

**Inspere**  
**LL.M Direito dos Contratos**

**Jonatas Felipe Gomes dos Santos**

**A Autonomia Privada e Análise Econômica do Direito como Vetor de  
Desenvolvimento no Setor de Telecomunicações**

**São Paulo – SP**  
**2021**

**Jonatas Felipe Gomes dos Santos**

**A Autonomia Privada e Análise Econômica do Direito como Vetor de  
Desenvolvimento no Setor de Telecomunicações**

Trabalho de Conclusão de Curso (artigo)  
apresentado ao programa de LL.M de Direitos  
dos Contratos como requisito para obtenção de  
título de Especialista em Direito Contratual.  
Insper.

Orientador: Professor Doutor Rodrigo  
Fernandes Rebouças

**São Paulo – SP**

**2021**

**Jonatas Felipe Gomes dos Santos**

**A Autonomia Privada e Análise Econômica do Direito como Vetor de  
Desenvolvimento no Setor de Telecomunicações**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado  
ao programa de LL.M de Direitos dos Contratos  
como requisito para obtenção de título de  
Especialista em Direito Contratual. Insper.

Orientador: Professor Doutor Rodrigo  
Fernandes Rebouças

**Data de Aprovação:** \_\_\_\_\_ / \_\_\_\_\_ / \_\_\_\_\_

***Dedico este trabalho***

*Aos meus pais, pela dádiva da vida; a minha esposa, por todo amor, auxílio e compreensão nas horas furtadas de sua companhia; e aos familiares que nos deixaram em 2021.*

## **AGRADECIMENTOS**

*Ao Professor Rodrigo Rebouças pela inspiração e aprendizados ao longo do curso.*

*A Anna Lucia de Souza pela oportunidade e incentivo.*

## RESUMO

Com o avanço da sociedade, a vontade (força interior que impulsiona o indivíduo a realizar algo) assume um papel cada vez mais importante para circularização de bens e direitos. É essa autonomia da vontade de cada indivíduo que dá origem a formação dos negócios jurídicos, ora externado por meio dos contratos. Os contratos, por sua vez, mostram-se cada vez mais importantes para o desenvolvimento da sociedade atualmente, ainda mais no setor de telecomunicações que, à medida em que sua evolução é marcada no Brasil, evidencia-se como um importante segmento para a economia e desenvolvimento do país, mas que, muito embora tenha esta relevância, possui grandes desafios que refletem em toda cadeia produtiva, especialmente no que se refere à interpretação dos contratos quando judicializados e consequente insegurança jurídica gerada, momento em que a análise econômica do direito e o capitalismo consciente apresenta-se como grande aliada à possíveis impactos no setor, que, por sua vez, podem refletir na sociedade, positiva ou negativamente.

**Palavras-chave:** Autonomia Privada. Contrato. Princípios Contratuais. Análise Econômica do Direito. Telecomunicações no Brasil.

## **ABSTRACT**

With the progress of society, the will (the inner force that drives the individual to accomplish something) takes on an increasingly important role in the circulation of goods and rights. It is this autonomy of will that gives rise to the formation of legal businesses, now expressed through contracts. Contracts, in turn, are becoming increasingly important for the development of society today, even more so in the telecommunications sector, which, as its evolution is marked in Brazil, is evidenced as an important segment for the economy and development of the country, but which, despite having this relevance, has great challenges that reflect throughout the productive chain, especially with regard to the interpretation of contracts when judicialized and the consequent legal insecurity generated, a moment in which the economic analysis of law and conscious capitalism presents itself as a great ally to possible impacts on the sector, which, in turn, may reflect on society, positively or negatively.

**Key words:** Private Autonomy. Contract. Principles of Contract. Economic Analysis of Law. Telecommunications in Brazil.

## SUMÁRIO

<b>Sumário .....</b>	<b>8</b>
<b>1. Introdução.....</b>	<b>9</b>
1.1 Breve Contextualização e Conceito Inicial sobre Obrigações .....	9
1.2 Das Obrigações e seus Elementos.....	10
<b>2 O CONTRATO .....</b>	<b>12</b>
2.1 Função Econômica do Contrato.....	13
2.2 Natureza jurídica do Contrato .....	14
2.3 Princípios Regedores na Formação do Contrato .....	15
2.4 Autonomia Privada x Autonomia da Vontade.....	20
<b>3 Análise Econômica do Direito e a Teoria Econômica do Contrato .....</b>	<b>22</b>
3.1 Princípios Norteadores do Código Civil.....	23
3.2 Análise econômica do Direito e a teoria econômica do contrato.....	25
3.3 Capitalismo consciente .....	27
<b>4 DO SETOR DE TELECOMUNICAÇÕES.....</b>	<b>31</b>
4.1 Breve Histórico e Modelo de Telecomunicações no Brasil.....	31
<b>4.1.1 Período de 1952 a 1971: Crescimento Desordenado e a Institucionalização da Ação Governamental.....</b>	<b>31</b>
<b>4.1.2 Período de 1972 a 1996: Expansão da Telebrás e o Esgotamento do Modelo Estatal .....</b>	<b>32</b>
<b>4.1.3 Período de 1997 a 2001: A implantação de um Novo Modelo Visando Universalização, Qualidade e Competição .....</b>	<b>34</b>
<b>4.1.4 Período de 2001 a 2005: O surgimento e as políticas públicas pós-privatização.....</b>	<b>35</b>
4.2 O Setor de Telecomunicações na Atualidade e Expectativas .....	37
4.3 Contratos de Concessão e Outras Contratações Necessárias no Setor de Telecomunicações .....	41
<b>5 Conflitos Principais e a Análise Econômica do Direito (AED) nos Contratos de Telecomunicações.....</b>	<b>43</b>
<b>6 Conclusão.....</b>	<b>49</b>
<b>Referências.....</b>	<b>51</b>
<b>Lista de Legislação e Jurisprudência .....</b>	<b>53</b>

## 1. INTRODUÇÃO

### 1.1 Breve Contextualização e Conceito Inicial sobre Obrigações

Para possibilitar a completa e real compreensão da discussão proposta no presente trabalho, torna-se imprescindível iniciar o estudo conferindo uma breve contextualização histórica do contrato como resultado do acordo de vontades, aproveitando-se deste contexto para dispor de pequenos conceitos basilares e essenciais relacionados ao tema.

Importante realçar que, a orientação metodológica mais adequada para estabelecer a evolução do contrato ao longo da história é contextualizá-lo em cada experiência social em que está ou esteve inserido<sup>1</sup> e que, por tanto, é preciso reconhecer que os conceitos de contrato que se têm atualmente foram todos construídos por meio contextos históricos e econômicos que, não necessariamente, foram semelhantes um ao outro à época de construção, raciocínio este que desde logo é apresentado ao leitor e que guiará todo trabalho.

A princípio, é indubitável dizer que, tão antigo como o próprio ser humano, é a conceituação de contrato, que nasceu a partir do momento em que a humanidade passou a se relacionar e a conviver em sociedade<sup>2</sup>, quando então surge a necessidade de correlação entre direitos e deveres ou obrigações entre as pessoas. Nesse mesmo sentido é que nasce a ideia de vínculo de direito que conecta umas pessoas as outras, ou a existência de uma relação patrimonial entre elas; logo, “se há o reconhecimento do direito de uma pessoa, há também a obrigação de reconhecer o direito da outra pessoa”<sup>3</sup>.

A partir deste simples entendimento pode-se deduzir que, para existir esta relação entre as pessoas, pressupõe-se que há o interesse de se relacionar entre elas e, para então regular tais interesses e permitir a coexistência pacífica entre essas pessoas, implanta-se a ordem social<sup>4</sup>, na qual contempla os direitos e

---

<sup>1</sup> TEPEDINO, Gustavo. **Fundamentos do Direito Civil - Contratos** - Vol. 3. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020, p.1.

<sup>2</sup> TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil - Volume Único**. São Paulo: Grupo GEN, 2020, p.553.

<sup>3</sup> RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021, p.1.

<sup>4</sup> Ordem social é o conjunto de normas, instituições e costumes que regulam a vida dos indivíduos nas suas relações. Relativo à ordem da sociedade. Está previsto no art. 193 CF/88 e têm como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

obrigações. A obediência aos direitos e obrigações é o que torna a convivência em sociedade pacífica e possível<sup>5</sup>.

## 1.2 Das Obrigações e seus Elementos

Em uma divisão básica e generalista acerca do termo obrigação, juridicamente pode ser compreendido em dois sentidos: (i) o sentido amplo, em que obrigação é sinônimo de dever jurídico de qualquer natureza; e (ii) em sentido estrito, no qual obrigação é utilizado para designar uma espécie particular de dever jurídico: o dever de prestação<sup>6</sup>, que é definida como a relação jurídica mediante a qual o devedor fica adstrito ao cumprimento de uma prestação ao credor, que tem o direito de exigí-la<sup>7</sup>.

O tema obrigação em si possui uma alta abstração conceitual, alto rigor dogmático e exerce um papel central no direito privado – ordenamento jurídico que regula os interesses dos particulares, o que, por esta razão, resulta em muitos estudos aprofundados; inclusive o tema é tratado pela parte especial do Código Civil de 2002, entre os artigos 233 a 420, porém, será brevemente explanado neste trabalho, para melhor apoio à discussão central.

A relação jurídica obrigacional possui como estrutura três elementos essenciais: (i) o elemento subjetivo: os titulares de interesse, também chamados de credor e devedor; (ii) o elemento objetivo: que consiste na própria prestação; e (iii) o elemento imaterial: que consiste no próprio vínculo jurídico entre os titulares de interesse<sup>8</sup>. Esta relação jurídica irá determinar a disciplina incidentes sobre os elementos de sua estrutura<sup>9</sup> e, portanto, passa ter uma conotação normativa aos interessados dentro do contexto que o constitui e justificaram àquela obrigação<sup>10</sup>.

---

<sup>5</sup> RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021, p. 2.

<sup>6</sup> SCHREIBER, Anderson. **Manual de Direito Civil: Contemporâneo**. São Paulo: Editora Saraiva, 2021, p. 131.

<sup>7</sup> TEPEDINO, Gustavo e SCHREIBER, Anderson, **Direito das obrigações**, in Álvaro Villaça Azevedo (Coord.), Código Civil comentado, São Paulo: Atlas, 2008, v. IV, p. 3-4.

<sup>8</sup> TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil - Volume Único**. São Paulo: Grupo GEN, 2020, p.310.

<sup>9</sup> TEPEDINO, Gustavo. **Fundamentos do Direito Civil - Obrigações** - Vol. 2. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020, p.3.

<sup>10</sup> Pietro Perlingieri, Recenti prospettive nel diritto delle obbligazioni, in Le obbligazioni tra vecchi e nuovi dogmi, Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 1990, p. 40.

Neste contexto entre interesse e obrigação, pode-se deduzir que as ações humanas se realizam dentro da esfera do direito, ou seja, produzem efeitos jurídicos. Conseqüentemente, essas ações, “quando têm por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos, passam a ser chamadas de atos jurídicos”<sup>11</sup>.

Para o Direito é importante realizar um paralelo entre o que é ato jurídico, fato jurídico e negócio jurídico. Conforme Rizzardo (2021), ato jurídico corresponde a aquilo que é determinado pela vontade do homem, com propósito de obter certos efeitos jurídicos restritamente à sua pessoa; fato jurídico é todo acontecimento emanado do homem ou das coisas que produz uma consequência jurídica; negócio jurídico é a composição do interesse das partes com uma finalidade específica: Equivale a declaração de vontade de uma ou mais pessoa, com um sentido ou objetivo determinado, visando a produção de efeitos jurídicos relativamente a terceiros, desde que lícitos e não ofendam a vontade declarada e o ordenamento jurídico”<sup>12</sup>.

Assim, dentro do negócio jurídico há então a figura do contrato, principal meio pelo qual as pessoas estabelecem os seus interesses, seja constituindo, modificando ou solvendo algum vínculo jurídico, o que são colocados, em sentido mais estrito, como atos-negócios jurídicos criadores de uma situação jurídica individual<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021, p.38.

<sup>12</sup> Op. cit. p.38.

<sup>13</sup> Op. Cit. p.3.

## 2 O CONTRATO

A adequada definição jurídica de contrato, conforme bem observa Tepedino (2021), deve ser advertida metodologicamente, uma vez que seu conceito é construído pelos valores do contexto do qual se originou. Por consequência, não há institutos jurídicos válidos em todos os tempos e lugares já que são construídos por juristas, levando em consideração a realidade que os cercava em determinado momento, ou seja, não se pode considerar um contrato e sua evolução histórica sem ponderar a rica complexidade social da época. Do contrário, isso tornaria sua definição e evolução abstrata e autônoma, motivo pelo qual se torna temerário referenciar os contratos da antiguidade ao significado atual da palavra, uma vez que é difícil ponderar se tinham a mesma função em sociedades tão diferentes<sup>14</sup>.

Neste sentido, não se deve buscar a origem histórica do que hoje se entende por contrato no direito romano pois, a moderna concepção de contrato como um “acordo de vontades por meio do qual as pessoas formam um vínculo jurídico a que se prendem surge basicamente na ideologia individualista dominante no processo econômico de consolidação do regime capitalista de produção”<sup>15</sup>. É deste liberalismo econômico que descende o pensamento de que:

Todos são iguais perante a lei e assim devem ser considerados, e que, conseqüentemente, o mercado de capitais e de trabalho deve funcionar livremente e ainda em condições de favorecimento à classe econômica considerada em conjunto<sup>16</sup>.

Ou seja, a condição ou posição social das pessoas na época passa a ser irrelevante, não se tendo como base os valores de uso, mas sim o parâmetro da troca e a equivalência das mercadorias; é neste período em que o contrato se torna o instrumento jurídico por excelência da vida econômica.

Com o passar do tempo, percebeu-se que a condição de desigualdade entre as pessoas tornou-se cada vez mais evidente, especialmente nas relações de trabalho (contrato de trabalho), cujo desequilíbrio gerou indignação às pessoas e resultou em um tratamento legal diferente à época, que passa a considerar a desigualdade das partes contratantes. É nesse momento (meados do século XIX e

---

<sup>14</sup> TEPEDINO, Gustavo. **Fundamentos do Direito Civil - Contratos** - Vol. 3. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020, pp. 3-4.

