

Revista da
PROCURADORIA-GERAL DO
ESTADO DE SÃO PAULO

ISSN 2966-1889

99
janeiro/junho 2024

REVISTA DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO



CENTRO DE ESTUDOS E ESCOLA SUPERIOR
DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

99

JANEIRO/JUNHO 2024



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO

TARCÍSIO DE FREITAS

Governador do Estado

PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

INÊS MARIA DOS SANTOS COIMBRA

Procuradora-Geral do Estado

Cintia Byczkowski

Procuradora do Estado Chefe do Centro de Estudos

COORDENAÇÃO EDITORIAL

Fernanda Lopes dos Santos

Procuradora do Estado



CENTRO DE ESTUDOS E ESCOLA SUPERIOR
DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

ISSN 2966-1889

CENTRO DE ESTUDOS

PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

Rua Pamplona, 227 – 10º andar

CEP 01405-100 – São Paulo – SP - Brasil Tel. (11) 3286-7005

Homepage: www.pge.sp.gov.br

E-mail: divulgacao_centrodeestudos_pge@sp.gov.br

Procuradora do Estado Chefe do Centro de Estudos

Cintia Byczkowski

Assessoria

Valter Farid Antonio Junior

Fernanda Lopes dos Santos

Comissão Editorial

Presidência

Cintia Byczkowski

Membros

Cintia Byczkowski, Valter Farid Antonio Junior, Anselmo Prieto Alvarez, Arilson Garcia Gil, Caio Augusto Nunes de Carvalho, Carlos Ogawa Colontonio; Lucas Soares de Oliveira, Roberto Pereira Perez, Norberto Oya, Sueine Patricia Cunha de Souza, Talita Leixas Rangel.

Revista

Coordenação editorial desta edição: Fernanda Lopes dos Santos

Equipe: Juliana Aguilera do Nascimento Silva Guedes, Luciene de Cássia de Santana e Maisa Maciel Rodrigues.

Permite-se a transcrição de textos nela contidos desde que citada a fonte. Qualquer pessoa pode enviar, diretamente ao Centro de Estudos da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, matéria para publicação na Revista. Os trabalhos assinados representam apenas a opinião pessoal dos respectivos autores.

Tiragem: revista eletrônica.

REVISTA DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO. São Paulo, SP,
Brasil, 1971 - (semestral)

1971-2023 (1-98)

CDD-341.3
CDU-342.9

Sumário

APRESENTAÇÃO	VII
---------------------------	------------

Mirian Kiyoko Murakawa

A (IN)EXISTÊNCIA DE CARÁTER PERSONALÍSSIMO NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.....	8
--	----------

Rodolfo Breciani Penna

LIMITAÇÕES E CAUTELAS NA INTERVENÇÃO JUDICIAL SOBRE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE.....	49
--	-----------

Renan Raulino Santiago

ACORDOS DE COOPERAÇÃO HORIZONTAL EM SITUAÇÕES EMERGENCIAIS: O CASO DO PROJETO STAR – MOVIMENTO NÓS.....	63
--	-----------

Jéssica Helena Rocha Vieira Couto

CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA DO SETOR DE RADIODIFUSÃO DE SONS E IMAGENS E SUA REPERCUSSÃO NOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À INFORMAÇÃO E AO PLURALISMO.....	81
--	-----------

Rodrigo Trindade Castanheira Menicucci

HERMENÊUTICA E ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA: UMA ANÁLISE DA DECISÃO DO CADE SOBRE O ATO DE CONCENTRAÇÃO DA OI S/A.....	101
--	------------

Paula de Siqueira Nunes

APRESENTAÇÃO

A missão de acompanhar a evolução das tecnologias, das relações pessoais, da atuação estatal e, conseqüentemente, do Direito, tem sido desempenhada com sucesso pelos membros da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo (PGE-SP), o que pode ser constatado por meio da leitura dos artigos que compõem esta edição de número 99.

São abordados temas que inter-relacionam as diversas áreas do direito e a atuação do Estado. Os trabalhos versam sobre a natureza pessoal ou impessoal do contrato administrativo; a necessidade de conciliar a intervenção judicial de forma a auxiliar na implementação de políticas públicas na área da saúde; a atuação regulatória estatal nas relações empresariais da área de controle de governança, em situações de crise; o desenvolvimento de novos mecanismos para democratização da estrutura de mídia e comunicação; e a teoria da argumentação como fundamento da segurança jurídica.

Esta edição cumpre o papel que, ao longo dos 53 anos desde sua criação, a *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo* tem de instrumentalizar e divulgar a produção doutrinária das inquietas e brilhantes mentes dos membros da PGE-SP e de outras carreiras jurídicas, e de homenagear os trabalhos de ilustres colegas.

É com imensa alegria que registro este meu singelo “spoiler” dos artigos, parabenizando os autores e toda a equipe do Centro de Estudos por enaltecer e publicizar o trabalho de nossa Instituição!

Ótima leitura!

MIRIAN KIYOKO MURAKAWA
Procuradora do Estado

A (IN)EXISTÊNCIA DE CARÁTER PERSONALÍSSIMO NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Rodolfo Breciani Penna¹

SUMÁRIO: Introdução. 1. O contrato administrativo; 1.1 O contrato administrativo na Constituição Federal; 1.2 O contrato administrativo na legislação infraconstitucional; 2. O caráter personalíssimo na teoria geral dos contratos; 3. Contratos administrativos e a pessoalidade; 3.1 Como se formou uma teoria de natureza *intuitu personae* dos contratos administrativos no Brasil; 3.2 Inexistência de caráter personalíssimo nos contratos administrativos; 4. Conclusão; Referências Bibliográficas.

RESUMO: O objetivo deste artigo é analisar, teoricamente, se existe ou não uma natureza personalíssima nos contratos administrativo de forma genérica, em especial considerando as formas de participação de terceiros nas contratações públicas, sob a ótica da Constituição Federal, da Legislação infraconstitucional, da jurisprudência e da doutrina, sobretudo confrontando o modelo adotado pelo legislador com as afirmações de incompatibilidade com o princípio licitatório, com a impessoalidade e com a afirmação acadêmica tradicional acerca do caráter personalíssimo dos contratos administrativos. Nessa tarefa, por meio de pesquisa bibliográfica qualitativa e aplicada, fazemos primeiro uma análise do conceito de contrato administrativo, sustentamos a sua natureza contratual e estabelecemos premissas iniciais que guiarão o estudo. Em seguida, escrutinamos a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional acerca dessas contratações públicas. Doutra ponta,

¹ Procurador do Estado de São Paulo. Graduado em Direito pela Universidade de Vila Velha, Espírito Santo, Brasil.

apresentamos a discussão acerca da natureza personalíssima dos contratos administrativos, rejeitando tal afirmação. Concluímos, dessarte, que, em regra, os contratos administrativos não são personalíssimos, apenas o sendo quando a natureza do contrato específico assim o exigir, de maneira que não há, de antemão, invalidade ou inconstitucionalidade nas formas de participação de terceiros nas contratações administrativas.

PALAVRAS-CHAVE: Contratações públicas. Natureza personalíssima. Direito Administrativo.

1. INTRODUÇÃO

É comum nos depararmos com uma narrativa acadêmica no sentido de que as contratações públicas ostentam natureza personalíssima, isto é, *intuitu personae*, de maneira que a Administração Pública estaria vinculada à pessoa contratada e a contratação realizada em razão de suas características particulares, subjetivas ou psicológicas.

Essa premissa adotada por boa parte dos juristas que escrevem sobre contratações públicas provoca consequências jurídicas diversas na gestão dos contratos públicos, bem como leva à arguição de inconstitucionalidade – juntamente com outros fundamentos – de alguns institutos jurídicos previstos na legislação que autorizam a modificação subjetiva dos contratos e a sua execução total ou parcial por terceiros que não venceram a licitação e, muitas vezes, sequer participaram do certame.

No entanto, faz-se necessário analisar o que dispõe o ordenamento jurídico sobre o tema e qual a origem da referida narrativa acadêmica acerca da pessoalidade dos contratos públicos, bem como se ela se harmoniza com o contexto atual das contratações públicas.

Com isso, a partir dessa análise sistemática da ordem jurídica, combinada com os pilares normativo-axiológicos que alicerçam as contratações públicas, buscamos neste trabalho apresentar enfoque diverso acerca da narrativa que sustenta a natureza personalíssima das contratações públicas, sobretudo por meio da análise da participação de terceiros nessas contratações.

Partindo desses elementos introdutórios, no primeiro capítulo, apresentaremos as premissas jurídicas deste trabalho, conceituando contrato administrativo e apresentando o sentido com o qual usaremos esse termo. Buscaremos expor o tratamento dado a esses ajustes contratuais pela Constituição da República Federativa do Brasil e pela legislação infraconstitucional.

No segundo capítulo, passaremos a analisar como a teoria geral dos contratos trata a questão do caráter personalíssimo nos ajustes bilaterais. Em seguida, analisaremos a alegação de natureza personalíssima dos contratos administrativos, buscando o contexto histórico e jurídico da origem dessas alegações, o motivo da sua persistência no Brasil, as consequências que poderiam ser geradas caso adotada e analisando juridicamente a validade do argumento perante a ordem jurídica nacional.

Por fim, há o capítulo conclusivo, sintetizando os principais encontrados nesta pesquisa. Diante de todo o exposto, afastamos a natureza personalíssima como regra geral dos contratos administrativos.

2. O CONTRATO ADMINISTRATIVO

Os contratos, sejam eles públicos ou privados, são acordos de vontade, isto é, são formados pela manifestação de vontade de duas ou mais pessoas, sendo, por esse motivo, bilaterais.

Contrato administrativo é, nesse sentido, o acordo de vontades facultado pela lei², que tem necessariamente a presença da Administração Pública. Em sentido amplo, abrange figuras jurídicas diversas, submetidas a regimes jurídicos heterogêneos, o que impossibilita um trabalho de uniformização das normas aplicáveis e a definição de um regime jurídico.

Os acordos de vontade da administração englobam convênios públicos, contratos de gestão, termos de parceria, acordo de cooperação, termo de fomento, termo de colaboração, contrato de rateio, contrato de programa e contrato de consórcio público, todos esses com natureza

2 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 384.

convenial³. Justen Filho ainda acrescenta, nessa categoria, os “contratos substitutivos de atos unilaterais”, tais como o termo de ajustamento de conduta e o acordo de leniência⁴.

Além das avenças acima descritas, há os contratos administrativos em sentido estrito, que se diferem dos acordos de natureza convenial por apresentarem interesses contrapostos, que devem ser satisfeitos pela atuação das partes no cumprimento das cláusulas contratuais. Possuem por objetivo satisfazer diretamente uma necessidade do órgão ou da entidade contratante ou delegar o exercício de competências públicas a um particular.

É nesse sentido que empregaremos o termo “contrato administrativo” neste trabalho, isto é, em seu sentido estrito, que envolve os contratos celebrados com base nas Leis nº 8.666 de 1993 e na Lei nº 14.133 de 2021, bem como os contratos de concessão e de permissão de serviços públicos em geral, previstos nas Leis nº 8.987 de 1995 e nº 9.074 de 1995, os contratos de parceria público-privadas, com previsão na Lei nº 11.079/2004 e os demais contratos administrativos de setores específicos, excluindo-se as avenças de natureza convenial e as substitutivas de atos unilaterais.

Há ainda uma terceira subespécie tradicionalmente apontada: os contratos de direito privado pactuados pela Administração Pública. Consistem naqueles regidos predominantemente pelo Direito Privado⁵.

3 De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, convênios são espécies do gênero contratos em que os interesses das partes não são contrapostos, mas coincidentes. Nos contratos em sentido estrito, os interesses das partes são contrapostos e satisfeitos por meio da atuação recíproca delas. Já nos convênios e consórcios, os interesses e as finalidades são comuns às partes. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 703, ss. Entre as espécies citadas, o contrato de gestão, o termo de parceria, o acordo de cooperação e os termos de fomento e de colaboração são ajustes celebrados com entidades do chamado “terceiro setor”, que envolve os sujeitos privados sem fins lucrativos atuantes na execução de serviços públicos e de atividades privadas de relevância pública. Já contrato de consórcio público, o contrato de rateio, o contrato de programa e os convênios em geral são ajustes bilaterais celebrados entre órgãos ou entidades da própria Administração Pública.

4 JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. *op. cit.*, p. 385, 396 ss.

5 Nesse sentido: MELLO, *op. cit.*, p. 649; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 34. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 262-265; JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. *op. cit.*, p. 493-495; CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 180. HEINEN, Juliano. **Curso de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Juspodvm, 2022, p. 1244.

Os contratos privados da Administração Pública serão estudados em tópico próprio ainda neste capítulo.

Também não há que se confundir os contratos administrativos com a expressão “contratações administrativas”. Essa é uma expressão utilizada por Renato Geraldo Mendes para designar não apenas a formalização, execução e encerramento do contrato em si, mas de todo o processo de contratação pública, perpassando pela fase preparatória (ou interna) da licitação, pelo processo administrativo licitatório ou de contratação direta e pelo contrato administrativo. Segundo o autor, denominar todas essas fases de “licitação pública” é equivocado, porquanto essa é apenas uma fase – a menor e mais simples – dentro do processo de contratação pública⁶.

Todo esse processo de contratação pela Administração Pública também se denomina metaprocessos de contratação pública, consubstanciado no “rito integrado pelas fases de planejamento da contratação, seleção do fornecedor e gestão do contrato, e que serve como padrão para que os processos específicos de contratação sejam realizados”⁷.

No presente estudo, trataremos dos contratos administrativos em sentido estrito e dos contratos privados da Administração, todos esses aqui denominados *contratos administrativos*. Os termos “contratações administrativas” ou “contratações públicas” serão utilizados como gênero que abrange todas as fases do metaprocessos de contratação pela Administração. Também consideraremos, no nosso trabalho, os contratos celebrados pelas empresas públicas e sociedades de economia mista, com base na Lei nº 13.303/2016.

2.1. Os contratos administrativos na Constituição Federal

A Constituição Federal trata do tema “contratos administrativos” de forma não analítica e sem estabelecer o seu regime jurídico. Em suma,

6 MENDES, Renato Geraldo. *O regime jurídico da contratação pública*. Curitiba: Zênite, 2008, p. 11-13.

7 Artigo 2º, inciso IV, da Portaria SEGES/ME nº 8.678, de 19 de julho de 2021 que dispõe sobre a governança das contratações públicas no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional. BRASIL. *Portaria SEGES/ME nº 8.678, de 19 de julho de 2021*. Dispõe sobre a governança das contratações públicas no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2021b.

há apenas dispositivos fixando a competência legislativa e apresentando alguns poucos parâmetros para o legislador infraconstitucional.

A primeira disposição constitucional importante é o art. 22, inciso XXVII⁸, que estabelece a competência privativa da União para editar normas gerais de “licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI [...]”. O dispositivo não trata do regime jurídico nem estabelece qualquer requisito, diretriz ou característica desses contratos, mas tão somente determina a observância do art. 37, XXI.

A competência se limita a edição de normas gerais, cabendo aos demais entes federativos a edição de normas específicas para atender às peculiaridades locais, sobretudo em questões de mercado local, sustentabilidade, logística, etc. Porém, definir o que são essas “normas gerais” e “normas específicas”, por sua vez, sempre foi tarefa difícil que movimentou doutrina e jurisprudência. Em verdade, essas normas a serem editadas por entes subnacionais estão muito mais relacionadas à auto-determinação do papel que exercerão como contratantes, e não se relaciona exatamente com uma competência para legislar sobre contratos.

Outro problema é definir o que é uma regra acerca da licitação e o que se relaciona com a autonomia gerencial dos entes subnacionais, como, por exemplo, a gestão dos seus bens, a definição de atribuição dos seus servidores públicos, o gerenciamento da prestação da atividade administrativa interna, etc.

Se o constituinte pretendesse que a União legislasse sobre todos os aspectos de licitações e contratos, teria editado norma semelhante ao art. 22, I, que assegura competência privativa à União para legislar sobre direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo,

8 Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: [...] XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III. Cf.: BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988.

aeronáutico, espacial e do trabalho⁹. A previsão de competência para legislar sobre normas gerais revela a opção por tutelar o pacto federativo e permitir que os entes federados subnacionais disponham sobre suas peculiaridades em contratações públicas, de maneira que a norma editada pela União que invada essa especificidade estará eivada de inconstitucionalidade por violação ao princípio federativo.

Nessa orientação, o Supremo Tribunal Federal deferiu medida cautelar suspendendo, em relação aos Estados, Distrito Federal e Municípios, a eficácia da expressão “permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da Administração Pública, de qualquer esfera de governo”, contida na letra b do inciso II do art. 17 e da alínea “c”, inciso I e § 1º, do mesmo artigo¹⁰, todos da Lei Federal nº 8.666/1993¹¹.

Por outro lado, a Corte Suprema julgou inconstitucional norma do Distrito Federal que impedia a contratação de pessoas inscritas nos órgãos de proteção ao crédito, argumentando que tal restrição consiste em disciplina submetida à norma geral, relacionada ao tema da

9 Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho. *Ibid.*

10 Art. 17. A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas: I - quando imóveis, dependerá de autorização legislativa para órgãos da administração direta e entidades autárquicas e fundacionais, e, para todos, inclusive as entidades paraestatais, dependerá de avaliação prévia e de licitação na modalidade de concorrência, dispensada esta nos seguintes casos: [...] c) permuta, por outro imóvel que atenda aos requisitos constantes do inciso X do art. 24 desta Lei; [...] § 1º Os imóveis doados com base na alínea “b” do inciso I deste artigo, cessadas as razões que justificaram a sua doação, reverterão ao patrimônio da pessoa jurídica doadora, vedada a sua alienação pelo beneficiário. [...] II - quando móveis, dependerá de avaliação prévia e de licitação, dispensada esta nos seguintes casos: [...] b) permuta, permitida exclusivamente entre órgãos ou entidades da Administração Pública. BRASIL. Presidência da República. Lei nº 14.133, de 01º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Presidência da República, 2021a.

11 EMENTA: CONSTITUCIONAL. LICITAÇÃO. CONTRATAÇÃO ADMINISTRATIVA. Lei n. 8.666, de 21.06.93. I. - Interpretação conforme dada ao art. 17, I, “b” (doação de bem imóvel) e art. 17, II, “b” (permuta de bem móvel), para esclarecer que a vedação tem aplicação no âmbito da União Federal, apenas. Idêntico entendimento em relação ao art. 17, I, “c” e par. 1. do art. 17. Vencido o Relator, nesta parte. II. - Cautelar deferida, em parte. (ADI 927 MC, Relator(a): CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/11/1993, DJ 11-11-1994 PP-30635 EMENT VOL-01766-01 PP-00039). Cf.: BRASIL. Presidência da República. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1993.

habilitação no processo licitatório e, portanto, de competência legislativa da União¹².

Justen Filho adverte que as regras acerca da organização, do funcionamento e das competências dos órgãos administrativos se inserem no campo da norma específica, incluindo nessa seara a gestão dos bens públicos (doação de bens, por exemplo), classe de objetos a serem contratados e peculiares circunstâncias de interesse local¹³.

Em outras oportunidades, a Corte Suprema julgou inconstitucional norma estadual que inseria a Certidão de Violação aos Direitos do Consumidor no rol de documentos exigidos para a habilitação¹⁴ e, em sentido diverso, declarou a constitucionalidade de norma local que fixou preferência para a aquisição de softwares livres pela Administração Pública Regional¹⁵.

O art. 22, XXVII, da Carta Magna, conquanto estabeleça apenas norma de competência, sujeita o legislador às restrições do art. 37, XXI, Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB). Por sua vez, tal dispositivo dispõe o seguinte:

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações¹⁶.

12 Cf.: ADI 3670, Relator(a): SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 02/04/2007, DJe-018 DIVULG 17-05-2007 PUBLIC 18-05-2007 DJ 18-05-2007 PP-00064 EMENT VOL-02276-01 PP-00110 LEXSTF v. 29, n. 343, 2007, p. 94-104.

13 JUNTEN FILHO, *op. cit.*, p. 409.

14 Cf.: ADI 3735, Relator(a): TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 08/09/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-168 DIVULG 31-07-2017 PUBLIC 01-08-2017.

15 Cf.: ADI 3059, Relator(a): AYRES BRITTO, Relator(a) p/ Acórdão: LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 09/04/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-085 DIVULG 07-05-2015 PUBLIC 08-05-2015.

16 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 1988.

Trata-se de previsão que determina a prévia realização de licitação pública para as contratações pela administração, admitindo-se a contratação direta nos casos previstos em lei. Em relação aos contratos, faz apenas duas exigências: (i) que as suas cláusulas estabeleçam obrigações de pagamento; (ii) que sejam mantidas as condições efetivas da proposta. Essas exigências devem ser obedecidas “nos termos da lei”.

Já no art. 175 da Lei Maior, é definido que:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão¹⁷.

O dispositivo define, antes de tudo, que concessão e permissão são contratos, algo que não era fixado em regra constitucional anterior. O inciso I do parágrafo único aponta a opção do constituinte por delegar ao legislador a atribuição para dispor acerca do regime jurídico dos contratos para a delegação de serviços públicos aos particulares, que devem ter “caráter especial”.

Além desses dispositivos, o art. 54, I, “a”, CRFB, veda que deputados e senadores firmem ou mantenham contratos com pessoa jurídica de direito público, empresa estatal e com concessionários de serviços públicos, desde a sua diplomação, salvo quando o contrato obedecer a cláusulas uniformes. E, desde a posse, não poderão ser proprietários, controladores ou diretores de empresa que goze de favor decorrente de contrato com pessoa jurídica de direito público, ou nela exercer função remunerada (art. 54, II, “a”, CRFB).

O artigo 71 da Carta Magna estabelece o controle realizado pelo Tribunal de Contas e pelo Congresso Nacional sobre os contratos

¹⁷ *Ibid.*

administrativos. De acordo com o art. 71, X, Constituição Federal (CF), o Tribunal de Contas da União (TCU) possui competência para sustar diretamente a execução de ato administrativo impugnado, apenas devendo comunicar a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal. A expressão “se não atendido”, no entanto, impõe que, antes da sustação, o TCU estabeleça prazo para a Administração sanar a irregularidade. Apenas se não atendido, poderá sustar o ato. Já quanto aos contratos administrativos, quando houver irregularidade, apenas o Congresso Nacional poderá realizar a sustação (art. 71, § 1º), devendo solicitar de imediato ao Poder Executivo que tome as medidas cabíveis. Todavia, se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo não tomarem as medidas cabíveis em 90 (noventa) dias, o TCU adquirirá competência para decidir a respeito da sustação (art. 71, § 2º).

As disposições citadas não são aleatórias. Sistemáticamente, apresentam um padrão definido pelo constituinte no sentido de que a Constituição Federal não se preocupa com as minúcias do regime jurídico das contratações públicas. Em verdade, optou por deixar essa regulamentação para o legislador infraconstitucional que, ponderando os princípios constitucionais, deve estabelecer o complexo de normas que regem a atividade da Administração Pública.

