

PARECER DRA. NEIDE MALARD

CONSULTA:

- 1) Poderia o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, ao proferir decisão em processo instaurado pela Agência Nacional de Telecomunicações - Anatel para apurar infração à ordem econômica, com base na Lei nº 8.884/94, adotar interpretação própria da legislação sobre telecomunicações, que contraria a interpretação da Anatel?

- 2) O método de interpretação utilizado pelo Conselheiro Relator resulta em uma decisão conforme o direito pátrio ou cria arbitrariamente uma exceção ao preceito escrito, regulador da matéria posta à sua apreciação?

PARECER

1. As atividades judicante e reguladora da Administração Pública, consideradas sob o aspecto funcional da estrutura do Estado de Direito, são atividades anômalas, indo além das competências atribuídas ao Poder Executivo pela ordem jurídica do Estado, que atribui a cada poder funções específicas: legislativa, administrativa e jurisdicional. Assim, em uma concepção tradicionalista e reducionista das competências do Estado, em sua organização de poder tripartite, cabe ao Executivo administrar, ao Legislativo regular e ao Judiciário julgar.

2. Importam para a questão posta a consulta as competências reguladora e judicante exercidas pelo Poder Executivo, através das entidades que constituem uma parte de sua estrutura orgânica, a saber, pela Anatel e pelo CADE.

3. A competência administrativa, seja reguladora, seja judicante, deve vir expressa em lei; não se presume. Nenhum órgão pode atuar sem compe-

tência expressa, nem invadir a competência do outro; nenhuma autoridade pode atuar sem delegação de poderes.

4. O poder do Estado emana da vontade soberana de seu povo, manifestada em lei elaborada por seus legítimos representantes no Congresso Nacional. Como emanção normativa, o poder só pode ser exercido nos estritos limites estabelecidos em lei, à qual se submetem o Estado e seus cidadãos. Essa idéia de inserção do poder na moldura legal está consubstanciada no princípio da legalidade, consagrado em nossa ordem jurídica, segundo o qual, o poder exercido em todas as esferas do Estado há de ter a lei como única fonte.

5. No âmbito da atividade administrativa, a idéia de poder está ligada à de função pública, porquanto esta, como o conjunto das atribuições conferidas ao agente, tem aquele como predicativo necessário para o seu desempenho. A função administrativa é desempenhada mediante atos que realizam em concreto fins expressos ou implícitos em lei. Isto significa que o agente público só pode praticar ato que corresponda a um tipo de ação (competência) previsto em lei. Assim, se a ação é regulamentar determinado setor econômico, interpretando as respectivas normas de regulação, os atos a serem praticados deverão guardar correspondência com a competência para tanto outorgada à entidade reguladora, que não pode extrapolar o limite da regulação. Se a ação é instruir o processo de repressão ao abuso do poder econômico, os atos limitar-se-ão àqueles da instrução, não podendo o órgão instrutor extrapolar sua função de instruir, para, por exemplo, praticar atos pertinentes ao julgamento. Se a ação for julgar as infrações contra a ordem econômica, os atos do órgão judicante não poderão compreender aqueles relativos à instrução ou à regulação.

6. A descentralização das funções administrativas se orienta pelo princípio da especialidade, isto é: a lei de criação da entidade estabelece com precisão as finalidades que deve perseguir. Assim, não podem os seus administradores afastar-se dos objetivos legais definidos na lei, eis que não têm a livre disponibilidade dos interesses públicos.²¹

7. A atribuição do poder e a forma pela qual é exercido vêm expressas em lei. O princípio da subordinação da Administração à lei imprime uma orientação positiva à conduta administrativa: agir somente quando autorizado. No silêncio da lei, não há poder. Quando a lei preordena a conduta administrativa, traçando-lhe os limites, precisando-lhe a forma, estabelecendo critérios, caracterizando situações, enfim, definindo as condições e hipóteses em que o ato

²¹ Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Direito administrativo. – 13. ed. – São Paulo : Atlas, 2001, p.72.

deva ser praticado, o poder de que dispõe o administrador é vinculado, cabendo-lhe tão só contrastar a existência do pressuposto fático, aplicando-lhe a norma.

8. Por outro lado, quando a lei deixa ao administrador a tarefa de avaliar as situações concretas e resolver sobre as providências a serem adotadas para o caso, tem-se o poder discricionário, cabendo ao agente aplicador da norma valorar, à sua discricção, os fatos que lhe são submetidos, para, afinal, decidir sobre a prática do ato segundo critérios de oportunidade e conveniência.

9. Ao plexo dos poderes atribuídos legalmente aos órgãos e agentes públicos, indispensáveis à persecução da finalidade legal, chama-se competência, elemento essencial de validade do ato administrativo.

10. Posta, assim, a questão da competência dos órgãos e entidades da Administração e de seus agentes, vejamos quais os poderes outorgados pela Lei à Anatel telecomunicações no regime privado. Desta feita, tem a agência competência regulatória, que e ao CADE. As atividades da Anatel estão previstas na Lei nº 9.472, de 16-7-97, cuja matriz constitucional é o art. 21, inciso XI, que prevê a criação do órgão regulador. Dentre as competências conferidas à Agência, cumpre-lhe expedir normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações em regime público, bem como normas sobre o serviço de no dizer de *Maria Sylvia Zanella Di Pietro*²², consiste em regulamentar a lei a partir de conceitos genéricos, princípios e *standards*, o que de fato tem feito a Anatel baixando um extenso número de atos normativos em todas as esferas de sua ampla competência no setor de telecomunicações.

11. Dispõe, ainda, a Anatel de competência para, na esfera administrativa, deliberar quanto à interpretação da legislação das telecomunicações e sobre os casos omissos (art.19, inciso XVI). Trata-se de competência exclusiva, não compartilhada com qualquer outro órgão ou entidade da Administração. A interpretação da Anatel equipara-se, portanto, a uma interpretação autêntica, à medida em que se impõe aos demais órgãos e entidades do Poder Executivo.

12. Além das questões regulatórias, tem a Anatel poderes para instaurar os processos de condutas infratoras da ordem econômica, previstos na Lei nº 8.884/94, bem como fazer a instrução dos atos de concentração que devem ser submetidos à aprovação do CADE. Essas competências conferidas à Anatel na esfera da defesa da concorrência justificam-se pelas peculiaridades do mercado de telecomunicações, onde as questões concorrenciais muitas vezes estão im-

²² Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Parcerias na administração pública : concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas.* - 3. ed. - São Paulo : Atlas, 1999, p.146.

bricadas com aquelas pertinentes à regulação. Por certo, foi esta a razão por que o legislador excluiu a participação, na instrução do processo administrativo, dos outros órgãos da estrutura da defesa da concorrência, quais sejam, a Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE e a Secretaria de Direito Econômico – SDE.