<sup>15</sup> ORLANDO, GOMES, **Contratos**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2019, p. 5.

<sup>16</sup> Díez Picazo, **Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial**, p. 87.

XX) que ocorre a interferência do Estado, que passa a limitar legalmente a liberdade de contratar e reduzir a autonomia privada dos particulares – o chamado dirigismo contratual<sup>17</sup>, impondo determinados conteúdos nos contratos, restringindo cláusulas e até mesmo impondo a obrigação de contratar a uma das partes, modificações que acabaram repercutindo em todo regime legal e na própria interpretação do contrato.

Consequentemente ocorre a promulgação de leis de proteção à categoria de indivíduos classificados como mais fracos econômica ou socialmente, compensando esta inferioridade com uma superioridade jurídica<sup>18</sup>, a exemplo da atual aplicação do Direito do Trabalho no Brasil. Na legislação brasileira não há qualquer definição de contrato, portanto, sua busca deve ser realizada pelo operador do direito, valendo-se da definição clássica de muitos autores, “o contrato é o negócio jurídico bilateral ou plurilateral que visa à criação, modificação ou extinção de direitos e deveres com conteúdo patrimonial”, conceito este que muito se aproxima da definição de contrato do Código Civil Italiano, em seu art. 1.321: “o contrato é o acordo de duas partes ou mais, para constituir, regular ou extinguir entre elas uma relação jurídica patrimonial”<sup>19</sup>.

Todavia, é importante ressaltar que, no entendimento de Roppo (2009) acerca do conceito de contrato, não pode ser compreendido na sua real essência se considerado apenas na dimensão jurídica, vez que o próprio conceito jurídico reflete a uma realidade exterior – a realidade de interesse das partes. O contrato sempre denotará, explícita ou implicitamente, para a ideia de operação econômica, troca de bens e de serviços, o que deve ser compreendido inicialmente fora de toda formalização legal atrelada e da oportuna mediação jurídica operada pelo direito<sup>20</sup>, somente assim ter-se-á o real entendimento de contrato.

## 2.1 Função Econômica do Contrato

O contrato, como mencionado anteriormente, possui uma função normativa, ou seja, determina a quais suportes fáticos se aplica a disciplina legal prevista para a

---

<sup>17</sup> Dirigismo contratual – intervenção do estado nas relações particulares em prol do bem comum.

<sup>18</sup> ORLANDO, GOMES, **Contratos**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2019, p. 6-7.

<sup>19</sup> TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil - Volume Único**. São Paulo: Grupo GEN, 2020, p.540.

<sup>20</sup> ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Tradução: Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009, pp. 7-8.

relação contratual, assim como exclui de seu âmbito de incidência os demais fenômenos, aos quais as normas em questão somente poderiam ser aplicáveis por interpretação analógica ou extensiva, devidamente fundamentada<sup>21</sup>.

Sendo assim, o contrato tem como função: (a) promover a circulação de riqueza; (b) colaboração entre as partes contratantes; (c) prevenção de risco; (d) conservação e acautelatórios; (e) prevenir ou dirimir uma controvérsia; (f) concessão de créditos; e (g) constituição de direitos reais de gozo, ou de garantia. É por intermédio do contrato que um bem é trocado por outro, ou por dinheiro; que trabalhador recebe seu salário; que se cria e extingue sociedades; se loca apartamento ou aliena-se um carro, entre outras razões das quais atenda a sua função econômica específica<sup>22</sup>.

## 2.2 Natureza jurídica do Contrato

Em uma sistematização mais ampla do direito civil o contrato se dá por meio da figura do negócio jurídico, como a manifestação da autonomia, que etimologicamente derivada do grego significa *auto* (de si mesmo) *nomos* (lei), resultando na capacidade de estabelecer suas próprias leis<sup>23</sup>. O contrato, portanto, ora classificado como espécie do gênero negócio jurídico, possui como natureza jurídica um negócio jurídico unilateral, bilateral ou plurilateral, de acordo com Tartuce (2020)<sup>24</sup>:

- a) *Contrato unilateral* – quando apenas um dos contratantes assume deveres em face do outro, como por exemplo a doação pura e simples, em que há duas vontades (a do doador e a do donatário – aquele que recebe a vantagem), mas no concurso de vontades há o dever apenas para o doador, ao passo que o donatário apenas recebe a vantagem.
- b) *Contrato bilateral* – relação em que as partes são reciprocamente credores e devedores uma da outra, produzindo efeitos de forma proporcional,

---

<sup>21</sup> TEPEDINO, Gustavo. **Fundamentos do Direito Civil - Contratos** - Vol. 3. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020, p. 5.

<sup>22</sup> ORLANDO, GOMES, **Contratos**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2019, p. 18.

<sup>23</sup> TEPEDINO, Gustavo. **Fundamentos do Direito Civil - Contratos** - Vol. 3. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020, p. 6.

<sup>24</sup> TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil - Volume Único**. São Paulo: Grupo GEN, 2020, p.540.

como por exemplo a compra e venda, na qual cabe a uma parte entregar o bem e a outra a quantia.

- c) *Contrato Plurilateral* – é aquele que envolve uma pluralidade de pessoas, conferindo direitos e deveres a todos, como é o caso do consórcio ou um contrato de sociedade.

### 2.3 Princípios Regedores na Formação do Contrato

Nas últimas décadas ocorre o deslocamento de princípios fundamentais do Código Civil para a Constituição; com o processo de constitucionalização do direito civil o direito contratual sofre alterações não só na sua compreensão e função, mas na normatização que disciplina a liberdade de contratar<sup>25</sup>.

No experimento brasileiro desse processo de constitucionalização, em que há a migração da teoria clássica do direito contratual para o contemporâneo, tem-se como principais referências normativas a própria Constituição da República Federativa Brasileira de 1988 (CF/88), que então consagra os valores da dignidade da pessoa humana (art. 1, III, CF/88), da solidariedade social (art. 3º, I) e da isonomia substancial (art. 3º, III) e o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) que, em uma nova visão jurídica solidarista, traz ao ordenamento jurídico novos valores à relação contratual, o que acabam por mitigar nas relações os princípios tradicionais, delineando os princípios contemporâneos dos contratos<sup>26</sup>.

Embora a legislação brasileira não tenha definido o que é um contrato, a definição de tais princípios ocorre de forma peculiar, uma vez que tais princípios se consagram propositadamente de forma aberta e indeterminada, para que desta forma, seja possível valer-se de forma plena em cada caso concreto, uma vez que regula as condutas ao mesmo tempo que delimita o seu alcance<sup>27</sup>.

Diante destas questões, valendo-se sob a ótica de Lobo, há duas grandes divisões consolidadas em dois momentos históricos e que convivem sob influências

---

<sup>25</sup> LÔBO, Paulo Luiz. N. *Direito Civil Volume 3 - Contratos*. 8. Ed. – São Paulo: Editora Saraiva, 2021. p. 49.

<sup>26</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Fundamentos do Direito Civil - Contratos* - Vol. 3. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020, p. 36.

<sup>27</sup> LÔBO, Paulo Luiz. N. *Direito Civil Volume 3 - Contratos*. 8. Ed. – São Paulo: Editora Saraiva, 2021. p. 49.

colidentes de tensão e harmonia em razão dos fins distintos: (i) princípios individuais dos contratos e (ii) princípios sociais dos contratos.

Os princípios individuais são aqueles que contemplam interesses individuais no contrato. Têm como referência a autodeterminação individual e igualdade formal das partes, agrupados em<sup>28</sup>:

**a) Princípio da autonomia privada negocial ou liberdade contratual:**

Considerado como um dos princípios fundamentais do direito privado, consiste na possibilidade oferecida e assegurada pelo ordenamento jurídico de as pessoas regularem seus próprios interesses ou suas relações mútuas. É a possibilidade que o direito dá às pessoas para autorregular os seus interesses dentro de limites pré-estabelecidos.

Alguns estudiosos do direito distinguem o princípio da autonomia privada negocial com o princípio da liberdade contratual, mas que, na visão de Roppo, são sinônimas<sup>29</sup>. Outra diferenciação importante é que, a liberdade contratual não deve ser confundida com o conceito de livre-iniciativa expresso na Constituição brasileira.<sup>30</sup> A livre-iniciativa, de acordo com Lobo, é a liberdade que as pessoas possuem de criar e exercer um empreendimento ou uma atividade econômica.

*Consequentemente, nem todos os atos de autonomia privada negocial ou de liberdade contratual se enquadram no conceito de livre-iniciativa; os atos realizados entre pessoas particulares, inclusive contratos, sem relação com atividade econômica, ou os atos realizados no âmbito do direito de família ou das sucessões são de autonomia privada, mas não de livre-iniciativa<sup>31</sup>.*

Vale destacar que o Código Civil não é categórico ao se referir a este princípio, mas a expressão pode ser interpretada da leitura do art. 421, na

---

<sup>28</sup> LÔBO, Paulo Luiz. N. **Direito Civil Volume 3 - Contratos**. 8. Ed. – São Paulo: Editora Saraiva, 2021. pp. 50-72.

<sup>29</sup> ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Tradução: Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009, pp. 128: “*significam a liberdade dos sujeitos de determinar com a sua vontade, eventualmente aliada à vontade de uma contraparte no ‘consenso’ contratual, o conteúdo das obrigações que se pretende assumir, das modificações que se pretende introduzir no seu patrimônio*”

<sup>30</sup> Art. 1º, IV, que são fundamentos do Estado Democrático de Direito “os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”.

LÔBO, Paulo Luiz. N. **Direito Civil Volume 3 - Contratos**. 8. Ed. – São Paulo: Editora Saraiva, 2021. p. 56.

<sup>31</sup> Op. cit. p. 56-57.

qual a finalidade social é abrangida em todos os seus termos<sup>32</sup>. A autonomia privada será um pouco melhor explorada mais a frente neste trabalho.

**b) Princípio da força obrigatória:** O contrato obriga as partes contratantes, como se fosse lei entre elas, ou seja, o não cumprimento do pactuado poderá ensejar respectiva cobrança judicial, uma vez que a sua obrigatoriedade é assegurada pelo Estado. É sob este princípio que o aforismo clássico *pact sunt servanda* construiu-se e tornou-se no que hoje se entende popularmente como contrato “o contrato faz lei entre as partes”, emprestando assim ao resultado da autonomia negocial o mesmo efeito das determinações do legislador<sup>33</sup>.

No contexto contemporâneo deste princípio, a doutrina encontra seu fundamento na tutela da utilidade social do contrato e na justiça contratual, fator de harmonia e paz social, uma vez que o útil e o justo seriam as finalidades objetivas do contrato<sup>34</sup>.

Ao passo em que o contrato vincula as partes, este acordo torna-se intangível, ou seja, insuscetível de alteração por vontade de apenas uma das partes ou por interferência externa. Isso significa dizer que somente o consenso das partes contratantes poderia alterar a disposição contratual<sup>35</sup>.

Esta intangibilidade, inclusive, não é direcionada apenas às partes contratantes, mas também ao próprio legislador, à medida em que, em eventual promulgação e entrada em vigor de uma nova lei após sua celebração, esta não alcançará os elementos de existência e os requisitos de validade, que eventualmente esta nova lei tenha modificado; este, inclusive, é o entendimento do art. 2.035 do Código Civil de 2002<sup>36</sup>.

---

<sup>32</sup> Art. 421 CC: A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato.

<sup>33</sup> TEPEDINO, Gustavo. **Fundamentos do Direito Civil - Contratos** - Vol. 3. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020, p. 41.

<sup>34</sup> LÔBO, Paulo Luiz. N. **Direito Civil Volume 3 - Contratos**. 8. Ed. – São Paulo: Editora Saraiva, 2021. p. 57.

<sup>35</sup> ORLANDO, GOMES, **Contratos**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2019, pp. 32-33.

<sup>36</sup> LÔBO, Paulo Luiz. N. **Direito Civil Volume 3 - Contratos**. 8. Ed. – São Paulo: Editora Saraiva, 2021. p. 57.

Todavia, o contrato pode ser passível de revisão judicial em decorrência do sistema jurídico atual, que privilegia modelos jurídicos abertos, dependentes de mediação de um juiz em atendimento ao valor jurídico da confiança e à função social do contrato<sup>37</sup>.

**c) Princípio da relatividade dos efeitos do contrato:** Com este princípio, o contrato obriga e vincula suas próprias partes contratantes, não podendo ser oponível a terceiros. No direito privado, este princípio está conectado aos direitos pessoais, ora relativo às pessoas envolvidas (oponibilidade às próprias partes), diferentemente do direito real, cujo sujeito é passivo e universal, ou seja, este último passa ser oponível a todos<sup>38</sup>. Todavia, o art. 421 do Código Civil de 2002 cria discussão a este princípio na medida em que terceiros integram necessariamente o âmbito social do contrato, que não apenas têm o dever de respeitá-los, mas também o de não serem prejudicados. De acordo com Lobo, quando o contrato puder produzir impactos em interesses difusos e coletivos, como os do meio ambiente, os do patrimônio histórico e os dos consumidores, então terceiros são “todos”, segundo termo significativo utilizado pelo art. 225 da Constituição<sup>39</sup>.

Já os princípios sociais se integram necessariamente aos contratos e contemplam os interesses sociais que os envolvem; são eles:

**a) princípio da função social:** Determinação de que os interesses individuais das partes do contrato sejam exercidos em conformidade com os interesses sociais que apresentam, ou seja, o interesse das partes não poderá conflitar com os interesses sociais, uma vez que os interesses sociais deverão prevalecer sob os interesses dos particulares. Por meio deste princípio, conclui-se que contratos não paritários são tutelados por normas específicas, devendo ser interpretados com mais atenção ao interesse social do que dos particulares, ainda que diante de um contrato

---

<sup>37</sup> TEPEDINO, Gustavo. **Fundamentos do Direito Civil - Contratos** - Vol. 3. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020, p. 41.