Essa delegação ao legislador não é uma “carta em branco”, de maneira que devem ser observados todos os princípios e diretrizes constitucionais, bem como as restrições impostas pela Lei Maior.

O caso é que, como demonstrado, o constituinte impôs apenas duas regras aos contratos administrativos: previsão de cláusulas com as obrigações de pagamento e a manutenção das condições efetivas da proposta. Observadas essas restrições e os princípios da Administração Pública, o legislador está incumbido de definir o regime jurídico das contratações administrativas.

Em relação aos contratos de concessão e permissão de serviços públicos, o artigo 175 da Carta Magna ainda prevê que possuem natureza “especial”, a ser observada pelo legislador, bem como exige que a lei disponha sobre a “obrigação de se manter serviço adequado”, exigências específicas dessa espécie.

É possível constatar, de tudo o que se verifica a disciplina constitucional sobre contratos administrativos, que o constituinte preferiu não regulamentar, na Lei Maior, o contrato administrativo. Apenas estabeleceu alguns poucos requisitos e encarregou o legislador de regulamentar esses negócios, atribuindo-lhe ampla liberdade quanto ao conteúdo dessa normatização.

2.2. Os contratos administrativos na legislação infraconstitucional

Obedecendo às determinações constitucionais supramencionadas, a União editou a Lei nº 8.666 de 1993 como norma geral sobre licitações e contratos, vinculando a própria União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

Em seguida, foram editadas a Lei nº 8.987 de 1995 e a Lei nº 11.079 de 2004, dispondo acerca das concessões e permissões de serviços públicos e sobre as parcerias público-privadas (concessões especiais de serviços públicos), respectivamente.

A Lei nº 12.462 de 2011 tratou do Regime Diferenciado de Contratações Públicas, aplicando-se apenas a situações específicas previstas no referido diploma normativo.

Por fim, em 2021, foi editada a Lei nº 14.133, que tem por objetivo substituir as Leis nº 8.666/1993, nº 10.520/2002 e nº 12.462/2011, se tornando a norma geral de licitações e contratos.

Além disso, existem normas de contratações em setores específicos, como a Lei nº 12.232 de 2010, que trata das contratações de serviços de publicidade e propaganda, a Lei nº 9.472 de 1997, que trata dos contratos de delegação de serviços de telecomunicações, entre outras.

Em comum, essas leis estabelecem diversos instrumentos jurídicos de participação de terceiros que não venceram a licitação e sequer exige que tenham participado do processo licitatório. Essas permissões legislativas quanto à participação de terceiros serão analisadas no próximo tópico e, juntamente com outras disposições normativas, apresentam a opção do legislador por não exigir caráter personalíssimo nos contratos administrativos, ao menos não como regra geral. O próximo tópico examinará a validade dessa opção em face das normas constitucionais já apontadas acima.

3. O CARÁTER PERSONALÍSSIMO NA TEORIA GERAL DOS CONTRATOS

Na teoria geral dos contratos, conceitua-se contrato como negócio jurídico bilateral ou plurilateral. Sendo conceito derivado de negócio jurídico, possui todas as características deste.

Contemporaneamente, houve algumas alterações na noção de contrato. A descrença no equilíbrio entre os contratantes – o que se vê claramente em relações trabalhistas e de consumo, por exemplo –, a interferência estatal na vida econômica, limitando a liberdade de contratar e reduzindo a autonomia privada, e a acentuação do fenômeno da despersonalização alteraram a concepção tradicional do instituto¹⁸.

Desses fenômenos recentes, destaca-se a despersonalização contratual. Essa concepção decorre da massificação de certas relações jurídicas, da análise econômica do direito¹⁹ – que passa a considerar as consequências positivas de se admitir o cumprimento de obrigações por terceiros que não faziam parte da composição original do negócio – e a própria prática das contratações que, na maioria dos negócios jurídicos, demonstraram que as características pessoais dos contratantes são irrelevantes para a consecução do objetivo final.

Nesse sentido, importante ressaltar a classificação existente na teoria geral dos contratos que distingue contratos pessoais ou *intuitu personae* e contratos impessoais. No primeiro, a pessoa concreta do contratante, com suas características pessoais, habilidades ou qualidades morais, tem influência decisiva no consentimento da outra parte, enquanto, para o segundo, tal fator é irrelevante²⁰.

Nos contratos *intuitu personae*, a consideração da pessoa contratada é, para o outro, fator determinante para a sua celebração, isto é, se fosse outra a pessoa que se apresentasse para a celebração do negócio

18 GOMES, Orlando. *Contratos*. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 3-8.

19 Na análise econômica do direito (AED), a economia é utilizada – ou ao menos considerada – para resolver problemas legais e jurídicos. Assim, nas soluções jurídicas adotadas, deve-se levar em consideração as consequências econômicas que serão geradas. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021, p. 38.

20 Nesse sentido: ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. *Curso avançado de Direito Civil*. Vol. III: Contratos. São Paulo: RT, 2000, p. 70. GOMES, *op. cit.*, p. 83.

jurídico, este seria rejeitado. Nesses casos, as obrigações pactuadas devem ser cumpridas exclusivamente pelo contratado, sob pena de inadimplemento contratual. Dessa maneira, a pessoa do contratante é elemento causal do contrato e geralmente originam uma obrigação de fazer cujo objeto é um serviço infungível, ou seja, que não pode ser executado por outra pessoa²¹.

Segundo Farias e Rosenvald, “grande importância se auferir aos contratos personalíssimos quando o seu objeto compreende obrigações de fazer”. Isso porque, quando se trata de obrigação de dar, essa pode ser invariavelmente cumprida por terceiros, mediante pagamento (art. 304, Código Civil - CC). Já nos casos de obrigações de fazer, é possível que o comportamento buscado pelo credor somente possa ser desempenhado por uma única pessoa²².

As obrigações personalíssimas são infungíveis, ou seja, somente podem ser prestadas pelo devedor, não podendo ser transmitidas a terceiros.

O contrato pode ser personalíssimo por sua própria natureza, quando entra o fator subjetivo da confiança ou a habilidade característica da pessoa que deve cumprir a obrigação de fazer, como nos contratos de mandato, de fiança e de sociedade. Por outro lado, podem ser acidentalmente personalíssimos quando, embora seja indiferente a pessoa de um dos contratantes, certas circunstâncias levam as partes a transformá-lo em *intuitu personae* de modo consensual²³.

Cita-se como exemplo de contratos naturalmente personalíssimos aqueles para a realização de um show de música por um grande artista e uma cirurgia por médico de renome. Já as obrigações acidentalmente personalíssimas podem ser exemplificadas pela outorga de procuração a advogado, vedando substabelecimento²⁴.

21 GOMES, *op. cit.*, p. 83.

22 FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. Vol. 4: Contratos. 13. ed. São Paulo: Juspodivm, 2023, p. 373.

23 GOMES, *op. cit.*, p. 83.

24 FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. Vol. 4: Contratos. 13. ed. São Paulo: Juspodivm, 2023.

É nesse sentido que o Código Civil brasileiro, em seu artigo 247, estabelece que “Incorre na obrigação de indenizar perdas e danos o devedor que recusar a prestação a ele só imposta (personalíssima por vontade das partes), ou só por ele exequível (personalíssima por natureza)”.

Não obstante, mesmo nas obrigações de fazer, a regra geral do Código Civil é a impessoalidade, ou seja, não havendo convenção em sentido contrário ou quando a natureza da obrigação não impuser o caráter *intuitu personae* à obrigação, o contrato será fungível. De acordo com Farias e Rosendal, o Código Civil de 2002 conferiu o caráter de regra geral às obrigações fungíveis ao não reproduzir o polêmico artigo 878 do Código Civil de 1916, que possuía a seguinte redação: “Na obrigação de fazer, o credor não é obrigado a aceitar de terceiro a prestação, quando for convencionado que o devedor a faça pessoalmente”²⁵.

Assim, são fungíveis as obrigações que podem ser cumpridas por pessoa diversa do devedor original sem prejuízo ao credor e essa é a regra geral do sistema para as obrigações de fazer e a regra absoluta para as obrigações de dar. O credor, nesse caso, não está interessado em características pessoais peculiares do devedor, mas apenas no cumprimento total e correto da obrigação pactuada, seja quem for o responsável por cumpri-la.

Por esse motivo o Código Civil prevê que “Se o fato puder ser executado por terceiro, será livre ao credor mandá-lo executar à custa do devedor, havendo recusa ou mora deste, sem prejuízo da indenização cabível” (art. 249)²⁶.

A distinção entre contratos personalíssimos e contratos impessoais é importante para definir as consequências práticas e jurídicas decorrentes da natureza do negócio.

Nos contratos pessoais, as obrigações não podem ser cumpridas por outra pessoa, senão pela parte contratada, sendo, portanto, intransmissível. Dessa maneira, não cabe a cessão da posição contratual. Além disso, a morte do devedor é causa extintiva do contrato, que não pode ser

25 *Idem*; GOMES, *op. cit.*, p. 83.

26 BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002.

cumprido por seus sucessores²⁷. Por último, os contratos personalíssimos são anuláveis se houver erro essencial quanto à pessoa do contratado²⁸.

4. 3. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E A PESSOALIDADE

4.1. Como se formou uma teoria de natureza *intuitu personae* dos contratos administrativos no Brasil

Diversos autores do Direito Administrativo afirmam ou afirmaram que o contrato administrativo é um negócio personalíssimo, porquanto deve ser executado pelo particular contratado que venceu a licitação²⁹, somente sendo aceita a subcontratação parcial com a expressa anuência do poder contratante, vedada a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação não admitidas no edital e no contrato (art. 77, VI, Lei nº 8.666/1993 – disposições sem correspondente na Lei nº 14.133/2021)³⁰.

De tanto se repetir tal afirmação, parece que a natureza personalíssima dos contratos administrativos se tornou arraigada no “pensamento” jurídico de diversos juristas brasileiros, se tornando um verdadeiro “dogma religioso” para alguns e repetido sem qualquer análise crítica.

Esse entendimento, reiteradamente propagado e defendido no Brasil, não apresenta contornos simplesmente teóricos. Assumir que todos os contratos administrativos são celebrados com natureza *intuitu personae* leva ao questionamento de diversos institutos existentes, sobretudo aqueles relacionados com a participação de terceiros na execução do

27 TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023, v. 3, p. 45.

28 DINIZ, Maria Helena. *Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. 38. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 118.

29 Nesse sentido: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. *op. cit.*, p. 769, muito embora não o afirme expressamente. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. *op. cit.*, p. 314. HEINEN, Juliano. *Curso de Direito Administrativo*. *op. cit.*, p. 1253. PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei de licitações e contratações da Administração Pública*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 717. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. *op. cit.*, p. 187. CRETELLA JÚNIOR, José. *Dos Contratos Administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 134.

30 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. *op. cit.*, p. 276-277.

contrato ou a sua total execução por terceiros que não foram vencedores da licitação nem contratados originariamente.

Esse questionamento, por consequência, gera insegurança jurídica. Uma empresa que celebra contrato com a Administração, muito embora a lei assegure a possibilidade de contratação com terceiros, a transferência da concessão, a terceirização de serviços e os direitos de entrada dos financiadores e garantidores (*step-in rights*), sempre terá uma dúvida quanto ao entendimento que será dado a esses institutos, sobretudo porque renomados autores os questionam, sob a alegação de inconstitucionalidade, por violação de uma suposta natureza personalíssima desses contratos.

Essa insegurança jurídica não é uma suposição. De fato, o Ministério Público Federal, por meio do Procurador-Geral da República, propôs, no ano de 2003, Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) em face do artigo 27 da Lei nº 8.987/1995, que prevê o instituto da transferência da concessão de serviços públicos. A ação foi autuada sob o número ADI 2946 e julgada definitivamente apenas no ano de 2022, quase 20 (vinte) anos depois.

Também é possível perceber, na produção acadêmica, publicações defendendo a inconstitucionalidade de outras formas de participação de terceiros nos contratos administrativos sem licitação, como a subcontratação³¹.

Nesse cenário, vários autores renomados publicaram artigos alegando a inconstitucionalidade da transferência da concessão de serviços públicos, dentre eles, destaca-se artigo publicado na *Folha de S.Paulo* e assinado por Celso Antônio Bandeira de Mello, Ricardo Marcondes Martins, Weida Zancaner Bandeira de Mello, Carolina Zancaner Zockun, Pedro Estevam Serrano, Irene Nohara e Maurício Zockun, conclamando “que o Supremo honre o papel de guardião da Carta e não se submeta a interesses do poder econômico”. Os únicos argumentos do referido artigo são a suposta “submissão ao poder

31 Ver, exemplificativamente, artigo publicado na Revista Digital de Direito Administrativo da USP, defendendo a inconstitucionalidade da subcontratação sem licitação: VALENTE, Larissa Peixoto; SOUZA, Clara Santos. Inconstitucionalidade da subcontratação na prestação de serviços públicos por particulares sem prévia licitação. *Revista Digital de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 6, n. 1, p. 179-201, 2019.

econômico” caso se adote raciocínio em contrário e a violação do artigo 175 da Constituição, que exige prévia licitação para as concessões e permissões de serviços públicos³².

Em seu Curso de Direito Administrativo, Celso Antônio Bandeira de Mello aduz que

Tendo sido visto que a concessão depende de licitação – até mesmo por imposição constitucional – e como o que está em causa, ademais, é um serviço público, não se compreenderia que o concessionário pudesse repassá-la a outrem, com ou sem concordância da Administração.

Com efeito, quem venceu o certame foi o concessionário, e não um terceiro – sujeito, este, pois, que, de direito, não se credenciou, ao cabo de disputa aberta com quaisquer interessados, ao exercício da atividade em pauta. Logo, admitir a transferência da concessão seria uma burla ao princípio licitatório, enfaticamente consagrado na Lei Magna em tema de concessão, e feriria o princípio da isonomia, igualmente encarecido na constituição.

Sem embargo, a Lei 8.,987, no art. 27, inconstitucionalmente a acolheu, desde que precedida de anuência da Administração. De acordo com este preceptivo, apenas se faltar tal aquiescência preliminar é que se caracteriza hipótese de prematura extinção da concessão por comportamento faltoso do concessionário, ou seja, o que se denomina caducidade³³.

Repare que o autor não menciona expressamente uma característica personalíssima desses contratos, mas afirma que o vencedor da licitação é quem deve executar o contrato de concessão de serviço público, não podendo, em absoluto, repassá-lo a outrem. O renomado autor, dessarte, extrai a natureza *intuitu personae* da exigência de licitação.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro abre um tópico no capítulo “contratos administrativos” em sua obra para tratar na natureza *intuitu personae* desses ajustes. A primeira frase é a afirmação de que “todos os contratos para os quais a lei exige licitação são firmados *intuitu personae*, ou seja,

32 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Transferência de concessão é inconstitucional. *Folha de S.Paulo*, São Paulo, 2021.

33 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, *op. cit.*, p 769-770.

em razão de condições pessoais do contratado, apuradas no procedimento da licitação”, e apresenta os argumentos da vedação à subcontratação sem previsão expressa no edital e no contrato e a vedação à fusão, cisão ou incorporação que afetem a boa execução contratual³⁴.

José dos Santos Carvalho Filho afirma que a natureza personalíssima dos contratos administrativos decorre da “confiança recíproca”, haja vista que “o contratado é, em tese, o que melhor comprovou condições de contratar com a Administração”, citando ainda a excepcionalidade da subcontratação³⁵.

O Tribunal de Contas da União também já se manifestou nesse mesmo sentido:

[...] a alteração subjetiva dos contratos administrativos representa fraude direta à ordem constitucional positiva e à legislação infraconstitucional no que toca ao dever de licitar. Essa situação seria veiculadora, ainda, de iminente risco para a Administração, já que a empresa subcontratada, por ser escolhida pela Contratada, não sofreria, necessariamente, análise dos critérios exigidos para contratação com o Poder Público, como, por exemplo, idoneidade, qualificações técnica e econômico-financeira, habilitação jurídica e, entre outros, regularidade fiscal³⁶.

Os autores dizem pouco sobre a suposta natureza personalíssima dos contratos administrativos. O assunto não é desenvolvido. Parece uma afirmação dogmática, repetida sem necessidade de demonstração.

É possível resumir a oposição que se levantou em face das formas de participação de terceiros na execução de contrato administrativo em algumas premissas: de um lado, a alegada natureza personalíssima desses contratos. Considerando que a licitação seleciona, em um processo isonômico, um particular para celebrar o contrato com a Administração, este seria o responsável por toda a sua execução.

34 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, *op. cit.*, p. 276.

35 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*, *op. cit.*, p. 176.

36 TCU. Acórdão nº 368/2004 – Plenário. Relator: Min. Benjamin Zymmler. Sessão de 08.09.2004. DOU, 16 set. 2004. Destaque-se, contudo, que este entendimento foi posteriormente alterado pela Corte de Contas. Vide: TCU. Acórdão nº 634/2007 – Plenário. Relator: Min. Augusto Nardes. Sessão de 18.04.2007. DOU, 23 abr. 2007.

No Direito brasileiro, Arnaldo Wald e colaboradores, em *O direito de parceria e a nova lei de concessões*, para defender a pessoalidade dos contratos administrativos, citam o autor francês André de Laubardere, especificamente trecho de sua obra *Traité des contrats administratifs*, afirmando que é princípio geral dos contratos administrativos que eles sejam executados pessoalmente pelos contratados e o fundamento principal desse preceito é a noção de *intuitu personae*. Porém, o autor francês apresenta essa afirmação de acordo com o contexto do seu país e de seu tempo. Por isso afirma que essa característica decorreria da noção de que o contratado foi escolhido pela Administração em razão de suas qualidades e capacidades pessoais, mesmo nos casos em que o contrato foi precedido de licitação, pois, naquele contexto, a Administração poderia recusar a adjudicação³⁷.

Nesse ponto, percebe-se o grave problema de se importar uma teoria estrangeira sem realizar qualquer verificação de compatibilidade e adaptabilidade com a ordem jurídica nacional nem com a realidade das contratações administrativas brasileiras. Primeiro, como será verificado adiante, o contrato administrativo no Brasil não tem por essencial as “qualidades e capacidades pessoais” do contratado. Essas qualidades são verificadas por meio da habilitação como forma de garantir que o contrato seja executado corretamente, mas a escolha do contratado não é feita com base em aspectos subjetivos do parceiro privado, mas pela proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso. O preenchimento de critérios de habilitação objetivos, que demonstrem a capacidade de cumprimento do futuro contrato, podem ser preenchidos por diversos interessados indistintamente.

Em verdade, as contratações brasileiras não podem levar em consideração as características e qualidades pessoais do agente. A contratação, seja ela feita de forma direta, seja por meio de licitação, deve ser realizada de acordo com a impessoalidade, isto é, ignorando-se características pessoais, mediante critérios objetivos e previamente definidos. Em outras palavras, em geral os contratos podem ser executados por diversos particulares. Essa, inclusive, é a premissa da licitação: o objeto

37 WALD, Arnaldo. MORAES, Luiz Rangel de. WALD, Alexandre de M. *O Direito de Parceria e a Nova Lei de Concessões*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 145.

licitado pode ser executado por diversas pessoas e, por isso, é estabelecida uma competição entre elas.

A existência de prévia licitação, sobretudo quando o critério do julgamento é o preço (tarifa, valor de outorga, menor preço, maior desconto, etc.), em vez de conduzir ao caráter personalíssimo, remete ao sentido oposto, isto é, à impessoalidade, pois, qualquer um que preencha os requisitos de habilitação objetivamente definidos e vença a licitação poderá executar o contrato.

Se a melhor solução foi obtida por meio da seleção da melhor proposta e essa proposta puder ser plenamente executada nos exatos termos em que apresentada, a despeito das características pessoais e subjetivas do contratado, não há qualquer óbice à modificação subjetiva do contrato, independentemente da realização de nova licitação, tendo em vista que a finalidade do certame foi plenamente atingida.

Outro ponto a destacar é que o autor comentava legislação que admitia a recusa de adjudicação pela Administração (e por vezes não impunha a licitação, sendo a escolha realmente feita em função de características personalíssimas, por assim dizer), o que não possui correspondência no Direito brasileiro atual. Verificada a validade da licitação e, não sendo o caso de revogação – o que somente será possível em virtude de fatos supervenientes e devidamente justificados, a Administração deverá adjudicar o objeto ao licitante vencedor³⁸.

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello também afirmava a natureza *intuitu personae* dos contratos administrativos de concessão de serviços públicos. Segundo o autor, não seria possível ao concessionário transferir nem a empresa nem o direito de exploração do serviço público, bem como, seria vedado revender mesmo uma parte do aparelhamento, “sem que para qualquer desses atos obtenha a aquiescência do concedente”³⁹.

38 Importa destacar que a adjudicação do objeto ao vencedor não é a celebração do contrato, trata-se do ato formal em que a administração pública atribui o objeto da licitação ao licitante detentor da melhor proposta. Com este ato, a Administração declara que, quando for contratar aquele objeto lícitado, o fará com o adjudicatário.

39 MELO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Aspecto jurídico-administrativo da concessão de serviço público. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 26, p. 1-18, 1951.

Para que não haja qualquer desvirtuamento dos argumentos do autor, vejamos o que ele escreveu, *ipsis litteris*:

Atendendo a que as empresas concessionárias de serviços públicos os executam por delegação e que a concessão é dada ‘intuitu personae’, precisam ser conhecidos do concedente os tomadores dos seus títulos, sejam de obrigação, sejam de ação, pois assim melhor poderá ele exercer o seu poder de polícia de gestão do serviço. Daí a conclusão a que se deve chegar: a **emissão de títulos cumpre ser exclusivamente nominal**; e as empresas de capital estrangeiro, que pretendem explorar serviço público, convém recebam nova organização no país. Na verdade, o que se impõe é a personalização e a nacionalização das empresas, a fim de se atingirem, realmente, os objetivos visados, de completa fiscalização dos serviços concedidos⁴⁰.

Repare que o autor fala em concessão de “título”. De fato, o seu pensamento está totalmente de acordo com o contexto em que lecionou. Os textos citados foram escritos em 1951 e, portanto, antes da Constituição Federal de 1988 e de toda a legislação atual acerca dos contratos administrativos. Boa parte das concessões nesse período era expedida por ato administrativo (decreto) e não por contrato. Em trecho anterior do mesmo artigo, constata-se que a dinâmica das contratações feitas pelo poder público era completamente diferente das atuais:

[...] Nada impede prévios entendimentos da Administração com alguma empresa sobre a prestação do serviço, desde que a concorrência seja levada a efeito. [...]