13. Se, pela Lei das Telecomunicações, a competência para tratar das questões concorrenciais é compartilhada com o CADE, o mesmo não se pode dizer quanto à competência reguladora da Agência, cujas deliberações, neste particular, não podem ser contrastadas no âmbito do Executivo, restando aos interessados o recurso ao Poder Judiciário.

14. O Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, por sua vez, tem suas competências previstas na Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, não havendo matriz constitucional para a competência judicante do Colegiado. Nos termos do referido diploma, não tem o CADE competência reguladora, o que, aliás, seria incompatível com a sua tarefa precípua, que é o julgamento dos processos administrativos instaurados para apurar infração contra a ordem econômica. Conferiu a Lei ao CADE o *status* de órgão judicante, tão só.

15. Em matéria de telecomunicações, as competências judicantes do CADE foram expressamente preservadas, conforme disposto no art.19, inciso XIX, da Lei nº 9.472/97. Desta feita, quando se tratar de infração contra a ordem econômica, à Anatel cabe a iniciativa do processo, de ofício ou mediante representação, o qual, depois de instruído, é remetido ao CADE para julgamento. Esta é a estrutura da defesa da concorrência para o setor de telecomunicações.

16. As normas que a Anatel vem aplicando na regulação do serviço de distribuição de sinais de televisão e de áudio por assinatura, via satélite, em ordem hierárquica, são as seguintes : a Lei nº 4.117/62, o Decreto nº 2.196/97 e a Norma do Serviço nº 008/97, aprovada pela Portaria MC nº 321/97. Assim, no exercício de suas competências normativa e interpretativa, a Anatel entende que os serviços de TV por satélite estão inseridos na categoria dos Serviços Especiais, instituídos pela Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962, regulamentados pelo Decreto nº 2.196, de 1997 e disciplinados pela Norma do Serviço nº 008/97.

17. Desse conjunto normativo deflui com total clareza que a Anatel não aplica ao sistema DHT (TV por satélite) os princípios da lei de regência da TV a Cabo. As duas modalidades de TV por assinatura, que utilizam diferentes tecnologias, receberam da entidade reguladora tratamento diverso, nos moldes

de outras jurisdições. Em relação ao sistema por satélite, entendeu a Agência que a permissionária deve observar a legislação do direito autoral (item 7.1.1., da Norma 008/97) e que, portanto, *a transmissão de programação de concessionária ou permissionária de Serviços de Radiofusão através do Serviço DHT somente poderá ser feita após a celebração do respectivo contrato de cessão de programação entre as partes, respeitando as condições nele estabelecidas e na legislação pertinente* (item.5.3., da Norma 008/97), diferentemente do sistema a cabo, em que a programação das emissoras abertas deve ser obrigatoriamente transmitida.

18. Em caso concreto submetido à Anatel, mediante representação oferecida pela TVA Sistema de Televisão S/A. contra a TV Globo Ltda. e a TV Globo São Paulo Ltda., em que foi solicitada a instauração de processo administrativo para apurar suposta infração contra a ordem econômica, consistente na recusa das representadas em permitir a representante retransmitir sua programação aberta, a Agência aplicou à espécie a Norma 008/97, que rege o serviço de TV por satélite, e que remete à Lei dos Direitos Autorais, para condicionar a transmissão de programação das emissoras abertas à autorização destas. Entendeu, então, a Anatel que não era legalmente possível impor à emissora qualquer obrigação de autorizar terceiros a retransmitir sua programação, sendo, portanto, lícita a recusa das representadas, que não configurava, assim, conduta anticoncorrencial.

19. No CADE, tal conclusão não foi acolhida pelo Conselheiro-Relator, que entendeu não serem aplicáveis à espécie a Lei nº 4.117/62, o Decreto nº 2.196/97 e a Norma do Serviço nº 008/97, mas sim a Lei nº 8.977/95, que rege o serviço de TV a cabo. Tal entendimento do Relator decorreu do processo interpretativo que empreendeu sobre a legislação de telecomunicações (radiofusão), pelo qual equiparou o sistema de TV por satélite àquele da TV a Cabo, aplicando às relações jurídicas pertinentes ao primeiro as mesmas disposições da lei de regência do segundo. Tal interpretação serviu ao Relator de fundamento para concluir que a retransmissão era obrigatória e, portanto, ilícita a recusa da autorização para fazê-la.

20. A Lei e a respectiva regulamentação tratam exaustivamente das duas tecnologias utilizadas nos serviços de TV por assinatura, a cabo e por satélite, não havendo, como o próprio Relator admitiu, espaços vazios a serem preenchidos ou lacunas a serem colmatadas. Assim, é a interpretação da lei no sistema legal pátrio, mediante a utilização de critérios de interpretação aceitos em nosso ordenamento jurídico, que permitirá uma correta abordagem da questão posta a julgamento no CADE.

21. A conclusão a que chegou o Relator pode ser analisada sob duplo enfoque: o da competência legal do CADE para fazer a interpretação da legislação de telecomunicações (radiofusão) e nela fundamentar sua decisão; e os critérios utilizados pelo Relator no processo de interpretação, que resultaram em imposição de obrigação às representadas e repressão à sua recusa em autorizar a retransmissão de sua programação.

22. Na atividade judicante do CADE, de natureza administrativa, prevista na Lei nº 8.884/94, o Conselheiro não atua a lei, como se fora um juiz, mas age em conformidade com a lei, não lhe sendo lícito aplicar outro direito, senão o Direito da Concorrência, matéria específica de sua atividade funcional.

23. Conforme já se afirmou, a lei é a única fonte de competência, o que vale dizer: não havendo outorga legal, não há competência. Dentre as competências outorgadas ao CADE pela Lei nº 8.884/94 inexistem qualquer outorga para o Conselho aplicar as normas dos setores regulados da economia. No caso específico do setor de telecomunicações, tal competência foi outorgada expressamente à Anatel, a entidade reguladora. Desta feita, se lacunas há na legislação de telecomunicações, não cabe ao CADE preenchê-las, e, se omissa se apresentar a regulação, caberá à Anatel aplicar a norma que entender cabível ao caso concreto. Da mesma forma, se existem dúvidas sobre a aplicação de determinada lei reguladora a um certo serviço ou conflito entre normas regulatórias, é à Anatel que cabe, no âmbito do Poder Executivo, dirimir tais questões. As deliberações da Agência quanto à aplicação e interpretação da legislação sobre telecomunicações são finais e conclusivas no âmbito do Poder Executivo, não podendo, desta feita, ser contrastadas pelo CADE, a quem cabe a última palavra somente no âmbito da legislação de defesa da concorrência.

