

A Teoria Processual Administrativa Aplicada à Regulação do Espectro Radioelétrico *Administrative Process Theory applied to Spectrum Regulation*

Submetido(*submitted*): 25 de maio de 2013

Parecer(*revised*): 23 de julho de 2013

Aceito(*accepted*): 6 de novembro de 2013

Guilherme Pereira Pinheiro*

RESUMO

Propósito – Este artigo tem por finalidade avaliar a eficácia da utilização de uma teoria processual administrativa como fundamento para regular aspectos referentes ao espectro radioelétrico num contexto de flexibilização da alocação dos recursos de radiofrequência e de proteção ao interesse público.

Metodologia/abordagem/design – O texto segue o método de abordagem problema-ação, em que a estruturação do artigo responde aos efetivos problemas oriundos da flexibilização da regulação do espectro. É viável e oportuna a utilização de uma teoria processual administrativa pois, ao mesmo tempo que esta possibilita o resguardo do interesse público, permite também a flexibilização das normas de alocação e de uso do espectro sem a entrega de *rents* regulatórios.

Resultados – O artigo serve como guia para assegurar regras seguras para eventual alteração das regras de uso e alocação do espectro de radiofrequência no Brasil.

Implicações práticas – O artigo preenche uma lacuna de estudos que tratam da reforma da regulação do espectro, trazendo como ingrediente a garantia da manutenção do interesse público por meio de uma teoria processual administrativa, ainda que a dominialidade do espectro deixe a órbita estatal.

Palavras-chave: regulação, espectro, teoria processual administrativa, interesse público, Brasil.

*Mestre em Direito Comparado pela *Columbia University*. Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo Uniceub. MBA em Gestão de Empresas pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Especialista em Direito da Regulação e da Concorrência pelo Uniceub. Advogado e professor de Direito Civil no Instituto de Ensino Superior de Brasília (IESB). Contato: guilherme@spcomm.com.br.

ABSTRACT

Purpose – This paper is intended to assess the efficacy of an administrative process theory as the foundation to regulate the radio spectrum in a scenario that contemplates private allocation of spectrum and the protection of public interest.

Methodology/approach/design – The text abides to the problem-action methodology, in which the paper is structured to respond to real problems arising from the flexibilization of the command-and-control model to regulate radio spectrum.

Findings – The administrative process theory is viable and necessary since it protects the public interest while it allows for the flexibility of the norms guiding the allocation and use of radio spectrum without delivering regulatory rents.

Practical implications – The paper works as a guideline to establish safe rules for altering rules and allocations of radio spectrum in Brazil. It also fills the void of a consistent study on the theme of spectrum reform, since it secures the public interest while allowing for spectrum property to be transferred to private parties.

Keywords: regulation, radio spectrum, administrative process theory, public interest, Brazil.

Introdução

Há uma crescente instrumentalização das comunicações que utilizam o espectro radioelétrico e de sua colocação como um dos principais meios de acesso à informação. Uma boa administração e regulação dos recursos do espectro constitui, dessa forma, condição imperativa para a integração *de facto* da pessoa na sociedade. Conhecimentos, cultura e tradições são disseminados por meios de comunicação e de informação digitalizados e o acesso a essas fontes é condição imperativa para a integração concreta do indivíduo na sociedade.¹ Nesse contexto, o espectro pode ser fator decisivo na democratização do acesso à informação.

Some-se a isso uma recente mudança de paradigma tecnológico da redução da escassez do espectro, o que ocorre em razão da digitalização das

¹Final Report of the Information Highway Advisory Council, 1995, p. 42.

transmissões e de novos processos técnicos que permitiram: (i) carregar muito mais informação numa mesma faixa de espectro; (ii) usar faixas de alta frequência antes inutilizadas; e (iii) o uso efetivo de faixas de guarda entre duas faixas designadas, conhecidas como *white spaces*. Ademais, a descoberta de novas técnicas de modulação no tempo e por códigos, já permite, em determinadas situações, que dois sinais emitidos ao mesmo tempo, e na mesma faixa de frequência, não causem interferência prejudicial (Spulber 2009, 271), em processo técnico chamado de *cognitive radio spectrum*.