A outorga da concessão é **ato discricionário** do concedente, por conseguinte, não lhe cabe obrigação de reconhecê-la a determinado indivíduo, sendo-lhe **lícito apreciar, segundo as circunstâncias e conveniências, a quem deferi-la**. Assim, salvo disposição em contrário, é **permitido ao concedente, tendo em vista razões de oportunidade administrativa, recusar a concessão a qualquer dos concorrentes ou outorgá-la àquele julgado apto a melhor desempenhar o serviço, com livre apreciação das qualidades dos competidores**, ante o valor das propostas apresentadas, dentro dos limites legais prescritos, que regem os princípios da concorrência⁴¹.

40 *Ibid.* Grifo nosso.

41 MELO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Aspecto jurídico-administrativo da concessão de serviço público. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 26, p. 1-18, 1951. Grifo nosso.

Ao mesmo tempo em que o autor menciona a concorrência, admite prévios entendimentos entre a Administração e empresa potencial contratada, admite apreciação, segundo a discricionariedade, da pessoa que receberá a concessão, a recusa da concessão a qualquer dos concorrentes e a “outorga” do serviço público para aquele que julgar apto a melhor desempenhar o serviço, com livre apreciação das qualidades dos competidores.

O modelo de contratação que o autor usa de referência para o desenvolvimento do seu raciocínio jurídico é muito diferente do modelo atual. Assim, transportar o seu pensamento para a atualidade sem qualquer análise crítica acerca da sua aplicabilidade não é a postura correta a se adotar. Em verdade, atualmente, a regra é que as qualidades pessoais dos competidores são avaliadas objetivamente, como condição de participação da licitação, em caráter impessoal, e não como critério de escolha do concessionário. Depois, para transferir a contratação a terceiro, esses aspectos também devem ser objetivamente aferidos, observando-se o princípio da impessoalidade. Também não se admite a rejeição de um competidor, com a outorga do contrato a outro, segundo a conveniência da administração.

Muito embora em um contexto completamente diferente, autores da atualidade seguem reverberando o argumento do saudoso Oswaldo Aranha Bandeira de Mello sem maiores reflexões diante da lei e da prática atual. Em verdade, o argumento da natureza personalíssima dos contratos administrativos é reproduzido sem maiores considerações. Os autores contemporâneos que a defendem pouco ou nada justificam acerca da alegação de que os contratos administrativos possuem natureza *intuitu personae*.

A importância da matéria é clara. Toda essa discussão, que levou à propositura pelo MPF de uma ADI contra dispositivo vigente há vários anos, ao voto inicial do ministro relator do STF pela sua inconstitucionalidade, decorre de um entendimento que não se coaduna com a ordem jurídica atual do nosso país.

4.2. Inexistência de caráter personalíssimo nos contratos administrativos

Consoante ao exposto, os contratos em geral apenas são personalíssimos por sua própria natureza, quando somente podem ser executados

por uma determinada pessoa em razão da confiança ou de sua habilidade particular, ou o são por circunstâncias que levam as partes a transformá-lo em *intuitu personae*.

Os contratos administrativos são contratos, sujeitos à disciplina de direito público e, supletivamente, à teoria geral dos contratos.

No entanto, aderir à concepção de que há uma natureza *intuitu personae* no contrato administrativo é admitir que as qualidades pessoais e subjetivas da pessoa do particular vencedor da licitação são fundamentais para a execução correta do contrato, sem as quais o negócio não poderia ser concluído, de maneira que a sua modificação subjetiva seria incompatível com a sua própria natureza. Não é verdade.

Justen Filho esclarece que essa formulação tradicional da doutrina é uma “transposição mecânica do direito administrativo francês anterior ou, quando menos, traduz um regime jurídico não mais existente na contratação administrativa brasileira”. De acordo com o autor, na França do século XX, as contratações públicas poderiam ou não ser precedidas de licitação. A realização do certame licitatório era uma escolha discricionária da Administração Pública, pois não havia previsão legal sobre o tema. O personalismo era, então, defendido na doutrina francesa justamente pela ausência de licitação, pois a escolha discricionária do contratado tornava a identidade e as características subjetivas do escolhido fundamentais para a Administração. O negócio consubstanciava uma relação subjetiva de confiança entre o particular eleito e o órgão contratante e, por isso, era impossível a modificação subjetiva do pacto: “A alteração do particular correspondia a uma espécie de destruição dos motivos determinantes da contratação”⁴².

Mesmo na França, esse modelo foi alterado pelas diversas normas do direito comunitário europeu e do próprio país, passando-se a exigir a licitação nas contratações administrativas. Além disso, o modelo licitatório francês é diferente do brasileiro, haja vista que a modelagem do certame naquele país não elimina uma razoável margem de avaliação

42 JUSTEN FILHO, Marçal. Considerações acerca da modificação subjetiva dos contratos administrativos. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (coord.). Direito administrativo contemporâneo: estudos em memória ao professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

subjetiva para a escolha da proposta vencedora. Outrossim, com a redução da margem de utilização de critérios subjetivos nas contratações públicas, o próprio direito francês “passou a admitir a transferência da posição contratual para terceiros, sem maiores dificuldades”, exceto nos casos em que os contratos sejam efetivamente personalíssimos⁴³.

Considerando todas as diferenças do direito francês para o direito brasileiro, não se pode realizar a transposição automática da teoria dos contratos administrativos francesa para o Brasil, ainda mais após se verificar que, mesmo naquele país, essa teoria já sofreu substancial alteração.

A teoria dos contratos administrativos no Brasil deve ser elaborada de acordo com as características adotadas pelo ordenamento jurídico nacional, bem como pelas características peculiares da contratação pública brasileira.

Nessa linha, Justen Filho elucida a questão ao afirmar que não há como estabelecer uma regra previamente definida quanto à pessoalidade ou não dos contratos administrativos. Eles podem ser personalíssimos ou não, a depender se a identidade do outro contratante é essencial ou não para a satisfação dos interesses coletivos concretizados no pacto. Nessa linha, sustenta que nos negócios “não personalíssimos” são admitidas a cessão e a subcontratação. A identidade do particular contratado, com suas características peculiares, é irrelevante. Apenas se exige o preenchimento de requisitos subjetivos, que devem ser objetivamente auferidos. A licitação deve selecionar um particular para ser contratado, independentemente de uma preferência subjetiva dos agentes públicos⁴⁴.

Acresce-se a isso o fato de que não se pode estabelecer um regime jurídico único a todos os contratos administrativos, isto é, não se pode tratar todos esses pactos de modo uniforme, afirmado a natureza personalíssima de todos eles. “A multiplicidade de módulos contratuais celebrados pela Administração Pública [...] impede a incidência de um regime jurídico uniforme a esses ajustes⁴⁵”.

43 *Ibid.*

44 *Ibid.*, p. 406-407.

45 FREITAS, Rafael Veras. A subconcessão de serviço público. *Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF*, Belo Horizonte, ano v. 5, n. 10, p. 75-101, jul./dez. 2016.

Nesse ponto, Floriano de Azevedo Marques Neto afirma existir no Brasil uma verdadeira “maldição do regime jurídico único” que também recai sobre os contratos administrativos, muito embora exista uma grande quantidade de tipos contratuais que a Administração pode participar⁴⁶.

De fato, não existe fundamento constitucional para sustentar uma uniformidade do regime jurídico dos contratos administrativos⁴⁷. A Constituição Federal atribuiu ao legislador a competência para regulamentar o tema com ampla liberdade, uma vez que, conforme já exposto anteriormente, não houve o estabelecimento de maiores condições no texto da Lei Maior. Não existe previsão análoga ao artigo 39 da Carta Magna, que determina o estabelecimento de um regime jurídico único aos servidores públicos em cada Ente Federativo. Também existe mais de uma previsão acerca da atribuição normativa sobre contratos: existe a previsão geral (art. 22, XXVII), a previsão relativa aos contratos especiais de concessão e permissão de serviços públicos (art. 175, parágrafo único), entre outras.

É compreensível que grandes autores brasileiros que viveram no passado, como Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, defendam o caráter personalíssimo dos contratos administrativos, em especial nos casos de concessão de serviços públicos. Muitas dessas concessões eram outorgadas nominalmente por decreto, considerando as características pessoais dos concessionários. Veja-se, por exemplo, uma das famosas concessões outorgadas em favor do Barão de Mauá: o Decreto nº 3622 - de 28 de fevereiro de 1866 estabelecia:

Concede ao Barão de Mauá e João Ribeiro dos Santos Camargo privilégio exclusivo pelo tempo de 90 annos, para a construção de uma estrada de ferro, a partir da freguezia da Escada no municipio de Mogy das Cruzes até a estação do Rio Grande na estrada de ferro de Santos a Jundiahy, na Provincia de S. Paulo⁴⁸.

46 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

47 Nesse sentido, SUNDFELD Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Uma crítica à tendência de uniformizar com princípios o regime dos contratos públicos. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 1, n. 41, p. 57-72, 2013.

48 Decreto nº 3622 de 28/02/1866/PE - Poder Executivo Federal (D.O.U. 31/12/1866).

O Decreto em questão estabelece que a concessão era um verdadeiro “privilégio exclusivo”, concedido em razão das qualidades pessoais e específicas do outorgado. É o que se extrai da cláusula primeira do ato imperial: “1ª O Governo Imperial concede a companhia que fôr organizada pelo Barão de Mauá e João Ribeiro dos Santos Camargo privilegio exclusivo pelo tempo de noventa annos para construcção e gozo de uma estrada de ferro [...]”⁴⁹.

Mesmo nos tempos de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, o autor admitia, em publicação de 1951, prévios entendimentos entre a Administração e empresa potencial contratada, admite apreciação, segundo a discricionariedade, da pessoa que receberá a concessão, a recusa da concessão a qualquer dos concorrentes e a “outorga” do serviço público para aquele que julgar apto a melhor desempenhar o serviço, com livre apreciação das qualidades dos competidores⁵⁰.

Porém, o contexto atual é completamente diferente. Como regra geral, o contrato administrativo não possui caráter *intuitu personae*. Somente será personalíssimo nos casos existentes na teoria geral dos contratos, isto é, quando essa característica for exigida pela própria natureza do negócio ou por decisão das partes. No segundo caso, como a Administração Pública se submete ao princípio da legalidade, não pode livremente decidir que um contrato será personalíssimo. Para tanto, será necessária autorização em lei, até porque, conforme já demonstrado, a pessoalidade é incompatível com a função pública, que é regida, em verdade, pela impessoalidade.

Os casos mais evidentes de contratos administrativos personalíssimos são verificados quando a natureza da contratação assim o exige, por exemplo, na contratação de profissional do setor artístico, de advogado em decorrência de sua notória especialização e da confiança nele depositada e de arquiteto com notória especialização e de renome no mercado. Nesses casos, o objeto do contrato deverá ser concluído pelo contratado, sendo inadmissível a sua modificação subjetiva por subcontratação, cessão ou transferência contratual.

49 *Ibid.*

50 MELO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Aspecto jurídico-administrativo da concessão de serviço público*. *op. cit.*

No que diz respeito à indicação de profissional para fins de qualificação técnico-profissional, na forma do art. 67, incisos I e III, da Lei nº 14.133/2021⁵¹, que obrigatoriamente deverá participar da obra ou serviço objeto da licitação, não se verifica a pessoalidade da contratação, até porque o que se exige não é a participação do contratado, mas do profissional indicado pelo contratado. Trata-se de requisito de habilitação, podendo o profissional ser substituído por pessoa de experiência equivalente ou superior, desde que aprovado pela Administração (art. 67, § 6º, Lei nº 14.133/2021)⁵².

A alegação traduzida por Maria Sylvia Zanella Di Pietro de que os contratos administrativos possuem natureza *intuitu personae* porque “são firmados em razão das condições pessoais do contratado, apuradas no momento da licitação” não prospera. O que se analisa não são “condições pessoais” ou subjetivas, mas, sim, condições objetivas de habilitação que demonstrem a capacidade para plena execução do contrato, as quais podem ser preenchidas indistintamente por quaisquer interessados que possuam essas qualificações, independentemente de suas características particulares.

Os requisitos de habilitação são atributos e pressupostos necessários para que o contrato seja executado de forma correta e devem ser auferidos de forma objetiva. Não se trata de critério de pessoalidade nem se prestam a examinar características subjetivas ou psicológicas peculiares dos licitantes. Sendo assim, não há qualquer óbice para a cessão contratual ou transferência da concessão, bastando que o cessionário ou

51 Art. 67. A documentação relativa à qualificação técnico-profissional e técnico-operacional será restrita a: I - apresentação de profissional, devidamente registrado no conselho profissional competente, quando for o caso, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, para fins de contratação; [...] III - indicação do pessoal técnico, das instalações e do aparelhamento adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada membro da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos. Cf.: BRASIL. Presidência da República. Lei nº 14.133, de 1 de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Presidência da República, 2021a.

52 Art. 67 [...] § 6º Os profissionais indicados pelo licitante na forma dos incisos I e III do caput deste artigo deverão participar da obra ou serviço objeto da licitação, e será admitida a sua substituição por profissionais de experiência equivalente ou superior, desde que aprovada pela Administração. Cf.: BRASIL. Presidência da República. Lei nº 14.133, de 1 de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Presidência da República, 2021a.

a empresa que assuma a concessão comprove que preenche os mesmos requisitos. No caso da indicação do profissional, pode ser contratando o mesmo indicado pela contratada original ou contratando outro de experiência equivalente ou superior que seja aprovado pela Administração. Aliás, essa é a exigência do art. 27, § 1º, I, da Lei nº 8.987/1995⁵³ ao tratar da transferência da concessão.

Por outro lado, verifica-se, em análise sistemática da ordem jurídica, que a opção do legislador infraconstitucional, no exercício da competência a si atribuída pela Constituição, foi pela ausência, em regra, de pessoalidade nos contratos administrativos. Isso se verifica quando analisamos todos os instrumentos de atuação de terceiros nesses contratos, bem como da análise sistemática da legislação sobre o tema.

Por exemplo, observe-se o caso do sistema de registro de preços⁵⁴. Nesse procedimento auxiliar das contratações públicas, antes do encerramento da licitação e da formação da ata de registro formal de preços, o fornecedor ou prestador que não venceu o processo competitivo pode aceitar cotar o objeto em preço igual ao do licitante vencedor, situação na qual também será registrada a sua proposta na ata, assegurada a preferência de contratação de acordo com a ordem de classificação (art. 82, VII, e § 5º, VI, da Lei nº 14.133/2021). Nesse caso, se o primeiro colocado da ata se recusar ou não puder fornecer o objeto, a Administração poderá contratar com os demais licitantes registrados, na ordem de classificação.

Evidencia-se a inexistência de natureza pessoal da contratação. O que a Administração deve observar é a manutenção das condições efetivas da proposta vencedora. A identidade de quem executará o objeto

53 Art. 27. A transferência de concessão ou do controle societário da concessionária sem prévia anuência do poder concedente implicará a caducidade da concessão. § 1º Para fins de obtenção da anuência de que trata o caput deste artigo, o pretendente deverá: I - atender às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço. Cf.: BRASIL. Presidência da República. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1995a.

54 Sistema de registro de preços é o “conjunto de procedimentos para realização, mediante contratação direta ou licitação nas modalidades pregão ou concorrência, de registro formal de preços relativos a prestação de serviços, a obras e a aquisição e locação de bens para contratações futuras” (art. 6º, XLV, da Lei nº 14.133/2021).

do contrato não é em regra importante, desde que preenchidos os requisitos habilitação. O que se busca é suprir a necessidade da Administração de acordo com a proposta vencedora. A identidade do responsável por socorrer a essa demanda é irrelevante.

Outro exemplo elucidativo é a contratação de licitantes remanescentes, na ordem de classificação, quando o vencedor não assinar o termo de contrato ou não aceitar ou não retirar o instrumento equivalente no prazo e nas condições estabelecidas ou, uma vez contratado, tiver o contrato rescindido por inadimplemento (art. 90, §§ 2º, 4º e 7º). Nesse caso, a Administração convocará os remanescentes, na ordem de classificação, para celebrar o contrato nas condições propostas pelo licitante vencedor. Se não houver aceitação por nenhum deles, poderá convocá-los novamente, na mesma ordem, para negociação cuja finalidade é a obtenção de melhores condições. Por fim, caso novamente não haja aceite, poderá convocar os licitantes remanescentes para celebrar o contrato nas condições por eles ofertadas, situação na qual os convocados estarão obrigados a acudir à convocação, porquanto vinculados a suas próprias propostas.

O próprio fato de se realizar uma licitação, cogitando de uma competição entre interessados, já demonstra de plano a existência de uma obrigação fungível, que pode ser executada por mais de uma pessoa indistintamente, afastando-se a natureza personalíssima da contratação pública pretendida, haja vista o reconhecimento de que todos aqueles habilitados no certame podem vir a executar o objeto contratual⁵⁵.

Por esse motivo, o Supremo Tribunal Federal entendeu que:

4. É a proposta mais vantajosa que, *prima facie*, vincula a Administração. Mantidos seus termos, não se pode afirmar que a modificação do particular contratado implica, automática e necessariamente, burla à regra da obrigatoriedade de licitação ou ofensa aos princípios constitucionais correlatos, mormente nos casos de concessão, dada a natureza incompleta e dinâmica desses contratos e a necessidade de se zelar pela continuidade da prestação adequada dos serviços públicos⁵⁶.

55 LOUREIRO, Caio de Souza; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. O caráter impessoal dos contratos de concessão de direito real de uso de bem público. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, São Paulo, v. 23, 2016. SUNDFELD, Carlos Ari. Parecer apresentado na ADI 2946.

56 ADI 2946, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 09/03/2022, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-095 DIVULG 17-05-2022 PUBLIC 18-05-2022.

Não se admite, por óbvio, que o resultado da licitação seja ignorado pela Administração Pública. Também não se defende a ampla e irrestrita possibilidade de modificação subjetiva dos contratos administrativos, que devem observar os requisitos previstos em lei, sobretudo a habilitação e a manutenção das condições efetivas da proposta selecionada no processo licitatório, assim como a autorização da Administração contratante.

5. CONCLUSÃO

Este trabalho buscou analisar a discussão acerca da existência ou não de natureza personalíssima dos contratos administrativos no Brasil.

Iniciamos a pesquisa conceituando contrato administrativo como o acordo de vontades entre a Administração Pública e o particular, com interesses contrapostos, que devem ser satisfeitos pela atuação das partes no cumprimento das cláusulas contratuais. Possuem por objetivo satisfazer diretamente uma necessidade do órgão ou da entidade contratante ou delegar o exercício de competências públicas a um particular.

O contrato é caracterizado como “administrativo” em virtude, primeiro, da presença da Administração Pública como contratante. Mas é necessário ainda que essa o celebre no exercício de função administrativa, isto é, revestida de prerrogativas especiais, com o objetivo de atingir finalidades públicas.

Essas prerrogativas contratuais da Administração são conhecidas como “cláusulas exorbitantes” e decorrem da lei. Porém, não estão presentes em todos os contratos firmados pela Administração Pública e podem ser restringidas pela norma ou voluntariamente suprimidas pela Administração – quando o poder público renuncia a suas prerrogativas em determinada relação jurídica, atuando como se particular fosse. Nesse caso, há um “contrato privado da Administração”, e não um contrato administrativo.

A Constituição Federal trata do tema “contratos administrativos” de forma não analítica e sem estabelecer o seu regime jurídico. Optou-se por deixar essa regulamentação para o legislador infraconstitucional que, com ampla liberdade, ponderando os princípios constitucionais, deve estabelecer o complexo de normas que regem a atividade da Administração Pública.

O legislador, por sua vez, exerceu o seu mister ao longo dos anos, editando diversas normas sobre contratações públicas, estabelecendo instrumentos jurídicos de participação de terceiros que não venceram a licitação e sequer exige que tenham participado do processo licitatório.

Essa participação de terceiros nos contratos administrativos, seja por modificação subjetiva do contrato, total ou parcial, seja por outras formas de participação na execução do pacto, sofreu – e sofre – críticas sob o ponto de vista jurídico e de suas consequências práticas. Argumenta-se que há um desvirtuamento de uma propalada “natureza personalíssima” desses contratos e violação da exigência constitucional de prévia licitação.

Por esses motivos, analisamos, primeiramente, a natureza dos contratos administrativos, perquirindo se há ou não a difundida natureza *intuitu personae*.

De acordo com a teoria geral dos contratos, os contratos são personalíssimos quando a pessoa contratada possui características pessoais, habilidades ou qualidades morais que se tornam fator determinante da contratação, ou seja, se fosse outra pessoa, o contratante não celebraria o contrato. Os contratos podem ser *intuitu personae* em razão de sua natureza, quando entra o fator subjetivo da confiança ou a habilidade característica da pessoa que deve cumprir a obrigação de fazer, ou podem ser acidentalmente personalíssimos, quando as partes convencionam que somente a pessoa concreta do contratado poderá executar o contrato.

A classificação é importante, pois as obrigações personalíssimas são infungíveis, ou seja, somente podem ser prestadas pelo devedor, não podendo ser transmitidas a terceiros.

Diante disso, passamos a verificar como se formou, no Brasil, uma teoria que defende a natureza personalíssima dos contratos administrativos, de maneira que deveria ser executado apenas pelo contratado que venceu a licitação.

A afirmação foi tão difundida que consistiu em um dos fundamentos para que o Ministério Público Federal, por meio do Procurador-Geral da República, propusesse, no ano de 2003, a Ação Direta de Inconstitucionalidade número 2946 em face do artigo 27 da Lei nº 8.987 de 1995, que prevê o instituto da transferência da concessão de serviços públicos, sustentando sua inconstitucionalidade.

Alguns autores interpretam a exigência constitucional de licitação como fundamento para a natureza *intuitu personae* dos contratos administrativos, de maneira que o contrato seria celebrado em razão de condições pessoais do contratado apuradas no procedimento da licitação.

No entanto, percebemos que os administrativistas que defendem essa característica contratual dizem pouco sobre o assunto e parecem não apresentar uma reflexão tão profunda sobre o tema. Parece uma afirmação dogmática, repetida sem demonstração.

Identificamos que essas afirmações decorrem de uma “importação” da teoria francesa antiga sem verificação de compatibilidade e adaptabilidade com a ordem jurídica nacional atual e com a prática das contratações públicas brasileiras, bem como de uma repetição de escritos de administrativistas brasileiros do passado, sem verificação do contexto fático e jurídico em que viviam.

Na França, quando se afirmava a natureza *intuitu personae* dos contratos administrativos, os contratados eram escolhidos em virtude de suas qualidades e características pessoais, mesmo nas hipóteses em que o contrato foi precedido de certame licitatório, pois a administração poderia recusar a adjudicação. Em outros casos, sequer era exigida licitação, sendo a escolha totalmente vinculada a qualidades subjetivas do contratado.

No Brasil, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello também afirmava a natureza *intuitu personae* dos contratos administrativos de concessão de serviços públicos. Porém, o seu pensamento estava de acordo com o contexto de sua época, em que boa parte das concessões era expedida por decreto, e não por contrato, sendo cabível prévios entendimentos entre a Administração e empresa potencial contratada e admitia apreciação, segundo a discricionariedade, da pessoa que receberia a concessão, a recusa da concessão a qualquer dos concorrentes e a “outorga” do serviço público para aquele que julgar apto a melhor desempenhar o serviço, com livre apreciação das qualidades dos competidores.