24. A competência do Conselho está adstrita à aplicação da Lei de Defesa da Concorrência. Esta é a sua especialidade, a sua finalidade legal e a razão de ser de sua descentralização administrativa. A interferência do CADE nas esferas de competência da Anatel, pertinentes à regulação do setor de telecomunicações e à interpretação das normas específicas, geraria certamente um conflito de atribuição interno, o que, além de não ser salutar para a Administração Pública, traria aos administrados insegurança, em face de posições divergentes eventualmente adotadas pelas duas entidades. Neste caso, ainda que irrecorríveis, no âmbito do Poder Executivo, as decisões tanto da Anatel quanto do CADE, não se poderia negar ao Chefe Supremo do Poder Executivo a prerrogativa de usar seu poder hierárquico para dirimir o conflito positivo de competência entre as duas entidades, pois é seu dever assegurar aos administrados que a atividade fim que se comete a uma entidade descentralizada seja execu-

tada dentro da finalidade para a qual foi instituída, e não seja usurpada por outras²³.

25. A aplicação da legislação de defesa da concorrência nas relações que se desenvolvem nos setores regulados da economia restringe-se às condutas e comportamentos que não são objeto de regulação. Não pode o órgão regulador intervir nos aspectos específicos da regulação para determinar aos agentes econômicos que se abstenham de condutas que, à luz da legislação especial, são consideradas legais. A legislação da concorrência não tem o poder de derogar a lei especial que regula o mercado de telecomunicações, ainda que esta seja anterior àquela. No terreno da regulação e do controle, a aplicação da lei de defesa da concorrência é subsidiária, cabendo ao CADE cuidar das condutas que não se inserem na alçada da entidade reguladora. E, ao fazê-lo, se tiver de aplicar uma norma de regulação, terá de interpretá-la em consonância com as diretrizes da Anatel. É a partir da interpretação oficial da autoridade reguladora que o CADE poderá subsumir a conduta que lhe é submetida ao preceito da legislação da concorrência. Não pode passar por cima de uma norma da Anatel, ignorar um decreto e deixar de aplicar a lei especial. Tal atitude configuraria abuso de poder, eis que tomada em desconformidade com a finalidade da lei.

26. O outro enfoque a ser dado à conclusão a que chegou o Relator refere-se ao processo de interpretação por ele utilizado e o respectivo resultado.

27. Interpretar é “*uma atividade de mediação, pela qual o intérprete traz à compreensão o sentido de um texto que se lhe torna problemático.*”²⁴ O intérprete busca entender corretamente o sentido da lei na sua tarefa de aplicá-la, mediante a utilização de regras e processos especiais, adaptando os preceitos contidos na norma jurídica, já interpretados, à situação de fato. O significado da norma e a quem ela se aplica são as duas questões que o intérprete procura resolver.

28. Vários são os procedimentos interpretativos considerados válidos pela hermenêutica jurídica, recomendando-se sejam aplicados de modo conjunto, concedendo maior ou menor ênfase a uns e a outros, conforme seja o ramo específico do direito em que se localiza a regra a ser interpretada.²⁵

29. O Relator diz ter partido de uma interpretação teleológica da Lei nº 8.977/95, tendo ainda adotado os critérios sistemático e extensivo. Sabe-se que pelo método de interpretação teleológica o intérprete busca alcançar os fins

²³ Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Direito Administrativo, p.399.

²⁴ Karl Larenz, Metodologia da Ciência do Direito. 3. - ed. - Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, p.439.

²⁵ Luiz Fernando Coelho. Lógica Jurídica e interpretação da leis. - 2. ed., p.203.

objetivados pelo legislador para se chegar à solução adequada do caso *sub judice*. Um fim único ou fins múltiplos podem ser identificados em uma determinada lei, mas o intérprete deve ater-se aos fins cognoscíveis e às idéias fundamentais da regulação.²⁶ Já pela interpretação sistemática, o que se busca é a integração do preceito interpretando ao sistema normativo, seja este um ramo do direito positivo ou um conjunto de normas do sistema jurídico nacional.²⁷ Recomenda-se que qualquer preceito isolado seja interpretado em harmonia com os princípios gerais do sistema, de sorte a preservar coerência do todo.²⁸ Pela interpretação extensiva, amplia-se o alcance do preceito a casos não previstos na lei, extraindo-se do texto legal as regras e princípios nele não expressos, mas ali contidos implicitamente.²⁹ Faz-se a submissão de duas hipóteses práticas à mesma regra geral, tendo como objetivo completar a norma vigente.³⁰

30. O dispositivo objeto de interpretação pelo Relator e que serviu de base legal à sua conclusão é o art.23 da Lei nº 8.977, de 06 de janeiro de 1995, que assim dispõe, *verbis*:

Artigo 23 – A operadora de TV a Cabo, na sua área de prestação de serviço, deverá tornar disponíveis canais para as seguintes destinações:

“ I – canais básicos de utilização gratuita:

canais destinados à distribuição obrigatória, integral e simultânea, sem inserção de qualquer informação, da programação das emissoras geradoras locais de radio-difusão de sons e imagens, em VHF ou UHF, abertos e não codificados, cujo sinal alcance a área do Serviço de TV a

²⁶ Larenz. Op. cit., p. 468.

²⁷ Luiz Fernando Coelho. Op. cit., p.215.

²⁸ Tércio Sampaio Ferraz Junior. Introdução ao estudo do direito – técnica, decisão, dominação. São Paulo : Atlas, 1988, p. 262.

²⁹ Carlos Maximiliano. Hermenêutica e aplicação do direito. – 10 ed. – Rio de Janeiro : Forense, 1988, p.201.

³⁰ Idem, p.214.

Cabo e apresente nível técnico adequado, conforme padrões estabelecidos pelo Poder Executivo;”.