Essa duas novidades no fronte do espectro, aumento extraordinário da demanda e crescente importância social, bem como a descoberta de novas técnicas de utilização, têm levado vários países a dedicar, cada vez mais e com maior intensidade, estudos e trabalhos sobre novas formas de regulação do espectro.²

Os administradores dos recursos do espectro ao redor do mundo estão adotando várias abordagens diferentes para aumentar a eficiência no uso desse recurso escasso: métodos para facilitar o compartilhamento de uso de banda, alterações nos sistemas de licenciamento do espectro, como a criação de possibilidade de *leasing* e revenda do espectro para terceiros, e o uso de faixas não licenciadas de espectro, chamadas de *spectrum commons*, combinada com a utilização de transmissores de baixa potência ou tecnologias avançadas de rádio de alta frequência (Benkler 2002).

No Brasil, o espectro radioelétrico é regulado praticamente da mesma maneira há mais de cinquenta anos. O modelo brasileiro de administração do espectro, enquadrado num rígido panorama de gestão conhecido como

²Nesse sentido, vejam-se os seguintes estudos: Using a Market to Obtain the Efficient Allocation of Signal Interference Rights (Federal Communications Commission - FCC); Report of the Spectrum Efficiency Working Group (FCC Spectrum Policy Task Force); Radio Spectrum Management (International Telecommunications Union – ITU ICT Regulation Toolkit); Le Droit des Propriétés Publiques à L'épreuve de la Valorisation du Domaine Public Hertzien (Conseil Supérieur de L'audiovisuel – CSA); Sobre o Uso Eficiente do Espectro Radioelétrico (Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda – SEAE).

command-and-control, permite que haja enormes ineficiências e desperdícios de uso do espectro.³

No modelo brasileiro, de acordo com a Lei Geral de Telecomunicações (LGT), o espectro de radiofrequências constitui recurso limitado, constituindo-se em bem público, a ser administrado pela Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL). Cabe à ANATEL manter plano com a atribuição, distribuição e destinação de radiofrequências, e proceder ao detalhamento necessário ao uso das radiofrequências associadas aos diversos serviços e atividades de telecomunicações. O espectro é concedido por meio de autorização e deve estar sempre associado a um serviço de telecomunicações específico. Esse modelo de *command-and-control*, como veremos abaixo, é amparado numa visão de cientificismo gerencial que remonta ao início do século XX, o que gera rigidez excessiva do sistema, impossibilitando, por exemplo, a revenda direta de espectro entre empresas privadas, a locação temporária, ou outras formas de flexibilização no uso do espectro.

Partindo dessa constatação, e em razão da possibilidade de existirem ineficiências, falhas e entraves na regulação do espectro, com consequências reais para o acesso a informação e a serviços de telecomunicações, e da necessidade de se flexibilizarem algumas regras da regulação do espectro, considera-se oportuno verificar a possibilidade da adoção de uma teoria processual administrativa de regulação que sirva de modelo institucional à normatização desse bem escasso, em prol do interesse público.

Na primeira parte da primeira seção exporemos algumas das premissas e argumentos mais comuns utilizados para se regular o espectro pelo modelo atual. Procuraremos mostrar que tais argumentos se baseiam numa visão excessivamente tecnicista, revestindo-se de um cientificismo alheio aos resultados práticos que dele decorrem. Na segunda parte, consideraremos

³Não constitui objetivo deste estudo a demonstração das ineficiências do atual modelo de administração do espectro radioelétrico. Detalhes sobre esses problemas podem ser vistos no livro *The Future of Ideas*, no capítulo intitulado *Commons Wireless*. Vide: LESSING, Lawrence. *The Future of Ideas*. Random House: New York, 2001.

algumas propostas de alteração desse modelo, bem como as possíveis críticas que a elas pudessem ser levantadas.

Na segunda seção, primeira parte, explicaremos em que consiste a teoria processual administrativa aplicada à regulação e quais são suas características e vantagens, em especial em comparação à teoria da *public choice* e da regulação por estatização. Na segunda parte, buscaremos demonstrar a aplicabilidade de uma teoria processual administrativa para sanar eventuais críticas e falhas na reformulação e flexibilização da regulação do espectro no Brasil.