<sup>38</sup> LÔBO, Paulo Luiz. N. **Direito Civil Volume 3 - Contratos**. 8. Ed. – São Paulo: Editora Saraiva, 2021. p. 58.

<sup>39</sup> Op. cit. p. 59.

de adesão<sup>40</sup>. O princípio então deve ser harmonizado com o art. 112 do Código Civil de 2002, que despreza a investigação da intenção das partes em favor da declaração objetiva, socialmente compatíveis. Assim como os demais princípios, não deve ser aplicado de forma supletiva ou excepcional, mas deve estar integrada à relação independentemente da vontade das partes<sup>41</sup>.

É importante destacar apenas que a função social não deve ser confundida com a função econômica do contrato, uma vez que configuram categorias distintas. A função econômica do contrato, quando há interesse econômico (uma vez que podem existir contratos sem interesse econômico, como é o caso de contratos altruísticos, sem fins lucrativos) está vinculada ao interesse econômico das partes, ao passo que a função social está vinculada ao exterior do contrato, ou seja, independe da vontade das partes.

**b) Princípio da boa-fé objetiva:** Boa fé é basicamente uma regra de comportamento das pessoas na relação contratual, conforme Rizzardo (2021):

As partes são obrigadas a dirigir a manifestação da vontade dentro dos interesses que as levaram a se aproximarem, de forma clara e autêntica, sem o uso de subterfúgios ou intenções outras que as não expressas no instrumento formalizado [...] é o dever de lealdade, de confiança recíproca, de justiça, de equivalência das prestações e contraprestações, de coerência e clarividência dos direitos e deveres<sup>42</sup>.

Segundo Rizzardo (2021), o Código Civil de 2002 é específico ao instituir tal princípio em seu art. 422: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”. Complementando este argumento, Gomes, afirma:

O princípio da boa-fé diz respeito mais à interpretação: Por ele se significa que o literal da linguagem não deve prevalecer sobre a intenção

---

<sup>40</sup> Nota: “Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo”. Art. 54 da Lei 8.078/90 Código de Defesa do Consumidor.

<sup>41</sup> LÔBO, Paulo Luiz. N. **Direito Civil Volume 3 - Contratos**. 8. Ed. – São Paulo: Editora Saraiva, 2021. p. 62.

<sup>42</sup> RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021, p.33.

manifestada na declaração de vontade, ou dela deduzível. Ademais, subentendem-se, no conteúdo do contrato, proposições que decorrem da natureza das obrigações contraídas, ou se impõem por força de uso regular e da própria equidade<sup>43</sup>.

Quanto a probidade citada no artigo acima, envolve o sentido de justiça, equilíbrio, equivalência na prestação, ao passo que a boa-fé exige transparência, lealdade e clareza das informações<sup>44</sup>.

**c) Princípio da equivalência material:** De acordo com Lobo, o mais importante para este princípio não é a exigência de cumprimento do contrato, mas se a sua execução não acarreta vantagem excessiva para uma das partes e desvantagem excessiva para outra:

O princípio da equivalência material busca realizar e preservar o equilíbrio real de direitos e deveres no contrato, antes, durante e após sua execução, para rearmonização dos interesses. Esse princípio preserva a equação e o justo equilíbrio contratual, seja para manter a proporcionalidade inicial dos direitos e obrigações, seja para corrigir os desequilíbrios iniciais ou supervenientes, pouco importando que as mudanças de circunstâncias possam ser previsíveis<sup>45</sup>.

Vale apenas ressaltar que o desequilíbrio indicado acima pode não se referir a desequilíbrio jurídico, mas no sentido econômico ou técnico, na medida em que o art. 157 do Código Civil de 2002 admite a lesão. Este princípio também norteia o Código de Defesa do Consumidor, ao tratar da vulnerabilidade (consumidor) de uma das partes contratantes<sup>46</sup>.

## 2.4 Autonomia Privada x Autonomia da Vontade

Um paralelo importante que deve ser realizado refere-se a diferença entre autonomia privada e autonomia da vontade, uma vez que, embora pareçam ter o mesmo significado, juridicamente possuem significados distintos e podem implicar até mesmo na modificação da própria noção de negócio jurídico.

---

<sup>43</sup> ORLANDO, GOMES, **Contratos**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2019, p. 43.

<sup>44</sup> RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021, p. 34.

<sup>45</sup> LÔBO, Paulo Luiz. N. **Direito Civil Volume 3 - Contratos**. 8. Ed. – São Paulo: Editora Saraiva, 2021. p. 64.

<sup>46</sup> Op. cit. 64.

Autonomia da vontade, conforme já citado, decorre do grego e significa a capacidade que o indivíduo possui de estabelecer suas próprias leis<sup>47</sup>, é a faculdade de se autorregular em sentido amplo, sem qualquer submissão a uma norma, ordem ou mesmo vontade de terceiro. Já autonomia privada, segundo Amaral,

define-se a autonomia privada como o poder que os particulares têm de regular, pelo exercício de sua própria vontade, as relações de que participam, designando-lhes a respectiva disciplina jurídica [...] é uma das mais significativas representações da liberdade com valor jurídico<sup>48</sup>.

A diferença entre autonomia privada e da vontade também é sintetizada por Amaral, quando infere que a autonomia da vontade está relacionada à liberdade de autodeterminação, possuindo uma conotação subjetiva, psicológica, ao passo que a autonomia privada exprime o poder da vontade no direito de modo objetivo, concreto e real, ou seja, diretamente relacionado ao poder de se autorregular, de criar de normas para si.

---

<sup>47</sup> TEPEDINO, Gustavo. **Fundamentos do Direito Civil - Contratos** - Vol. 3. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020, p. 6.

<sup>48</sup> AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. São Paulo: Editora Saraiva, 2018. p. 131.

### 3 Análise Econômica do Direito e a Teoria Econômica do Contrato

Como ficou evidenciado na seção anterior, o contrato tem como essencial função circular bens e direitos<sup>49</sup>, compreendendo-se assim, “como o mais importante meio de formalização de operações econômicas” da atualidade<sup>50</sup>. No mesmo entendimento Rosa Nery (2014) dispõe que,

Em pleno século XXI não seria mais admissível legislar-se por textos normativos que definissem precisamente certos pressupostos e indicassem, também de forma precisa, suas consequências, formando uma espécie de sistema fechado. A técnica legislativa moderna se faz por meio de conceitos legais indeterminados e cláusulas gerais, que dão mobilidade ao sistema, flexibilizando a rigidez dos institutos jurídicos e dos regramentos de direito positivo [...] foi essa técnica legislativa a que foi adotada pelo nosso Código Civil de 2002<sup>51</sup>.

Muito embora o Código Civil tenha estabelecido sobre os conceitos propositadamente de forma aberta, indeterminada<sup>52</sup>, este posicionamento “dota o sistema de mobilidade, mitigando as regras mais rígidas, além de atuar de forma a concretizar o que se encontra previsto nos princípios gerais de direito e nos conceitos legais indeterminados”<sup>53</sup>. Tais conceitos abertos então

se relacionam com a hipótese de fato posta em causa, cabendo ao juiz preencher as lacunas e dizer se o texto normativo atua ou não no caso concreto. [...] A lei enuncia o conceito indeterminado e dá as consequências dele advindas<sup>54</sup>.

Por tais razões, de acordo com Rebouças,

não mais é admissível uma análise isolada da norma jurídica sem a necessária análise conforme as circunstâncias negociais, a da realidade de cada mercado, da boa-fé objetiva e da sua função social” [...] não há que se falar em vulnerabilidade técnica ou informacional na contratação direta entre duas empresas que buscam o lucro [...] Admitir o contrário significaria dar uma indevida proteção legal à pessoa jurídica capaz de ter suprido tal deficiência, além de representar uma transferência de responsabilidade do

<sup>49</sup> ORLANDO, GOMES, **Contratos**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2019, p. 18.

<sup>50</sup> REBOUÇAS, Rodrigo. F. **Autonomia Privada e a Análise Econômica do Contrato**. São Paulo: Grupo Almedina (Portugal), 2017. p. 47.

<sup>51</sup> NERY, Rosa Maria de Andrade; Nery Junior, Nelson. **Instituições de direito civil: teoria geral do direito privado**. v I, tI. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 454.

<sup>52</sup> LÔBO, Paulo Luiz. N. **Direito Civil Volume 3 - Contratos**. 8. Ed. – São Paulo: Editora Saraiva, 2021. p. 49.

<sup>53</sup> Nery Junior, Nelson. **Contratos no Código Civil: Apontamentos gerais** in Fran-ciulli Netto, Domingos; Mendes Ferreira, Gilmar; Martins Filho, Ives Gandra da Silva (Coord.). **O Novo Código Civil – Homenagem ao Prof. Miguel Reale**. 2 ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 429.

<sup>54</sup> Nery, Rosa Maria de Andrade; NERY Junior, Nelson. **Instituições de direito civil: contratos, v. III**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, pp. 17-18.

ente privado para o ente público (Poder Judiciário) que iria, em última análise, interpretar o referido contrato<sup>55</sup>.

### 3.1 Princípios Norteadores do Código Civil

Nas palavras de Miguel Reale (2002), um dos principais idealizadores do Código Civil de 2002, em seu artigo publicado logo após o lançamento da referida norma:

[...] perceber-se-á logo a diferença entre o código atual, elaborado para um País predominantemente rural, e o que foi projetado para uma sociedade, na qual prevalece o sentido da vida urbana. Haverá uma passagem do individualismo e do formalismo do primeiro para o sentido socializante do segundo, mais atento às mutações sociais, numa composição equitativa de liberdade e igualdade. Além disso, é superado o apego a soluções estritamente jurídicas, reconhecendo-se o papel que na sociedade contemporânea voltam a desempenhar os valores éticos, a fim de que possa haver real concreção jurídica. Socialidade e eticidade condicionam os preceitos do novo Código Civil, atendendo-se às exigências de boa-fé e probidade em um ordenamento constituído por normas abertas, suscetíveis de permanente atualização.<sup>56</sup>

Ou seja, é destacada a relevância dos três princípios norteadores do Código Civil de 2002: eticidade, socialidade e operabilidade,

princípios esses que refletem os seus efeitos sobre todo o Código Civil, em especial, no moderno direito dos contratos que não admite mais uma visão individualista, formalista, isolada da realidade social, dos usos e costumes locais e da necessária análise social-econômica-financeira<sup>57</sup>.

Como salienta Amaral (2018), “o princípio da eticidade privilegia os critérios ético-jurídicos em detrimento dos critérios lógico-formais no processo de realização do direito, a chamada concreção jurídica”. Para o autor, isso significa que

o legislador se preocupou em legislar para o ser humano, em concreto, não para a pessoa em abstrato, motivo pelo qual há normas genéricas [...] sem a preocupação de excessivo rigorismo conceitual, a fim de possibilitar a criação de modelos jurídicos hermenêuticos, quer pelos advogados, quer pelos juízes, para contínua atualização dos preceitos legais<sup>58</sup>.

<sup>55</sup> REBOUÇAS, Rodrigo. F. **Autonomia Privada e a Análise Econômica do Contrato**. São Paulo: Grupo Almedina (Portugal), 2017. p. 49.

<sup>56</sup> MIGUEL REALE - Reale, Miguel. **Sentido do Novo Código Civil**. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/>. Último acesso em 07/12//2021.

<sup>57</sup> REBOUÇAS, Rodrigo. F. **Autonomia Privada e a Análise Econômica do Contrato**. São Paulo: Grupo Almedina (Portugal), 2017. p. 51.

<sup>58</sup> AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. São Paulo: Editora Saraiva, 2018. p. 121.

O Código Civil de 2002, portanto, confere aos operadores do direito e, maiormente aos juízes, um poder muito grande, não só para suprir lacunas, mas também para resolver, onde e quando previsto, de conformidade com valores éticos. Todavia, vale ressaltar que tal princípio deve ser utilizado de forma ampla, sendo a base ética de todo o direito obrigacional, se aproximando ao princípio da boa-fé no seu sentido ético, objetivo, a exemplo dos artigos 113 e 422<sup>59</sup>. Amaral defende ainda que,

o **princípio da socialidade** orienta o intérprete no sentido da prevalência, na ordem jurídica, dos valores coletivos sobre os individuais, sem perda, porém, do valor fundante da pessoa humana, o que permite superar o individualismo predominante no Código Civil de 1916<sup>60</sup>. (grifo nosso).

Isso significa dizer que cabe ao operador do direito, ao avaliar a situação de cada caso considerando os interesses da coletividade sob os interesses particulares, sem desconsiderar, portanto, “a segurança jurídica e os valores da pessoa humana tal como se verifica na função social do contrato (CC, art. 421)”<sup>61</sup>. A socialidade tem por objetivo garantir a adequada aplicação da lei a fim de assegurar o bem de todos e a justiça social sem que haja prejuízo a terceiros<sup>62</sup>.

Já o princípio da operabilidade, ou também denominado princípio da concretude ou concretitude para Amaral, *indica um critério metodológico para a realização do direito: a interpretação jurídica não deve ter por objetivo descobrir o sentido e o alcance da regra jurídica, mas sim constituir -se na primeira fase de um processo de criação ou concretização da norma jurídica adequada ao caso concreto*<sup>63</sup>. Isso significa que, por intermédio deste princípio, torna-se necessário ao operador do direito, buscar a adequação e a aplicação da norma jurídica ao caso concreto e às circunstâncias negociais.

*[...] busca e adequação do plano econômico-social, a aplicação da base objetiva do negócio jurídico consubstanciado na realidade de cada tipo negocial (grifo nosso)*<sup>64</sup>.

<sup>59</sup> Art. 113 CC/02: *Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração* e art. 422 CC/02: *Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.*

<sup>60</sup> AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. São Paulo: Editora Saraiva, 2018. p. 121-122.

<sup>61</sup> REBOUÇAS, Rodrigo. F. **Autonomia Privada e a Análise Econômica do Contrato**. São Paulo: Grupo Almedina (Portugal), 2017. p. 42.