Os modelos teorizados, tanto na França, quanto no Brasil, em épocas passadas, são diferentes do nosso sistema de contratações atuais, não sendo possível uma transposição daquelas teorias para o nosso contexto jurídico atual.

Mesmo na França, o modelo foi alterado pelas normas do direito comunitário europeu e do próprio país, passando-se a exigir licitação como regra das contratações públicas, porém, admitindo-se uma razoável margem de avaliação subjetiva para a escolha da proposta vencedora.

Em verdade, o modelo brasileiro é, em parte, diferente e possui contornos próprios. Primeiramente, não existe uma regra previamente definida quanto à pessoalidade ou não dos contratos administrativos. Como regra geral, o contrato administrativo não possui caráter *intuitu personae*. Somente será personalíssimo nos casos existentes na teoria geral dos contratos, isto é, quando essa característica for exigida pela própria natureza do negócio ou por decisão das partes.

Para a escolha do contratado, não se analisa “condições pessoais” ou subjetivas, mas, sim, condições objetivas de habilitação que demonstrem a capacidade para plena execução do contrato, as quais podem ser preenchidas indistintamente por quaisquer interessados. Sendo assim, não há qualquer óbice para a cessão contratual ou transferência da concessão, bastando que o cessionário ou a empresa que assuma a concessão comprove que preenche os mesmos requisitos.

Em análise sistemática do ordenamento jurídico nacional, é possível perceber que a opção do legislador infraconstitucional, no exercício da competência a si atribuída pela Constituição, foi pela ausência, em regra, de pessoalidade nos contratos administrativos.

A própria licitação, cogitando uma competição entre interessados, demonstra que a obrigação pactuada é fungível, uma vez que pode ser executada por mais de uma pessoa indistintamente, pois qualquer habilitado no certame poderá executar o objeto contratual.

O que vincula a Administração é a proposta vencedora, e não as características ou qualidades pessoais do licitante vencedor. Cita-se, como exemplo elucidativo, o sistema de registro de preços, a contratação de licitantes remanescentes, na ordem de classificação, quando o vencedor não assinar o termo de contrato ou não aceitar ou não retirar o instrumento equivalente no prazo e nas condições estabelecidas ou, uma vez contratado, tiver o contrato rescindido por inadimplemento, a possibilidade de seguro-garantia com cláusula de retomada, entre outros.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. **Concessão de serviço público**. São Paulo: Malheiros, 1998.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. **Concessão de serviços públicos**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

ARAGÃO, Alexandre Santos. **Direito dos Serviços Públicos**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Teoria das Autolimitações Administrativas: Atos Próprios, Confiança Legítima e Contradição entre Órgãos Administrativos. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, n. 14, 2008. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=290>. Acesso em: 26 dez. 2022.

ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o “Princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. **O Direito Público em Tempos de Crise -Estudos em Homenagem a Ruy Ruben Ruschel**, 1999.

AZEVEDO, Eurico de Andrade; ALENCAR, Maria Lúcia Mazzei de. **Concessão de serviços públicos**. São Paulo: Malheiros, 1998.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Contrato Administrativo. *In*: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (coord.). **Direito Administrativo Contemporâneo: estudos em memória ao professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BENJAMIM, Antônio Herman V, MARQUES, Cláudia Lima, BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com>. Acesso em: 9 set. 2023.

BINENBOJM, Gustavo. Atos públicos de liberação e efeitos positivos do silêncio administrativo. *In*: SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (org.). **Lei de liberdade econômica e seus impactos no direito brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 239, p. 1-32. Disponível em: <https://doi.org/10.12660/rda.v239.2005.43855>. Acesso em: 21 jul. 2023.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BRASIL. Decreto nº 3.622, de 28 de fevereiro de 1866. Poder Executivo Federal. Rio de Janeiro: Diário Oficial da União, 31 dez. 1866.

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: 11 out. 2024.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1993. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 9 out. 2024.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1995a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm. Acesso em: 9 out. 2024.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 9.074, de 07 de julho de 1995**. Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1995b. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9074cons.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%209.074%2C%20DE%207%20DE%20JULHO%20DE%201995.&text=Estabelece%20normas%20para%20outorga%20e,p%C3%ABlicos%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%A2ncias. Acesso em: 11 out. 2024.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 6 nov. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 368/2004.** Plenário, Relator: Min. Benjamin Zymler. Sessão de 08.09.2004. Diário Oficial da União, 16 set. 2004.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 634/2007.** Plenário, Relator: Min. Augusto Nardes. Sessão de 18.04.2007. Diário Oficial da União, 23 abr. 2007.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 14.133, de 1 de abril de 2021.** Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Presidência da República, 2021a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm Acesso em: 11 out. 2024.

BRASIL. **Portaria SEGES/ME nº 8.678, de 19 de julho de 2021.** Dispõe sobre a governança das contratações públicas no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2021b. Disponível em: <https://www.gov.br/compras/pt-br/aceso-a-informacao/legislacao/portarias/portaria-seges-me-no-8-678-de-19-de-julho-de-2021>. Acesso em: 5 nov. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 2946.** Relator: Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 9 mar. 2022. Processo eletrônico. Diário da Justiça Eletrônico, Divulgação em 17 mai. 2022, Publicação em 18 mai. 2022.

BUSSATTA, Eduardo Luiz. Conversão substancial do negócio jurídico. **Revista de Direito Privado**, v. 26, São Paulo, 2006.

CÂMARA, Jacintho Arruda. NOHARA, Irene Patrícia. **Tratado de direito Administrativo.** Vol. 6: licitações e contratos administrativos. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

CÂMARA, Jacintho Arruda. SOUZA, Ana Paula Peresi de. Existem cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos? **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 279, n. 2, p. 185-208. Disponível em: <https://doi.org/10.12660/rda.v279.2020.82011>. Acesso em: 21 jul. 2023.

CÂMARA, Jacintho Arruda. SUNDFELD, Carlos Ari. Cessão de contratos administrativos: possibilidades e limites. **Cadernos Jurídicos**, São Paulo, v. 22, n. 58, p. 55-64, 2021.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CRETELLA JÚNIOR, José. As cláusulas “de privilégio” nos contratos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 161, p. 7-28, 1985.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Dos Contratos Administrativos**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 34. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

DINIZ, Maria Helena. **Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. 38. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**. 16. ed. Madrid: Thomson-Civitas, 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Vol. 4: Contratos. 13. ed. São Paulo: Juspodivm, 2023.

FREIRE, André Luiz. **Direito dos Contratos Administrativos**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

FREITAS. Rafael Vêras. O regime jurídico do ato de transferência das concessões: um encontro entre a regulação contratual e a extracontratual. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, v. 13, n. 50, p. 167-196, 2015.

GARCIA, Flávio Amaral. **A mutabilidade nos contratos de concessão**. 2. ed. São Paulo: JusPodivm, 2023.

GARCIA, Flávio Amaral. **Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

GIACOMUZZI, José Guilherme. **Estado e contrato: supremacia do interesse público “versus” igualdade**. São Paulo: Malheiros, 2011.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato: de acordo com o Novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2004.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Contratos e atos unilaterais. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. III.

GORDILLO, Agustín A. **La administración paralela**. Madrid: Civitas, 1982.

GRAU, Eros. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

GRAU, Eros Roberto. **Licitação e contrato administrativo (estudos sobre a interpretação da lei)**. São Paulo: Malheiros, 1995.

HEINEN, Juliano. **Curso de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Juspodvm, 2022.

JÈZE, Gaston. **Les Principes généraux du droit administratif**. Paris: Dalloz, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratações administrativas: Lei 14.133/2021**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: Malheiros, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Concessões de serviços públicos: comentários às Leis nº 8.987 e 9.074, de 1995**. São Paulo: Dialética, 1997.

JUSTEN FILHO, Marçal. Considerações acerca da modificação subjetiva dos contratos administrativos. *In*: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (coord.). **Direito administrativo contemporâneo: estudos em memória ao professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 13. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviços públicos**. São Paulo: Dialética, 2003.

KLIEMANN, Ana Carolina. O princípio da manutenção do negócio jurídico: uma proposta de aplicação. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, ano 7, v. 26, 2006.

LABAND, Paul. **Le droit public de l'empira allemand**. [S. n.]: Paris, tomo II.

LOUREIRO, Caio de Souza; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. O caráter impessoal dos contratos de concessão de direito real de uso de bem público. **Revista de Direito Administrativo Contemporâneo**, São Paulo, v. 23, 2016.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

MARRARA, Thiago. As cláusulas exorbitantes diante da contratualização administrativa. **Revista de Contratos Públicos**, Belo Horizonte, v 3, n. 3, p. 237-255, 2013.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Ato administrativo. *In*: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; MARTINS, Ricardo Marcondes. **Tratado de direito Administrativo**. Vol. 5: ato administrativo e procedimento administrativo. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de *et al.* Transferência de concessão é inconstitucional. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 2021. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/opiniaao/2021/08/transferencia-de-concessao-e-inconstitucional.shtml>. Acesso em: 29 jul. 2023.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Aspecto jurídico-administrativo da concessão de serviço público. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 26, p. 1-18, 1951. DOI: <https://doi.org/10.12660/rda.v34.1953.13307>

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Contrato de direito público ou administrativo**. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 88, p. 15-33, 1967. DOI: <https://doi.org/10.12660/rda.v88.1967.29858>

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais do direito administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, vol. 1.

MENDES, Conrado Hübner. Jurisprudência impressionista. *Revista Época*, Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/epoca/conrado-hubner-mendes/jurisprudencia-impressionista-23066592>. Acesso em: 6 nov. 2023.

MENDES, Renato Geraldo. **O regime jurídico da contratação pública**. Curitiba: Zênite, 2008.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e Contratos: teoria e prática**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Comentários à lei de licitações e contratações da Administração Pública**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. **Curso avançado de Direito Civil**. Vol. III: Contratos. São Paulo: RT, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SIMON, Hebert A. **Administrative behaviour**. 2. ed., Nova York: Macmillan, 1957.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

SUNDFELD Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Uma crítica à tendência de uniformizar com princípios o regime dos contratos públicos. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 1, n. 41, p. 57-72, 2013.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023, vol. 3.

VALENTE, Larissa Peixoto; SOUZA, Clara Santos. Inconstitucionalidade da subcontratação na prestação de serviços públicos por particulares sem prévia licitação. **Revista Digital de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 6, n. 1, p. 179-201, 2019.

WALD, Arnaldo. MORAES, Luiz Rangel de. WALD, Alexandre de M. **O Direito de Parceria e a Nova Lei de Concessões**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

LIMITAÇÕES E CAUTELAS NA INTERVENÇÃO JUDICIAL SOBRE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE

Renan Raulino Santiago¹

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Desenvolvimento; 3. Conclusão; Referências Bibliográficas.

RESUMO: Este artigo analisa o impacto sistêmico da intervenção judicial na implementação de políticas públicas de saúde, destacando os seus efeitos financeiros e operacionais. A judicialização da saúde no Brasil, caracterizada, em regra, pela busca de tratamentos e medicamentos que fogem às diretrizes e limitações da política pública formulada pelas autoridades competentes, importa em um aumento significativo de gastos públicos e em alocações de recursos desassociados da lógica que orientou a formulação das políticas de saúde. Os estudos especializados revelam um desalinhamento entre as decisões judiciais e a estrutura de prioridades do sistema. A intervenção judicial, em geral precariamente fundamentada, acaba por aprofundar as deficiências e desigualdades no acesso aos serviços do Sistema Único de Saúde (SUS), o que tem levado especialistas a concluir que existem hoje duas portas de acesso ao SUS: (i) a porta administrativa, sujeita a uma série de limitações estruturais e orçamentárias; e (ii) a porta judicial, caracterizada por um acesso irrestrito aos recursos estatais, com a disponibilização de praticamente qualquer tipo de tratamento que venha a ser prescrito. Nesse cenário, o trabalho apresenta uma demanda de reformulação

1 Procurador do Estado de São Paulo.

da atuação judicial na área de saúde. Sugere-se que o Judiciário atue com cautela, respeitando os contornos das políticas formuladas pelo Poder Executivo, a fim de promover um acesso sustentável e universal aos recursos existentes. Propostas legislativas recentes, como a Lei nº 13.655/2018 e a PEC 45/2021, visam fortalecer essa abordagem, impondo limites às decisões judiciais que impactam diretamente a administração pública na área da saúde.

PALAVRAS-CHAVE: Judicialização da saúde. Direito à saúde. Eficiência e recursos públicos. Limites à intervenção judicial. Alocação racional de recursos.

1. INTRODUÇÃO

Este artigo visa analisar o efeito sistêmico das decisões judiciais que intervêm na implementação de políticas de saúde, notadamente se esse controle sobre a atividade administrativa tem ampliado o acesso dos jurisdicionados e garantido acesso igualitário dos administrados à política pública oferecida.

Os estudos realizados dão conta de um crescimento exponencial dos gastos com a judicialização da saúde. A título exemplificativo, levantamentos do Tribunal de Contas da União (TCU) realizados ainda no ano de 2015, em análise que abrangeu União, estados e municípios, apontam um crescimento de gastos de mais de 1.300% com o cumprimento de decisões judiciais relacionadas a demandas de saúde nos sete anos que antecederam o estudo². Em 2016, a estimativa do Ministério da Saúde para gastos com cumprimentos de decisões judiciais já atingia a cifra de 7 bilhões de reais, sendo 1 bilhão apenas no estado de São Paulo, o que corresponde à metade de todo o valor gasto com assistência farmacêutica nessa unidade federativa³.

2 SECOM TCU. Aumentam os gastos públicos com judicialização da saúde. **Portal TCU**, Brasília, DF, 23 ago. 2017.

3 WANG, Daniel Wei Liang. O Direito à saúde cabe no orçamento? *In*: WANG, Daniel Wei Liang. **Direito e Políticas de Saúde: Reflexões para o debate público**. São Paulo: Letramento, 2021, p. 30.

Esses números ilustram o tamanho da questão, a ensejar uma análise mais acurada sobre de que forma o tema vem sendo tratado pelo Poder Judiciário e, mais importante, qual tem sido a consequência prática dessa atuação, especialmente se considerarmos a estruturação da Política Pública.

A pergunta que se faz é se a atuação judicial nessa seara tem sido necessária, adequada e se tem considerado as circunstâncias e limitações que delinearão a política pública. Tudo isso para responder, como adiantado acima, se o efeito desse controle judicial – cuja ocorrência é um fato – tem impactado positiva ou negativamente os resultados que a política pública se propõe a promover.

2. DESENVOLVIMENTO

A judicialização na área da saúde trata-se de um fenômeno complexo e multifacetado, cujos motivos podem ser analisados a partir de diferentes cenários.

Numa perspectiva fática, pode-se considerar que esse fenômeno é decorrente – ou ao menos consideravelmente potencializado – pelas falhas no sistema de saúde, o que o caracterizaria como uma mera resposta a situações concretas em que se verifica a incapacidade do Estado de suprir adequadamente as demandas da população.

Essa parece ser, de fato, uma concausa – ainda que menos relevante – do fenômeno, eis que o nosso sistema, além de enfrentar diversos problemas relacionados à corrupção e à ineficiência de gestão, parece ter investimento insuficiente para fazer frente às necessidades e às expectativas de uma população carente como a brasileira. Esse contexto pode ser encarado como um estímulo para que os indivíduos recorram à via judicial numa tentativa de solucionar suas necessidades específicas.

É bem verdade que o Brasil aumentou consideravelmente o gasto público *per capita* em saúde nos últimos anos⁴, mas o investimento ainda é bem inferior se comparado ao de países desenvolvidos.

4 IPEA – INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. Gasto per capita com saúde aumentou 29,3% de 2015 a 2019. Ipea, Rio de Janeiro, 2021.

Daniel Wang aponta que o Brasil investe proporcionalmente seis vezes menos que o Reino Unido, modelo no qual o Sistema Único de Saúde (SUS) se inspirou⁵.

Numa perspectiva individual, essa análise parece estar correta. No entanto, quando se busca aprofundar as razões sistêmicas pelas quais se desenvolve o fenômeno da judicialização da saúde no Brasil, a mera identificação de falhas na prestação do serviço demonstra-se insuficiente para explicar os números anteriormente apontados.

Digo isso, pois, verificadas a fundo, as características da judicialização da saúde no Brasil não refletem as deficiências qualitativas do sistema. Na verdade, considerados os fins para os quais se propõe, apesar dos problemas já apontados, o SUS parece atender suficientemente bem a população, ao menos o bastante para, na maioria dos casos, prevenir a judicialização quanto à prestação de produtos e serviços de saúde que a política pública efetivamente se presta a oferecer.

Perquirindo sobre as razões da judicialização da saúde, Daniel Wang parece identificar um desalinhamento entre as expectativas e as possibilidades do sistema⁶. A depuração dos tipos de demanda que com maior frequência aportam no Poder Judiciário demonstra o acerto dessa conclusão. Com efeito, como adiantado anteriormente, não é o enfrentamento de questões relacionadas à prestação deficiente dos serviços para os quais o SUS é efetivamente estruturado que, no mais das vezes, é discutida em sede judicial. O que se identifica são ações pleiteando a concessão de tratamentos e medicamentos experimentais, casos com alternativas terapêuticas ou para uso *off-label*.

Em estudo sobre as demandas judiciais no estado do Rio Grande do Norte, que nos serve de ilustração, Yonara Oliveira identificou que, num universo de 987 processos, em que foram solicitados 1517 medicamentos, a maioria dos medicamentos pleiteados (61,7%) não estava

5 WANG, Daniel Wei Liang. O SUS entre o ideal, o real e o possível. In: WANG, Daniel Wei Liang. **Direito e Políticas de Saúde: Reflexões para o debate público**. São Paulo: Letramento, 2021, p. 21.

6 WANG, Daniel Wei Liang. O SUS entre o ideal, o real e o possível. In: WANG, Daniel Wei Liang. **Direito e Políticas de Saúde: Reflexões para o debate público**. São Paulo: Letramento, 2021, p. 22.

incorporada ao SUS, sendo que, em 75% dos casos, o sistema oferecia alternativa terapêutica. Em 13,6% das ações, ao menos um medicamento foi prescrito para uso distinto daquele aprovado pela autoridade sanitária (uso off-label)⁷.

No âmbito do Governo Federal, trabalho promovido pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) apontou que, no período de 2003 a 2013, a judicialização da saúde foi responsável por 81,9% das compras de medicamentos sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa). Em 2019, essa participação chegou a 96,6%. No estado de São Paulo, em análise envolvendo o período de 2010 a 2014, verificou-se que 70,9% dos medicamentos pleiteados não estavam incorporados no Programa Nacional de Assistência Farmacêutica do SUS⁸.

Desse modo, o fenômeno relacionado à saúde – apenas uma faceta da problemática referente à judicialização das políticas públicas distributivas – parece estar mais associado à forma como a questão é encarrada pelo Poder Judiciário do que às deficiências identificadas no SUS. A negativa administrativa não tem origem numa falha de sistema, mas sim numa opção deliberada em adotar protocolos distintos. Esses protocolos oficiais acabam por ser substituídos pela deliberação judicial.

A intervenção judicial sobre políticas públicas é uma realidade consolidada no cenário jurídico brasileiro, especialmente quando ocorre sob a perspectiva de efetivação de direitos fundamentais, como o direito à saúde. No julgamento referente ao tema 698 do Supremo Tribunal Federal (STF), por exemplo, ilustra-se essa prática ao reconhecer que, em casos de ausência ou grave deficiência na prestação de serviços essenciais, o Poder Judiciário tem a legitimidade para atuar, ainda que essa intervenção toque diretamente na esfera de competências do Executivo⁹.

7 OLIVEIRA, Yonara M. C. **Análise das demandas por medicamentos no Estado do Rio Grande do Norte**. 2020. Tese (Doutorado em Saúde Coletiva) – Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2020.

8 VIEIRA, Fabíola Sulpino. **Direito à saúde no Brasil: seus contornos, judicialização e a necessidade da macrojustiça**. Brasília, DF: Ipea, 2020, p. 32.

9 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 684612**. Relator(a): Ricardo Lewandowski, Relator(a) p/ Acórdão: Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 3 jul. 2023. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 7 ago. 2023. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 13 ago. 2024.

Por outro lado, a jurisprudência do STF busca estabelecer contornos à essa intervenção. A decisão apontada estabelece que, embora o Judiciário possa impor obrigações ao Estado, como a correção de deficiências no serviço de saúde, ele deve respeitar os limites da separação dos poderes. O Tribunal aponta que a intervenção judicial deve focar na definição dos objetivos a serem alcançados, permitindo à Administração Pública a escolha dos meios mais adequados para atingir tais metas. Esse entendimento refletiria a necessidade de um equilíbrio, em que o Judiciário reconhece sua função de garantir o acesso igualitário e universal à saúde, sem, contudo, desorganizar a atividade administrativa ou comprometer a alocação racional de recursos públicos¹⁰. No entanto, a análise estruturada das decisões judiciais relacionadas à saúde demonstra que esses critérios, no mais das vezes, não são observados.

A intervenção judicial na saúde, até pelas características da relação processual, costuma ter efeitos concretos e análise incompleta da política pública. Em vez de se direcionar para a definição de objetivos constitucionais, como recomenda o STF, as decisões tendem a ser práticas: determinam a concessão de tratamentos e medicamentos específicos ou a adoção de determinada opção para a implementação da política de saúde. O alcance da decisão, como dito, acaba delimitado pelos limites da relação processual. No entanto, dada a cognição limitada, característica ínsita da lógica do processo judicial, a decisão costuma ser tomada de maneira desassociada da racionalidade do sistema de saúde.

E mais: Fabiola Sulpino Vieira, citando estudo de José Carlos Zebulum, avança a possibilidade de que os magistrados, em geral, tomem decisões fortemente influenciadas por suas convicções pessoais. A autora destaca que os juízes, ao tomarem decisões em casos de saúde, encontram dificuldades em fundamentar suas decisões com base em normas jurídicas técnicas. Em vez disso, acabam se valendo de argumentos subjetivos, baseados em sentimentos como solidariedade e empatia, e até recorrendo a conceitos filosóficos que não são propriamente jurídicos. Isso foi observado tanto em tribunais federais quanto nos tribunais de justiça. Essa postura desarticula a racionalidade do sistema público de saúde.

10 *Idem.*

Outro ponto importante nesta discussão é que é provável que os magistrados, de forma geral, tomem decisões muito baseados em suas convicções pessoais. Observou-se em um estudo sobre as decisões de tribunais federais, referentes a demandas de saúde, que os juízes de tribunais superiores tiveram dificuldade em fundamentar a decisão com base em preceitos técnico-jurídicos, uma vez que: i) as expressões utilizadas revelaram uma avaliação subjetiva; ii) adotaram critérios que denotam sentimentos humanitários de solidariedade, justiça e empatia; iii) utilizaram princípios gerais do direito de forma vaga e imprecisa; e iv) empregaram fontes doutrinárias do campo da filosofia, estranhas ao direito (Zebulum, 2018a). A mesma situação foi observada para os tribunais de justiça (Zebulum, 2018b)¹¹.