O objetivo deste artigo, portanto, é evidenciar a adequação do manuseio de uma teoria processual administrativa que sirva de instrumento a possibilitar, ao mesmo tempo, a eficiência do uso do espectro e o resguardo do interesse público, numa eventual reforma que flexibilize os mecanismos de regulação do espectro de radiofrequências no Brasil.

A Justificativa da Regulação do Espectro e seus Problemas

Razões Clássicas da Regulação do Espectro

O maior e mais relevante elemento que justifica a regulação do espectro radioelétrico é a característica da escassez. Se é escasso, surge então uma preocupação perene de se regular o uso, limitar as aplicações, e alocar o recurso a atores determinados para se evitar interferências prejudiciais. As interferências prejudiciais decorrem do caráter escasso do espectro e se fazem presentes quando duas pessoas utilizam a mesma banda de frequência no mesmo momento (Levin 1971).

Diante de recurso de elevado valor econômico, mas limitado, travou-se uma batalha em torno da definição da natureza jurídica do espectro, batalha essa que não se reduzia, mas englobava um viés ideológico. De um lado, alguns defendiam que o espectro deveria ser classificado como um bem público, dotado de qualidades próprias desses bens, como inalienabilidade, imprescritibilidade e impenhorabilidade (Pez 2011). De outro, alguns atribuíam ao espectro ou uma qualificação de coisa sem dono, *res nullius*, ou de bem comum a toda a coletividade, *res dominium omnes*, como bem comum por todos apropriável, como o ar ou a água dos oceanos. Nessas últimas situações, o espectro seria regulado por um regime de polícia administrativa.

Prevaleceu historicamente na maioria dos países, tanto na França, como na Espanha e na Itália, a noção de que o espectro seria de fato um bem público (Gaudemet 2010). Essa noção firmou e consolidou um entendimento de que seria indispensável a propriedade do espectro pelo Estado para que sua utilização fosse feita de forma eficiente e de maneira ordenada. Thomas Pez (2011, 19) argumenta que não seria imperativo um regime de dominialidade pública para que se configurasse possível a regulação do espectro. Seria suficiente, segundo Pez, a submissão das frequências a um regime de autorização que implicasse a imposição de obrigação aos que delas fazem uso, para a proteção do interesse público.

A escolha teria recaído sobre o regime de domínio público, então, por duas principais razões: (i) legitimar a cobrança, por parte do poder público, de valores e taxas sobre as radiofrequências, fortalecendo as receitas do Estado. Estes valores adviriam tanto da realização de licitações como da cobrança de taxas periódicas ou de transferência da radiofrequência, o que reforçaria a arrecadação estatal; e (ii) daria maior controle econômico e político do Estado sobre o uso do espectro e colocaria em seu patrimônio um bem coletivo pelo qual a Administração Pública se encarregaria de assegurar a exploração visando a melhor favorecer o interesse público (Gaudemet 2009).

No Brasil, quanto a motivações para a regulação do espectro, a legislação estabelece que o objetivo da destinação, atribuição, distribuição e consignação das faixas de radiofrequência é evitar a interferência prejudicial, sendo esta “qualquer emissão, irradiação ou indução que obstrua, degrade seriamente ou interrompa repetidamente a telecomunicação”, nos termos do art. 159 da LGT. Ademais, a ANATEL tem o dever de considerar o emprego racional e econômico do espectro na destinação das faixas, bem como de regular de forma “eficiente e adequada o espectro, podendo restringir o emprego de determinadas radiofrequências ou faixas, considerado o interesse público”, na forma do art. 160 da referida lei.

Resta claro, portanto, que as motivações expressas do legislador brasileiro para a regulação do espectro jazem no binômio de alocação eficiente e racional, com o objetivo de evitar interferência prejudicial. Essa

justificação é herança remota do predomínio da visão positivista e cientificista do Estado, como discurremos a seguir.

Problemas da Prioridade da Técnica na Regulação do Espectro

Pela própria natureza técnica da matéria e pelo já tradicional enquadramento do espectro dentre o rol dos bens públicos, não é difícil vislumbrar que a regulação do espectro assume ares de uma cientificidade hermética, campo de pessoas altamente especializadas, ininteligível ao estudioso comum e acima de tudo, alheia a afluxos democráticos.