31. Trata-se de dispositivo de lei especial, que regula os serviços de TV a cabo, que passaram a constituir uma categoria legal específica, independente, não mais alcançados pelo art. 6º da Lei nº 4.117/62 e respectiva regulamentação (vide Portaria MC nº 143, de 21/06/88). Com efeito, a Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997 - Lei Geral das Telecomunicações - não revogou a Lei nº 8.977, afirmando-a, ao contrário, no art.212, quando diz que:

Art. 212. O serviço de TV a Cabo, inclusive quanto aos atos, condições e procedimentos de outorga, continuará regido pela Lei nº 8.977, de 6 de janeiro de 1995, ficando transferidas à Agência as competências atribuídas pela referida Lei ao Poder Executivo”.

32. Quanto aos serviços especiais, não os alterou a Lei Geral, mantidos, assim, os dispositivos da Lei nº 4.117/62, a eles pertinentes (art.215 da Lei nº 9.472/97), cuja regulamentação foi feita pelo Decreto nº 2.196/97.

33. Percebe-se, então, que a legislação em vigor distingue as duas tecnologias de TV por assinatura: a TV a cabo e a TV via satélite (DTH), sendo cada uma delas regulada por normas específicas: a primeira, pela Lei nº 8.977/97; e a segunda, pela Lei nº 4.117/62, o Decreto nº 2.196/97 e a Norma 008/97. Essa regulação, além de detalhar os serviços, estabelece os direitos e obrigações dos regulados.

34. A Lei nº 8.977/97 é uma lei especial, destinada a regular setor específico do mercado de radiodifusão, qual seja, o da TV a Cabo. Por ser uma norma reguladora de serviço público, imperativa e que limita o direito de propriedade intelectual, é de ordem pública, e, como sobejamente conhecido, é de interpretação estrita, não havendo espaço para interpretação extensiva ou para analogia, pois, como bem observa *Carlos Maximiliano*, é de se presumir que em matéria de restrições o legislador tenha usado linguagem clara e precisa. Assim, deve-se cumprir tudo que é exigido, e o que deixou de exigir não obri-

ga o particular; “na dúvida, decide-se pela liberdade, em todas as suas acepções, isto é, pelo exercício pleno e gozo incondicional de todos os direitos individuais”.³¹ E mais: *os preceitos imperativos ou proibitivos e de ordem pública apresentam quase todos os característicos do Direito Excepcional, em cujos domínios têm sido incluídos por escritores de valor; nada mais lógico, portanto, do que interpretar uns pelo modo aconselhado para outro, flagrantemente semelhante.*³² E arremata o saudoso Ministro dizendo que as “leis especiais limitadoras da liberdade, e do domínio sobre as coisas, isto é, as de impostos, higiene, polícia e segurança, e as punitivas bem como as disposições de Direito Privado, porém de ordem pública e imperativas ou proibitivas, interpretam-se estritamente”.³³

35. Ao interpretar a Lei nº 8.977/95, o Conselheiro-Relator entendeu que o legislador, tendo em vista a imprevisibilidade da evolução tecnológica, que não lhe permitiria acompanhar todos os avanços, teve em mente, ao disciplinar a TV a cabo, qualquer meio moderno de transmissão e quaisquer outros que venham a ser criados. Sabe-se, porém, que os avanços tecnológicos não têm obstado as ações do legislador. Ao contrário, profusas têm sido as regulações de setores da nova economia, que se encontram permanentemente sujeitos às mais diversas mutações tecnológicas, o que de fato chega a ser notável neste País na última década, na linha do que aconteceu, um pouco antes, nas nações mais desenvolvidas. O Direito Positivo contemporâneo, seja quanto ao aspecto formal de elaboração da norma, seja quanto ao processo dialético de sua aplicação, guarda uma sincronia com o dinamismo das estruturas econômicas, que, hoje em dia, movem-se globalmente. O certo é que a complexidade das relações econômicas, em razão do progresso técnico, não tem afastado o Estado do seu papel de conformador da atividade econômica.

36. A interpretação de um preceito legal sempre se inicia com a interpretação literal, no contexto significativo da lei. Quando se trata de um termo linguístico especial, definido no próprio texto legal, que ao longo de sua estrutura conserva o mesmo sentido em outras disposições, pode-se determinar o seu sentido literal possível. O que ultrapassar esse sentido já não é mais interpretação, mas modificação de sentido.³⁴ O exame da Lei que disciplinou a TV a cabo, de forma comparativa com a legislação que regula o setor de tele-

³¹ Op. cit., p.223.

³² Idem.

³³ Idem, p.224.

³⁴ Larenz, op. cit. P.454.

comunicações, permite concluir que não há uma correspondência entre as diversas tecnologias de TV por assinatura, não se podendo concluir, como o Relator, que a intenção reguladora foi a de alcançá-las todas.

37. A Lei que dispõe sobre a TV a cabo foi editada depois de longas discussões no Congresso sobre o projeto do Poder Executivo, quando a TV por satélite já era tecnologia conhecida e difundida em vários países, inclusive no Brasil. Não seria, portanto, razoável supor que o legislador, ao regular a TV a cabo, tendo em mente outras tecnologias de transmissão de som e imagem, descesse a minúcias na regulação de uma única tecnologia, nomeando-a sozinha no texto, dispondo detalhadamente sobre suas funções, especificando as características próprias do sistema, definindo as condições de instalação do serviço, inclusive de cabos, tratando até de escavações para tanto necessárias, silenciando quanto à TV por satélite.³⁵

38. Não seria razoável, ainda por via interpretativa, contrapor o princípio da liberdade de informação à liberdade do titular do direito autoral de livremente explorar e dispor de sua criação. O princípio da liberdade de informação há de ser entendido em seus dois aspectos: a liberdade de informar (dos meios de telecomunicação) e a liberdade de ser informado (dos cidadãos), e sua interpretação não deve ser realizada fora do contexto da ordem de valores consagrados da Constituição.

39. O direito do cidadão de ser informado tem como fundamento a necessidade de se lhe fornecer os elementos essenciais à formação de sua opinião, entendida esta como fenômeno social, modo de expressão de um grupo, que surge a propósito de um acontecimento determinado.³⁶ No plano político, em uma democracia representativa, essa expressão se manifesta no voto, escolhendo os cidadãos os seus representantes. Daí a importância, para uma sociedade verdadeiramente democrática, de ser o cidadão informado sobre os acontecimentos que afetam a sua existência, e a razão de inserção nas constituições modernas, inclusive a nossa, do direito fundamental à informação. No plano econômico, a informação é requisito essencial para o desenvolvimento, tanto em nível de empresa como de nação, tendo sido acentuada tal essencialidade com a globalização da economia. No plano social, a inserção do indivíduo em determinado grupo depende do acesso à informação que ali é considerada relevante para o convívio entre seus membros. Assim, a informação apresenta-se

³⁵ Em um caso de *joint venture*, apreciado pela Comissão Europeia, o MSG Media Service, entendeu-se que a TV a cabo constitui um mercado separado da TV por satélite, em razão das diferenças técnicas e dos custos envolvidos em cada uma delas (O.J. N/ L 364/1, December 31, 1994).