<sup>62</sup> AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. São Paulo: Editora Saraiva, 2018. p. 122.

<sup>63</sup> Op. cit. pp. 122-123.

<sup>64</sup> REBOUÇAS, Rodrigo. F. **Autonomia Privada e a Análise Econômica do Contrato**. São Paulo: Grupo Almedina (Portugal), 2017. p. 55.

### 3.2 Análise econômica do Direito e a teoria econômica do contrato

Preliminarmente é importante esclarecer um conceito básico de economia que, para Timm (2014), é caracterizada por um método de investigação e não por um objeto específico, ou seja, economia não se funda unicamente na ideia de mercado, inflação, dinheiro, juros, entre outras questões que primeiramente vem à mente ao ouvir esta expressão. Ainda nas palavras do autor, não é comum desconsiderar questões como:

Por que os quintais de locais comerciais são geralmente sujos, enquanto as fachadas normalmente são limpas? Por que o governo costuma liberar medidas tributárias ou fiscais impopulares durante recessos e feriados, como o Natal? Por que o número de divórcios aumentou substancialmente nas últimas décadas? mas deve-se observar que tais questões envolvem decisões dos agentes e, que estas, portanto [...] são condutas passíveis de análise pelo método econômico, pois o objeto da moderna ciência econômica abrange toda forma de comportamento humano que requer a tomada de decisão<sup>65</sup>.

Desta forma, economia possui um sentido mais amplo e é “a ciência que estuda o comportamento humano como uma relação entre fins e meios escassos que possuem usos alternativos” e, portanto,

abordagem econômica serve para compreender toda e qualquer decisão individual ou coletiva que verse sobre recursos escassos, seja ela tomada no âmbito do mercado ou não. Toda atividade humana relevante, nessa concepção, é passível de análise econômica<sup>66</sup>.

Isto posto, e ainda no entendimento de Timm (2014) nas palavras de Rebouças, a Análise Econômica do Direito (AED):

nada mais é que a aplicação do instrumental analítico e empírico da economia, em especial da microeconomia e da economia do bem-estar social, para se tentar compreender, explicar e prever as implicações fáticas do ordenamento jurídico, bem como da lógica (racionalidade) do próprio ordenamento jurídico. Em outras palavras, a AED é a utilização da abordagem econômica para tentar compreender o direito no mundo e o mundo no direito<sup>67</sup>.

---

<sup>65</sup> Timm. Luciano. B. **Direito e economia no Brasil**, 2ª edição. São Paulo: Grupo GEN, 2014. p.13.

<sup>66</sup> Op. cit. pp.13-14.

<sup>67</sup> REBOUÇAS, Rodrigo. F. **Autonomia Privada e a Análise Econômica do Contrato**. São Paulo: Grupo Almedina (Portugal), 2017. pp. 103-104.

Nesse sentido a AED, possui aplicação em qualquer área do direito<sup>68</sup>, mais especificamente no direito contratual, como no entendimento de Rebouças (2017):

[...] não mais se admite uma análise individualista. Na elaboração de um contrato ou na sua interpretação, devem ser observados não apenas os interesses individuais das partes diretamente relacionadas nos respectivos polos de interesse, mas também os efeitos que serão gerados e produzidos em relação ao todo, em relação a sociedade ou ao círculo de pessoas potencialmente afetadas de forma direta e indireta por um negócio jurídico<sup>69</sup>.

Isso significa dizer, valendo-se do exemplo apontado por Rebouças (2017) que

A elevação de preços de determinado serviço (v.g. plano de saúde particular) em decorrência da intervenção judicial que determina a inclusão de outros serviços não integrantes do objeto inicial do contrato e do risco originalmente assumido por cada parte. Como exemplo do que está sendo aqui apontado, é a redução do número de beneficiários de planos de saúde ao longo dos anos de 2014 a junho de 2016, com a exclusão de aproximadamente dois milhões de pessoas do sistema de saúde privada no Brasil. Cumpre esclarecer que não ignoramos o fato de que parte das pessoas que foram excluídas do sistema de saúde privada representa uma consequência do crescente número de desempregados no Brasil ao longo dos anos de 2014 a 2016<sup>70</sup>.

Uma interpretação contratual não avaliada frente à Análise Econômica do Direito (AED) no desequilíbrio à base objetiva e subjetiva do negócio jurídico resultam na insegurança e instabilidade no sistema jurídico contratual, o que, pode conferir graves consequências econômicas às partes integrantes da relação contratual e possivelmente à nação<sup>71</sup>. Por estas razões,

a intervenção judicial em um determinado contrato sem a devida análise econômica e análise das consequências, se verificadas em todo o sistema, representa um desequilíbrio econômico do contrato e da base objetiva e subjetiva de determinado negócio jurídico de eventual redução de lucros e/ou de eventuais prejuízos repassados aos demais contratantes já existentes, ou ainda, aos novos contratantes; em última análise, haverá um repasse do acréscimo dos custos à toda sociedade<sup>72</sup>.

[...] um Poder Judiciário muito ativo na revisão dos contratos é frontalmente contrário ao que é desejado pela classe dos empresários, os quais possuem total capacidade financeira de contratarem bons assessores (jurídicos, técnicos, financeiros, contábeis entre outros técnicos potencialmente necessários no ato de formação do vínculo obrigacional),

<sup>68</sup> Timm, Luciano. B. **Direito e economia no Brasil**, 2ª edição. São Paulo: Grupo GEN, 2014. p.14.

<sup>69</sup> REBOUÇAS, Rodrigo. F. **Autonomia Privada e a Análise Econômica do Contrato**. São Paulo: Grupo Almedina (Portugal), 2017. p. 104.

<sup>70</sup> REBOUÇAS, Rodrigo. F. **Autonomia Privada e a Análise Econômica do Contrato**. São Paulo: Grupo Almedina (Portugal), 2017. p. 28.

<sup>71</sup> Op. cit. p. 27.

<sup>72</sup> Op. cit. p. 28.

o que reforça a discussão já apresentada neste trabalho. Para Danz (1941), nessas situações, deve o juiz conhecer o verdadeiro fim económico pretendido, pois se assim não fizer, correrá o perigo de estabelecer efeitos jurídicos falsos e considerar produzidas obrigações jurídicas que, na realidade, não se produziram<sup>73</sup>.

Portanto, sendo descabida interpretação puramente abstrata e individualista do contrato, pode-se dizer que há grande responsabilidade à atividade jurisdicional na interpretação e revisão dos contratos já consumados e em execução, uma vez que sua revisão implicará em

possível alteração da base objetiva do negócio jurídico, elevação do custo de transação e no conseqüente repasse de valores para toda a sociedade na hipótese de elevação do custo de transação e dos riscos econômico-financeiros que as partes estarão expostas. [...] Uma ação na microeconomia pode gerar efeitos na macroeconomia (p.105) [...] A AED contratual não pode ter apenas como foco a solução econômica e jurídica, pois tem que buscar equilíbrio com a função social, no sentido de adequar a solução ao que é mais adequado e eficiente sob a ótica econômica para as partes e para a sociedade como fonte de criação e circulação de riquezas<sup>74</sup>.

### 3.3 Capitalismo consciente

De forma a complementar a Análise Econômica do Direito (AED) aqui brevemente suscitada e integrar todos os princípios contratuais aqui levantados, se faz necessário apresentar a teoria do Capitalismo Consciente<sup>75</sup> desenvolvida por Mackey e Sisodia em 2013, que surge na busca de recuperar a imagem defasada do capitalismo, que na visão dos autores, saiu dos trilhos no último quarto de século, ganhando assim uma fama negativa<sup>76</sup>.

<sup>73</sup> Danz, Erich. **A interpretação dos negócios jurídicos**. Tradução: Fernando de Miranda. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva, 1941, p. 123.

<sup>74</sup> REBOUÇAS, Rodrigo. F. **Autonomia Privada e a Análise Econômica do Contrato**. São Paulo: Grupo Almedina (Portugal), 2017. p. 111.

<sup>75</sup> Nota: O capitalismo consciente teve início em 2007 com a publicação do Livro *Firms of Endearment* e do artigo *Conscious a New Paradigm for Business*, ano em que ocorre o primeiro encontro entre líderes em Austin para discutir o capitalismo consciente logo após a crise norte americana que trouxe maior desconfiança dos investidores e da população em relação aos maiores líderes dos grupos econômicos empresariais, financeiros, imobiliários e públicos (órgãos de fiscalização e controle de mercado, congresso, poder executivo etc.). Em 2010 é criado o *Conscious Capitalism Inc.*, organização dedicada ao conceito e práticas do Capitalismo Consciente, cuja difusão para o Brasil ocorre em 2013, com o surgimento do Instituto Capitalismo Consciente Brasil (ICCB) [<https://ccbrasil.cc/sobre/>].

<sup>76</sup> REBOUÇAS, Rodrigo. F. **Autonomia Privada e a Análise Econômica do Contrato**. São Paulo: Grupo Almedina (Portugal), 2017. p. 135.

O capitalismo consciente estaria atrelado com a autoconsciência, com desenvolvimento pessoal e o bem do meio ao qual se está inserido sob a ótica de um mundo que despreza a concorrência, a hierarquia e o materialismo, sendo este último, consequência, diferentemente do caráter individualista, ambicioso e poder que fundamenta o que se têm como capitalismo.

Esta teoria, “como paradigma para o desenvolvimento dos negócios e respectivos reflexos aos vínculos contratuais”<sup>77</sup>, é fundamentada em quatro pilares:

**a) Propósito maior ou elevado:** Propósitos são a fonte de energia das empresas e forma com quem o interesses dos *stakeholders* transcendem por toda empresa, logo, quando tais propósitos estão alinhados com todos os envolvidos, estes se tornam ainda mais elevados, o que diminui a tendência de se preocupar com objetivos imediatos<sup>78</sup>:

Ter um propósito maior é o ponto de partida para um negócio consciente: reconhecer o que faz com que a empresa seja verdadeiramente única e descobrir a melhor maneira pela qual ela pode servir ao mundo são frutos da autoconsciência<sup>79</sup>.

Nas palavras de Jeff Bezos, fundador e CEO da Amazon.com, descrita pelos autores retro mencionados na obra citada, “a escolha de uma missão deve ser maior do que a empresa”.

**b) Orientação ou integração aos Stakeholders:** Para este pilar, o respeito à figura dos stakeholders e a toda rede em que faz parte é fundamental para as empresas. Nas palavras dos autores:

Toda empresa tem stakeholders, ainda que não dispensem a eles esse tratamento específico. Empresas conscientes entendem plenamente o que isso significa e tratam a satisfação das necessidades de suas principais partes interessadas como fins em si mesmos, ao passo que muitas companhias ainda encaram seus stakeholders (com exceção dos investidores) como meio para atingir o objetivo da maximização dos lucros [...] O capitalismo consciente vê os negócios como um jogo de soma positiva final, em que é possível criar um Win para todas as partes interessadas. Ninguém perde, nem mesmo os concorrentes diretos; em um ambiente de competição em que os competidores são professores e alunos uns dos outros, aprendendo com os acertos e erros alheios, todos tendem a se tornar melhores e menos complacentes, e o antagonismo também diminui.[...] Empresas conscientes motivadas pelo propósito e regidas pelo modelo de partes interessadas obtêm quantidades extraordinárias de

<sup>77</sup> REBOUÇAS, Rodrigo. F. **Autonomia Privada e a Análise Econômica do Contrato**. São Paulo: Grupo Almedina (Portugal), 2017. p.137.

<sup>78</sup> MACKEY, John; SISODIA, Raj. **Capitalismos Consciente: como libertar o espírito heroico dos negócios**. Tradução Rosemarie Ziegelmaier, 1 ed., e-Book, São Paulo: HSM Editora, 2013, p. 13.

<sup>79</sup> Op. cit. p. 66.

energia humana construtiva, uma vez que contam com o engajamento apaixonado de seus colaboradores, a fidelidade ardente de seus clientes, a atenção íntima de seus fornecedores e assim por diante. Quando todos estão alinhados na mesma direção e movimentam-se com harmonia, o atrito no sistema é mínimo. Toda aquela energia em forma de compromisso e criatividade é canalizada para fins comuns, gerando grande valor para os stakeholders<sup>80</sup>.

**c) Liderança consciente:** Na visão dos autores, a liderança foi moldada por uma visão militarista baseada em comando e controle, ora motivados por poder, dinheiro e propósito.

Líderes alinhados com esse estilo baseiam sua gestão nos números, tendendo muitas vezes a enxergar o negócio como uma abstração [...] São como uma espécie de pistoleiros de aluguel, capazes de estimular as empresas a desempenhar mais e, assim, aumentar seu valor de mercado. [...] Empresas conscientes têm líderes emocional e espiritualmente maduros. São pessoas motivadas pela oportunidade de servir ao propósito do negócio e a seus stakeholders, e não por poder e enriquecimento pessoal. Sabem desenvolver e inspirar, orientar e motivar. Comandam pelo exemplo. Não são militares nem mercenários, e sim líderes missionários que incorporam a mensagem de Mahatma Gandhi: “Devemos ser a mudança que queremos ver no mundo”<sup>81</sup>.

Nesse sentido, nada adiantaria a uma empresa ter um propósito elevado se os seus líderes, e aqui se inclui Acionistas, Conselho de Administração, Diretoria, Coordenadores e todas as demais pessoas que possam exercer qualquer liderança na companhia, independente de possuir um cargo de liderança, não possuírem uma liderança de fato, consciente<sup>82</sup>.

**d) Cultura e gestão conscientes:** Para os autores, que se valem da declaração de Edgar Schein, considerado o “pai” da pesquisa organizacional, feita na Academy of Management Conference de Montreal de 2010:

A cultura é o maior fator coercitivo de nossa sociedade. Se alguém não se adequar às normas culturais, pode ser jogado em uma prisão ou enviado para um hospital psiquiátrico”. A cultura consciente [...] quando ela é edificada, alimentada e desenvolvida ao longo do tempo, torna-se um verdadeiro fator de diferenciação e uma valiosa arma competitiva<sup>83</sup>.