A regulação do espectro no Brasil começa formalmente com o Decreto 21.111/32, numa época em que a crença no progresso científico como panaceia transbordara do mundo desenvolvido para o Brasil (Sardinha 2004, 56). O início do século XX foi marcado pela ideia de progresso, que se consubstanciava na noção moderna de que o passado deve ser deixado de lado e que devemos pensar e agir com base apenas no futuro. Predominava a ideia de que o homem, por meio de seu intelecto seria capaz de remoldar a sociedade e se tornar o criador de um mundo organizado para o desfrute do próprio homem (Waldo 2007, 16), onde nada seria deixado ao acaso (Croley 2011, 13).

O ideário da eficiência surge, no contexto norte-americano, como resposta ao medo do esgotamento de recursos naturais, da necessidade de colocação dos Estados Unidos numa condição frugal frente ao esbanjamento de nações europeias, e, simplesmente, pelo medo da fragilidade da democracia americana frente à eficiência alemã demonstrada na primeira grande guerra (Waldo 2007, 19). Essa busca frenética pela eficiência foi resultado, também, da tentativa, não desprovida de mérito, de conciliar as antigas tradições e instituições à tecnologia nascente, que começava a vazar, por todos os lados, na vida do cidadão comum.

Junto a essa noção de progresso veio a confiança quase ilimitada na ciência. Era a ciência que deveria conduzir o ajuste fino da regulação. A regulação seria feita pela ciência; o método aplicado a ela deveria ser o puramente científico. Waldo (2007, 21) ressalta, porém, que a devoção ao conceito de realidade chamada ciência não afasta a teoria política, a qual repousa sempre, em última análise, em uma metafísica, em um conceito supremo acerca da natureza da realidade. Oportuno observar que essa crença na capacidade inventiva como solucionadora de todos os males é

recorrente na história da tecnologia. Em 1913, Woodrow Wilson previu que a pobreza seria extirpada dentro em poucos anos; Masuda Yoneji previu, em 1980, que a era da informação traria uma Sociedade da Informação que tornaria os sistemas parlamentaristas atuais completamente defasados e imporia, em pouco tempo, uma democracia participativa por todo o globo (Masuda 1980, 31).

Há muitos riscos em se valer preponderantemente da ciência pura como guia único para a formulação de políticas e de norte para a regulação de uma determinada questão. Em sua obra *The Governance of Science*, Steve Fuller (2000) tece análise acerca das influências que a teoria política tem sobre a governança da ciência e de como essa influência pode gerar distorções do ideal propugnado pela suposta baliza neutra e imparcial da ciência. Esse predomínio absoluto de um cientificismo *a priori*, como técnica regulatória, desperta para a questão do determinismo tecnológico, que indaga acerca da inevitabilidade de se seguirem caminhos determinados pela ciência. Em estudo relevante sobre o tema, Heilbroner (1994) sustenta que a questão do determinismo tecnológico é um problema peculiar de uma determinada época, momento em que as forças de drásticas mudanças tecnológicas foram acionadas e no qual os meios de controle e de regulação sobre os efeitos do que representa essa tecnologia são ainda rudimentares. Parece ter sido o que ocorreu com a regulação do espectro radioelétrico em seu início.

O modelo de regulação do espectro radioelétrico estabeleceu-se entre o início e meados do século XX, cristalizando-se no Brasil por meio do Código Brasileiro de Telecomunicações (CBT), aprovado pela Lei 4.117/62. Não obstante a data tardia, o tipo de regulação do espectro adotado pelo CBT é herança de um tempo em que o progresso e a ciência, no contexto da modernidade suscitaram forte influência sobre a *ratio* normativa e sobre a forma como o Estado Moderno desenhou determinados mecanismos de controle regulatórios. Derivados do espírito positivista do século XIX, passando pelas revoluções tecnológicas do taylorismo e do fordismo, a mentalidade de uma gerência científica na gestão da coisa pública na virada do século XX repercutiu, e ainda repercute, sobremaneira sobre a regulação do espectro. A noção de medida, de exatidão física e matemática e da imposição da eficiência imprimiram ao modelo de

regulação do espectro uma higidez despida de valoração social, eivada de déficit democrático.