³⁶ Monique Augras. Opinião Pública. Petrópolis : Vozes, 1980. p.26.

como um elemento indispensável à propulsão dos acontecimentos de qualquer estrutura da organização social.

40. Por essas razões, reconhece-se a grande importância dos meios de comunicação, em especial a radiodifusão, tendo em vista o seu grande poder de influir as massas, sendo mesmo capazes de promover profundas alterações culturais, transformando até os valores de uma sociedade. Não é sem razão que o serviço de radiodifusão constitui uma categoria de serviço público, sob o regime de concessão, permissão e autorização (art.223, CF).

41. A própria concepção de TV aberta, que é gratuita, vedado o monopólio público ou privado (art.220, § 5º,CF), constitui o principal mecanismo, no âmbito da radiodifusão, para assegurar a liberdade de informação do cidadão. Com efeito, tem o cidadão pleno acesso, gratuitamente, à programação da TV aberta, não sendo razoável entender que qualquer incômodo a que tenha de se submeter para mudar de um sistema para outro, constitua uma restrição ao exercício de sua liberdade de informação. Tal liberdade estará cada vez mais densificada à medida que se promova uma maior concorrência entre produtos (programação) das diversas emissoras e transmissoras. É da concorrência entre programas diferenciados no serviço da TV por assinatura que se beneficiam o país e o consumidor, e não da obrigação de transmitirem todas as operadoras os mesmos programas, caso em que a disputa entre elas seria apenas em preço, e não em diversificação da informação. É na disputa pela diversificação de programação que se amplia o direito do cidadão ao acesso à informação, pois o que a Constituição visa é promover a diversidade de fontes, para que o cidadão não seja refém de um único informante.

42. No que toca às empresas prestadoras de serviço de radiodifusão, o princípio da liberdade de informação assegura-lhes o direito de transmitir programas próprios ou de terceiros, respeitadas, por certo, as limitações do ordenamento jurídico. Assim, face à proteção assegurada aos direitos autorais, a retransmissão de programas de terceiros não pode prescindir da autorização destes. Como a liberdade de explorar com exclusividade a obra é uma regra, somente excepcionalmente seria admitida qualquer restrição ao direito do autor. Essa exceção só seria constitucional se viesse clara e expressa em lei. Na ausência de lei que restrinja um direito fundamental qualquer, expressamente assegurado pela Constituição, não pode o aplicador da norma impor restrição alguma, quer por analogia, quer pelo processo interpretativo.

43. Por outro lado, é importante não confundir o cerceamento da liberdade de informação a que tem direito uma determinada empresa do ramo de telecomunicações, em decorrência de exclusividade na outorga da concessão ou da permissão, pelo Poder Público, com a exclusividade de retransmissão de

programa ou programação, pactuada entre a geradora e a retransmissora. No primeiro caso, é vedado ao Estado instituir o monopólio, seja público ou privado. Daí por que o serviço não pode ser concedido em caráter de exclusividade. No segundo caso, a exclusividade objeto de pacto entre geradora e retransmissora é fator de competitividade das empresas envolvidas na relação negocial e, por isso, deve ser analisada à luz do princípio da razoabilidade e das eficiências resultantes do acordo.

44. É preciso ter sempre em mente que a interpretação de uma lei e de um preceito não se faz sem limites. Toda interpretação há de ser compatível com o sistema jurídico em que se insere o preceito interpretando. Esse sistema é regido por princípios e regras dos quais o intérprete não pode afastar-se. O princípio da "*cognitio extraordinária*", que concedia ao julgador amplo arbítrio, permitindo-lhe o uso da analogia para punir, em caráter extraordinário, o fato que considerasse reprovável já não mais tem acolhimento no Estado de Direito. O direito posto transforma-se na grande arma do cidadão contra o arbítrio e a prepotência das autoridades e promove a segurança jurídica. Não se admite torturar as leis a fim de causar torturas aos homens.³⁷

45. Por isso que a interpretação de um preceito não pode ser ampliada para punir, pois uma tal ampliação contrariaria o princípio da reserva legal, que no âmbito do direito repressivo se traduz na máxima *nullum crimen, nulla poena sine lege*, completando-se com o princípio da anterioridade, segundo o qual ninguém poderá ser condenado por fato que não estivesse capitulado em lei como ilícito à época em que ocorreu.

46. O princípio da reserva legal, no campo repressivo, consignado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, está inscrito em nossa Constituição, servindo de garantia essencial do cidadão em face do poder punitivo do Estado. O art.5º, inciso XXXIX, da Carta Magna dispõe: "*não há crime sem lei anterior que o defina; não há pena sem prévia cominação legal*".

47. Concebido que fora para coibir a abusiva pretensão punitiva do Estado, o princípio da reserva legal exige que a lei defina de forma geral e abstrata a conduta que o cidadão não deva praticar. Fere, portanto, o princípio da legalidade a interpretação extensiva de um preceito que resulte em imposição de uma obrigação cujo descumprimento importe em sanção, seja ela restritiva de direito, privativa de liberdade ou patrimonial. Não se pode obedecer ou violar obrigação que não esteja previamente imposta, em termos claros e precisos; o contrário seria admitir o amplo arbítrio por parte da autoridade na identificação da conduta reprimível. Somente a lei pode ser fonte de preceitos que

³⁷ Bacon, *apud* Carlos Maximiliano, op. cit., p.155.

importem obrigação e repressão. Do mesmo modo, não se admite o emprego da analogia em norma incriminadora, pois comprometida estaria a segurança dos cidadãos *vis à vis* o poder repressor do Estado.