Portanto, seria ela a direção ou norte da empresa na condução dos negócios, seus vínculos, seus negócios jurídicos e sociais. Seria ela responsável ainda pela

---

<sup>80</sup> MACKEY, John; SISODIA, Raj. **Capitalismos Consciente: como libertar o espírito heroico dos negócios**. Tradução Rosemarie Ziegelmaier, 1 ed., e-Book, São Paulo: HSM Editora, 2013, pp. 95-96.

<sup>81</sup> Op. cit. pp. 110-111.

<sup>82</sup> REBOUÇAS, Rodrigo. F. **Autonomia Privada e a Análise Econômica do Contrato**. São Paulo: Grupo Almedina (Portugal), 2017. p. 137.

<sup>83</sup> MACKEY, John; SISODIA, Raj. **Capitalismos Consciente: como libertar o espírito heroico dos negócios**. Tradução Rosemarie Ziegelmaier, 1 ed., e-Book, São Paulo: HSM Editora, 2013, p. 252.

busca constante da satisfação e felicidade dos seus colaboradores, fornecedores e a todos os envolvidos. O verdadeiro compartilhamento dos valores organizacionais entre os colaboradores, os stakeholders e toda a sociedade, sem deixar de lado os interesses de evolução econômico-financeira<sup>84</sup>.

Em vista de todo exposto, pode-se dizer que uma empresa que possui como valor fundamental o pleno exercício do capitalismo consciente, terá o desenvolvimento de um

[...] sistema de vínculos sociais e jurídicos enraizado nos deveres da lealdade e confiança com uma exponencial elevação da importância das cláusulas gerais da boa-fé objetiva e da função social do contrato em reflexo à análise econômica contratual, cujo rompimento imotivado, desleal ou em conflito com a cooperação e a confiança praticada será considerado muito mais gravoso do que nas relações instantâneas e/ou dos vínculos jurídicos de puro interesse econômico sem um propósito maior (mais elevado)<sup>85</sup>.



Figura 1 - Representação gráfica dos pilares do Capitalismo Consciente. Fonte: <https://ccbrasil.cc/sobre/#movimento>

<sup>84</sup> REBOUÇAS, Rodrigo. F. **Autonomia Privada e a Análise Econômica do Contrato**. São Paulo: Grupo Almedina (Portugal), 2017. p. 138.

<sup>85</sup> Op. cit. p. 140.

## 4 DO SETOR DE TELECOMUNICAÇÕES

Atualmente é indiscutível o papel fundamental que as telecomunicações exercem na sociedade globalizada, atrevendo-se até mesmo afirmar que o uso das telecomunicações se tornou tão fundamental à humanidade quanto a água e energia elétrica, dada a uma era que passou a ter na informação a principal aliada para o desenvolvimento acelerado de novas tecnologias<sup>86</sup>.

Esta necessidade, agregada à crescente globalização e a impossibilidade de o Estado prover tal necessidade de maneira adequada, ininterrupta e eficiente, de forma segura, nos termos do art. 6º da Lei 8.987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto na CF/88 (art. 175),<sup>87</sup> somada ainda à insuficiência de recursos, seja de investimento financeiro ou de mesmo de capacitação, resultou na criação de todo regulatório do setor no país e a privatização das empresas concessionárias de telefonia.

### 4.1 Breve Histórico e Modelo de Telecomunicações no Brasil

#### 4.1.1 Período de 1952 a 1971: Crescimento Desordenado e a Institucionalização da Ação Governamental

Na década de 50, a comunicação telefônica era estabelecida, quase sempre, com o auxílio de telefonista. Nesta época a comunicação consistia na conexão manual de dois assinantes ligados à mesa de operação por um par metálico. Tal serviço era prestado por operadoras de telecomunicações, originárias de

---

<sup>86</sup> JUNIOR, Francisco Gomes. **Resolução Judicial de Conflitos Legais e Contratuais nas Telecomunicações** in NASCIMBENI, Asdrubal; MARCACINI, Augusto Tavares Rosa; PERTASI, Maria Odete Duque (Coords.). **Contratos Empresariais Interpretados pelos Tribunais** – São Paulo: Quartier Latin, 2014. p.38.

<sup>87</sup> Art. 175 CF/88: *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.*

*(...) 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 permissão.*

concessões cuja distribuição se fazia indistintamente pelo governo em todas as esferas do Executivo, ou seja, pelos municípios, estados e governo federal<sup>88</sup>.

Como na época os serviços ocorriam de forma desordenada, com pequena abrangência e baixa qualidade, a atividade econômica possui custos astronômicos. O que resultou na existência de mil companhia telefônicas, que tinham grandes dificuldades operacionais, não possuíam padronização na atividade e interconexão entre elas, o que reduzia o valor agregado do serviço prestado aos assinantes, resultando na estagnação do setor<sup>89</sup>.

Ainda na década de 60 houve a promulgação da Constituição de 1967, primeira inclusão da atuação estatal, em que se estabelecia ser de competência da União explorar, diretamente ou mediante autorização ou concessão, os serviços de telecomunicações. No entanto, no final da década e início da década de 70, não só houve mais uma etapa na evolução tecnológica, como também houve a institucionalização da ação governamental que teve sua lógica estruturada em organizar, por via de fiscalização, estatização, centralização e integração, o serviço prestado, o que não surtir o efeito prático local<sup>90</sup>.

#### **4.1.2 Período de 1972 a 1996: Expansão da Telebrás e o Esgotamento do Modelo Estatal**

No início da década de 70 surgem as centrais eletromecânicas automáticas, suprimindo o antigo cabo físico pelo sistema de dois pares de fios metálicos capazes de transmitir caixa de voz multiplexados, além do uso de rádios transistorizados, em substituição a tecnologia anterior de micro-ondas, aumentando exponencialmente a capacidade de atrair assinantes permitindo ampliação da base e, finalmente, ganhar efeitos positivos de ganho. Em 1972 criou-se uma sociedade de economia mista denominada Telecomunicações Brasileiras S.A (Telebrás) com atribuição de

---

<sup>88</sup> NEVES, M. S. (2002). **O Setor de Telecomunicações**. In: Elizabeth Maria de São Paulo; Jorge Kalache Filho. (Org.). **BNDES 50 Anos - Histórias Setoriais**. 1 ed. São Paulo: DBA Artes Gráficas, v. 1. p. 298.

<sup>89</sup> Op. cit. p. 298.

<sup>90</sup> Op. cit. pp. 299-300.

planejar, implantar e operar o sistema nacional de telecomunicações, empresa vinculada ao Ministério das Comunicações<sup>91</sup>.

A Telebrás foi a grande prestadora estatal dos serviços de telecomunicações da época e veio com a missão de contribuir para o desenvolvimento econômico e social do país. Nesse sentido, instituiu em cada estado uma empresa-pólo e promoveu a incorporação das companhias telefônicas existentes, pela aquisição de seus acervos ou de seus controles acionários, alterando profundamente a organização industrial vigente, que começa a decair no início da década de 80 com as modificações do cenário político e a piora da situação econômico-social do país<sup>92</sup>.

A partir da década de 80 os reajustes de tarifa inferiores a inflação, a implantação de subsídios cruzados nos produtos, a politização dos cargos executivos das estatais e as restrições impostas pelo governo federal ao uso do FNT e do lucro operacional da Telebrás reduziram a capacidade de investir e, ao longo do tempo, tiveram como consequência a formação de vultosa demanda reprimida, apontando sinais de esgotamento do modelo monopolista estatal. [...] no aspecto da prestação do serviço, a estagnação do crescimento da Telebrás obteve como resultado a escassez de novas linhas, a degradação da qualidade das comunicações, os planos de expansão onerosos com prazos dilatados, o congestionamento das rotas de longa distância em horários de pico, as tarifas mais elevadas e a descapitalização das empresas, decretando a necessidade de nova mudança, principalmente por tratar-se de infraestrutura ligada a competitividade de todos os setores da economia. [...] na cadeia de fornecedores, dependente do poder de compra estatal (agora reduzido), a política recessiva foi conseqüentemente nociva, levando a capacidade de produção a retrair-se.

Assim o setor caminha no Brasil até metade da década de 90, diante do evidente esgotamento do modelo e das dificuldades de financiar o setor foi endossada a revisão da estrutura prevista para as telecomunicações, quando então surge a Lei Geral de Telecomunicações em 1997.

---

<sup>91</sup> NEVES, M. S. (2002). **O Setor de Telecomunicações**. In: Elizabeth Maria de Sao Paulo; Jorge Kalache Filho. (Org.). **BNDES 50 Anos - Histórias Setoriais**. 1 ed. São Paulo: DBA Artes Gráficas, v. 1. p. 301.

<sup>92</sup> Op. cit. 301-302

#### 4.1.3 Período de 1997 a 2001: A implantação de um Novo Modelo Visando Universalização, Qualidade e Competição

No intuito de reverter a situação foi promulgada a Lei Geral de Telecomunicações – LGT em 16 de julho de 1997, que então torna os entes privados como peça central na operação, os quais passam então a serem regidos por um limite regulatório estável e por uma agência nacional independente (Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL)<sup>93</sup>. O objetivo era retomar o crescimento e prover infraestrutura tecnologicamente moderna, com qualidade, padrão internacional e diversificação dos serviços, acesso universal aos serviços básicos, tanto garantindo o papel social de integração nacional, quanto viabilizando patamares de competitividade para o país no que tangia às comunicações, permitindo a era da criação de processos concorrenciais, uma vez que a barreira de entrada imposta por política governamental tenderia a enfraquecer-se ao longo do tempo, a regulação e a fiscalização passaram a ter papel preponderante, dada a existência de assimetrias no poder de mercado das empresas que se originariam do legado estatal, predominantemente monopolista<sup>94</sup>.

Desta feita, houve quatro grandes processos implementados pelo governo brasileiro na reestruturação dos serviços nesta época:

- a implantação da telefonia móvel da banda B, em 1997, quando o território nacional foi dividido em dez áreas de concessão;
- a privatização do Sistema Telebrás, em 1998, quando a telefonia fixa ficou dividida em três áreas de concessão, a longa distância se concentrou numa só operadora e a telefonia móvel da banda A se repartiu entre dez áreas;
- a criação e concessão, em 1999, das empresas-espelhos de telefonia fixa e de longa distância; e
- a implantação da telefonia móvel nas bandas C, D e E, que formaram a segunda geração do segmento do país, denominada Serviço Móvel Pessoal – SMP<sup>95</sup>.

Mesmo sofrendo com o desafio imposto pelo marco do novo período, valores expressivos mostraram que, pelo menos boa parcela, os objetivos foram

---

<sup>93</sup> *Nota histórica: o Sistema Telebrás foi privatizado em 29 de julho. O processo de transformações teve início com a mudança da Constituição Federal e prosseguiu com a promulgação da Lei Geral de Telecomunicações (LGT) em 16 de julho de 1997, que criava e implementava o órgão regulador - Anatel*

<sup>94</sup> NEVES, M. S. (2002). **O Setor de Telecomunicações**. In: Elizabeth Maria de Sao Paulo; Jorge Kalache Filho. (Org.). **BNDES 50 Anos - Histórias Setoriais**. 1 ed. São Paulo: DBA Artes Gráficas, v. 1. p. 301

<sup>95</sup> Op. cit. p. 305

alcançados, quando é destacado a evolução dos números de acesso instalados na telefonia fixa, que foi de 16.5 milhões em 1996 para 47.8 milhões em 2001; ou, ainda, a implantação efetiva da telefonia móvel, que atingiu 28.7 milhões de usuários em 2001, com teledensidade de dezessete acessos por cem habitantes, bastante superior à de 1996, por exemplo, com acesso de 11.7 acesso por cem habitantes.

[...] Outro número que mostra o crescimento diz respeito aos postos de trabalho existentes no Sistema Telebrás na época e no período pós-privatizações, isto é, depois de 1998. Se havia 93.1 mil postos em 1990, o número subira para 153.1 mil em 1998 e já beirava 300 mil no primeiro semestre de 2001<sup>96</sup>.

Com a forte expansão na infraestrutura, as operadoras realizaram volumes significativos de financiamento, o que criou oportunidades de investimento na indústria de equipamentos de telecomunicações, o que induziu a entrada de novos fabricantes no mercado e a ampliação da presença dos já instalado, o que contribuiu para queda no preço dos serviços<sup>97</sup>.

#### 4.1.4 Período de 2001 a 2005: O surgimento e as políticas públicas pós-privatização

No início dos anos 2000 a Anatel fez um leilão de licenças de espectro para serviços móveis em três regiões do país. O processo de leilão, ocorrido entre 2000 e 2004, concedeu a autorização somente em 2005. De toda forma, isso garantiu uma transição de um modelo de outorga para serviços de voz móveis, classificados como serviços móveis celulares para um regime de autorização chamado de serviço móvel pessoal (SMP).<sup>9899</sup>

No final de 2005 a LGT estabelecia como data de expiração dos contratos de concessão, porém, nova negociação entre o governo e as concessionárias, permitiu uma extensão única até 2025 (20 anos). Além disso, previu novas condições para as

<sup>96</sup> NEVES, M. S. (2002). **O Setor de Telecomunicações**. In: Elizabeth Maria de Sao Paulo; Jorge Kalache Filho. (Org.). **BNDES 50 Anos - Histórias Setoriais**. 1 ed. São Paulo: DBA Artes Gráficas, v. 1. p. 306.

<sup>97</sup> Op. cit.

<sup>98</sup> OECD (2020), **Avaliação da OCDE sobre Telecomunicações e Radiodifusão no Brasil 2020**, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/0a4936dd-pt>. p. 62.

<sup>99</sup> *Nota histórica: Esse processo completou a transição dos serviços móveis do regime de outorga – que existia antes da LGT – para o novo regime, de acordo com a LGT. O regime de outorga, contudo, persistiu para os serviços de telefonia fixa. Op. cit.*

concessões, incluindo metas de universalização e parâmetros de qualidade que serão redefinidas a cada 05 (cinco) anos. Já no ano de 2003 novas condições de universalização foram determinadas sob uma atualização do plano geral de metas (PGMU II, Decreto n.º 4.769, 2003), que incluíam instalação de postos de serviços de telecomunicações rurais e urbanos em todo o Brasil, além de estabelecer às concessionárias que haja uma opção de telefonia a baixo custo<sup>100</sup>.