Claro que o auxílio da ciência é indispensável, mas é necessário utilizar os méritos dessa autocracia técnica sem incorporar seu espírito e sua finalidade. Utilizá-la como meio e não como fim em si mesmo. O *ethos* democrático impõe limites sobre o império da técnica amoral. Já em 1940, Merle Fainsod apontava para esse desbalanceamento (Waldo 2007, 81), registrando a inconsistência entre, por um lado, a inaplicabilidade dos métodos da ciência para a decisão acerca de valores e, por outro lado, o recurso cada vez maior e inquestionado à utilização desses mesmos métodos científicos para a resolução de todo e qualquer problema que surgisse no campo político-social.

As Possibilidades da Regulação do Espectro

Possível caminho para a flexibilização

Não é nosso objetivo nesse artigo aprofundar a elaboração de possíveis caminhos e alternativas para a flexibilização do modelo regulatório do espectro radioelétrico. A finalidade dessa seção é expor rapidamente algumas das principais alternativas de regulação do espectro apenas para se problematizar as críticas feitas a elas e as possíveis respostas dadas pela teoria processual administrativa.

Em apertada síntese, a literatura propugna que a flexibilização do espectro pode ser feita, basicamente, de duas formas, em alternativa ao tradicional modelo de concessão administrativa obediente à técnica do *command-and-control*.

A primeira forma seria pela alocação de direitos de propriedade, cenário no qual empresas ou pessoas, atendidas as prescrições do poder público, poderiam deter o domínio sobre determinada faixa do espectro de radiofrequências, podendo, dentro desses limites, revender, alugar ou celebrar outras espécies contratuais que implicassem a disponibilidade de

direitos pessoais ou reais sobre os recursos do espaço público hertziano.⁴ Essa hipótese foi inaugurada por Ronald Coase, já em 1959, mas pouco explorada na prática. Coase (1959) argumentou que o sistema de preços e a alocação de direitos de propriedade seriam métodos mais adequados e eficientes para regular o espectro radioelétrico do que a simples alocação administrativa de radiofrequência a alguns particulares.

A segunda forma alternativa ao modelo de *command-and-control* consiste no estabelecimento de um sistema de *commons*, onde, dentro de regras estabelecidas pelo poder público, as frequências poderiam ser utilizadas indiscriminadamente por qualquer cidadão ou empresa (Baumol 2006, 11-14). Sem prejuízo de particularidades, é o que ocorre hoje com as frequências de *Bluetooth*, por exemplo.

Críticas à Flexibilização da Regulação

As críticas que se fazem a essas alternativas são, quase que invariavelmente, as mesmas desde que foram propostas como alternativas ao modelo tradicional de regulação do espectro. Para fins do presente estudo, essas críticas podem ser divididas em duas categorias: (i) os riscos de o Estado perder, do âmbito de seu domínio, um ativo de grande valor econômico; e (ii) a impossibilidade de o Estado exercer, com competência e sem se deixar influenciar por grupos de pressão e partes interessadas, seu papel regulatório, a partir do momento em que o espectro saia de sua esfera dominial. Vejamos essas críticas com mais alguns detalhes.

A primeira e menos contundente das críticas que podem ser feitas à flexibilização do atual regime de regulação do espectro é o risco gerado pela apropriação privada do espectro. Para os subscritores dessa vertente, a simples apropriação privada do espectro por particulares tornaria mais provável a formação de oligopólios e monopólios tanto da infraestrutura como dos serviços sobre eles prestados. Ter-se-ia o risco de resvalar para um sistema corporativista, onde o campo de interesse seria reduzido ao de

⁴Para mais detalhes, vide: de Vany, Arthur, et al. (1969) *A Property System Approach to the Eletromagnetic Spectrum: A Legal-Economic-Engineering Study*. In: *Stanford Law Review*, vol. 21, p. 1499-1561.

grandes empresas ou corporações e em detrimento à existência de um espaço público participativo.⁵

Em essência, essa espécie de crítica deriva, geralmente, de uma visão de mundo que preza a forma de regulação por estatização. Daí a premência de manter o espectro como domínio público, como propriedade do Estado. Karen Yeung explica que o estatismo regulatório pode ser vislumbrado no papel assumido pelo *welfare state* no pós-guerra, quando o Estado decidiu que caberia a ele próprio o papel de fazer o planejamento macroeconômico por meio, inclusive, da apropriação de setores estratégicos da economia, como o de telecomunicações (Yeung 2010, 65-66).