48. O auxílio do Direito Comparado no processo de interpretação deve ser visto com cautela, principalmente quando o preceito interpretando está inserido em sistema jurídico diverso daquele em que se busca o parâmetro. Fatos idênticos nem sempre recebem igual tratamento em diferentes jurisdições, não devendo, portanto, o intérprete se deixar levar pelos precedentes estrangeiros ou pelas leis de outro país, sem o conhecimento sobre como o Direito ali se desenvolve. O enfoque isolado dos preceitos legais, fora do contexto global de determinado ordenamento jurídico, de sua evolução, bem como a citação de precedente do *common law* (ressalte-se que sequer vinculam os juízes norte-americanos), sem acompanhar o desenvolvimento da regra, pode conduzir a uma solução equivocada para o caso, correndo-se até o risco de se tomar como parâmetro interpretativo disposições que já foram interpretadas de outra forma pelo Judiciário daquele país, ou que esteja sob a crítica da doutrina ou, ainda, em processo de mudança no Legislativo que lhe deu vida.

49. No caso em exame, o Relator incorpora em sua argumentação o conceito da infra-estrutura essencial (*essential facility*), originário do direito americano. O direito antitruste norte-americano é grande parte calcado em precedentes, originados em inúmeras ações ajuizadas tanto por particulares quanto pelo poder público, ao longo de muitos anos. Segundo a doutrina do precedente, o caso deve ser decidido da mesma maneira que outro quando os respectivos fatos são os mesmos. O precedente contém uma regra (*rule of law*), a *ratio decidendi*. Não se trata de um processo mecânico de subsunção, envolvendo, ao contrário, uma técnica que gradualmente se adquire com o estudo e com a prática. A *ratio decidendi* é o princípio sobre o qual o caso foi decidido.

50. Dos casos citados como precedentes na parte do voto que trata da infra-estrutura essencial, nenhum apresenta fatos que guardam qualquer semelhança com aqueles objeto da disputa em questão. Naqueles casos, a infra-estrutura constituía um elemento essencial para a sobrevivência do próprio negócio. Sem aquele elemento não haveria a atividade, ou se houvesse, seria desempenhada a um custo economicamente inviável. Aqui, não se cuida de elemento essencial aos negócios da representante, que já se instalou com sucesso no mercado, dele detendo participação relativa próxima à da empresa líder. Tal fato, por si só, já seria suficiente para afastar a essencialidade do acesso para o seu negócio, tornando muito difícil, quiçá impossível, caracterizar a programação das representadas como uma infra-estrutura essencial ao desenvolvimento das atividades da representante, nos termos da doutrina construída

pelas Cortes americanas. Parece tratar, sim, de um importante fator de competitividade entre as empresas, caso em que se recomenda privilegiar aquela que realizou os investimentos para gerar a programação.

51. Dos precedentes norte-americanos trazidos à colação pelo Relator, vê-se com destacada clareza que se trata de acesso a um serviço ou produto essencial à instalação ou ao desenvolvimento de certa atividade empresarial, a ponto de constituir elemento que restrinja substancialmente, ou até anule, as possibilidades de competir. Daí por que se criou o conceito de essencialidade (*essential facility*), como foram as pontes e as instalações dos terminais de barcas para que as linhas férreas pudessem competir entre si, conforme o caso *U.S. x Terminal Railroad Association of St. Louis*, citado pelo Relator. Sem elas, evidentemente, os trens não poderiam atravessar o rio Mississipi.

52. Os fatos daquele caso dão conta de que um grupo de 14 empresas exploradoras de linhas férreas, constituído mediante algumas aquisições societárias, formaram uma associação, a *Terminal Railroad Association of St. Louis*, que controlava as duas pontes existentes sobre o rio Mississipi, em St. Louis, bem como o serviço de barco utilizado para transportar os vagões para o outro lado do rio, que passava entre St. Louis and East St. Louis. Essa característica geográfica obrigava as linhas férreas a utilizar ou as pontes ou o terminal dos barcos para travessar de uma margem para a outra do rio. Outra importante característica do caso era o fato de todas as 24 linhas que serviam *St. Louis* terminarem em uma das margens do rio, o que tornava essencial a interconexão para *East St. Louis* e demais localidades mais além. A essencialidade estava caracterizada pelo fato de que nenhuma linha férrea poderia atravessar o rio sem usar as instalações da associação, inexistindo outra maneira economicamente viável para fazê-lo.

53. A Suprema Corte poderia ter determinado a desconstituição da associação, mas ao entendimento de que as instalações, na forma como foram consolidadas, eram geradoras de eficiência e resultavam em vantagens para o público em geral, resolveu ordenar que se abrisse a associação a qualquer linha, presente ou futura, em termos justos e razoáveis. Mesmo que uma linha férrea decidisse por não aderir à associação, teria direito a acesso ao terminal, também em termos justos e razoáveis. Se as partes não chegassem a um bom termo em suas negociações, aí sim, seria ordenada a desconstituição da associação.

54. O critério de aferição da essencialidade foi, pois, o de sobrevivência do próprio negócio, pois nos Estados Unidos, como aqui, a intervenção do Poder Judiciário na propriedade privada está condicionada a fundamento legal rígido, não havendo margem para discricionariedade do juiz. Também uma razão de ordem econômica não recomenda intervenção dessa natureza em

situações que não estejam na linha divisória entre a concorrência e a regulação, pois nem sempre traz os resultados pretendidos. Por isso, recomenda-se seja feita com parcimônia. Nessa linha, bem observa *Robert Pitofsky*³⁸, Presidente da *Federal Trade Commission* (FTC), que a decisão antitruste que impõe o acesso a serviços considerados essenciais tem sido rara, por algumas razões. Primeiro, porque se se facilita muito o acesso, as empresas beneficiadas tendem a não se esforçar para assumir riscos, pressupondo que irão aproveitar-se oportunisticamente dos investimentos já realizados pelo concorrente (*free ride*). Segundo, porque o fácil acesso ao concorrente pode desestimular os investimentos arriscados e de alto custo, a não ser que haja alguma grande vantagem que induza o primeiro a entrar no mercado. Por fim, a imposição do acesso só teria resultado se se assegurasse que o preço e as demais condições do acesso fossem razoáveis. Todavia, completa *Pitofski*, não é tarefa da autoridade antitruste regular preços e condições do negócio, o que torna problemática sua intervenção.

55. O direito estatutário norte-americano, também, é citado pelo Relator como supedâneo para a retransmissão obrigatória. Na verdade, a retransmissão tornou-se obrigatória nos Estados Unidos, não em virtude de precedente judicial ou em razão da doutrina da infra-estrutura essencial (*essential facility*), mas por determinação de lei, que estabelece, inclusive, prazos de carência para que os acordos de retransmissão sejam feitos entre as partes interessadas.