Já em 2008 ANATEL publica o Plano Geral de Atualização da Regulamentação das Telecomunicações no Brasil (Resolução n.º 516, 2008) atualizando o marco regulatório das telecomunicações no país em razão de a obrigação de instalar novos postos de telecomunicações desatualizada (PGMU II, Decreto n.º 6.424, 2008), reconhecendo que a banda larga teria melhores efeitos econômicos<sup>101</sup>.

Em 2010, o governo publica o Programa Nacional de Banda Larga (PNBL) (Decreto n.º 7.175/2010) que estabelece metas de conexão à banda larga até o final de 2014 e em 2013 é atualizado o regulamento para SCM em termos de serviço de banda larga (Resolução nº 614, maio de 2013) que agiliza a autorização de tais serviços, reduzindo substancialmente o preço das autorizações para os serviços de banda larga diminuindo, por consequência, importante barreira de entrada para outros provedores de serviços de conexão<sup>102</sup>.

No ano de 2014 o país se torna um dos primeiros a adotar o Marco Civil da Internet, que inclui importantes questões como neutralidade da rede, liberdade de expressão, privacidade, proteção de dados e responsabilidade limitada dos novos provedores. Apesar de o marco regulatório ter dificultado a transferência de esforços e recursos da telefonia fixa para outras prioridades como a banda larga, o Brasil conseguiu promover o desenvolvimento de serviços de banda larga por meio de outras iniciativas. Por fim, em 2018, é publicada a quarta revisão do PGMU (Decreto n.º 9.619, 20 de dezembro de 2018) aprofundando consideravelmente as versões anteriores, tendo como principal mudança a inclusão da obrigação de instalar serviços de banda larga fixa sem fio em 1.473 locais usando tecnologia 4G ou superior<sup>103</sup>.

---

<sup>100</sup> OECD (2020), **Avaliação da OCDE sobre Telecomunicações e Radiodifusão no Brasil 2020**, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/0a4936dd-pt>. p. 63.

<sup>101</sup> Op. cit. p. 64

<sup>102</sup> Op. cit. p. 65

<sup>103</sup> Op. cit. p. 66

Como pode ser verificado, o país vem implementando ou analisando várias iniciativas para reduzir as barreiras de entrada no mercado de comunicações. Há iniciativas governamentais recentes incluem a modernização do regime de licenciamento, os incentivos ao compartilhamento de infraestrutura e o desenvolvimento de um marco para facilitar a implantação de infraestrutura, além de avaliar a tributação de tecnologias emergentes (e.g. mudanças nas taxas para a IoT), assim como medidas para aumentar a disponibilidade do espectro e melhorar sua gestão<sup>104</sup>.

**Tabela 2.1. Resumo da história das telecomunicações no Brasil**

Mês e ano	Ação	Instrumento legal
Agosto 1962	Código Brasileiro de Telecomunicações (CBT)	Lei n.º 4.117
Julho 1966	Fundo de Fiscalização das Telecomunicações (Fistel)	Lei n.º 5.070
Julho 1972	Criação da estatal Telecomunicações Brasileiras S/A (Telebras)	Lei n.º 5.792
Julho 1996	Lei Mínima	Lei n.º 9.295
Julho 1997	Lei Geral das Telecomunicações (LGT)	Lei n.º 9.472
Outubro 1997	Regulamento da Agência Nacional de Telecomunicações	Decreto n.º 2.338
Abril 1998	Plano Geral de Outorgas (PGO)	Decreto n.º 2.534
Maio 1998	Plano Geral de Metas de Universalização (PGMU)	Decreto n.º 2.592
Julho 1998	Privatização do sistema Telebras	x
Agosto 2000	Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações (Fust)	Lei n.º 9.998
Novembro 2000	Fundo para o Desenvolvimento Tecnológico das Telecomunicações (Funtel)	Lei n.º 10.052
Junho 2003	2º PGMU	Decreto n.º 4.769
Abril 2008	Emenda ao 2º PGMU	Decreto n.º 6.242
Outubro 2008	Plano Geral de Atualização da Regulamentação das Telecomunicações no Brasil	Resolução n.º 516 da Anatel
Maio 2010	Programa Nacional de Banda Larga (PNBL)	Decreto n.º 7.175
Junho 2011	3º PGMU	Decreto n.º 7.512
Novembro 2012	Plano Geral de Metas de Competição (PGMC)	Resolução n.º 600 da Anatel
Abril 2014	Marco Civil da Internet	Lei n.º 12.965
Dezembro 2018	4º PGMU	Decreto n.º 9.619
Junho 2019	Plano Estrutural de Redes de Telecomunicações (Pert)	Decisão do Conselho Diretor da Anatel n.º 309
Outubro 2019	Emenda à LGT e ao Fust	Lei n.º 13.879

## 4.2 O Setor de Telecomunicações na Atualidade e Expectativas

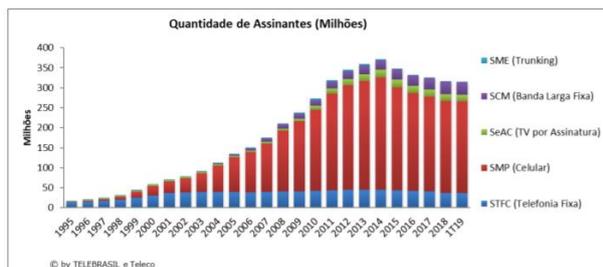
Pode-se dizer que o setor atualmente passa por um momento de grande relevância, fruto de basicamente dois movimentos que vem se desenhando especialmente ao longo dos últimos anos. O primeiro refere-se à notoriedade que o setor teve durante a pandemia ocasionada pelo Coronavírus (COVID-19) que, frente a possível restrições que o setor poderia ter, foi promulgado pelo Governo Federal o Decreto 10.282/2020 estabelecendo que, entre outras questões, telecomunicações e

<sup>104</sup> OECD (2020), **Avaliação da OCDE sobre Telecomunicações e Radiodifusão no Brasil 2020**, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/0a4936dd-pt>. p. 67

internet são serviços de natureza essencial durante a crise causada pela pandemia. Pandemia esta que, por consequência, acabou mudando os hábitos de grande parte da população (vide gráfico abaixo). E o segundo em virtude do avanço tecnológico e consequente migração para tecnologia de 5ª geração (5G), conforme aponta estudo feito e apresentado pela Superintendência de Competição da ANATEL<sup>105</sup>.

## 2. Indicadores Gerais do Setor de Telecomunicações

### 2.1 Assinantes de STFC (Telefonia Fixa), SMP (Celular), SeAC (TV por Assinatura), SCM (Banda Larga Fixa) e SME (Trunking)



MILHÕES	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	1T19
STFC (Tel. Fixa)	20,0	25,0	30,9	37,4	38,8	39,2	39,6	39,8	38,8	39,4	41,2	41,5	42,0	43,0	44,3	44,9	45,0	43,7	42,0	40,8	37,5	36,6
SMP (Celular)	7,4	15,0	23,2	28,7	34,9	46,4	65,6	86,2	99,9	121,0	150,6	174,0	202,9	242,2	261,8	271,1	280,7	257,8	244,1	236,5	229,2	228,9
SeAC (TV por Assinatura)	2,6	2,8	3,4	3,6	3,6	3,6	3,9	4,2	4,6	5,3	6,3	7,5	9,8	12,7	16,2	18,0	19,6	19,1	18,8	18,1	17,6	17,2
SCM (BL Fixa)	-	0,1	0,2	0,3	0,7	1,2	2,3	3,9	5,7	8,3	10,9	12,8	15,3	17,0	19,8	22,2	24,0	25,5	26,8	28,7	31,2	31,6
SME (Trunking)	0,1	0,2	0,4	0,4	0,4	0,4	0,4	0,7	0,9	1,3	1,8	2,5	3,3	4,1	3,9	3,8	2,7	1,6	0,9	0,4	0,1	0,1
<b>Total</b>	<b>30,0</b>	<b>43,1</b>	<b>58,0</b>	<b>70,5</b>	<b>78,4</b>	<b>90,8</b>	<b>111,8</b>	<b>134,7</b>	<b>149,9</b>	<b>175,3</b>	<b>210,9</b>	<b>238,2</b>	<b>273,4</b>	<b>319,2</b>	<b>346,0</b>	<b>360,0</b>	<b>372,0</b>	<b>347,6</b>	<b>332,5</b>	<b>324,4</b>	<b>315,6</b>	<b>314,4</b>

Fonte: Anatel, Telebrasil e Teleco. Notas: STFC – Serviço Telefônico Fixo Comutado, SCM – Serviço de Comunicação Multimídia, SMP – Serviço Móvel Pessoal, SME – Serviço Móvel Especializado.  
Nota: SeAC – Serviço de acesso condicionado, criado pela Lei 12.485. O SeAC observou os seguintes serviços: serviço de TV a Cabo (TVC), serviço de Distribuição de Sinais Multiponto Multicanal (MMDS), serviço de Distribuição de Sinais de Televisão e de Áudio por Assinatura via Satélite (DTH) e serviço Especial de Televisão por Assinatura (TVA).

### 2.10 Empregados no Setor de Telecomunicações (sem Empresas de Call Center)



MILHARES	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	1T19
Indústria	24,0	22,0	24,8	26,7	21,5	17,4	17,2	21,7	22,0	27,9	25,8	27,2	26,4	29,3	45,8	40,8	36,0	35,4	30,3	27,2	27,2	27,2	27,3
Implantação	32,7	31,7	33,8	46,0	37,2	35,5	36,0	44,9	53,3	53,4	47,6	56,7	50,7	59,7	69,1	75,1	65,9	73,8	80,8	80,8	80,8	80,8	80,8
Serviços	122,6	107,9	111,7	118,2	117,3	106,4	88,1	113,3	118,1	106,1	123,2	128,1	135,7	148,3	187,6	199,4	209,6	195,0	195,4	192,0	193,1	194,4	197,3
<b>Total</b>	<b>179,2</b>	<b>161,7</b>	<b>170,3</b>	<b>191,0</b>	<b>176,0</b>	<b>159,2</b>	<b>141,3</b>	<b>179,9</b>	<b>193,3</b>	<b>187,4</b>	<b>196,6</b>	<b>212,0</b>	<b>212,8</b>	<b>237,3</b>	<b>302,5</b>	<b>315,3</b>	<b>311,5</b>	<b>304,1</b>	<b>306,4</b>	<b>300,0</b>	<b>301,1</b>	<b>302,3</b>	<b>305,3</b>

Fonte: M T E – RAIS até 2006 e CAGED em 2007.

Nota: Com a mudança da classificação dos dados do CAGED a partir de Jan/08, a variação de empregados de implantação em Telecomunicações parou de ser divulgada.

<sup>105</sup> ANATEL (2020). Novos Mercados nas Telecomunicações: uma perspectiva sobre as novas frentes para regulação econômica. ANATEL: Brasil

O 5G é basicamente um novo padrão de conexão sem fio global em evolução as redes 1G, 2G, 3G e 4G. A internet da 5ª Geração habilita um novo tipo de rede projetada para conectar praticamente tudo e todos juntos, incluindo máquinas, objetos e dispositivos. No que as gerações passadas procuram conectar pessoas, o 5G tem como objetivo de permitir conexões massivas (máquina a máquina) e, em decorrência disso, fornecer velocidades de pico de dados de vários Gigabyte (Gbps) mais altas, latência ultrabaixa, mais confiabilidade, alta capacidade de rede massiva, maior disponibilidade e uma experiência de usuário mais uniforme para uma quantidade maior de usuários<sup>106</sup>.

Esta conexão possibilita uma conexão de 10 (dez) a 20 (vinte) vezes mais rápida do que há atualmente, permitindo até mesmo cirurgias de forma remota, conforme explica Moacyr Martucci Junior, professor titular do Departamento de Engenharia de Computação e Sistemas Digitais da Escola Politécnica da Universidade de São Paulo (Poli-USP)<sup>107</sup>.

Em publicação feita pela própria ANATEL, a implantação do 5G transformará significativamente vários setores produtivos brasileiros, não só pelo avanço disruptivo à sociedade que a tecnologia trará ao mundo, mas pelas novas oportunidades e possibilidades que trará<sup>108</sup>. Nas palavras de Caroline Chan, vice-presidente de data center da Intel. “A tecnologia foi pensada para o mercado corporativo: ela entrega segurança, estabilidade e alta velocidade, características que o 3G e o 4G não foram capazes de oferecer” [...] “O resultado disso é que ela vai, certamente, acelerar a transformação digital dos negócios” [...] “Pense no seguinte: com a popularização do 5G, qualquer objeto será capaz de se comunicar, o que vai nos colocar numa nova era<sup>109</sup>.

Nesta mesma linha de transformações importantes para diferentes segmentos da economia do país, vê-se na fala do CEO da Huawei, Sun Boacheng, em um painel realizado pela Telebrasil: “Um estudo da Deloitte mostra que o 5G deve trazer R\$ 300 bilhões em benefícios para o Brasil nos próximos anos. Isso é importante

---

<sup>106</sup>

<https://www.qualcomm.com/5g/what-is-5g> e  
<https://agenciabrasil.etc.com.br/geral/noticia/2020-03/agencia-brasil-explica-o-que-e-tecnologia-5g>

<sup>107</sup>

<https://www.seesp.org.br/site/index.php/jornal-do-engenheiro/item/19906-mudancas-na-conectividade-e-desafios-com-chegada-de-5g-no-brasil>

<sup>108</sup>

<https://www.gov.br/anatel/pt-br/assuntos/noticias/anatel-afirma-que-o-5g-desenvolvera-varios-setores-economicos>

<sup>109</sup>

<https://epocanegocios.globo.com/Tecnologia/noticia/2019/05/o-5g-traz-o-anuncio-de-uma-nova-era.html>

para aumentar o PIB”<sup>110</sup>. E ainda, o CEO da Nokia Brasil, na qual declara: “A Nokia encomendou um estudo através da Omdia onde foi apontado que, com a implementação do 5G no Brasil, a gente deve ter um impacto de 1,2 trilhão de dólares no PIB até 2035. Se for contar o aumento de produtividade com a economia digital, estamos falando de 3,08 trilhões de dólares. Isso está separado em diferentes indústrias, mas quanto mais cedo começarmos a instalar a nova tecnologia, mais cedo teremos esses benefícios e esse impacto de volta”<sup>111</sup>. Mesmo sentido da opinião manifestada pelo governo e de grandes empresas no setor<sup>112</sup>.