Pode-se vislumbrar alguma razão nas críticas dessa primeira espécie no que toca uma característica específica do espectro, qual seja, a sua renovabilidade. Dito de outro modo, o espectro não é consumido ou desgastado com o uso. Essa característica pode ter várias consequências econômicas e regulatórias. O uso não acarreta sua desvalorização. Diante disso, o fato de Estado entregar definitivamente esse bem ao ente privado significa dispor de um bem inesgotável, e, portanto, sem que seja possível lhe dar uma precificação justa.

A segunda e mais contundente das críticas tem ampla aceitação em círculos que aceitam a teoria da *public choice*. Antes de esclarecer o viés dessas críticas é oportuna uma observação. A introdução de um modelo que flexibilize o regime jurídico do espectro pode implicar em mais regulação do que num modelo de *command-and-control*, em um simples modelo de concessão como o atual. Por quê? Com a transferência do domínio do espectro para a esfera privada, o poder público terá de proteger o interesse público e assegurar o uso eficiente, devendo, portanto, impor muitas obrigações, ressalvas e condicionamentos numa quantidade talvez maior do que exista atualmente.

⁵Vale ressaltar que usamos aqui o sentido mais atual de corporativismo. Há vários modelos corporativistas, como expõe Manoilescu: "...*la doctrine du fascisme, ... des corporatiste français, .. l'école autrichienne de Spann*" (MANOILESCO, Mihail. (1934) *Le Siècle du Coporatisme: Doctrine du Corporatisme Intégral et Pur*. Paris: Libraire Félix Alcan, p. 72).

Para a teoria do *public choice*, os corpos regulatórios cedem sempre aos interesses de grupos de pressão. Para tal teoria, a combinação de legisladores que dependem de ajuda econômica para se reelegerem e de agências reguladoras que, inobstante gozarem de um certo grau de autonomia, dependem dos recursos e das leis que brotam desse legislativo, é a receita para que o resultado da produção regulatória seja sempre favorável aos grupos de pressão (Croley 2008, 9). Apesar de, para alguns, a existência de grupos de pressão ser considerada até benéfica para o resultado regulatório (Truman 1965), o resultado da regulação obtida por meio da atuação de *rents* regulatórios é pior do que a inexistência de qualquer regulação.

Lembrando que a flexibilização do regime jurídico do espectro poderá trazer mais regulação do que antes, a conclusão inevitável da aplicação da teoria do *public choice* ao caso do espectro é que seria melhor rejeitar essa flexibilização, pois isso traria mais possibilidades de captura e obtenção de *rents* regulatórios por parte de entres privados.

Passemos agora ao estudo de como uma teoria processual administrativa pode mediar e lidar com os problemas advindos das duas principais críticas à flexibilização da regulação do espectro de radiofrequências.

A Teoria Processual Administrativa e sua Aplicação ao Espectro

Visão Geral e Vantagens da Teoria Processual Administrativa da Regulação

A teoria processual administrativa busca enfrentar os problemas que possam gerar distorções da atividade regulatória. Essa atuação é realizada por meio da instrumentalização de um processo que seja isonômico, justo, democrático, e que produza resultados previsíveis dentro do que se propõe a fazer. Um processo desse naipe deve facilitar a juntada de informações por parte da Agência, haurir da experiência de seus membros, solicitar suporte de especialistas e autoridades nas matérias objeto da regulação, convidar opiniões diversas e incentivar objeções às teses inicialmente propostas pelo órgão regulador.