Em estudo comparado, Daniel Wang identifica que a judicialização de questões relacionadas à saúde não é uma exclusividade do Brasil. Por outro lado, a forma como as demandas são tratadas, isso sim, não encontra paralelos em outros sistemas judiciais. O estudo aponta que, em países como o Reino Unido e África do Sul, os julgados tomam em conta as limitações institucionais a que se sujeita o gestor, bem como os impactos gerados pela intervenção judicial. Esses aspectos no mais das vezes não são levados em consideração nas decisões proferidas no Brasil, que se limitam a analisar dogmaticamente o direito à saúde em contornos que a Constituição supostamente conferiu¹².

O autor cita, inclusive, o exemplo da Colômbia, país cujo padrão mais se aproximaria do brasileiro, mas que, diferentemente do que ocorre por aqui, o Judiciário firmou posição pela impossibilidade de se compelir o Poder Público a custear tratamentos experimentais, no estrangeiro ou mesmo os que não tenham registro nos órgãos de regulação¹³.

A falta de critérios ou delimitações para a qualificação dos direitos na área da saúde acaba por contribuir para a judicialização, eis que qualquer situação acaba por ser qualificável para discussão judicial.

11 VIEIRA, Fabiola Sulpino. **Direito à saúde no Brasil: seus contornos, judicialização e a necessidade da macrojustiça**. Revista Texto para Discussão 2547. Brasília, DF: Ipea, 2020.

12 WANG, Daniel Wei Liang. O Direito à saúde cabe no orçamento? In: WANG, Daniel Wei Liang. **Direito e Políticas de Saúde: Reflexões para o debate público**. São Paulo: Letramento, 2021, p. 30.

13 *Idem*, p. 31.

A conclusão parece ser que o descompasso maior está na forma com que o direito à saúde é compreendido pelo administrador e pelo juiz. O administrador, sujeito a um orçamento limitado e demandado por políticas de abrangência geral, é compelido a fazer escolhas e a direcionar o orçamento para medidas que, no seu entender, sejam mais adequadas numa perspectiva de eficiência. Já os juízes, geralmente norteados por análises dogmáticas e cuja atuação é provocada por uma demanda concreta, tendem a decidir unicamente na perspectiva da causa que lhes é submetida. Nesse cenário, as restrições impostas ao administrador não se reproduzem para o juiz.

O fato é que – como demonstramos pelos números acima – o juiz acaba por se substituir ao administrador. A consequência prática é que cada vez mais prevalece a interpretação judicial, bem mais ampla acerca do alcance do direito à saúde. O que cabe perquirir é se esse cenário, de fato, potencializa os efeitos da política pública, como seria de se supor por uma interpretação mais alargada do direito.

A resposta parece ser negativa. O problema, como notado por Daniel Wang, está no fato de que a interpretação predominante no Judiciário Brasileiro é incompatível com a inexorável realidade de limitação orçamentária a que o SUS (ou mesmo qualquer outro sistema público de saúde) se submete¹⁴. Em arremate, conclui o autor que nenhum sistema de saúde no mundo é capaz de suportar a quantidade de obrigações que o alcance dado ao direito de saúde no Brasil impõe ao nosso sistema.

George Marmelstein chama atenção para a necessidade de superação dos antigos argumentos que nortearam as discussões sobre o direito à saúde. Debates envolvendo visões sobre separação dos Poderes, discricionariedade administrativa e reserva do possível devem dar lugar a análises sobre os limites, parâmetros e critérios para a atuação judicial¹⁵.

Aí incluo o que me parece crucial: a análise sobre os resultados da intervenção. Afinal, o que se busca, ao cabo, é a efetivação do direito,

14 WANG, Daniel Wei Liang. O Direito à saúde cabe no orçamento? In: WANG, Daniel Wei Liang. *Direito e Políticas de Saúde: Reflexões para o debate público*. São Paulo: Letramento, 2021, p. 30.

15 MARMELSTEIN, George. Demandas em saúde vão além do básico. *Conjur*, Brasília, DF, 15 jun. 2022.

e esse objetivo é comum entre a atuação administrativa e judicial, sejam quais forem os métodos empregados ou a leitura que se faça do artigo 198 da Constituição.

O relatório *Making fair choices on the path to universal health coverage*, elaborado pela Organização Mundial da Saúde (OMS) em 2014, parece nos dar alguns critérios para a análise que nos propomos a realizar. O texto, que apresenta diretrizes para a definição de prioridades na saúde, sugere a adoção de práticas voltadas a garantir a maior cobertura da política pública a um custo mais acessível, priorizando-se tratamentos seguros com eficácia científica robusta¹⁶. Comentando o relatório, Daniel Wang sugere, a meu ver acertadamente, que a alocação eficiente dos recursos pode implicar na negativa ao fornecimento de tratamento com baixo custo-benefício ou de natureza experimental e conclui que, quanto mais escassos os recursos, maior será a necessidade de se eleger prioridades¹⁷. Em termos práticos, o que o relatório propõe nada mais é que a eficiência na alocação dos recursos públicos destinados à saúde.

As razões para a adoção dessas conclusões parecem claras. Com a relevante participação da despesa judicial no total gasto com saúde, é possível considerar que as demandas judiciais concorrem pelos recursos que financiam o acesso ao direito por toda a população. Essa despesa, segundo consta, além de ser relevante, tem uma destinação extremamente concentrada.

Trabalho realizado no âmbito do Ipea já citado anteriormente faz referência ao levantamento do TCU em que se observou que a despesa do Ministério da Saúde com a compra de medicamentos devido a ações judiciais, que atingiu a cifra de R\$ 2,7 bilhões no período de 2010 a 2015, destinou 54% desse valor a apenas três medicamentos¹⁸. Por sua vez,

16 OMS – ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Making fair choices on the path to universal health coverage*. Geneva: OMS, 2014.

17 WANG, Daniel Wei Liang. O SUS entre o ideal, o real e o possível. In: WANG, Daniel Wei Liang. *Direito e Políticas de Saúde: Reflexões para o debate público*. São Paulo: Letramento, 2021, p. 21.

18 VIEIRA, Fabíola Sulpino. *Direito à saúde no Brasil: seus contornos, judicialização e a necessidade da macrojustiça*. Brasília, DF: Ipea, 2020.

no ano de 2016, apenas os dez medicamentos mais caros – sendo que nenhum deles estava incorporado ao sistema público de saúde – custaram R\$ 1,1 bilhão, o que representou 90% dos gastos totais com a compra de itens para atender a determinações judiciais. Nesse mesmo ano de 2016, outro levantamento apurou que o Ministério da Saúde despendeu R\$ 1.157.375.425,35 para atender apenas 1.262 pacientes¹⁹, o que significa uma média de quase R\$ 1 milhão de reais por pacientes, valores significativamente superiores aos gastos administrativos.

Os números, se considerada a abrangência natural que se requer das ações de promoção de políticas públicas de saúde, dão conta de que o gasto decorrente de mandamentos judiciais é extremamente questionável numa perspectiva de eficiência.

Esse panorama tem levado especialistas a concluir que existem hoje duas portas de acesso ao SUS. A primeira é daqueles que acessam o sistema pela via administrativa e se sujeitam a uma série de limitações estruturais e orçamentárias. Nessa via, a formatação da política pública é realizada por meio de escolhas do administrador, que, como já discutido anteriormente, precisa alocar o orçamento em produtos mais seguros e que gerem efeito no maior número possível de beneficiários. Já a porta judicial tem sido caracterizada, ao menos na grande maioria dos casos, por um acesso irrestrito aos recursos estatais para satisfazer a demandas específicas, com a disponibilização de praticamente qualquer tipo de tratamento que venha a ser prescrito, seja ele experimental, no exterior ou escolhido em detrimento da opção terapêutica oficial²⁰.

O ponto mais sensível a se considerar é que ambos os sistemas competem pelos mesmos recursos. À medida que a porta judicial é priorizada, o restante da população se sujeita a um serviço ainda mais carente de receitas. A implementação de política pública de saúde tem um preço – e alto –, sendo equivocada a ideia de que o sistema é capaz de absorver qualquer tipo de demanda. O que se verifica, enfim, é a realocação de recursos entre os sistemas, uma vez que, como demonstrado,

19 MOROZOWSKI, Ana. Judicialização da saúde - Valor Econômico. *Portal TRF2*, Rio de Janeiro, 12 jun. 2019.

20 FERRAZ, Octávio; WANG, Daniel. As duas portas do SUS. *Folha de S.Paulo*, São Paulo, 19 jun. 2014.

o direcionamento orçamentário para atendimento de demandas judiciais implica num gasto bem menos eficiente (com um número reduzido de administrados beneficiados).

O panorama demanda um redesenho do modelo de atuação judicial para lidar com esse fenômeno, buscando uma lógica mais racional que promova, diferentemente do que vem ocorrendo, o acesso universal, equitativo e sustentável aos serviços de saúde.

3. CONCLUSÃO

A demonstração de que a intervenção judicial não produz um efeito positivo no alcance da política pública aconselha uma reformulação na forma de atuação judicial nessa seara. Não se quer negar a via judicial como uma instância de garantia aos jurisdicionados quando busquem remediar efetivas violações ao seu patrimônio jurídico. No entanto, a definição de contornos em que o juiz pode atuar não configura uma limitação de acesso à justiça. Afinal, esse é o princípio de acesso à Justiça instrumental. O que se defende é otimizar os resultados da atuação do juiz, analisando-a por um aspecto sistêmico.

O processo judicial é limitado e incapaz, dentro de sua perspectiva concreta, de lidar com a complexidade da formulação abstrata de políticas públicas. Os tribunais, além de não terem legitimidade democrática, não dispõem de capacidade e estruturação institucional para lidar com essas questões, cujo resultado ultrapassará em muito o âmbito do processo.

A proposta é que a atuação judicial se limite a assegurar o direito à saúde dentro dos contornos da política pública formulada pelos órgãos oficiais. Essa ideia parece até já ter sido considerada no âmbito do STF, mas está ainda distante de ser efetivamente aplicada em todas as instâncias do Poder Judiciário.

É possível identificar iniciativas legislativas nesse sentido, mas a recepção judicial ainda é aquém da necessária para produzir uma mudança nos resultados acima trabalhados. A Lei nº 13.655, de 2018, por exemplo, promoveu diversas alterações na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), com o objetivo de enfrentar esse panorama, exigindo que a motivação da decisão judicial demonstre a

necessidade e a adequação da medida imposta, inclusive em face das possíveis alternativas. A referida norma também vedou expressamente a decisão com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Tal postura é o que comumente se vê nas decisões envolvendo questões de saúde pública.

A iniciativa legislativa, no entanto, é insuficiente para produzir efeitos relevantes se não contar com a adesão efetiva dos tribunais. É preciso ainda se investir em um modelo mais lógico de observância de precedentes, a fim de se assegurar uniformidade nas decisões e, por consequência, igualdade na forma de implementação da política pública.

É possível também citar outras iniciativas legislativas mais específicas e identificadas como uma reação ao contexto acima discutido. A PEC 45/2021, por exemplo, tem por objetivo modificar o artigo 198 da Constituição, tornando explícito que a incorporação de remédios, produtos e procedimentos pelo SUS será feita obrigatoriamente mediante análise prévia por órgão de âmbito nacional. Além disso, a norma estabelece que a dispensação de medicamentos e de produtos de interesse para a saúde, bem como a oferta de procedimentos terapêuticos aos usuários do SUS estarão adstritas às tecnologias constantes das relações oficiais de medicamentos e de ações e serviços de saúde em acordo à incorporação oficial.

Vê-se, portanto, que as iniciativas são no sentido de deixar mais concreto e definido o direito à saúde, devendo a atuação judicial igualmente se circunscrever a essa lógica. A proposta, como demonstrado acima, não tem a finalidade de reduzir a eficácia ou o alcance do direito, mas sim, dentro de uma análise pragmática, permitir uma efetivação mais justa e ampla, evitando desigualdade no direcionamento dos recursos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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: 2 out. 2024.

BRASIL. Presidência da República. *Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018*. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de

Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm. Acesso em: 2 out. 2024.

BRASIL. Senado Federal. **Proposta de Emenda à Constituição n. 45, de 2021-PEC 45/2021**. Brasília, DF: Senado Federal, 2021. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/150988>. Acesso em: 2 out. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 684612**. Relator(a): Ricardo Lewandowski, Relator(a) p/ Acórdão: Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 3 jul. 2023. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 7 ago. 2023. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 13 ago. 2024.

FERRAZ, Octávio; WANG, Daniel. As duas portas do SUS. **Folha de S.Paulo**, São Paulo, 19 jun. 2014. Disponível em: <https://www.crmpr.org.br/As-duas-portas-do-SUS-13-23786.shtml>. Acesso em: 25 jun. 2023.

IPEA – INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. Gasto per capita com saúde aumentou 29,3% de 2015 a 2019. **Ipea**, Rio de Janeiro, 2021. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/portal/categorias/45-todas-as-noticias/noticias/11441-gasto-per-capita-com-saude-aumentou-29-3-de-2015-a-2019?highlight=WyJjb25oZWNPbWVudG8iLCInY29uaGVjaW1lbnRvJyJd>. Acesso em: 23 jun. 2023.

MARMELSTEIN, George. Demandas em saúde vão além do básico. **Conjur**, Brasília, DF, 15 jun. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jun-15/george-marmelstein-demandas-saude-alem-basico>. Acesso em: 23 jun. 2023.

MOROZOWSKI, Ana. Judicialização da saúde - Valor Econômico. **Portal TRF2**, Rio de Janeiro, 12 jun. 2019. Disponível em: <https://www10.trf2.jus.br/comite-estadual-de-saude-rj/judicializacao-da-saude-valor-economico-12619/>. Acesso em: 25 jun. 2023.

OLIVEIRA, Yonara M. C. **Análise das demandas por medicamentos no Estado do Rio Grande do Norte**. 2020. Tese (Doutorado em Saúde Coletiva) – Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2020.

OMS – ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Making fair choices on the path to universal health coverage**. Geneva: OMS, 2014. Disponível em: <https://www.example.com/arquivo.pdf>. Acesso em: 23 jun. 2023.

SECOM TCU. Aumentam os gastos públicos com judicialização da saúde. **Portal TCU**, Brasília, DF, 23 ago. 2017. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/aumentam-os-gastos-publicos-com-judicializacao-da-saude.htm>. Acesso em: 20 jun. 2023.

VIEIRA, Fabíola Sulpino. **Direito à saúde no Brasil: seus contornos, judicialização e a necessidade da macrojustiça**. Brasília, DF: Ipea, 2020.

WANG, Daniel Wei Liang. O Direito à saúde cabe no orçamento? *In: WANG, Daniel Wei Liang. **Direito e Políticas de Saúde: Reflexões para o debate público***. São Paulo: Letramento, 2021, p. 30-31.

WANG, Daniel Wei Liang. O SUS entre o ideal, o real e o possível. *In: WANG, Daniel Wei Liang. **Direito e Políticas de Saúde: Reflexões para o debate público***. São Paulo: Letramento, 2021, p. 21-22.

ACORDOS DE COOPERAÇÃO HORIZONTAL EM SITUAÇÕES EMERGENCIAIS: O CASO DO PROJETO STAR - MOVIMENTO NÓS

Jéssica Helena Rocha Vieira Couto¹

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Análise; 3. Conclusão; Referências Bibliográficas.

RESUMO: O presente artigo pretendeu traçar quais seriam os contornos mínimos necessários para afastar eventuais riscos à caracterização de infrações à ordem econômica em acordos de cooperação horizontal entre empresas celebrados em situações de crise. Para tanto, foram utilizados documentos de acesso público constantes de processo² que tramitou perante o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, bem como nota informativa, de vigência temporária, emitida pela autarquia antitruste. A evidenciação de tais requisitos mostra-se relevante na medida em que permite conferir maior segurança jurídica aos agentes que operam no mercado do país.

PALAVRAS-CHAVE: CADE. Segurança jurídica. Situações emergenciais. Projeto STAR. Lei Federal nº 12.529/2011.

1 Procuradora do Estado de São Paulo. Especialista em Direito Processual Civil. Especialista em Direito Administrativo, pela Fundação Getúlio Vargas (GVLAW), e em Direito e Economia, pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo (ESPG-SP). Possui MBA em Economia e Gestão, pela Escola de Economia da Fundação Getúlio Vargas. Mestranda em Gestão e Políticas Públicas, na Escola de Administração da Fundação Getúlio Vargas.

2 As pesquisas aos autos mencionados neste artigo foram efetuadas no endereço disponível para pesquisas processuais no âmbito do CADE: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_pesquisar.php?acao_externa=protocolo_pesquisar&acao_origem_externa=protocolo_pesquisar&id_orgao_acesso_externo=0&ga=2.186115753.1248576208.1609413970-1634477158.1593783113

1. INTRODUÇÃO

Este artigo, a partir de caso de colaboração entre empresas³ submetido à análise do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), no início da pandemia causada pelo novo coronavírus, bem como do teor da “Nota Informativa Temporária sobre colaboração entre empresas para enfrentamento da crise de COVID-19”, publicada pela autoridade antitruste, buscou traçar quais seriam os requisitos e os contornos recomendados para a redução dos riscos concorrenciais atinentes à aludida colaboração para o combate a situações emergenciais.

Com efeito, a atuação do CADE se mostrou de extrema relevância para a concretização de projeto que “oferece[u] incentivos para a retomada das atividades a 300 mil [varejistas] em todos os estados do Brasil, com impacto direto estimado em 1 milhão de trabalhadores”⁴.

Ademais, as orientações traçadas pelo CADE poderão ser utilizadas em outras situações semelhantes, conferindo, pois, maior segurança jurídica ao mercado brasileiro.

2. ANÁLISE

De acordo com o artigo 36 da Lei Federal nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, “constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados”⁵:

- 3 BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo nº 08700.002395/2020-51**. Brasília, DF: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2020.
- 4 BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Despacho SG nº 1516/2020**. Processo nº 08700.002396/2020-04. Brasília, DF: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2020a.
- 5 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.

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros; e

IV - exercer de forma abusiva posição dominante⁶.

Ainda, de acordo com o § 3º do supramencionado dispositivo legal:

§ 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no *caput* deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma:

a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente;

b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços;

c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos;

d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública;

II - promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;

III - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;

IV - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;

V - impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição;

VI - exigir ou conceder exclusividade para divulgação de publicidade nos meios de comunicação de massa;

6 *Ibid.*

VII - utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros;

VIII - regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição;

IX - impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros;

X - discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços;

XI - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais;

XII - dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais;

XIII - destruir, inutilizar ou açambarcar matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruir, inutilizar ou dificultar a operação de equipamentos destinados a produzi-los, distribuí-los ou transportá-los;

XIV - açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia;

XV - vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo;

XVI - reter bens de produção ou de consumo, exceto para garantir a cobertura dos custos de produção;

XVII - cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa sem justa causa comprovada;

XVIII - subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem; e

XIX - exercer ou explorar abusivamente direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca⁷.

Assim, conquanto não faça uso do termo cartel, a legislação brasileira traz a tipificação desta infração à ordem econômica, a partir das condutas descritas no § 3º do artigo 36 acima transcrito.

Nada obstante, convém trazer à colação o conceito doutrinário de cartel, que pode ser compreendido como “qualquer acordo ou prática concertada entre concorrentes para fixar preços, dividir mercados, estabelecer quotas ou restringir produção, adotar posturas pré-combinadas em licitação pública, ou que tenha por objeto qualquer variável concorrencialmente sensível”⁸.

São considerados os mais graves ilícitos concorrenciais e, por conseguinte, as condutas “mais preocupantes para as autoridades de defesa da concorrência, pois implicam maior risco de restrição direta da rivalidade entre dois ou mais agentes que atuam em um mesmo mercado e atendem a um mesmo conjunto de clientes”⁹.

Como regra, não geram qualquer benefício econômico, enquanto, de outra parte, resultam em restrição da oferta e elevação dos preços, que, segundo estimativas elaboradas pela Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), alcançariam percentuais entre 10% e 20% quando comparados aos preços praticados em um mercado competitivo¹⁰.

Desse modo, o CADE tem entendido que, no caso dos chamados cartéis clássicos, haveria a chamada infração por objeto, fazendo-se

7 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.

8 CADE – CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Cartilha do CADE**. Brasília, DF: Cade, 2016. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/acesso-a-informacao/perguntas-frequentes/cartilha-do-cade.pdf>. Acesso em 2.2.2024.

9 PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial**. Doutrina, Jurisprudência e Legislação. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 107.

10 CADE – CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Cartilha do CADE**. Brasília, DF: Cade, 2016. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/acesso-a-informacao/perguntas-frequentes/cartilha-do-cade.pdf>. Acesso em: 16.6. 2023.

prescindível a demonstração dos efeitos negativos concretos da conduta para a final caracterização da infração à ordem econômica.

Nesse passar, cumpre registrar que cartéis clássicos ou *hardcore* são aqueles que abrangem:

[...] um acordo entre concorrentes, sob qualquer forma (escrito ou verbal), cujo objeto seja: i) a fixação de preços; ii) a fixação da oferta de bens ou serviços; iii) a divisão de mercado – em termos de clientes, fornecedores, territórios, segmentos ou períodos; e/ou iv) o conluio em licitações¹¹.

Nada obstante, “há acordos diretos entre concorrentes que não têm por objeto a restrição da concorrência entre si – como nos cartéis -, pois visam a alguma forma lícita de cooperação entre as empresas, mas que podem ter efeitos parcialmente restritivos da competição”¹².

E é nesse contexto que convém analisar os acordos para cooperação entre concorrentes, havidos em momentos de crise, tal como se deu no curso da pandemia da covid-19.

Com efeito, como cediço, a pandemia teve graves consequências sobre economia global à vista da escassez e desabastecimento de suprimentos que comprometeram severamente as cadeias de produção e distribuição.

As repercussões econômicas da pandemia demandaram ações governamentais imediatas para a manutenção dos mercados, com a adoção de medidas extraordinárias frente aos novos desafios enfrentados, mormente quanto à manutenção da concorrência e a celebração de acordos horizontais, que, em condições normais, seriam vedados¹³. Caso não houvesse certa flexibilização, os efeitos da pandemia sobre o mercado e, consequentemente, sobre a população seriam ainda mais deletérios.

11 PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. *Op. cit.*, p. 110.

12 *Ibid.* p. 128.

13 INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. **Horizontal Cooperation and Crisis Cartels at times of Covid-19**” Project. Berlin: Interin Report, 2022, p. 2.

Texto original: “The economic consequences of the COVID-19 pandemic has required swift and sometimes non-traditional government actions to keep markets and the economy functioning. To do so, jurisdictions undertook some extraordinary measures, including those limiting competition and enabling horizontal agreements generally prohibited under normal economic conditions”.

