob a ótica do *layout* de Toulmin, verifica-se que aqueles cuja opção foi a aprovação da operação, com restrições, careceram, nesse ponto, de fundamentação embasada em textos de normas jurídicas – ao menos explicitamente.

Não há, aqui, a pretensão de afirmar que a opção pela aprovação do ato de concentração, com restrições, foi equivocada. No entanto, ao prezar pela segurança jurídica e fundamentação das decisões judiciais, é imperioso que essas deixem claro o texto normativo que as embasam, pois só assim teremos um controle de juridicidade das decisões, sem correr o risco de cair nas armadilhas do consequencialismo ou de valores extrajurídicos que, ao fim das contas, encerram uma violação ao princípio democrático.

Sob o viés do direito econômico, a opção pela aprovação do ato de concentração, com restrições, com fulcro no entendimento de que o pacote de remédios antitruste proposto é mais benéfico aos consumidores do que a falência da empresa, assim como o são para os empregados e para os credores, é perfeitamente factível.

A Constituição de 1988 é dirigente, de modo que o conjunto de diretrizes, programas e fins que enuncia, a ela confere o caráter de plano global normativo, do Estado e da sociedade.

Na esteira do magistério de Eros Grau, “a Constituição de 1988 contempla inúmeras disposições que, embora não se encontrem englobadas no chamado Título da Ordem Econômica (e Financeira) – Título VII – operam a institucionalização da ordem econômica”¹⁷.

A proteção e manutenção do exercício da atividade econômica têm efeitos que irradiam por toda a sociedade, seja através da manutenção dos empregos, do recolhimento dos impostos ou da colaboração para o desenvolvimento nacional.

Portanto, a preocupação quanto aos impactos da falência da Oi encontra amparo no ordenamento jurídico vigente quando este: (i) tutela o princípio da defesa do consumidor (art. 170, V, Constituição Federal); (ii) tutela o princípio da busca do pleno emprego (art. 170, VIII, Constituição Federal); (iii) tem por objetivo fundamental da República a garantia do desenvolvimento nacional (art. 3º, II, Constituição Federal).

No entanto, a ausência de menção a tais princípios e objetivos na fundamentação da decisão, como seu apoio [B, *backing*], foge à boa técnica. A preocupação pura e simples com os efeitos da falência da Oi, sem estar acompanhada dos fundamentos normativos que o subsidiam, parece apontar mais para uma preocupação de cunho consequencialista ou, até mesmo, de satisfação de metavalores, do que de concretização dos comandos constitucionais.

O uso da argumentação jurídica, materializada no *layout* de Toulmin, como *standard* para a análise das decisões, visa racionalizar o processo de tomada de decisão, evitando-se, assim, que se aglutinem argumentos consequencialistas em detrimento de argumentos jurídicos.

Será mediante o uso mais técnico e transparente, com o fortalecimento do positivismo jurídico e para a segurança jurídica.

17 GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 171.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, José Maria Arruda de. **Economicização do Direito Concorrencial**. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

ANDRADE, José Maria Arruda de. Argumentação jurídica e teoria das provas no direito da concorrência. *In: Direito econômico atual*. São Paulo: Método, 2015.

ANDRADE, José Maria Arruda de. Da interpretação à argumentação jurídica: as armadilhas do essencialismo. *In: LEAL, Saul Tourinho; GREGÓRIO JÚNIOR, Eduardo Lourenço. A constituição cidadão e o direito tributário: estudos em homenagem ao ministro Carlos Ayres Britto*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 9 out. 2024.

BRASIL. **Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997**. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Brasília, DF: Presidência da República, 1997. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19472.htm. Acesso em: 9 out. 2024.

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, 2011. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm. Acesso em: 11 out. 2024.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de concentração nº 08700.000726/2021-08**. Brasília, DF: MJSP, 2022a. Disponível em:

https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?HJ7F4wnIPj2Y8B7Bj80h1lskjh7ohC8yMfhLoDBLddaxBenMGkgOEQ9JtEBK1Cl0aSyZCX7SxIfT-fU7Q0C33JPvxXCOV IQevzT6PqkOkCvwPW3Kjdntm0bapf44bRGR. Acesso em: 9 out. 2024.

BRASIL. Ministério Público Federal. **Memoriais Ministério Público Federal**. Brasília, DF: MPF, 2022b. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2022/02/mpf-cade-aquisicao-oi-movel.pdf>. Acesso em: 4 nov. 2022.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Voto do Conselheiro-Presidente Alexandre Cordeiro Machado**. Brasília, DF: MJSP, 2022c. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?HJ7F4wnIPj2Y8B7Bj80h1lskjh7ohC8yMfhLoDBLddbOEWkzIMHbm3silr2coLwnKCgq5N_cl_WbwW2s6qs0NT9ln52VSdaq8w9j2HYFFHnwrB4tyneUIVxVnm2TWcDua. Acesso em: 4 nov. 2022.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Voto do Conselheiro-Relator Luis Henrique Bertolino Braido**. Brasília, DF: MJSP, 2022d. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?HJ7F4wnIPj2Y8B7Bj80h1lskjh7ohC8yMfhLoDBLdda3qxZljOllj6itZIw4Ylz3tDMkp8TH3-Cwm59awKcdEn05Eh_j9SRBE9EyRkgB0TLrbeQDN3Jv93widSPfzKrd. Acesso em: 4 nov. 2022

GRAU, Eros. **A ordem econômica na Constituição de 1988: Interpretação e Crítica**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

HOFFMANN, Luis Augusto Azevedo de Almeida. **Voto do Conselheiro Luis Augusto Azevedo de Almeida Hoffmann**. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/>. Acesso em: 4 nov. 2022. (Acesso restrito).

PRADO, Lenisa. **Voto da Conselheira Lenisa Prado**. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/>. Acesso em: 4 nov. 2022. (Acesso restrito).

SILVEIRA, Paula Farani de Azevedo. **Voto da Conselheira Paula Farani de Azevedo Silveira**. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/>. Acesso em: 4 nov. 2022. (Acesso restrito).