Croley (2008, 266) expõe, sinteticamente, como a teoria do processo administrativo propõe alcançar esses objetivos: (i) publicação da intenção de agir da Agência; (ii) esclarecimento das motivações de agir da Agência;

(iii) abertura de oportunidades para o recebimento de contribuições acerca da ação da Agência; (iv) adoção de um processo decisório racional; (v) fundamentação detalhada acerca do porquê a Agência agiu de determinada forma. Croley mostra que em várias oportunidades, em casos realmente emblemáticos, agências reguladoras norte-americanas, em que pese enorme pressão objetada por grupos detentores dos mais poderosos interesses econômicos, produziu regulamentos e normas que privilegiaram o interesse público. Os três casos emblemáticos analisados por Croley foram o do Regulamento de Ozônio e de Emissão de Partículas na Atmosfera elaborado pela Agência de Proteção Ambiental (EPA), do Regulamento de Fumo e Tabaco de 1996, que regulou a propaganda, venda e distribuição de cigarros e produtos feito de tabaco nos Estados Unidos, e o da Política de Florestas “Sem Estrada”, feita pela *US Forest Service* no ano de 2001, que limitou a construção de estradas em cerca de 55 milhões de acres de florestas.

As observações de Croley acerca desses casos concretos, embora hauridas do cenário jurídico norte-americano, são de crucial importância e podem ser transpostas com poucas adaptações para o regime jurídico brasileiro. São elas: (i) as propostas não foram iniciadas por grupos restritos de interesse procurando vantagens, mas resultaram em grande parte da mobilização de interesses difusos. Essa mobilização veio de defensores da saúde pública, advogados ambientalistas, da academia; (ii) o processo todo foi conduzido por meio do *notice-and-comment rulemaking process*. Nenhuma das agências procurou afetar o processo por meio de procedimentos informais, e *off-record*; (iii) as agências não avisaram imediatamente ao Congresso suas intenções de regular. Esse fato minimiza os argumentos da teoria do *public choice* acerca da suposta influência invencível que os membros do parlamento exerceriam sobre as agências reguladoras; (iv) depois que tomou conhecimento das iniciativas, o Congresso, mesmo sendo refratário a elas, não foi capaz de parar ou retardar a atividades regulatórias das agências; (v) os parlamentares contrários aos projetos participaram democraticamente do processo como qualquer outro interessado, apresentando comentários escritos durante o período de *notice-and-comment process*; (vi) as agências fizeram grandes esforços para chamar o maior número de interessados possível. Audiências e fóruns foram abertos em várias localidades do país para a discussão e aprofundamento

dos temas objeto de regulação; (vii) o poder legislativo ameaçou usar ações disciplinares contra as agências (audiências, memorandos, restrições orçamentários, revogação por meio de futura legislação, dentre outras), mas as ameaças não surtiram efeito. Croley sugere que ameaças como essas são feitas mais para apaziguar as bases eleitorais que para obterem efeitos práticos; (viii) as agências não contam votos e sabem perfeitamente as repercussões políticas dos regulamentos que elaboram; (ix) por fim, em nenhum dos casos estudados por Croley, o processo decisório facilitou a entrega de encomendas, *rents* regulatórios, nos moldes propostos pela teoria da *public choice*.

Essas conclusões refutam valorações que equiparam o comportamento de partes interessadas num determinado processo regulatório a simples agentes econômicos, como se a arena político-regulatória pudesse ser reduzida a um mercado (Downs 1957, 295). Nesse contexto, importante mencionar a distinção que Croley faz entre a chamada *special interest regulation* e a *public interested regulation*. Enquanto a primeira é a regulação que entrega *rents* regulatórios ou lucros para grupos de interesse que excedem o ganho eficiente e retorno competitivo que esses alguns grupos dão de volta à sociedade, a segunda consiste no contrário: uma regulação que não entrega encomendas regulatórias ou, se o faz, os ganhos de particulares advindos dessa decisão regulatória excedem as perdas para o resto da sociedade. Em termos econômicos, essa regulação tem eficiência Kaldor-Hicks (Croley 2008, 10). A regulação resultante do processo administrativo aqui tratado será sempre um resultado da segunda espécie.

Não estamos a afirmar, por certo, que é possível um processo administrativo absolutamente a salvo de erros ou absolutamente previsível e imparcial, mas é possível construir cientificamente mecanismos racionais para minimizar e, em alguns casos, extirpar riscos de captura ou *rents* regulatórios. Com esse fim, até mecanismos matemáticos já foram utilizados para equilibrar processos decisórios, como foi o caso das teorias elaboradas por Jean-Charles de Borda, por Condorcet e Laplace para comitês e eleições (Black 1987, 156-184).