Nessa ordem de ideias, em 8 de abril de 2020, o Grupo Diretor da Rede Internacional da Concorrência (International Competition Network – ICN ¹⁴) emitiu declaração reconhecendo a situação extraordinária causada pela pandemia, a qual poderia ensejar a real necessidade de cooperação temporária entre concorrentes, de modo a evitar o desabastecimento de produtos e serviços escassos¹⁵.

Posteriormente, em maio de 2022, apresentou relatório do Projeto “Cooperação Horizontal e Cartéis de Crise em Tempos de COVID-19”¹⁶, contendo a apreciação dos desafios encontrados pelas agências antitruste nacionais, bem como a descrição das declarações políticas emitidas por seus membros durante a pandemia da covid-19, com destaque para políticas de:

- a) avaliação *ex ante* de projetos de cooperação horizontal considerados essenciais para enfrentar a emergência da pandemia de COVID-19; e
- b) detecção e avaliação *ex post* dos chamados cartéis de crise, ou seja, cartéis que possam surgir como resposta aos choques econômicos provocados pela pandemia¹⁷.

É possível citar, como exemplo de flexibilização da análise antitruste, a adoção, na Europa, de duas medidas acerca do tema no início da pandemia de covid-19¹⁸:

14 “A Rede Internacional da Concorrência (International Competition Network – ICN) foi criada em outubro de 2001 por 14 autoridades de órgãos antitruste do mundo, com objetivo de promover a convergência global em matéria de concorrência e prover um fórum independente e especializado nessa matéria. [...] A ICN iniciou suas atividades como uma rede virtual composta por autoridades da concorrência. Posteriormente, teve sua estrutura institucionalizada, período em que foram instituídas suas áreas de atuação, critérios de admissão e as competências dos grupos de trabalho criados e do Steering Group. Formada por autoridades de concorrência nacionais ou multinacionais, organizações não-governamentais, organismos internacionais (como OCDE, OMC e UNCTAD), comunidades acadêmicas e setores privados relacionados à concorrência, é composta, atualmente, por mais de uma centena de autoridades de concorrência”. Disponível em: https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/internacional_backup/cooperacao-multilateral/international-competition-network. Acesso em: 3 fev. 2024.

15 INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. **Horizontal Cooperation and Crisis Cartels at times of Covid-19** Project. Berlin: Interin Report, 2022, p. 2.

16 *Idem*.

17 *Idem*. p. 1.

18 CAPOBIANO, Antonio; POVOA, Marcos Fabricio; Silveira, Paulo Burnier da. A crise do COVID-19 e a defesa da concorrência: desafios e perspectivas à luz das orientações da OCDE. *Revista de Defesa da Concorrência*, Brasília, DF, v. 8, n. 1, p. 7-19, 2020.

- (i) na Noruega, duas companhias aéreas puderam coordenar seus calendários de voos com a finalidade de atender a população em condições satisfatórias, sem que houvesse o reconhecimento de conduta anticompetitiva; e
- (ii) no Reino Unido, o governo elaborou um pacote de medidas que incluiu a permissão para que supermercados atuassem de maneira coordenada, até mesmo com o compartilhamento de dados acerca de estoque e entrega em domicílio para os consumidores, de forma a viabilizar uma adequada distribuição de alimentos para a população, sem que, novamente, houvesse a caracterização de um ilícito concorrencial.

No Brasil, o Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, reconheceu, para os fins do artigo 65 da Lei de Responsabilidade Fiscal¹⁹,

19 “Art. 65. Na ocorrência de calamidade pública reconhecida pelo Congresso Nacional, no caso da União, ou pelas Assembleias Legislativas, na hipótese dos Estados e Municípios, enquanto perdurar a situação:

I - serão suspensas a contagem dos prazos e as disposições estabelecidas nos arts. 23, 31 e 70;

II - serão dispensados o atingimento dos resultados fiscais e a limitação de empenho prevista no art. 9º.

§ 1º Na ocorrência de calamidade pública reconhecida pelo Congresso Nacional, nos termos de decreto legislativo, em parte ou na integralidade do território nacional e enquanto perdurar a situação, além do previsto nos incisos I e II do caput:

I - serão dispensados os limites, condições e demais restrições aplicáveis à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como sua verificação, para:

a) contratação e aditamento de operações de crédito;

b) concessão de garantias;

c) contratação entre entes da Federação; e

d) recebimento de transferências voluntárias;

II - serão dispensados os limites e afastadas as vedações e sanções previstas e decorrentes dos arts. 35, 37 e 42, bem como será dispensado o cumprimento do disposto no parágrafo único do art. 8º desta Lei Complementar, desde que os recursos arrecadados sejam destinados ao combate à calamidade pública;

III - serão afastadas as condições e as vedações previstas nos arts. 14, 16 e 17 desta Lei Complementar, desde que o incentivo ou benefício e a criação ou o aumento da despesa sejam destinados ao combate à calamidade pública.

§ 2º O disposto no § 1º deste artigo, observados os termos estabelecidos no decreto legislativo que reconhecer o estado de calamidade pública:

I - aplicar-se-á exclusivamente:

a) às unidades da Federação atingidas e localizadas no território em que for reconhecido o estado de calamidade pública pelo Congresso Nacional e enquanto perdurar o referido estado de calamidade;

a ocorrência do estado de calamidade pública decorrente da emergência de saúde pública de importância internacional relacionada ao coronavírus. E, em junho de 2020, foi publicada a Lei Federal nº 14.010 que instituiu normas de caráter transitório e emergencial para a regulação de relações jurídicas de direito privado em virtude da pandemia do coronavírus, trazendo, em seu artigo 14, a suspensão da eficácia de dispositivos da Lei Federal nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, dentre os quais o inciso IV do seu artigo 90, haja vista as severas implicações da pandemia no setor econômico. Determinou, além disso, que, caso praticadas a partir de 20 de março de 2020, e enquanto perdurasse o mencionado estado de calamidade pública, as circunstâncias extraordinárias resultantes da pandemia deveriam ser consideradas para a análise das demais infrações previstas no artigo 36 da Lei Federal nº 12.529/2011:

Art. 14. Ficam sem eficácia os incisos XV e XVII do § 3º do art. 36 e o inciso IV do art. 90 da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, em relação a todos os atos praticados e com vigência de 20 de março de 2020 até 30 de outubro de 2020 ou enquanto durar o estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020.

§ 1º Na apreciação, pelo órgão competente, das demais infrações previstas no art. 36 da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, caso praticadas a partir de 20 de março de 2020, e enquanto durar o estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, deverão ser consideradas as circunstâncias extraordinárias decorrentes da pandemia do coronavírus (Covid-19).

b) aos atos de gestão orçamentária e financeira necessários ao atendimento de despesas relacionadas ao cumprimento do decreto legislativo;

II - não afasta as disposições relativas a transparência, controle e fiscalização.

§ 3º No caso de aditamento de operações de crédito garantidas pela União com amparo no disposto no § 1º deste artigo, a garantia será mantida, não sendo necessária a alteração dos contratos de garantia e de contragarantia vigentes.

Art. 65-A. Não serão contabilizadas na meta de resultado primário, para efeito do disposto no art. 9º desta Lei Complementar, as transferências federais aos demais entes da Federação, devidamente identificadas, para enfrentamento das consequências sociais e econômicas no setor cultural decorrentes de calamidades públicas ou pandemias, desde que sejam autorizadas em acréscimo aos valores inicialmente previstos pelo Congresso Nacional na lei orçamentária anual. Cf.: BRASIL. **Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000**. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2000.

§ 2º A suspensão da aplicação do inciso IV do art. 90 da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, referida no caput, não afasta a possibilidade de análise posterior do ato de concentração ou de apuração de infração à ordem econômica, na forma do art. 36 da Lei nº 12.529, de 2011, dos acordos que não forem necessários ao combate ou à mitigação das consequências decorrentes da pandemia do coronavírus (Covid-19)²⁰.

Em sentido convergente, em julho de 2020, “em vista da importância de instruções objetivas e tempestivas para assegurar a conformidade concorrencial de estratégias empresariais adotadas para enfrentamento da crise”, o CADE²¹ publicou Nota Informativa Temporária²² “com o objetivo de fornecer orientações sobre procedimentos aos quais agentes econômicos poder[iam] recorrer para receber um pronunciamento [...] acerca da adoção de estratégias voltadas ao combate da crise, e garantir o cumprimento da Lei nº 12.529/2011”.

Sem embargo, antes mesmo da divulgação de aludido documento, o CADE apreciou memorando de entendimentos apresentado por Ambev S.A., BRF S.A., Coca-Cola Indústrias Ltda., Mondelez Brasil Ltda., Nestlé Brasil Ltda. e Pepsico do Brasil Ltda., subscrito em 11 de maio de 2020, no escopo do nomeado Projeto de Recuperação e Atividade de Pequenos Varejistas (Projeto STAR) e que resultou no chamado Movimento Nós, cujo finalidade era “somar forças para oferecer apoio ao pequeno varejista” em razão das severas adversidades causadas pela covid-19^{23,24}.

20 BRASIL. Lei nº 14.010, de 10 de junho de 2020. Dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do coronavírus (Covid-19). Brasília, DF: Presidência da República, 2020b.

21 “O CADE tem como missão zelar pela livre concorrência no mercado, sendo a entidade responsável, no âmbito do Poder Executivo, não só por investigar e decidir, em última instância, sobre a matéria concorrencial, como também fomentar e disseminar a cultura da livre concorrência” (Disponível em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/acesso-a-informacao/institucional>). Suas atribuições e competências são definidas pela Lei federal nº 12.529, de 30 de novembro de 2011.

22 Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/Not%C3%ADcias/2020/nota-informativa-temporaria-sobre-colaboracao-entre-empresas-para-enfrentamento-da-crise-de-covid-19.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2023.

23 Processo 08700.002395/2020-51 SEI nº 0764062. Cf.: BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Despacho SG nº 1516/2020**. Processo nº 08700.002396/2020-04. Brasília, DF: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2020a.

24 Este acordo de cooperação horizontal foi expressamente mencionado e apreciado no relatório elaborado no âmbito do Projeto “Cooperação Horizontal e Cartéis de Crise em tempos de COVID-19”, da ICN.

Conforme narrado pelas empresas interessadas, em virtude da pandemia, muitos governos locais determinaram o fechamento temporário de estabelecimentos comerciais, o que acarretaria, a um só tempo, (i) gravames financeiros aos pequenos e médios varejistas; e (ii) dificuldades de comercialização de bens de consumo, como bebidas, alimentos e produtos para cuidados pessoais e domésticos, entre outros.

Assim, o mencionado Movimento Nós abrangeu dois grupos de estratégias: (i) o “lançamento de uma campanha com o propósito de fomentar ações em favor da recuperação do pequeno varejo de alimentos e bebidas, da parte de outras empresas e autoridades governamentais”, o que incluiu, em um primeiro momento, “suporte para a reabertura do negócio, mediante condições especiais para o reabastecimento de produtos [...] e três meses de suporte contínuo para viabilizar a recomposição de margem dos [pontos de vendas] PDVs [...], por meio de condições favorecidas e iniciativas promocionais”²⁵; e (ii) a “distribuição dos kits de saúde (máscaras e álcool gel) que ser[iam] doados a cerca de 150 mil PDVs, bem como divulgação de protocolos de saúde e segurança, para que os PDVs [pudessem] oferecer condições sanitárias adequadas a seus funcionários e clientes”²⁶.

Ainda segundo as empresas interessadas, as ações mais relevantes à seara concorrencial, relacionadas à recuperação do varejo, não envolveriam trocas de informações sensíveis, nem mesmo coordenação de ações comerciais, não constituindo, destarte, ato de concentração econômica, o que, ao final, foi confirmado pelo CADE.

No entanto, sobrava evidente a prática de ações coordenadas entre as empresas, a justificar a provocação da autoridade antitruste, de modo a evitar futuros contratempos.

A decisão e os debates havidos no âmbito do CADE trouxeram relevantes parâmetros para a atuação cooperativa entre empresas concorrentes em situações de crise, o que serviu de base, inclusive, para a elaboração da Nota Informativa Temporária (NIT) acima mencionada, mormente ante a especificidade e a complexidade de situações que tais.

25 Processo 08700.002395/2020-51 SEI nº 0764062. Cf.: *Idem*.

26 Processo 08700.002395/2020-51 SEI nº 0764062. Cf.: *Idem*.

Como destacado na própria NIT do CADE, o documento de orientação foi lastreado em duas decisões precedentes, (i) a primeira, proferida no bojo do citado memorando apresentado pelo Movimento Nós e (ii) a segunda, no âmbito do Protocolo de Crise de Abastecimento firmado para a “cooperação logística entre as distribuidoras de combustíveis para otimizar o armazenamento, transporte e distribuição de produtos combustíveis líquidos e de aviação”, subscrito por Raízen Combustíveis S.A., Petrobrás Distribuidora S.A. e Ipiranga Produtos de Petróleo S.A., no ano de 2018, em virtude da greve dos caminhoneiros²⁷.

A partir de tais pronunciamentos se tornou possível estabelecer requisitos mínimos acerca do escopo, da duração e da extensão territorial das medidas de colaboração para enfrentamento de crises, considerados como aceitáveis pelo CADE.

Sobre o ponto, cumpre registrar, de proêmio, que a autoridade antitruste, em sua NIT, trouxe três procedimentos distintos para sua provocação, cujas manifestações finais também se distinguem quanto à profundidade da análise, vinculação e tempo de resposta, a saber:

- (i) o canal de comunicação, que enseja manifestação apenas da Superintendência-Geral (SG) do CADE, em “pronunciamento preliminar e não vinculante da autoridade”, contendo “indica[ção] [da] existência ou inexistência de indícios da ocorrência de infrações à ordem econômica” e, considerando a maior superficialidade de análise, a resposta seria mais célere;
- (ii) o exercício do direito de petição, nos termos do artigo 5º, XXXIV, da Constituição Federal. Foi o procedimento utilizado nos precedentes do Movimento Nós e do Protocolo de Crise de Abastecimento.

Implica pronunciamento escrito e não vinculante da SG e do Tribunal do CADE (Tribunal) acerca da “existência ou inexistência de indícios de prática de infração à ordem econômica” a partir de “situações específicas e concretas”, podendo resultar (i) no arquivamento do expediente, ante a ausência de tais

27 Processo nº 08700.003483/2018-56. BRASIL. Despacho Presidência nº 135/2018. Processo nº 08700.003483/2018-56. Brasília, DF: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2018.

indícios, (ii) na abertura de procedimento ordinário, na hipótese oposta, ou, ainda, (iii) na determinação de providências necessárias para o acompanhamento das atividades.

A adoção do procedimento de petição enseja a emissão de “cartas de conforto, previstas no parágrafo 18 do comunicado [emitido pela Comissão Europeia]”²⁸, cujo conteúdo, como acima mencionado, não seria vinculante; e

- (iii) a consulta, regulamentada no âmbito do CADE, nos termos da Resolução nº 12/2015. Conquanto o prazo de resposta, de 120 dias corridos, seja mais alongado que aquele praticado nas hipóteses anteriores, a decisão do Tribunal terá caráter vinculante quanto à aplicação da legislação concorrencial, conferindo, portanto, maior segurança aos interessados.

Apesar da divulgação da NIT, com orientações específicas sobre os procedimentos que seriam adotados para o combate à crise de desabastecimento causada pela covid-19, relevante destacar que, no voto proferido pelo Conselheiro Sérgio Ravagnani, no processo que analisou a petição do Movimento Nós, houve expresso afastamento do “caráter de excepcionalidade” ou do “emprego dos nomes de protocolo de crise ou rito especial”, à vista, segundo registrado, do dever de pronunciamento da autarquia, consoante disposto no artigo 48 da Lei Federal nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, e no artigo 19, IX, do Regimento Interno do CADE.

28 Ainda segundo a Nota Informativa Temporária Sobre Colaboração Entre Empresas Para Enfrentamento da Crise de Covid-19, o parágrafo 18 de aludido comunicado, nomeado “Panorama Temporário para avaliação de questões antitruste relacionadas a cooperação empresarial em resposta a situações de urgência decorrente da atual pandemia de COVID-19, estabelece: “Com vistas a aumentar o nível de segurança no que tange à orientação antitruste em um período de tempo que seja compatível com a urgência de certas situações relacionadas à atual pandemia de COVID19, a Comissão, por meio de seu Diretório-Geral de Competição, se prontifica, excepcionalmente e na sua própria discricionariedade, a fornecer tal orientação por meio de cartas de ‘conforto’ ‘ad hoc’”

Registre-se que, em 2022, a Comissão Europeia revisou suas orientações informais em matéria de antitruste, revogando o quadro temporário antitruste adotado, em abril de 2020, em atenção à pandemia de COVID-19, conforme informado em: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pt/ip_22_5887.

Nada obstante, no voto da Conselheira Paula Farani, há menção ao “rito simplificado” anteriormente “validado pelo CADE quando da análise do Processo 08700.003483/2018-56”, destacando que “o requisito de extrema urgência é imprescindível para autorizar a via do protocolo de crise”, evidenciando, portanto, que o tratamento conferido às situações emergenciais ainda demanda alinhamento interno na autarquia.

Ante a peculiaridade do tema, importante registrar os requisitos estabelecidos pelo CADE para que aludidas estratégias de colaboração não sejam enquadradas como práticas anticompetitivas. Sobre o ponto, e a despeito da diminuta amostra, é possível extrair referidas condições a partir dos pronunciamentos proferidos pela autoridade antitruste no processo inaugurado pelo Movimento Nós²⁹, bem como de sua NIT.

Quanto ao escopo e ao território geográfico, a NIT do CADE estabelece que a “colaboração deverá ser específica e direcionada a tratar um problema delimitado, que tenha como causa a pandemia ou seus efeitos, [...] não deve[ndo] abarcar medidas e meios mais amplos do que aqueles estritamente necessários para viabilizar os resultados pretendidos”³⁰.

Nesse sentido, cabe destacar a ressalva feita pelo Conselheiro Sérgio Ravagnani sobre a inegável assimetria de informações existente em desfavor do CADE. De fato, trata-se de desafio presente nas atividades cotidianas da autarquia, que se vê em inegável posição desfavorável frente às empresas interessadas, o que se agrava em situações emergenciais que demandam respostas rápidas pelo órgão antitruste.

Ainda quanto ao escopo da estratégia adotada no Projeto STAR, no âmbito do Movimento Nós, conquanto tenha considerado haver relação com o contingenciamento da crise, a Conselheira Paula Farani ponderou que as políticas de condições comerciais diferenciadas e de garantia de estoque e de giro não demandariam a imprescindibilidade da atuação conjunta, assim como poderiam implicar “riscos concorrenciais

29 Os documentos de acesso público acostados ao processo nº 08700.003483/2018-56, que analisou o Protocolo de Crise de Abastecimento durante a greve dos caminhoneiros de 2018, não permitem inferir tais elementos.

30 CADE – CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. *Nota Informativa Temporária Sobre Colaboração Entre Empresas Para Enfrentamento da Crise da COVID-19*. Brasília, DF: CADE, 2020.

relacionados ao fechamento de mercado por meio da criação ou incremento de situações de fidelidade e/ou exclusividade dos PDVs em relação às distribuidoras”, a justificar, portanto, o acompanhamento detido pela SG e a adoção, pelas empresas interessadas, de “medidas capazes de neutralizar” aludido risco, “garantindo, por exemplo, a liberdade de direito e de fato dos PDVs em contratar com outras distribuidoras a despeito do recebimento dos benefícios das políticas mencionadas”³¹.

Depreende-se de aludido voto, haver considerável grau de incerteza quanto às informações constantes dos autos, confirmando, pois, o destaque acerca da assimetria de informações, agravada em situações emergenciais. Todavia, tais óbices foram ponderados com os graves efeitos da crise causada pela pandemia, em todos os setores do país, que poderiam ser atenuados mediante a implementação das estratégias do Projeto STAR.

Do mesmo modo, a partir da análise efetuada por SG sobre o Relatório Final de Atividades do Movimento Nós, restou evidenciada a realização de reuniões periódicas entre os representantes das empresas interessadas e a própria SG, que acompanhou, destarte, detidamente, o andamento das atividades empreendidas no âmbito do referido projeto.

Quanto à duração da colaboração, a NIT estabelece que “deverá ser limitada ao período estritamente necessário para combater os efeitos deletérios da crise de COVID-19”³², o que, aparentemente, foi cumprido no precedente ora trazido. Com efeito, o prazo inicialmente fixado, 30 de outubro de 2020, foi prorrogado uma única vez por mais 30 dias.

Outro aspecto importante concerne à governança e à transparência da cooperação, mediante o compromisso de não compartilhamento de informações sensíveis, a ausência de coordenação de ações comerciais e a formação de *clean teams* para o fluxo de dados.

Nesse ponto, as empresas destacaram que “os *clean teams* de cada parte [foram] compostos por um grupo menor de representantes, que se encarreg[ou] de fazer a interface com os profissionais [de terceira

31 *Idem.*

32 *Idem.*

contratada]”, sendo que “todas as informações [foram] fornecidas diretamente à [terceira contratada], sem que as demais empresas particip[assem] da transferência desses dados”³³.

Consoante descrição das empresas integrantes do Movimento Nós, diversas precauções foram empreendidas para o estabelecimento de estritos controles de governança e *compliance*, o que se mostrou determinante para a decisão do CADE no sentido de não identificar indícios de tentativa de realização de prática anticompetitiva, bem como para a final conclusão de arquivamento do expediente, após a análise do Relatório Final de Atividades do Movimento Nós, efetuada em fevereiro de 2021.

3. CONCLUSÃO

A partir da análise dos documentos públicos acostados ao Processo nº 08700.002395/2020-51, bem como da Nota Informativa Temporária sobre colaboração entre empresas para enfrentamento da crise da covid-19, depreende-se o evidente compromisso do CADE quanto à necessidade de fornecer respostas rápidas e segurança jurídica ao mercado, em momentos de crise, postura que vem em linha com a adotada em diversos países, consoante evidenciado no relatório do Projeto Cooperação Horizontal e Cartéis de Crise em Tempos de covid-19.

Com efeito, o proceder da autarquia esteve em harmonia “com a prática instituída pela Comissão Europeia (*European Commision*)” no sentido da emissão de “‘cartas de conforto’ em resposta a consultas escritas formalizadas pelos agentes”, conforme prevê o “parágrafo 18 do seu comunicado intitulado ‘Panorama Temporário para avaliação de questões antitruste relacionadas à cooperação empresarial em resposta a situações de urgência decorrente da atual pandemia de COVID-19’”³⁴.

33 Processo 08700.002395/2020-51 SEI nº 0764062. Cf.: BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Despacho SG nº 1516/2020*. Processo nº 08700.002396/2020-04. Brasília, DF: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2020a.