56. A TV a cabo, surgida nos Estados Unidos no final da década de 40, para atender as localidades onde não chegavam os sinais de TV, por se situarem em áreas distantes das estações, só veio a ser regulada pela *Federal Communications Commission*, em 1965. No início, as operadoras de TV limitavam-se a colocar antenas em áreas de boa recepção de sinais e dali os sinais distribuíaam por cabo, mediante o pagamento de uma taxa pelo interessado.

57. Hoje, um sistema de TV a cabo é capaz de oferecer inúmeros canais, o que lhe possibilita prover vários serviços, além da transmissão dos canais da TV aberta, como programas diversos, noticiário, informações sobre o tempo e negócios, cinema, esportes, programas infantis, bem como programações dirigidas a grupos especiais. Nos últimos anos, tornou-se possível para o sistema a cabo oferecer serviços vários de telecomunicações, incluindo acesso rápido à Internet e serviços locais de telefonia.

³⁸ Competition Policy In Communications Industries: New Antitrust Approaches. Glasser Legal Works Seminar on Competitive Policy in Communications Industries: New Antitrust Approaches. March 10, 1997
Washington, D.C.

58. O desenvolvimento tecnológico da TV a cabo nos Estados Unidos não passou despercebido do órgão regulador, que, com base no *Communications Act* de 1934, expediu várias normas, até o ano 1984, quando foi promulgado o *Cable Communications Policy Act*. Apenas em 1992, com o *Cable Television Consumer Protection and Competition Act* é que a FCC passou a adotar uma regulação específica do sistema a cabo, a qual foi aperfeiçoada em 1996, com o *Telecommunications Act*. Assim, o progresso tecnológico não impediu que a *Federal Communications Commission –FCC* regulamentasse o setor, tomando sempre como parâmetro a legislação à época existente, até que o Congresso Nacional introduzisse reformas mais profundas quando a oportunidade se apresentou, as quais deram nova configuração jurídica aos serviços de TV a cabo. É importante ressaltar que também a autoridade reguladora norte-americana, ao definir a TV a cabo, diz expressamente que a programação transmitida sem fio, por meio de satélite ou outros meios não é TV a cabo.³⁹

59. A TV por satélite, por sua vez, era regulada pelo *Satellite Home Viewer Act*, de 1988, o *Communications Act* e o *U.S. Copyright Act*. Em novembro de 1999, foi editado o *Satellite Home Viewer Improvement Act*, mencionado pelo Relator, que trouxe alterações substanciais, destinadas a promover a concorrência entre as operadoras de TV a cabo e as de TV por satélite. Percebe-se, portanto, que naquele país, cuja jurisprudência tem, nos últimos anos, pautado as decisões do CADE, sendo inclusive referência para o voto do Relator, o direito a retransmissão de programação de terceiros teve de ser expressamente regulado em lei, sendo tratado como um limite aos direitos autorais.

60. Também lá, o legislador entendeu que não deveria ser aplicada a legislação de TV a cabo à TV por satélite, pela via integrativa ou interpretativa da lei, aprovando lei específica. Não se registra, por outro lado, qualquer intervenção da agência antitruste para obrigar a retransmissão antes que a lei entrasse em vigor, e somente depois de obter do Poder Legislativo autorização expressa para obrigar a retransmissão é que a *FCC* passou a editar as normas pertinentes aos acordos a serem firmados entre o titular dos direitos autorais e a operadora.

61. A restrição ao direito de propriedade intelectual é também tratada na Europa com cautela, não tendo sido colocada em termos amplos, como faz crer o voto do Relator. No caso ali citado, RTE-ITP, o que a Corte Européia deixa claro é que o direito de propriedade intelectual não pode ser usado em todo e qualquer caso como argumento de defesa em uma acusação de abuso de posição dominante.

³⁹ FCC Fact Sheet. Cable Television Information Sheet. What is Cable Television. www.fcc.gov/csb/facts/csgen.html

Em aprofundado estudo sobre o problema da concorrência nos mercados de alta tecnologia, onde está incluído o de radiodifusão, *John Temple Lang*⁴⁰ analisa os fundamentos da decisão da Corte naquele caso. Trata-se de monopólio de emissoras de TV que se recusava a prover a revista *Magill* de informações acerca de seus programas, ao argumento de que se tratava de direito de propriedade intelectual. Tal recusa, segundo a Corte, estaria obstando o surgimento de um novo produto, que não era oferecido pelo monopólio, e para o qual havia uma demanda potencial por parte dos consumidores. A recusa não teria sido justificada de forma convincente pelas representadas, tendo a Corte entendido que o monopólio estava reservando para si um mercado secundário de revistas que contêm programação de TV.

62. Para *Lang*, o caso RTE-ITP deve ser visto como uma afirmação do entendimento anterior da Corte de Justiça, consistente em duas regras básicas: a primeira diz que a mera recusa de licenciar o direito de propriedade intelectual por parte de uma empresa que detenha posição dominante não é em si contrária ao art. 86 do Tratado de Roma; a segunda afirma que o abuso deve estar associado a outros elementos decorrentes de condutas abusivas, como o preço excessivo, a recusa arbitrária de fornecimento ou o não fornecimento de peças de reposição necessárias com o objetivo de forçar o consumidor a adquirir um novo produto para substituir o velho.

63. Segundo o autor, a decisão do caso RTE-ITP é breve e não altera significativamente a posição da Corte, cujo entendimento é o de que não se pode obstar o surgimento de um novo produto necessário ao consumidor ou reservar a si um mercado secundário complementar, sem que haja uma justificação razoável para a recusa.

64. Por fim, conclui o autor que, segundo a Corte, a recusa em licenciar um direito de propriedade intelectual só contraria o art. 86 se estiver associada a uma conduta abusiva que tenha outros efeitos além daqueles que seriam causados no mercado protegido pelos direitos de propriedade intelectual, em virtude da simples recusa. Isto significa que só haveria uma infração se os efeitos anticoncorrenciais decorressem de uma conduta abusiva, e não da mera recusa, que, em si, não é ilícita.