Como todo grande movimento, o 5G enfrenta desafios consideráveis, como a necessidade de se obter mais espectros de propagação de sinal, que no 5G exigem distâncias mais curtas na propagação do sinal, muito além dos sistemas atuais, o que necessariamente implica na implantação de muito maior de Estações Rádio Base (ERB). Outro desafio está relacionado aos links de conexão entre a base e a rede central (*backhaul*) cuja tecnologia dependerá também da implementação de serviços de fibra de forma a garantir soluções de *backhaul* sem fio com capacidade suficiente, como micro-ondas e links de satélite. Além de regulamentações nacionais e internacionais que ainda precisam ser adotadas e aplicadas para evitar a interferência entre o 5G e todos os serviços para se criar um ecossistema móvel viável para o futuro ao passo que devem ser reduzidos os preços por meio das economias de escala do mercado global<sup>113</sup>.

Outro desafio a ser enfrentado pelo setor, especificamente no Brasil, é a falta de profissionais qualificados, experiência que é vivenciada no setor e, inclusive, discutida em palestras e anunciadas nos meios de comunicação<sup>114</sup>.

O 5G é mais do que apenas um passo evolutivo para uma nova geração de tecnologia; representa uma transformação fundamental do papel que a tecnologia móvel desempenha na sociedade. À medida que a demanda por conectividade contínua cresce, o 5G é uma oportunidade de criar uma rede ágil e desenvolvida sob medida para as diferentes necessidades dos cidadãos e da economia.

---

<sup>110</sup> <https://conexis.org.br/5g-vai-trazer-novos-modelos-de-negocios-e-oportunidades/>

<sup>111</sup> <https://veja.abril.com.br/economia/o-5g-tera-impacto-de-us-12-trilhao-ao-pib-brasileiro-diz-ceo-da-nokia/>

<sup>112</sup> <https://www.gov.br/mcom/pt-br/noticias/2021/outubro/em-sete-dias-brasil-abre-as-portas-para-nova-era-de-conectividade-5g>

<sup>113</sup> <https://www.itu.int/en/mediacentre/backgrounders/Pages/5G-fifth-generation-of-mobile-technologies.aspx>

<sup>114</sup> <https://conexis.org.br/5g-vai-trazer-novos-modelos-de-negocios-e-oportunidades/>

A implantação do 5G é uma oportunidade para as operadoras irem além da conectividade e colaborar em setores como finanças, transporte, varejo e saúde para fornecer serviços novos e ricos para consumidores e empresas. É uma oportunidade para a indústria, a sociedade e os indivíduos avançarem em suas ambições digitais, com o 5G como um catalisador para a inovação.

O 5G evoluirá naturalmente das redes 4G existentes, mas marcará um ponto de inflexão no futuro das comunicações, trazendo conectividade instantânea de alta potência para bilhões de dispositivos. Ele será projetado especificamente para a maneira como os usuários desejam viver e fornecerá uma plataforma na qual novos serviços digitais e modelos de negócios podem prosperar. Ele permitirá que as máquinas se comuniquem sem intervenção humana em uma Internet das Coisas (IoT) capaz de conduzir uma gama quase infinita de serviços. Isso facilitará redes de transporte mais seguras, eficientes e econômicas. Ele oferecerá melhor acesso ao tratamento médico, conectando pacientes e médicos de maneira confiável em todo o mundo.

De baixo consumo de energia, estacionamento inteligente acionado por sensor a chamadas de conferência holográficas, o 5G permitirá viver e trabalhar mais ricos, inteligentes e convenientes. É um passo gigante na corrida global para digitalizar economias e sociedades<sup>115</sup>.

THE 5G GUIDE A REFERENCE FOR OPERATORS April 2019

#### **4.3 Contratos de Concessão e Outras Contratações Necessárias no Setor de Telecomunicações**

A privatização dos serviços de telecomunicações no Brasil ocorre por meio de concessões, cujo instrumento jurídico é justamente um contrato – Contrato de Concessão. Neste contrato, por consequência, contém todas as regras e diretrizes impostas pelo Estado às concessionárias, além de sanções em caso de descumprimento e cláusulas de composição tarifárias que permitem, de alguma forma, a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro entre Estado (Pode Concedente), ora representado pela ANATEL, e as empresas privadas (Concessionárias).

Referido instrumento mantém a competência da ANATEL (Poder Concedente) de fiscalizar, normatizar e controlar as concessionárias – muito embora estas empresas sejam de capital privado, estas permanecem como prestadoras de serviço público sob a fiscalização do Estado. Prevê, inclusive, que o descumprimento de determinadas obrigações poderá ensejar sanções e intervenção da ANATEL,

---

<sup>115</sup> <https://www.gsma.com/spectrum/wp-content/uploads/2019/09/Impact-of-spectrum-prices-on-consumers.pdf>

podendo implicar até mesmo na caducidade da concessão. Devem ainda as concessionárias, por meio desse Contrato de Concessão, realizar os serviços com absoluta observância do Contrato e prestar contas e informações técnicas, operacionais, econômicas, financeiras e contábil, além de fornecer todos os dados e elementos referentes aos serviços solicitados pela ANATEL<sup>116</sup>.

Além de toda regulamentação normativa e do próprio contrato, há outras contratações essenciais para o desenvolvimento da atividade que afetam diretamente às concessionárias na qualidade de empresas privadas e que, por sua vez, são regidas por outras normas, como é o caso, por exemplo, da contratação de prestadores de serviços (terceirização) – regido pelo Código Civil e leis específicas, contratos de trabalho dos funcionários – regido pela própria Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), legislações ambientais e urbanísticas para implantação das suas estruturas e do próprio Código de Defesa do Consumidor – CDC, que ainda prevê obrigações das concessionárias para com os usuários, regida por Lei Federal.

Para o pleno exercício da atividade de telecomunicações tais outras contratações são essenciais, uma vez que envolve toda uma cadeia de suprimentos, desde a identificação do local onde a implantação da Estação Rádio Base (ERB) será implantada até a qualidade da distribuição dos sinais e que, por sua vez, são cada vez mais exigidos pelo mundo moderno, como é exemplo dos smartphones, geladeiras com conexão na internet, carros automáticos, entre outros vários exemplos hodiernamente vivenciados.

---

<sup>116</sup> JUNIOR, Francisco Gomes. **Resolução Judicial de Conflitos Legais e Contratuais nas Telecomunicações** in NASCIMBENI, Asdrubal; MARCACINI, Augusto Tavares Rosa; PERTASI, Maria Odete Duque (Coords.). **Contratos Empresariais Interpretados pelos Tribunais** – São Paulo: Quartier Latin, 2014. p.40.

## 5 CONFLITOS PRINCIPAIS E A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO (AED) NOS CONTRATOS DE TELECOMUNICAÇÕES

Desde a privatização da Telebrás e instituição do novo marco regulatório em 1997 no país, a regulação de serviços públicos concedidos é amplamente debatida no ordenamento jurídico. Essa transmissão do Estado à iniciativa privada traz sérias reflexões quanto o papel do Estado na economia<sup>117</sup>. A harmonia das normas que se espera nem sempre é verificada no caso concreto, sem mencionar na própria existência de conceitos abertos na legislação, inclusive brevemente abordados neste trabalho, o que resulta em problemas práticos que, por vezes, pode impactar toda sociedade.

Desde a privatização da Telebrás e instituição do novo marco regulatório em 1997 no país, a regulação de serviços públicos concedidos é amplamente debatida no ordenamento jurídico. Essa transmissão do Estado à iniciativa privada traz sérias reflexões quanto o papel do Estado na economia<sup>118</sup>. A harmonia das normas que se espera nem sempre é verificada no caso concreto, sem mencionar na própria existência de conceitos abertos na legislação, inclusive brevemente abordados neste trabalho, o que resulta em problemas práticos que, por vezes, pode impactar toda sociedade.

Apenas a título exemplificativo, destaca-se o Código de Defesa do Consumidor, cuja regulação se aplica aos mais variados setores da prestação de serviços existentes na economia e que, desde a sua promulgação, em 11 de setembro de 1990, teve importância fundamental na sociedade, porém, foi criado no momento em que inexistia legislação específica para o setor de telecomunicações e tampouco um órgão regulador com atribuições de fiscalização e controle de adequabilidade dos serviços. De fato, é indiscutível todo benefício jurídico e subversão de valores trazidos pela legislação consumerista, porém, quando analisada frente ao modelo de prestação de serviço público de telecomunicações a partir de 1997, certas atribuições do CDC concorrem, muitas das vezes, com a

---

<sup>117</sup> JUNIOR, Francisco Gomes. **Resolução Judicial de Conflitos Legais e Contratuais nas Telecomunicações** in NASCIMBENI, Asdrubal; MARCACINI, Augusto Tavares Rosa; PERTASI, Maria Odete Duque (Coords.). **Contratos Empresariais Interpretados pelos Tribunais** – São Paulo: Quartier Latin, 2014. p.38.

<sup>118</sup> Op. cit.. p.40.

atuação do órgão regulador, “uma vez que se legitima outros órgãos a praticar atos que a regulamentação atribui à ANATEL”<sup>119</sup>.

Por um lado, a LGT prevê a competência da ANATEL para atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações no Brasil (art. 19 da Lei 9.472/97 – LGT), tendo como condão celebrar e gerenciar os contratos de concessão, além de fiscalizar a prestação do serviço aplicando sanções e intervenções para reprimir infrações dos direitos dos usuários, ao passo que, de outro lado, o [...] CDC dá competência ao Ministério Público (MP), a Secretaria da Defesa Econômica (SNDCE), o Procon, as associações de defesa do consumidor para fiscalizar e sancionar os serviços de telecomunicações, dentro outros serviços<sup>120</sup> (artigos 81, 82, 105, 43 §4º da Lei 8.078/90 – CDC), o que claramente resulta em um conflito de atribuições.

Outra questão fortemente enfrentada pelas concessionárias de telecomunicação e seus prestadores de serviço, também em evidente conflito de atribuições, também refere-se a aplicação das normas sobre telecomunicações, porém, no âmbito municipal. No caso concreto, consoante ao que estabelece a CRFB/88, compete privativamente a União Federal (CF, art. 22, IV) legislar sobre telecomunicações e, de maneira concorrente, cabe apenas a esta (União Federal), aos Estados e o Distrito Federal legislar sobre proteção do meio ambiente, controle da poluição, a proteção e defesa da saúde (CF, art. 24, VI e XII). Já aos Municípios, por sua vez, é atribuída competência para legislar sobre assuntos de interesse local (como uso e ocupação do solo, por exemplo) e de forma a suplementar (sem jamais as contrariar) as legislações federal e estadual no que couber (CF, art. 30, I e II). Todavia, na prática, muitos Municípios acabam por legislar sobre assuntos específicos de telecomunicações, como é o caso do município de São Paulo, que em 2004 promulgou a Lei 13.756/04 que disponha sobre a instalação de Estações Rádio Base no município de São Paulo, que em recente decisão do Superior Tribunal Federal – STF confirmou a invasão de competência do Município (Recurso Extraordinário 981.825/SP), *in verbis*:

---

<sup>119</sup> JUNIOR, Francisco Gomes. **Resolução Judicial de Conflitos Legais e Contratuais nas Telecomunicações** in NASCIMBENI, Asdrubal; MARCACINI, Augusto Tavares Rosa; PERTASI, Maria Odete Duque (Coords.). **Contratos Empresariais Interpretados pelos Tribunais** – São Paulo: Quartier Latin, 2014. pp. 41-42.

<sup>120</sup> Op. cit.

“EMENTA: AGRAVOS INTERNOS. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. JURISPRUDÊNCIA DO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL FIRMADA NO SENTIDO DA DECISÃO EMBARGADA. DESCABIMENTO DO RECURSO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. NORMAS PARA INSTALAÇÃO E OPERAÇÃO DE ANTENAS TRANSMISSORAS DE ONDAS ELETROMAGNÉTICAS. INVASÃO DA COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE TELECOMUNICAÇÕES.

1. Segundo dispõe o art. 332 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, “não cabem embargos, se a jurisprudência do Plenário ou de ambas as Turmas estiver firmada no sentido da decisão embargada (...)”.
2. No exame da ADI 3.110 (Min. EDSON FACHIN, DJ de 10/6/2020), **o Plenário desta CORTE julgou inconstitucional lei local que tratava da instalação de antenas transmissoras de telefonia celular, por invadir a competência privativa da União para legislar sobre telecomunicações, exercida por meio das Leis 9.472/1997 e 11.934/2009.**
3. No julgamento do ARE 929.378 AgR (Min. LUIZ FUX, DJ de 4/9/2020), a Primeira Turma assentou que **“a promoção do adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano, e a proteção do patrimônio histórico-cultural local não autorizam os municípios a dispor sobre matérias que a própria Constituição Federal reserva às competências legislativa e material da União”.**
4. No mesmo sentido: RE 1.095.733 AgR-quarto, Rel. Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe de 18/1/2021.
5. Agravos Internos aos quais se nega provimento.” (grifo nosso)

Vale destacar alguns pontos: (i) a legislação municipal foi promulgada em 2004; (ii) a discussão sobre esta legislação iniciou em 2013 com a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade no Tribunal de Justiça de São Paulo (ADIn 0128923-93.2013.8.26.0000); e (iii) seu desfecho está próximo somente no ano corrente (2021) com a decisão supra, permitindo concluir que aguardou-se praticamente 17 (dezessete) anos para uma definição da questão.