34 CADE – CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. *Nota Informativa Temporária Sobre Colaboração Entre Empresas Para Enfrentamento da Crise da COVID-19*. Brasília, DF: CADE, 2020, p. 9.

Do mesmo modo, conquanto marcada pela generalidade esperada de uma nota informativa, o documento procurou estabelecer requisitos mínimos para as estratégias de colaboração, adotando como base dois precedentes relevantes havidos em situações emergenciais, a saber, a greve dos caminhoneiros, do ano de 2018, e a crise causada pela pandemia da covid-19.

Nada obstante, conquanto emitida com objeto específico e com aplicação limitada no tempo, a NIT trouxe importante evidenciação dos requisitos e condições que devem ser observados para acordos horizontais em momentos de crise, o que contribui em grande medida para a cristalização da segurança jurídica no país.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Despacho Presidência nº 135/2018**. Processo nº 08700.003483/2018-56. Brasília, DF: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2018.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Despacho SG nº 1516/2020**. Processo nº 08700.002396/2020-04. Brasília, DF: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2020a.

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: 2 fev. 2024.

BRASIL. **Lei nº 14.010, de 10 de junho de 2020**. Dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do coronavírus (Covid-19). Brasília, DF: Presidência da República, 2020b.

BRASIL. Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2000b. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm. Acesso em: 2 fev. 2024.

CADE – CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Cartilha do CADE. Brasília, DF: Cade, 2016. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/acesso-a-informacao/perguntas-frequentes/cartilha-do-cade.pdf>. Acesso em: 2 fev. 2024.

CADE – CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Nota Informativa Temporária Sobre Colaboração Entre Empresas Para Enfrentamento da Crise da COVID-19. Brasília, DF: CADE, 2020. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/Not%C3%ADcias/2020/nota-informativa-temporaria-sobre-colaboracao-entre-empresas-para-enfrentamento-da-cri-se-de-covid-19.pdf>. Acesso em: 2 fev. 2024.

CAPOBIANO, Antonio; POVOA, Marcos Fabricio; Silveira, Paulo Burnier da. A crise do COVID-19 e a defesa da concorrência: desafios e perspectivas à luz das orientações da OCDE. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, DF, v. 8, n. 1, p. 7-19, 2020. Disponível em: <https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/view/509>. Acesso em: 15 jun. 2023.

ICN – INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. Horizontal Cooperation and Crisis Cartels at times of Covid-19 Project. Berlin: Interin Report, 2022. Disponível em: https://internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2022/10/CWG_Horizontal-Cooperation-Crisis-Cartels-at-times-of-Covid-19-_Interim-Report.pdf. Acesso em: 2 fev. 2024.

PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. Direito Concorrencial. Doutrina, Jurisprudência e Legislação. São Paulo: Saraiva, 2016.

CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA DO SETOR DE RADIODIFUSÃO DE SONS E IMAGENS E SUA REPERCUSSÃO NOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À INFORMAÇÃO E AO PLURALISMO

Rodrigo Menicucci¹

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Formatação constitucional do mercado de mídia; 3. Concentração do setor de radiodifusão de sons e imagens; 4. Perspectivas para o desenvolvimento do pluralismo externo no setor de mídia; 5. Conclusão; Referências bibliográficas.

RESUMO: No contexto do Estado Democrático de Direito, a mídia constitui instrumento para a realização do pluralismo político, um dos fundamentos da República Democrática brasileira. No âmbito da Comunicação Social, não se admite a existência de alta concentração de mercado – ainda que decorrente de atuação eficiente do agente econômico – em virtude da íntima ligação existente entre os valores ligados à comunicação social (manifestação do pensamento, criação, expressão e informação) e o Estado Democrático de Direito. A atual concentração do mercado de mídia brasileiro – especialmente o de radiodifusão de sons e imagens – vai de encontro ao que dispõe a Constituição Federal de 1988 e fragiliza, por consequência, os direitos fundamentais ao pluralismo, à democracia e à informação. As novas tecnologias têm sido apontadas

1 Mestrando em Direito Constitucional (IDP/Brasília), LL.M em Direito Empresarial pela Fundação Getulio Vargas do Rio de Janeiro (FGV/RJ), especialista em Direito Tributário pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) e bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Procurador do Estado de São Paulo perante os Tribunais Superiores.

como o caminho para a desconcentração do serviço de mídia, assim como a regulação de estruturas de mercado de comunicação social. No que toca ao fomento ao pluralismo externo por meio da regulação da estrutura dos serviços de comunicação, é preciso correlacionar o modelo regulatório com os valores da democracia e do pluralismo – sobre os quais se estrutura a Constituição de 1988 –, a fim de estabelecer as bases que devem reger o estabelecimento da política de fomento dos meios de comunicação social no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Mercado de mídia. Concentração econômica. Repercussão nos direitos fundamentais.

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho busca examinar, sob a perspectiva da participação de agentes no mercado (pluralismo externo), a concentração econômica do setor de radiodifusão de sons e imagens (grau de concentração), bem como explorar as repercussões dessa relação nos direitos fundamentais à democracia, à informação e ao pluralismo, além de propor os meios pelos quais se deve buscar o fomento do pluralismo a fim de dar concretude aos direitos fundamentais em questão.

A excessiva concentração econômica constitui falha de mercado apta a produzir diversos efeitos nocivos para a economia. No âmbito do mercado de mídia, essa situação se agrava por impactar direitos fundamentais. É preciso, portanto, determinar os mecanismos aptos a promover a democratização da estrutura de mídia.

2. FORMATAÇÃO CONSTITUCIONAL DO MERCADO DE MÍDIA

Os meios de comunicação têm função relevante na formatação da cultura e na determinação da *agenda* de debates públicos². Não por outro motivo, o Poder Constituinte de 1988 reservou, de forma inédita,

2 LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo. O direito à informação e as concessões de rádio e televisão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 144-145.

um capítulo específico da Constituição Federal para tratar da comunicação social³. São cinco artigos que traçam diretrizes básicas da comunicação social brasileira.

O artigo 220 da Constituição, que inaugura o Capítulo, veda qualquer restrição à manifestação de pensamento, à criação, à expressão e à informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, e determina, por fim, que seja observado o disposto na Constituição – com o que impõe a interpretação sistemática de todas as normas constitucionais atinentes ao tema, sejam aquelas constantes do Capítulo da Comunicação Social, sejam as que se encontram fora dele, mas que lhe são correlatas. A conjugação desses dispositivos dá forma ao regime constitucional da mídia⁴.

Para o escopo deste trabalho, merece atenção especial a norma que se infere do artigo 220, §5.º, da Constituição, segundo a qual “os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio”. A respeito dessa diretriz, é preciso considerar o porquê de o Poder Constituinte haver incluído, no Capítulo que trata da Comunicação Social, dispositivo sobre concentração de mercado. Qual seria a razão dessa norma de Direito Econômico haver sido destacada do Título VII da Constituição Federal, que versa sobre a Ordem Econômica e Financeira e já traz previsão sobre dominação de mercado ao reprimir “o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros” (art. 173, §4º, da CRFB)⁵?

A leitura atenta de ambos os dispositivos permite denotar uma diferença entre cada uma das normas. No artigo 173, §4º, a Constituição não proíbe a dominação dos mercados ou a eliminação da concorrência⁶,

3 Título VIII – “Da Ordem Social”, Capítulo V – “Da Comunicação Social”.

4 GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 138.

5 Vale destacar que seria plenamente defensável a aplicação do artigo 173, §4º, da CRFB à Comunicação Social, por força do “caput” do artigo 220 da Constituição, que, como indicado anteriormente, impõe a interpretação sistemática das normas constitucionais relacionadas ao tema. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988.

6 Sobre concorrência e eficiência econômica: AZEVEDO, Paulo Furquim de. *Análise econômica da defesa da concorrência*. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e Economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 268.

mas o abuso do poder econômico que vise a essas finalidades. Admite-se, no Brasil, a concentração econômica do mercado, desde que ela não advenha de uma postura abusiva, mas da atuação mais eficiente do agente no regime de livre concorrência (art. 170, IV, CRFB)⁷.

Já o artigo 220, §5º, da Constituição veda diretamente a estrutura de mercado monopolizada ou oligopolizada, sem que se perquiria a razão pela qual foi constituído dado monopólio ou oligopólio⁸. No âmbito da Comunicação Social, não se admite a existência de alta concentração de mercado, ainda que decorrente de atuação eficiente do agente econômico, e não de prática abusiva. A razão para essa diferenciação está na íntima ligação existente entre os valores ligados à comunicação social – manifestação do pensamento, criação, expressão e informação – e o Estado Democrático de Direito⁹.

A pluralidade de vozes na mídia, fomentada por diferentes veículos de informação, diferentes perspectivas editoriais e o acesso à mídia por pessoas com diferentes pontos de vista consistem em importante fundamento da democracia, chegando a ser apontado como o objetivo cultural mais significativo da radiodifusão de sons e imagens¹⁰. Há, inclusive, pesquisas que apontam, de forma estatística, para uma razão inversamente proporcional entre democracia e concentração de propriedade dos meios de comunicação¹¹.

No caso da Democracia brasileira, a Constituição de 1988 prevê, no artigo 1º, V, que a República Federativa do Brasil se constitui em

7 FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 188.

8 Sobre monopólio como falha de mercado: COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. *Direito & Economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 61.

9 Sobre a relação entre falhas de mercado, eficiência econômica e direitos fundamentais: BAPTISTA, Patrícia; KELLER, Clara Iglesias. Por que, quando e como regular as novas tecnologias? Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 273, p. 123-163, 2016. p. 140.

10 INGHAM, Ana Paula Bialer. *Regulation of audiovisual media in a convergent environment: the case of audiovisual content via the internet*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 53.

11 DOMINGUES-DA-SILVA, Juliano; ZAVERUCHA, Jorge; FIGUEIREDO FILHO, Dalson; ROCHA, Enivaldo Carvalho da. Mais concentração de propriedade de Mídia, menos democracia? Testando possibilidades de associação entre variáveis. *Intercom – RBCC*, São Paulo, v. 38, n. 1, p. 65-84, 2015.

Estado Democrático de Direito, e tem, como fundamento, o pluralismo político – que, frisa-se, vai muito além do pluralismo partidário. O conceito de pluralismo político se revela como “direito fundamental à diferença” e alcança “todos os âmbitos e expressões da convivência humana – tanto nas escolhas de natureza política, quanto nas de caráter religioso, econômico, social e cultural, entre outras”¹².

Nesse sentido, é preciso ter em vista que o pluralismo é um fato. A diversidade é inerente aos seres humanos e aos modos de organização social, “o povo é um grupo de heterogeneidades, um conjunto de diferenças, permeadas por pontos comuns”¹³. Essa pluralidade de formas de vida e de ideias contribui de forma ímpar para o desenvolvimento das sociedades, mas gera, invariavelmente, inúmeros conflitos decorrentes da existência de interesses antagônicos e de visões de mundo díspares, especialmente nas sociedades atuais, cada vez mais complexas¹⁴.

Ao optar por uma sociedade pluralista em detrimento de uma sociedade monista, o Poder Constituinte agasalha essa realidade sob o aspecto institucional do Estado Democrático¹⁵, que passa a ter o dever de proteger e conciliar os diversos pontos de vista existentes na sociedade – dever esse que é exercido por meio do papel político do Estado¹⁶. Nesse ponto, a Constituição exerce papel central na definição institucional do exercício do poder político do Estado, com a delimitação de poderes, a criação de um sistema de freios e contrapesos e a garantia de direitos às minorias por meio da abertura inerente aos direitos fundamentais¹⁷.

12 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 156.

13 SAMPAIO, José Adércio Leite. Discurso de legitimidade da jurisdição constitucional e as mudanças legais do regime de constitucionalidade no Brasil. In: SARMENTO, Daniel (org.). *O controle de constitucionalidade e a lei 9.868/99*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 179.

14 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 2, p. 308.

15 RAWLS, John. *Liberalismo político*. São Paulo: Ática, 2000, p. 24.

16 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 143.

17 CARVALHO NETTO, Menelick. Reflexões sobre a relação entre Constituição, povo e estado a partir da discussão de uma Constituição para a Europa. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica - RIHJ*, Belo Horizonte, v. 1, n. 2, 2004, p. 4.

Essa estrutura normativa está de acordo com o que se espera do constitucionalismo democrático, em que o Estado se legitima pelo povo e para o povo, sob pena de se enveredar por ortodoxias opressivas¹⁸ que se apropriam da estrutura burocrática estatal para conformar a identidade de princípios éticos e morais de acordo com sua conveniência, fazendo do povo objeto e, da Constituição, instrumento¹⁹.

Não se admite, na sociedade contemporânea, “a imposição de uma única perspectiva moral como perspectiva moral da sociedade monocrática”²⁰. Nesse aspecto, o constitucionalismo democrático surge como garantidor do pluralismo, como salvaguarda da diversidade e, especialmente, das minorias²¹.

Existe, portanto, uma relação de confluência entre o constitucionalismo, democracia e pluralismo, a ponto de se poder afirmar que

18 SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 143.

19 “Na Teoria da Constituição clássica, foi exatamente para enquadrar esse tipo de embuste histórico que Karl Loewenstein, na sua classificação ontológica, criou a categoria das constituições por ele qualificadas como “semânticas”. Essa categoria foi pensada por Loewenstein para agrupar as constituições que traissem o sentido originariamente atribuído a essa invenção moderna ao se instituírem e funcionarem não mais como uma garantia dos cidadãos contra os eventuais ocupantes do poder institucionalizado, mas, ao contrário, como uma garantia dos detentores do poder contra os cidadãos”. CARVALHO NETTO, Menelick. Reflexões sobre a relação entre Constituição, povo e estado a partir da discussão de uma Constituição para a Europa. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica - RIHJ**, Belo Horizonte, v. 1, n. 2, 2004, p. 4.

20 CARVALHO NETTO, Menelick de. Racionalização do ordenamento jurídico e democracia. *In*: MOURÃO, Gabriela Horta Barbosa; CASTRO, Marcílio França (coord.). **A consolidação das leis e o aperfeiçoamento da democracia**. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2003, p. 15.

21 Vale lembrar a advertência de Ronald Dworkin a respeito do direito das minorias, no sentido de que ele deve ser protegido mesmo quando a maioria pense se tratar de algo nocivo. Nesse sentido: “A existência de direitos contra o governo seria prejudicada se o governo pudesse derrotar tal direito apelando para o direito de uma maioria democrática de fazer sua vontade. Um direito contra o governo deve ser o direito de fazer algo mesmo quando a maioria acha que seria errado fazê-lo, e mesmo quando a maioria ficasse em pior situação se isso fosse feito”. Tradução do original: “*The existence of rights against the Government would be jeopardized if the Government were able to defeat such a right by appealing to the right of a democratic majority to work its will. A right against the Government must be a right to do something even when the majority thinks it would be wrong to do it, and even when the majority would be worse off for having it done*”. DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. London: Gerald Duckworth, 2005. (Publicado inicialmente em 1977). p. 194.

“a democracia seria inconcebível sem pluralismo” (tradução livre²²), que o constitucionalismo só é constitucional se for democrático²³ e que “a democracia só é democrática se impõe limites constitucionais à vontade popular, à vontade da maioria”²⁴ – limites esses que são impostos por meio da Constituição.

Sob essa perspectiva, é possível afirmar que a mídia, no contexto do Estado Democrático de Direito, apresenta-se como instrumento para a realização do pluralismo político, um dos fundamentos da República Democrática Brasileira (art. 1º, V, CRFB)²⁵. Não por outro motivo, fala-se que a liberdade de expressão é concebida pela Constituição de 1988 como “direito-função”, “destinando-se a resguardar o pluralismo, que é um fundamento de nossa República e do nosso Estado Democrático de Direito”²⁶.

Essa é a razão pela qual o direito à informação é apontado pela doutrina como direito fundamental – juntamente com o direito à democracia e o direito ao pluralismo²⁷. Como se disse, existe uma relação de sinergia entre o direito de informação (consectário da comunicação social²⁸), o Estado Democrático de Direito e um dos fundamentos da República brasileira: o pluralismo.

22 No original: “Democracy itself is inconceivable without such pluralism”. OSTER, Jan. **Media freedom as a fundamental right**. Cambridge: Cambridge University Press, 2015, p. 256.

23 CARVALHO NETTO, Menelick de. Racionalização do ordenamento jurídico e democracia. *In*: MOURÃO, Gabriela Horta Barbosa; CASTRO, Marcílio França (coord.). **A consolidação das leis e o aperfeiçoamento da democracia**. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2003, p. 15.

24 CARVALHO NETTO, Menelick de. Reflexões sobre a relação entre Constituição, povo e estado a partir da discussão de uma Constituição para a Europa. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica - RIHJ**, Belo Horizonte, v. 1, n. 2, 2004, p. 2.

25 Sobre pluralismo e as origens das liberdades relativas à informação: SEELAENDER, Airton Cerqueira L. Surgimento da ideia de liberdades essenciais relativas à informação – A ‘Areopagitica’ de Milton. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 86, 1991, p. 206.

26 BERCOVICI, Gilberto; SEELAENDER, Airton L. Cerqueira Leite. Radiodifusão e defesa do pluralismo na Constituição brasileira: a questão das concessões, permissões e autorizações de radiodifusão para pessoas jurídicas com sócios titulares de mandato político eletivo. *In*: BELLO, Enzo; RIBEIRO, Samantha S. Moura. **Democracia nos meios de comunicação: pluralismo, liberdade de expressão e informação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 14-15.

27 BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 586.

28 SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite. Democratização pelos ‘mass media’? – O direito de ser informado e os limites fáticos à sua plena eficácia. *In*: LIMA, Martonio Mont’Alverne

Nesse ponto, sobleva notar que a liberdade de imprensa é um direito reflexo ao direito de informação. Ela, é certo, constitui meio para a concretização da liberdade à informação, mas esta é que dá sentido e justificativa para a proteção daquela²⁹. Cumpre destacar, ainda, que os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo exigem do poder público tanto uma postura abstencionista no tocante à violação desses direitos quanto uma prestação no sentido de “fomentar o maior número possível de grupos sociais e pontos de vista distintos no mercado de ideias”³⁰ – pluralismo.

No que concerne à postura de fomento ao pluralismo, duas questões chamam especial atenção no campo das relações de mídia: a pluralidade da estrutura de mercado, concernente ao número de agentes atuantes no serviço de comunicação (pluralismo externo), e a pluralidade do conteúdo veiculado pelos meios de comunicação existentes no mercado (pluralismo interno)³¹.

A norma que se infere do artigo 220, §5º, da Constituição Federal, enunciada anteriormente, versa justamente sobre pluralismo externo. Ao vedar estruturas de mercado monopolizadas ou oligopolizadas no âmbito da comunicação social, a Constituição de 1988 busca promover a pulverização de agentes econômicos atuantes como veículo de comunicação, que é instrumental para a consolidação dos direitos fundamentais à informação, à democracia e ao pluralismo.

3. CONCENTRAÇÃO DO SETOR DE RADIODIFUSÃO DE SONS E IMAGENS

Como foi visto, as empresas de mídia constituem relevantes atores no campo econômico, político e, sobretudo, social, na medida em que definem as pautas dos debates travados pela sociedade e atuam com

Barreto; ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes (org.). *Democracia, Direito e Política: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Müller*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006, p. 63-64.

29 SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, p. 247.

30 FONTE JUNIOR, João Bosco Araujo. *Liberdades e limites na atividade de rádio e televisão: teoria geral da comunicação social na ordem jurídica brasileira e no direito comparado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 80.

31 SARMENTO, Daniel. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2013, p. 2042.

protagonismo na construção da opinião pública³². A mídia tem, dessa forma, papel fundamental na formação do espectro plural de ideias que deve permear a sociedade. Daí por que a Constituição de 1988 estabelece uma série de diretrizes que visam a assegurar que os meios de comunicação atuem na promoção do pluralismo. Uma das mais importantes é a vedação de monopólios ou oligopólios (art. 220, §5º, CRFB). O escopo do dispositivo é ampliar o debate público de ideias por meio do incremento do número de agentes que atuam no setor de comunicação. Não obstante essa formatação esteja de acordo com o que se espera de um Estado Democrático de Direito³³, não se verifica avanços significativos no plano infraconstitucional e tampouco na situação do mercado de mídia brasileiro.

O grande expoente do setor de mídia ainda é a radiodifusão de sons e imagens (televisão ou TV), que desempenha papel nuclear como instrumento de informação da população brasileira. Nessa perspectiva, é sensível o fato de que 98% das pessoas no Brasil assistem à TV pelo menos uma vez por semana. Desse percentual, 69% das pessoas apontam, como um dos motivos do acesso, a busca por informação. Vale dizer, quase 70% (mais especificamente, 67,62%) da população brasileira utiliza a TV como meio para se informar. Ilustrativamente, na mesma pesquisa, o rádio aparece em segundo lugar, sendo meio de informação semanal para 27% da população.³⁴ O poder econômico da TV no Brasil também é enorme. Na distribuição da verba de mídia, entre as mídias, a TV concentra 67,5% da receita, enquanto os jornais detêm 11,8%, e as rádios, apenas 4%³⁵.

Essa situação ganha ainda mais relevância quando se tem em vista que “a comunicação social brasileira se concentra em apenas nove

32 LIMA, Venício A. de. *Liberdade de expressão x liberdade de imprensa*. 2. ed. São Paulo: Publisher Brasil, 2012, p. 153.

33 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 143.

34 Dados disponibilizados pela Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão – ABERT em seu site: <https://www.abert.org.br/web/index.php/dados-do-setor/estatisticas/estatisticas-de-comportamento>. Acesso em: 21 jul. 2019.

35 Dados disponibilizados pela Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão – ABERT em seu site: <https://www.abert.org.br/web/index.php/dados-do-setor/estatisticas/faturamento-do-setor>. Acesso em: 21 jul. 2019.

grandes grupos, formando impérios da comunicação social que incluem jornais, rádios e televisões, sejam tradicionais ou a cabo, ante a absoluta ausência de proibição de propriedades cruzadas”³⁶.

O que se nota é um quadro de extrema concentração do mercado de mídia brasileiro – especialmente o de radiodifusão de sons e imagens –, o que vai de encontro ao que dispõe a Constituição Federal de 1988 e fragiliza, por consequência, os direitos fundamentais ao pluralismo, à democracia e à informação.

Essa conjuntura – por si só alarmante – é agravada por dizer respeito ao setor da sociedade responsável por fomentar o debate público e denunciar a violação de direitos e problemas estruturais do país. Nesse sentido, há um consenso de que a mídia “não discute a si mesma”³⁷, e, nas poucas oportunidades que o faz, “a análise dos discursos dos jornais sobre a regulação da mídia demonstra uma evidente intenção de influenciar, de convencer, muito mais do que de informar”³⁸.