65. O estudo do Direito Comparado, portanto, leva a crer que as restrições ao uso de um direito de propriedade não se impõem por via interpretativa; ao contrário, o direito de usar e dispor de tais direitos, embora

⁴⁰ European Community antitrust law-innovation markets and high technology industries. Fordham Corporate Law Institute. 17/10/1996. New York

se reconheçam limitações, tem na lei a única fonte para qualquer tipo de restrição. As leis de defesa da concorrência não existem para mitigar tais direitos, nem para proibir a natural posição dominante que deles decorra, em virtude de leis especiais que os protegem. A incidência de tais leis sobre os direitos de propriedade intelectual só ocorre em situações de abuso, não podendo ser considerado como tal a recusa de retransmissão. Nunca é demais lembrar que a defesa da concorrência não é um princípio absoluto. Ao, contrário há de ser entendido como um princípio complementar de outro, o da liberdade de iniciativa, e, por isso, não deve ser interpretado de forma a prejudicar os direitos decorrentes da liberdade que têm os indivíduos e as empresas de criar, inovar e vender seus produtos e serviços. Nessa mesma linha, nossa Lei exclui a possibilidade de se imputar a uma empresa que conquista um mercado relevante, mediante processo natural fundado em sua maior eficiência em relação a seus competidores, a dominação de mercado (art.20. § 2º).

66. Nessa seara, é importante distinguir, para não se cometer uma injustiça, entre uma conduta anticoncorrencial, capaz de prejudicar a competição e os consumidores, de uma vantagem competitiva que uma empresa ou grupo de empresas detenha sobre seus concorrentes. Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, que devem orientar uma decisão justa, exigem que as restrições devam ser examinadas em um contexto de concorrência, que requer das empresas políticas agressivas e inovadoras, a fim de disputar a preferência dos consumidores. Confiar no esforço alheio para ganhar fatias adicionais de mercado é uma atitude que deve ser amplamente coibida pelas autoridades da concorrência, pois constitui um desserviço à competição, com resultados contraproducentes para o consumidor. Todo prejuízo há de ter uma medida. Faz-se necessária uma ponderação dos bens envolvidos na disputa. Aqui, as representadas querem preservar seus direitos autorais, enquanto que a representante quer aumentar seus lucros.

67. Para qualquer empresa é sempre mais fácil e menos custoso utilizar-se do que já se encontra no mercado do que inovar. Mas é a inovação que move os mercados e a economia. Como já dizia *Schumpeter*⁴¹, é o empresário, com seu espírito empreendedor, que realiza as inovações das forças produtivas, e estas, ao se propagarem, provocam um equilíbrio em níveis mais elevados, e assim, sucessivamente, formando ciclos. Desse processo nasce a prosperidade, o lucro, que é uma recompensa pelo trabalho inovador do empresário. Para o ilustre economista, a concentração e o poder de monopólio

⁴¹ Joseph Schumpeter. *A História da Análise Econômica*. Rio de Janeiro : Fundo de Cultura, 1964.

são indispensáveis à inovação. O grande esforço, em nível internacional, para assegurar a legitimidade do monopólio inovador – patentes, marcas e direito autoral – tem mostrado que *Schumpeter* estava correto.

68. É fato que a concorrência entre as operadoras de TV por assinatura deva ser incentivada, sendo mesmo um dos objetivos da regulação. O incentivo da concorrência não está, porém, em medidas que estimulem o locupletamento do esforço alheio. Mais concorrência haveria e, certamente, maior bem-estar seria proporcionado aos consumidores, se as operadoras dos vários sistemas por assinatura oferecessem programação diferenciada daquela que o telespectador já tem ao seu dispor gratuitamente. De fato, para o telespectador não faz diferença assistir a programa da TV aberta em uma ou outra operadora, pois já o recebe de qualquer forma. O que o faz buscar a TV por assinatura é a variedade da programação; é exatamente esse diferencial que o faz pagar pelo serviço.

69. Feitas estas considerações, passemos às respostas das perguntas tal qual formuladas pelos consulentes.

1) Poderia o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, ao proferir decisão em processo instaurado pela Agência Nacional de Telecomunicações para apurar infração à ordem econômica, com base na Lei nº 8.884/94, adotar interpretação própria da legislação sobre telecomunicações, que contraria a interpretação da Anatel?

Pelo princípio da especialidade, que rege a atuação dos órgãos e entidades da Administração Pública, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE tem a função específica de julgar as infrações contra a ordem econômica. Para desempenhar essa função, cabe-lhe aplicar a legislação pertinente à defesa da concorrência. Não é da sua competência indicar qual é a norma específica que as agências reguladoras devam aplicar aos serviços regulados, ou sobre elas emitir juízos de valor. No caso específico da regulamentação dos serviços de radiodifusão, aplicam-se-lhe as normas que o ente regulador determinar, não podendo o CADE, pela via interpretativa, querer fazer incidir sobre determinado serviço norma diversa daquela estabelecida pela Anatel, segundo sua competência reguladora.

Ao agir assim, o CADE infringe os princípios da legalidade e da especialidade, cometendo abuso de poder, o que torna seu ato passível de anulação.

2) O método de interpretação utilizado pelo Conselheiro Relator resulta em uma decisão conforme o direito pátrio ou cria arbitrariamente uma exceção ao preceito escrito, regulador da matéria posta à sua apreciação?

O voto do Conselheiro-Relator abandona o preceito escrito regedor da matéria que lhe foi submetida. O método interpretativo abandona a norma de regência do caso, sem qualquer justificativa, para buscar no ordenamento jurídico outra norma, como se se tratasse não de uma interpretação para se chegar à melhor decisão para o caso, mas sim de uma lacuna do direito a ser preenchida.

O abandono do direito vigente não foi explicado em passagem alguma do voto, escolhendo-se outra lei como objeto da interpretação, para dela tentar extrair finalidade que não previu expressa ou implicitamente.

Os precedentes adotados em outros países e trazidos à colação no voto referem-se a casos não semelhantes ao apreciado, e sua citação se dá fora do contexto da *quaestio iuris*: a possibilidade de se limitar direitos autorais sem expressa previsão legal e de se impor sanção (autorização compulsória seguida de multa) sem que se configure o abuso na recusa da autorização.

A interpretação oferecida pelo Relator cria, sim, arbitrariamente uma exceção ao preceito escrito, além de não se fazer de forma harmônica com princípios acolhidos pelo nosso ordenamento jurídico : o da legalidade na imposição de obrigações e restrições a direitos fundamentais; o da especialidade no proceder da autoridade administrativa; o da indisponibilidade da finalidade prevista em lei; o da anterioridade das leis sancionadoras e restritivas de direitos; o da razoabilidade e da proporcionalidade na análise das condutas anticoncorrenciais; o da liberdade de iniciativa; o da liberdade de concorrência e o da liberdade de uso e disponibilidade da propriedade intelectual, resultando, assim, em uma decisão desconforme com o ordenamento jurídico.

É o parecer.

Brasília, 16 de abril de 2001.

Neide Teresinha Malard