Outro exemplo importante destacar, também no Tribunal de Justiça de São Paulo, é a sobreposição do princípio da autonomia da vontade e consequente relativização do contrato, quando concessionária de energia elétrica e empresa de telecomunicação ajustam preço para o compartilhamento do poste e a agência reguladora fixa preço menor do que àquele estipulado pelas partes contratantes, sob justificativa que não deve haver enriquecimento sem causa. Segue trecho da decisão, *in verbis*:

**A resolução conjunta das agências reguladoras, observando estritamente o comando legal, fixou o preço razoável e justo para o compartilhamento dos postes e, dada a força cogente desta norma, não**

**pode a Ré invocar a força vinculante dos contratos privados para recusar seu cumprimento**, reservada a inafastabilidade da intervenção do Poder Judiciário, que haverá de ser assegurada em demanda a ser proposta em face da Administração Pública Federal. (grifo nosso)

APELAÇÃO Nº 1042086-54.2019 TJSP

Vale destacar ainda decisão ocorrida no Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF-3), especificamente no pedido de Suspensão de Execução de Liminar/Tutela Antecipada nº 500855243.2020.4.03.0000 (SEI nº 5455656), apresentado pela ANATEL, que suspendeu os efeitos das decisões judiciais proferidas pelo juízo da 12ª Vara Cível Federal de São Paulo, nos autos da Ação Civil Pública nº 5004662- 32.2020.4.03.6100 em que impedia as concessionárias de energia, gás e telecomunicação de realizar o corte dos serviços por inadimplência dos consumidores, o que resultou até mesmo em comunicação da ANATEL à concessionárias de telecomunicações sobre o caso<sup>121</sup>. Todavia, há de se ressaltar os trechos abaixo destacados da assertiva decisão na qual evidenciada a importância da não realização de uma análise em abstrata ou considerando apenas um ponto de vista (como é o caso da decisão liminar) e o impacto que pode ou poderia gerar à toda coletividade.

Nesse sentido, **imprescindível a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos** em questão, assim definido, nas precisas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, como "a relação de igualdade formada, de um lado, pelas obrigações assumidas pelo contratante no momento do ajuste e, de outro lado, pela compensação econômica que lhe corresponderá" in Curso de Direito Administrativo. (14ª ed. Malheiros: 2002, p. 577).

Ocorre que a decisão impugnada, nos termos em que lançada, **interfere diretamente nas relações obrigacionais das partes, porquanto deixou de sopesar as consequências advindas do inadimplemento contratual**, em especial a continuidade e eficiência de serviço de telefonia.

**Não se pode descuidar, ainda, do impacto aos cofres públicos**, na medida em que os entes federativos, a prevalecer a decisão impugnada, deixariam de arrecadar vultosos impostos com a atividade em questão, a exemplo do ICMS, do PIS e da COFINS, tributos incidentes diretamente na fatura. [...] Em outras palavras, **a liberação generalizada e geral do pagamento dos serviços prestados pelas empresas de telefonia implica, diretamente, menor arrecadação pelo Estado** e, como consequência, redução do repasse aos serviços efetivamente essenciais, a

---

<sup>121</sup>

<https://www.gov.br/anatel/pt-br/assuntos/noticias/anatel-comunica-a-prestadoras-de-telefonia-fixa-e-movel-que-nao-interrompam-inadimplentes>

exemplo da Saúde Pública, igualmente tutelada pelas Leis nº 8.437/92 e Lei 9.494/97.

Ademais, entendo que **determinar a manutenção da prestação dos serviços pelas concessionárias de serviço público, de forma indiscriminada**, a qualquer consumidor, além de impactar no recolhimento de tributos, **ferre o princípio da isonomia** (art. 5º, da Constituição Federal), ao não caput estabelecer qualquer critério razoável de distinção quanto à capacidade financeira e contributiva dos usuários, **criando verdadeiro estímulo à inadimplência**. A decisão, ainda, insere no mesmo contexto, situações de inadimplemento ocorridas antes mesmo do início da pandemia e, portanto, originadas por causas a ela alheias. [...] Com efeito, **a pandemia não pode ser utilizada como justificativa genérica para o inadimplemento de obrigações jurídicas em larga escala, sob pena de gerar incontrolável descontrole das atividades econômicas em geral**.

Por fim, não é porque se vive, temporariamente, período de pandemia que as relações e situações jurídicas não de ser descumpridas, **comprometendo gravemente a segurança jurídica que se busca em momentos de crise, e, conseqüentemente, a ordem pública**. (grifo nosso)

*Ação Civil Pública nº 5004662-32.2020.4.03.6100 TRF-3*

Nada obstante à toda dificuldade normativa, por vezes excessiva, e operacional singelamente demonstradas acima, as concessionárias ainda sofrem com furtos dos seus cabos, que crescem constantemente<sup>122</sup>, sequestro de antenas<sup>123</sup>, além de bloqueios de acesso em áreas controladas pelo tráfico ou milícia em comunidades<sup>124</sup>, o que impede a manutenção ou mesmo instalação das suas antenas, resultando na perda de território e ausência de atendimento das demandas dos clientes.

Como pode ser reconhecido, o setor enfrenta problemas realmente desafiadores os quais, em grande parte, acabam, de uma forma ou de outra, atingindo o legislativo no que se refere a regulação e, maiormente, o judiciário quando das discussões contratuais envolvidas.

A ordem legal cujos contratos de concessão, prestação de serviços, dentre outros envolvidos no setor não pode, em hipótese alguma, dar ensejo a incertezas, uma vez que, tais incertezas, resultam em insegurança jurídica às partes envolvidas. Nas palavras de decisões com interpretações binárias quanto a aplicação da

---

<sup>122</sup> <https://conexis.org.br/roubo-de-cabos-de-telecomunicacoes-cresce-145-no-primeiro-semester-de-2021/>

<sup>123</sup> <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2021/05/01/no-rio-bandidos-tomaram-o-controle-de-antenas-de-telefonica-e-internet.ghtml>

<sup>124</sup> <https://odia.ig.com.br/rio-de-janeiro/2021/06/6173186-crime-corta-cabos-de-internet-e-obriga-moradores-a-utilizarem-o-servico-local.html>

autonomia privada e da força vinculante dos contratos é capaz de gerar insegurança jurídica e especialmente, “insegurança quanto ao aspecto econômico do contrato, elevando o custo de transação e a possibilidade de redução da atividade produtiva, uma vez que as partes podem reduzir investimentos em decorrência da insegurança jurídica”<sup>125</sup>, o que notadamente reforçam a relevância de haver uma devida análise econômica em discussões em contratos no setor, além de cada vez mais empresas que tenham enraizadas a cultura do capitalismo consciente no intuito de construir uma sociedade cada vez mais eficiente e harmônica.

---

<sup>125</sup> REBOUÇAS, Rodrigo. F. **Autonomia Privada e a Análise Econômica do Contrato**. São Paulo: Grupo Almedina (Portugal), 2017. p. 137.

## 6 CONCLUSÃO

Por meio do presente trabalho procurou-se, primeiramente, demonstrar brevemente a teoria contemporânea do direito contratual, advindo da relação obrigacional manifestada pelo interesse das partes em circular bens e direitos, quando então é constituído o vínculo jurídico entre elas, percorrendo por toda questão principiológica que fundamenta o direito contratual, pontos estes, ainda que brevemente explanados em razão da profundidade que o tema trata, demonstrou-se a importância para adequada formação do contrato.

Mais adiante, como ato contínuo às questões basilares voltadas ao contrato, buscou-se introduzir a análise econômica do direito, método de investigação em que o direito se vale da economia na busca da compreensão do mundo e impactos econômicos contratuais, o qual permite concluir ser um método muito mais abrangente e que, no entendimento deste autor, captura com mais assertividade à análise contratual no mundo atual, cujo método, aliado ao capitalismo consciente, se mostra como ferramenta poderosa e, quiçá, completamente eficaz para a plena harmonia nas relações contratuais e à sociedade.

Além disso pode-se apresentar, de forma singela em razão dos vastos anos de história e complexidade do tema, o setor de telecomunicações no Brasil, tanto com o seu início quanto estágio atual, bem como explicar, ainda de forma singela em razão da fundura e até mesmo pela tecnicidade de parte do tema, sobre as expectativas advindas da nova geração de internet. Findando com os desafios do setor, seja por meio do próprio dirigismo do Estado externalizado pelo excesso regulatório, junto a deficiência do mercado, seja por profissionais ou pelas limitações atribuídas ao setor, e possíveis interferências do judiciário que, por sua vez, podem resultar em grande insegurança jurídica ao setor, o que não deixa de ocasionar em impactos à toda sociedade.

Por fim, fica evidenciado que o setor de telecomunicações enfrente grandes desafios e assegurar a autonomia privada nas relações somada a análise econômica do direito na hipótese de judicialização dos casos podem (e são) indispensáveis ao setor em razão da segurança jurídica que conferirá às decisões ou até mesmo no aspecto regulatório. O setor demonstrou e cada vez mais demonstra essencial à sociedade moderna e para o avanço da humanidade, em

todos os setores, logo, a segurança jurídica adequada conferirá forte impulsionamento que refletirá em toda cadeia de suprimento e da própria humanidade.

## REFERÊNCIAS

- AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.
- ANATEL (2020). **Novos Mercados nas Telecomunicações: uma perspectiva sobre as novas frentes para regulação econômica**. ANATEL: Brasil.
- DANZ, Erich. **A interpretação dos negócios jurídicos**. Tradução: Fernando de Miranda. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva, 1941.
- GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2019.
- LÔBO, Paulo Luiz N. **Direito Civil - Contratos**. 8. ed., v. 3. São Paulo: Editora Saraiva, 2021.
- MACKEY, John; SISODIA, Raj. **Capitalismo consciente: como libertar o espírito heroico dos negócios**. Tradução: Rosemarie Ziegelmaier, 1. ed. e-Book. São Paulo: HSM Editora, 2013.
- MOREIRA, Deborah. **Mudanças e desafios com chegada do 5G**. SEESP: São Paulo, 2020. Disponível em:  
<https://www.seesp.org.br/site/index.php/jornal-do-engenheiro/item/19906-mudancas-na-conectividade-e-desafios-com-chegada-de-5g-no-brasil>. Último acesso em 08/12/2021.
- NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. **Instituições de direito civil: teoria geral do direito privado**. v I, tl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- NERY JUNIOR, Nelson. **Contratos no Código Civil: Apontamentos gerais** in DOMINGOS, Fran-ciulli Netto; MENDES FERREIRA, Gilmar; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva (Coord.). **O Novo Código Civil – Homenagem ao Prof. Miguel Reale**. 2 ed. São Paulo: LTr, 2005.
- NEVES, M. S. **O Setor de Telecomunicações** in SAO PAULO, Elizabeth Maria de; KALACHE FILHO, Jorge. (Org.). **BNDES 50 Anos - Histórias Setoriais**. v.1, 1. ed. São Paulo: DBA Artes Gráficas, 2002.
- OECD (2020). **Avaliação da OCDE sobre Telecomunicações e Radiodifusão no Brasil 2020**. OECD Publishing: Paris. Disponível em:  
<https://doi.org/10.1787/0a4936dd-pt>. Último acesso em 08/12/2021.

PERLINGIERI, Pietro. **Recenti prospettive nel diritto delle obbligazioni** *in* PERLINGIERI, Pietro. **Le obbligazioni tra vecchi e nuovi dogmi**, Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 1990.

PICAZO, Luis Díez. **Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial**. 6. ed, Civitas, 2007.

QUALCOMM (2021). **What is 5G?** Qualcomm Technologies, Inc. Disponível em: <https://www.qualcomm.com/5g/what-is-5g>. Último acesso em 08/12/2021.

REALE, Miguel. **Sentido do Novo Código Civil**. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/>. Último acesso em 08/12/2021.

REBOUÇAS, Rodrigo F. **Autonomia Privada e a Análise Econômica do Contrato**. São Paulo: Grupo Almedina (Portugal), 2017.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021.

ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Tradução: Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.

SCHREIBER, Anderson. **Manual de Direito Civil: contemporâneo**. São Paulo: Editora Saraiva, 2021.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. v. único. São Paulo: Grupo GEN, 2020.

TEPEDINO, Gustavo. **Fundamentos do Direito Civil - Contratos** - Vol. 3. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020.

TEPEDINO, Gustavo. **Fundamentos do Direito Civil - Obrigações** - vol. 2. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. **Direito das obrigações** *in* AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.). **Código Civil Comentado**. São Paulo: Atlas, 2008, v. IV.

TIMM, Luciano B. **Direito e economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2014.

VALENTE, Jonas. **Agência Brasil explica: o que é a tecnologia 5G: novo padrão começa a ser adotado em alguns países este ano**. EBC: Brasília, 2020. Disponível em:

<https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-03/agencia-brasil-explica-o-que-e-tecnologia-5g>. Último acesso em 08/12/2021.

## LISTA DE LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)

BRASIL. **Código Civil. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm)

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispões sobre a proteção do consumidor. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm)

BRASIL. **Lei 8.897, 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. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8987compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987compilada.htm)

BRASIL. **Lei Municipal nº 13.756 de 16 de janeiro de 2004**. Dispõe sobre a instalação de Estação Rádio-Base - ERB, no Município de São Paulo, e dá outras providências. Disponível em: <http://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/lei-13756-de-16-de-janeiro-de-2004>

BRASIL. **Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997. Lei Geral de Telecomunicações**. 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. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9472.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9472.htm)

TJ-SP - AC: 10607715420198260100 SP 1060771-54.2019.8.26.0100, Relator: Erickson Gavazza Marques, Data de Julgamento: 11/06/2021, 5ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 11/06/2021

TRF3 • AÇÃO CIVIL PÚBLICA CÍVEL • Telefonia (7617) Fornecimento de Energia Elétrica (7760) Fornecimento de Água (7761) Combustíveis e derivados (11868) Garantias Constitucionais (9986) • 5004662-32.2020.4.03.6100 • Órgão julgador 12ª Vara Cível Federal de São Paulo do Tribunal Regional Federal da 3ª Região