Por outro lado, é sensível a relação estreita entre os radiodifusores e o poder político³⁹. Hoje, “aproximadamente 30% de todas as concessões estão nas mãos de políticos”⁴⁰. As normas até então existentes sobre a restrição de concessões ou permissões feitas em benefício direto ou indireto de parlamentares têm sido burladas rotineiramente⁴¹. Essa situação

36 FONTE JUNIOR, João Bosco Araujo. *Liberdades e limites na atividade de rádio e televisão: teoria geral da comunicação social na ordem jurídica brasileira e no direito comparado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 83.

37 Venício Lima, Jornalista e Professor aposentado da Universidade de Brasília (UnB), em entrevista para: NONATO, Cláudia. Venício Lima: em defesa da democratização dos meios de comunicação – entrevista. *Comunicação & Educação*, São Paulo, v. XIX, n. 1, 2014, p. 90.

38 VANNUCHI, Camilo Morano. A regulação dos meios de comunicação no discurso dos jornais. *Revista ALTERJOR – Grupo de Estudos: Jornalismo Popular e Alternativo (ECA-USP)*, São Paulo, ano 8, v. 1, n. 17, 2018, p. 36.

39 REBOUÇAS, Edgard. Estratégia retórica dos ‘donos’ da mídia como escudo ao controle social. *Líbero*, São Paulo, v. 9, n. 17, p. 41-50, 2006. E ainda: ROTHBERG, Danilo; NAPOLITANO, Carlo José; STROPPA, Tatiana. Direito, sociedade e comunicação: um exame do anteprojeto de lei da mídia democrática no Brasil. *Comunicação e Sociedade*, São Paulo, v. 30, p. 87-102, 2016, p. 89.

40 FONTE JUNIOR, João Bosco Araujo. *Liberdades e limites na atividade de rádio e televisão: teoria geral da comunicação social na ordem jurídica brasileira e no direito comparado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 81.

41 BERCOVICI, Gilberto; SEELAENDER, Airtton L. Cerqueira Leite. Radiodifusão e defesa do pluralismo na Constituição brasileira: a questão das concessões, permissões e autorizações

dificulta sobremaneira que as discussões a respeito da reestruturação desse setor tenham lugar perante os poderes políticos.

Tal conjuntura subverte a lógica constitucional estabelecida para a comunicação social. Os modelos de radiodifusão funcionam, no mais das vezes, em prol dos interesses dos empresários do setor, em vez de ter, por referência central, o direito subjetivo à informação⁴² - tudo sob o silêncio da mídia e dos poderes políticos.

Os estudos acadêmicos surgem, então, como uma das poucas vozes independentes capazes de examinar o setor de mídia brasileiro, ressaltar os problemas e apontar as soluções, para que se amplie o debate a respeito do quadro sistêmico de violação aos direitos fundamentais ao pluralismo, à informação e à democracia.

4. PERSPECTIVAS PARA O DESENVOLVIMENTO DO PLURALISMO EXTERNO NO SETOR DE MÍDIA

Tendo em vista a situação da mídia do Brasil (elevado grau de concentração), e sob a perspectiva da participação de agentes no mercado (pluralismo externo), é preciso perquirir os meios suficientes para promover o desenvolvimento do pluralismo a fim de dar concretude aos direitos fundamentais à democracia, à informação e ao pluralismo.

A excessiva concentração econômica, seja no formato monopolista, seja no formato oligopolista, constitui falha de mercado apta a produzir diversos efeitos nocivos para a economia. No âmbito do mercado de mídia, essa situação se agrava por impactar os direitos fundamentais à democracia, ao pluralismo e à informação.

A doutrina é pródiga em apontar consequências sociais negativas que decorrem da alta concentração do setor de comunicação: fragilização dos debates sociais, priorização do entretenimento em detrimento

de radiodifusão para pessoas jurídicas com sócios titulares de mandato político eletivo. In: BELLO, Enzo; RIBEIRO, Samantha S. Moura. **Democracia nos meios de comunicação: pluralismo, liberdade de expressão e informação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 37.

42 SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite. Democratização pelos ‘mass media’? – O direito de ser informado e os limites fáticos à sua plena eficácia. In: LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto; ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes (org.). **Democracia, direito e política: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Müller**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006.

de temas de interesse público, tendência conservadora pelo *status quo* econômico, esvaziamento das ideias de grupos que não detêm poder econômico ou capital político – em suma, comprometimento do pluralismo e empobrecimento do debate público⁴³. É preciso, portanto, determinar os mecanismos aptos a promover a democratização da estrutura de mídia e, conseqüentemente, o fomento do pluralismo e o fortalecimento do direito à informação.

As novas tecnologias têm sido apontadas como o caminho para a desconcentração do serviço de mídia⁴⁴, pois elas possibilitariam um sem número de cenários por meio dos quais se poderia vislumbrar a pulverização dos meios informativos, sem que os limites físicos, políticos e econômicos se imponham como barreiras para a difusão da informação de forma menos concentrada⁴⁵.

A essa argumentação se contrapõe o fato de que, no Brasil, grande parte das pessoas ainda utiliza a TV aberta como principal meio de acesso à informação, e o cenário de concentração econômica nesse setor ainda é um dos mais altos do mundo⁴⁶.

Argumenta-se, nesse sentido, que, se, por um lado, pode-se contar com as tecnologias disruptivas e a convergência das mídias para a alteração desse cenário oligopolista⁴⁷, por outro não se sabe ao certo se elas teriam o condão de solucionar sozinhas esse problema, e, nesse caso, quanto tempo levaria essa transformação.

43 SARMENTO, Daniel. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2013, p. 2041.

44 BARROS, Bruno Mello Correa de. As novas mídias como instrumentos de resistência ao controle da informação no Brasil: um olhar para os meios de comunicação e a luta pela democratização. *Confluências – Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito*, Niterói, v. 20, n. 1, p. 5-22, 2018.

45 INGHAM, Ana Paula Bialer. *Regulation of audiovisual media in a convergent environment: the case of audiovisual content via the internet*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 23-29.

46 Conforme foi apontado no item anterior.

47 Ainda assim, há quem aponte ressalva quanto a esse otimismo sob o fundamento de que “o domínio tecnológico se imporá sempre sobre os carentes, já que sua alta sofisticação faz com que sempre esteja nas mãos de quem detém a dominação tecnológica”. RIOS, Aníbal Sierralta. A revolução tecnológica dos meios de comunicação e os desafios do direito e da democracia. *Meritum*, Belo Horizonte, v. 7, n. 1, p. 305-353, 2012, p. 350.

Uma segunda abordagem diz respeito à possibilidade de regulação de estruturas de mercado de comunicação social⁴⁸. O fomento ao pluralismo externo por meio da regulação da estrutura dos serviços de comunicação aparece como o mecanismo utilizado na maior parte dos países – ainda que os modelos regulatórios sejam distintos entre si⁴⁹. Países como o Reino Unido⁵⁰, França⁵¹, Estados Unidos⁵², Alemanha⁵³, Itália⁵⁴, Espanha, Portugal⁵⁵ e Argentina, Equador, Venezuela e Uruguai⁵⁶ já procedem à regulação das estruturas dos serviços de mídia.

Sobre essa possibilidade, a primeira indagação que surge é se a regulação da mídia redundaria inevitavelmente em censura, por permitir o controle governamental sobre os meios de comunicação social. Esse é um discurso presente nos veículos de comunicação. Segundo eles, impor regulação ao setor de comunicação significaria limitar a liberdade de imprensa e impor censura aos agentes que atuam no setor de mídia, o que iria de encontro ao que se espera de uma democracia pluralista.

A sociedade brasileira é recém-saída de um regime autocrático, período em que os direitos à informação e à liberdade de imprensa

48 KEANE, John. *The media and democracy*. Cambridge: Cambridge Polity Press, 1991. p. 52.

49 SILVA MARQUES, Rodolfo. *A mídia e a lei: Análise comparada das políticas de regulação dos meios de comunicação no Brasil e na Argentina no início do século XXI*. 2018. 440 f. Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Stumpf González. Tese (Doutorado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Programa de Pós-Graduação em Ciência Política, Porto Alegre, 2018, p. 72 e ss.

50 SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite. Democratização pelos ‘mass media’? – O direito de ser informado e os limites fáticos à sua plena eficácia. In: LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto; ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes (org.). *Democracia, Direito e Política: Estudos Internacionais em Homenagem a Friedrich Müller*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006, p. 57.

51 SCORSIM, Ericson Meister. Em defesa da regulação dos serviços de televisão por radiodifusão. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 249, p. 49-56, 2008, p. 54-56.

52 *Ibid.*, p. 52-54.

53 FARIAS, Edilsom. *Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 211.

54 *Ibid.*, p. 210.

55 LIMA, Venício A. de. *Liberdade de expressão x liberdade de imprensa*. 2. ed. São Paulo: Publisher Brasil, 2012, p. 153.

56 VANNUCHI, Camilo. O direito à comunicação e os desafios da regulação dos meios no Brasil. *Galaxia*, São Paulo, n. 38, p. 167-180, 2018, p. 176-177.

foram gravemente vilipendiados. Isso faz com que o discurso da mídia em relação à intangibilidade do serviço de comunicação ganhe coro facilmente na sociedade e se estabeleça a partir de um raciocínio binário: liberdade de imprensa ou censura pública⁵⁷.

Essa narrativa mascararia, no entanto, o fato de que a possibilidade de censura pública não afasta a de uma censura privada, consubstanciada no monopólio e no direcionamento do discurso público com o intuito de favorecer os interesses econômicos e políticos dos empresários que dominam o setor de comunicação social⁵⁸.

Assim, não se poderia negar a possibilidade de que a regulação da mídia redundasse em arbítrio estatal - e, portanto, em censura pública. No entanto, seria inegável que o atual estágio de concentração econômica no Brasil possibilitaria, de fato, a existência de censura privada.

Nessa perspectiva, não faria sentido preferir uma violação atual aos direitos fundamentais sob o argumento de que corrigi-la poderia redundar em outra violação futura. Esse raciocínio seria, no mínimo, inconstitucional, por compactuar com a atual crise sistêmica dos direitos fundamentais à informação e ao pluralismo.

O fomento ao pluralismo externo por meio da regulação da estrutura dos serviços de comunicação teria, inclusive, o condão de evitar ou reduzir a intervenção do poder público no conteúdo veiculado pelos meios de comunicação (pluralismo interno). Vale dizer, ao contrário do senso comum, o estímulo ao pluralismo externo não constituiria censura; pelo contrário, ele evitaria que fosse necessária a sindicância do conteúdo produzido pelos meios de comunicação atuantes no mercado⁵⁹.

Nessa perspectiva, caberia indagar sobre o modo de proceder à regulação das estruturas do setor de mídia a fim de dar concretude

57 MAURÍCIO, Patrícia. Regulação do audiovisual no Brasil: tudo outra vez de novo. *Revista Eptic*, São Cristóvão, v. 17, n. 2, 2015, p. 140.

58 SARMENTO, Daniel. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2013, p. 2041.

59 SARMENTO, Daniel. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2013, p. 2042.

aos direitos fundamentais à informação e ao pluralismo, sem permitir o avanço autoritário do controle governamental ou a concentração e a censura privada.

Apontam-se, então, diversos modelos de regulação da mídia ao redor do mundo⁶⁰. Um importante ponto de partida seria que a atividade regulatória deveria impor a distinção entre a política e a técnica no âmbito da administração pública, a fim de evitar condutas arbitrárias com base em suas próprias preferências ou ideologias⁶¹. Dever-se-ia buscar um equilíbrio no estabelecimento de normas para o setor, a fim de que o discurso não seja monopolizado pelo aparato de controle governamental nem pela pequena elite que comanda o setor de comunicação⁶².

Daí a necessidade de se correlacionar o modelo regulatório de mídia adotado nos diversos países com os valores da democracia e do pluralismo – sobre os quais se estrutura a Constituição de 1988 –, a fim de estabelecer as bases que devem reger o estabelecimento de eventual política de fomento dos meios de comunicação social no Brasil. É preciso construir um modelo do setor de mídia que fomente os direitos fundamentais à informação e ao pluralismo, essenciais ao Constitucionalismo Democrático.

5. CONCLUSÃO

A excessiva concentração econômica do setor de radiodifusão de sons e imagens constitui falha de mercado apta a impactar severamente os direitos fundamentais à democracia, ao pluralismo e à informação – sobre os quais se estrutura a Constituição de 1988. É preciso, portanto,

60 SILVA MARQUES, Rodolfo. *A mídia e a lei: Análise comparada das políticas de regulação dos meios de comunicação no Brasil e na Argentina no início do século XXI*. 2018. 440 f. Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Stumpf González. Tese (Doutorado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Programa de Pós-Graduação em Ciência Política, Porto Alegre, 2018, p. 72 e ss.

61 DIAS, Rodrigo Garrido. Regulação estatal, autorregulação privada e novas tecnologias disruptivas. In: SADDY, André; CHAUVET, Rodrigo da Fonseca; SILVA, Priscila Menezes da. (coord.). *Aspectos jurídicos das novas tecnologias (inovações) disruptivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 55.

62 SARMENTO, Daniel. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2013, p. 2037.

determinar os mecanismos aptos a promover a democratização da estrutura de mídia.

Por uma primeira abordagem, as novas tecnologias têm sido apontadas como o caminho para a desconcentração do serviço de mídia. Elas possibilitariam a pulverização dos meios informativos, sem que os limites físicos, políticos e econômicos se imponham como barreiras para a difusão da informação de forma menos concentrada.

Por uma segunda abordagem, fala-se na regulação de estruturas de mercado de comunicação social, como já ocorre em países como Reino Unido, França, Estados Unidos e Alemanha. O fomento ao pluralismo externo por meio da regulação da estrutura dos serviços de comunicação teria, inclusive, o condão de evitar ou reduzir a intervenção do poder público no conteúdo veiculado pelos meios de comunicação (pluralismo interno). Vale dizer, ao contrário do senso comum, o estímulo ao pluralismo externo não constituiria censura; pelo contrário, ele evitaria que fosse necessária a sindicância do conteúdo produzido pelos meios de comunicação atuantes no mercado.

Seja como for, é sensível a necessidade de que sejam estabelecidas as bases de uma política de desenvolvimento dos meios de comunicação social no Brasil e de que sejam determinados os mecanismos aptos a promover a democratização das estruturas do setor de mídia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, Paulo Furquim de. Análise econômica da defesa da concorrência. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012.

BAPTISTA, Patrícia; KELLER, Clara Iglesias. Por que, quando e como regular as novas tecnologias? Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 273, p. 123-163, 2016.

BARROS, Bruno Mello Correa de. As novas mídias como instrumentos de resistência ao controle da informação no Brasil: um olhar para os meios de comunicação e a luta pela democratização. **Confluências – Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito**, Niterói, v. 20, n. 1, p. 5-22, 2018.

BERCOVICI, Gilberto; SEELAENDER, Airton L. Cerqueira Leite. Radiodifusão e defesa do pluralismo na Constituição brasileira: a questão das concessões, permissões e autorizações de radiodifusão para pessoas jurídicas com sócios titulares de mandato político eletivo. *In*: BELLO, Enzo; RIBEIRO, Samantha S. Moura. **Democracia nos meios de comunicação: pluralismo, liberdade de expressão e informação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

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.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Racionalização do ordenamento jurídico e democracia. *In*: MOURÃO, Gabriela Horta Barbosa; CASTRO, Marcílio França (coord.). **A consolidação das leis e o aperfeiçoamento da democracia**. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2003.

CARVALHO NETTO, Menelick. Reflexões sobre a relação entre Constituição, povo e estado a partir da discussão de uma Constituição para a Europa. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica - RIHJ**, Belo Horizonte, v. 1, n. 2, 2004.

COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. **Direito & economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

DIAS, Rodrigo Garrido. Regulação estatal, autorregulação privada e novas tecnologias disruptivas. *In*: SADDY, André; CHAUVET, Rodrigo da Fonseca; SILVA, Priscila Menezes da. (coord.). **Aspectos jurídicos das novas tecnologias (inovações) disruptivas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

DOMINGUES-DA-SILVA, Juliano; ZAVERUCHA, Jorge; FIGUEIREDO FILHO, Dalson; ROCHA, Enivaldo Carvalho da. Mais concentração de propriedade de Mídia, menos democracia? Testando possibilidades de associação entre variáveis. **Intercom – RBCC**, São Paulo, v. 38, n. 1, p. 65-84, 2015.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. London: Gerald Duckworth, 2005. (Publicado inicialmente em 1977).

FONTE JUNIOR, João Bosco Araujo. **Liberdades e limites na atividade de rádio e televisão: teoria geral da comunicação social na ordem jurídica brasileira e no direito comparado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e Democracia**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 2.

INGHAM, Ana Paula Bialer. **Regulation of audiovisual media in a convergent environment: the case of audiovisual content via the internet**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

KEANE, John. **The media and democracy**. Cambridge: Cambridge Polity Press, 1991.

LIMA, Venício A. de. **Liberdade de expressão x liberdade de imprensa**. 2. ed. São Paulo: Publisher Brasil, 2012.

LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo. **O direito à informação e as concessões de rádio e televisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MAURÍCIO, Patrícia. Regulação do audiovisual no Brasil: tudo outra vez de novo. **Revista Eptic**, São Cristóvão, v. 17, n. 2, p. 137-152, 2015.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

NEVES, Marcelo. Justicia y Diferencia en una Sociedad Global Compleja. **Doxa**, Alicante, v. 24, p. 349-377, 2001.

NONATO, Cláudia. Venício Lima: em defesa da democratização dos meios de comunicação – entrevista. **Comunicação & Educação**, São Paulo, v. XIX, n. 1, p. 83-92, 2014.

OSTER, Jan. **Media freedom as a fundamental right**. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

RAWLS, John. **Liberalismo político**. São Paulo: Ática, 2000.

REBOUÇAS, Edgard. Estratégia retórica dos ‘donos’ da mídia como escudo ao controle social. **Líbero**, São Paulo, v. 9, n. 17, p. 41-50, 2006.

RIOS, Aníbal Sierralta. A revolução tecnológica dos meios de comunicação e os desafios do direito e da democracia. **Meritum**, Belo Horizonte, v. 7, n. 1, p. 305-353, 2012.

ROTHBERG, Danilo; NAPOLITANO, Carlo José; STROPPIA, Tatiana. Direito, sociedade e comunicação: um exame do anteprojeto de lei da mídia democrática no Brasil. **Comunicação e Sociedade**, São Paulo, v. 30, p. 87-102, 2016. DOI: [http://dx.doi.org/10.17231/comsoc.30\(2016\).2487](http://dx.doi.org/10.17231/comsoc.30(2016).2487)

SAMPAIO, José Adércio Leite. Discurso de legitimidade da jurisdição constitucional e as mudanças legais do regime de constitucionalidade no Brasil. *In*: SARMENTO, Daniel (org.). **O controle de constitucionalidade e a lei 9.868/99**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SARMENTO, Daniel. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2013.

SCORSIM, Ericson Meister. Em defesa da regulação dos serviços de televisão por radiodifusão. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 249, p. 49-56, 2008.

SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite. Democratização pelos ‘mass media’? – O direito de ser informado e os limites fáticos à sua plena eficácia. *In*: LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto; ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes (org.). **Democracia, Direito e Política: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Müller**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006.

SEELAENDER, Airton Cerqueira L. Surgimento da ideia de liberdades essenciais relativas à informação – a ‘areopagitica’ de Milton. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 86, 1991.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros.

SILVA MARQUES, Rodolfo. **A mídia e a lei: Análise comparada das políticas de regulação dos meios de comunicação no Brasil e na Argentina no início do século XXI**. 440 f. Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Stumpf González. Tese (Doutorado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Programa de Pós-Graduação em Ciência Política, Porto Alegre, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e princípios da interpretação constitucional. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2013, p. 75-90.

VANNUCHI, Camilo Morano. A regulação dos meios de comunicação no discurso dos jornais. **Revista ALTERJÓR – Grupo de Estudos: Jornalismo Popular e Alternativo (ECA-USP)**, São Paulo, ano 8, v. 1, n. 17, 2018.

VANNUCHI, Camilo. O direito à comunicação e os desafios da regulação dos meios no Brasil. **Galaxia**, São Paulo, n. 38, p. 167-180, 2018. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/1982-2554232145>

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 consequentialistas 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. [...]

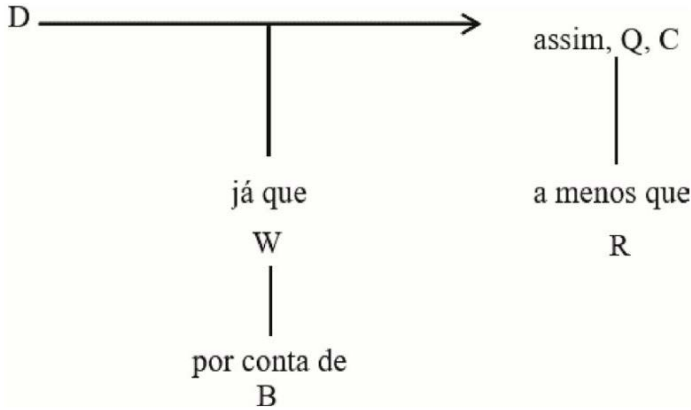
Há, ainda, para enriquecer a estrutura da argumentação, as possíveis condições de refutação [R de *rebuttals*], que indicam situações em que a garantia deve deixar de ser aplicada. Ou seja, trata-se de possível exceção à regra geral que justifica a relação entre os dados e a alegação.

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.

A garantia [W] legitima a argumentação a partir dos fatos específicos [D]. O apoio [B] será necessário no caso de se duvidar da garantia [W] apresentada.

O *layout*, de forma esquematizada¹¹, fica da seguinte forma:



Fonte: Elaborada pelo autor

A aplicação do *layout* de Toulmin como baliza argumentativa de decisões jurídicas ganha relevo especial. Isso porque, o art. 37 da Constituição Federal *c/c* art. 489 do Código de Processo Civil explicita o dever de fundamentação de todas as decisões jurídicas, sejam estas administrativas ou judiciais. E, em se tratando de ordenamentos jurídicos de tradição *civil law*, como é o caso brasileiro, é imperioso que o apoio de toda a modelagem argumentativa seja fundado em algum texto normativo vigente no ordenamento jurídico.

Nas precisas palavras de José Maria Arruda Andrade¹²:

Esse ponto é importante, de acordo com as nossas regras, como nosso sistema jurídico, que obriga a fundamentação das decisões jurídicas – sejam administrativas ou judiciais e impedem o *non liquet* –, que o fundamento de direito positivo deve ser apresentado (teste do *pedigree*).

¹¹ *Ibid.*, p. 158.

¹² ANDRADE, José Maria Arruda de. *Economicização do Direito Concorrencial*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 159.

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 inexistir 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 sem 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 Braidó. 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 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.

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 convolação 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 convolação 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 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”;

[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_WbwW2s6qs0NT9ln52VSdaq8w9j2HYFHNwrb4tyneUIVxVnm2TWcDua. Acesso em: 4 nov. 2022.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Voto do Conselheiro-Relator Luis Henrique Bertolino Braidó**. 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).