As situações descritas acima, e que podem se aplicar largamente ao caso brasileiro, descortinam a possibilidade de, no caso de flexibilização da regulação do espectro, a autonomia regulatória da ANATEL pode ser

alcançada por meio de uma bem desenvolvida teoria processual administrativa, como veremos a seguir.

Aplicação da Teoria Processual Administrativa à Regulação do Espectro

O desenvolvimento de uma teoria processual administrativa é fundamental para o contexto de flexibilização do regime jurídico e das regras regulatórias aplicáveis ao espectro de radiofrequências. Especialmente em face das duas espécies de críticas contrárias à flexibilização abordadas acima. Sem pretender esgotar o assunto, daremos abaixo alguns exemplos de como a teoria processual administrativa pode trazer segurança jurídica e reduzir os riscos inerentes a esse novo modelo regulatório.

Quanto à primeira crítica, que imputa à flexibilização do atual regime de regulação do espectro ao risco de apropriação privada indevida do espectro e o conseqüente prejuízo da coletividade, é possível que haja salvaguardas processuais que, prevejam: (i) cláusula de reversão em caso de descumprimento. Nessa hipótese o espectro pode ser comercializado pelo poder público com cláusula de condição resolutória, prevendo sempre determinadas obrigações e condicionamentos a serem observados pelo novo proprietário resolúvel; (ii) vedação a concentrações de faixas acima de determinado percentual por um mesmo proprietário; (iii) estabelecimento de um procedimento desapropriatório específico, e que seja rápido, justo e eficiente, em caso de rompimento dos condicionamentos impostos pelo poder público.

Quanto às razões contidas na segunda crítica, esposada pelos adeptos da teoria do *public choice*, e que poderia sustentar que uma nova regulação sobre um modelo flexibilizado de espectro estaria sujeito à captura e fadada a *rents* regulatórios, a teoria processual administrativa pode resguardar o interesse público por meio de ações que: (i) tornem pública a intenção da Agência antes, durante e depois da regulação; (ii) propiciem ao máximo a participação da coletividade não apenas no processo, mas também no uso direto e pessoal da radiofrequência em casos determinados, em modelo de *commons*. Ações desse tipo reduzem e minimizam o poder de grandes empresas e democratizam o uso direito do espectro; (iii) institucionalizem

rigidamente a participação dos atores de grande poder econômico ou político e que possam, indevidamente, desviar o processo administrativo de sua finalidade; (iv) obriguem a fundamentação das decisões, tão mais detalhadas quanto maior o valor da alocação do espectro em questão; (v) prevejam instâncias recursais que possibilitem ampla discussão acerca da legalidade das decisões da Agência.

Em suma, em enumeração não exaustiva, a teoria processual administrativa deve trazer à lume garantias de que o espectro será usado com eficiência, com vedações à especulação financeira do bem, com regramentos mínimos acerca dos serviços essenciais que não devem deixar de ser prestados, que traga balizas para evitar o desperdício de espectro, prevendo penalidades de multas, culminando, se for o caso, com a perda da propriedade do espectro.

Por meio de uma aplicação adequada da teoria processual administrativa é possível, ao menos em tese, ao se flexibilizar o regime público aplicado ao espectro, proteger o interesse público, por meio de uma regulação gravada pelo interesse público [*public interested regulation*] e resguardar o patrimônio do espectro de eventuais *rents* regulatórios, representados por uma regulação gravada por interesses específicos [*special interested regulation*].

Conclusão

O modelo administrativo de regulação do espectro radioelétrico no Brasil remonta a um ideário puramente cientificista, de administração gerencial, do início do século XX, que representa, no fundo, uma autocracia técnica, destituída de *ethos* democrático. A rigidez, ineficiência e desperdício no uso do espectro é, em grande medida, resultado da aplicação desse modelo arcaico. Mas a alteração e flexibilização da regulação trazem alguns riscos para o interesse público.

O objetivo deste trabalho foi demonstrar que a teoria processual administrativa pode ser utilizada como ferramenta efetiva num contexto de flexibilização do atual modelo de regulação do espectro, incluindo, mas não se limitando, a cenários em que o domínio do espectro de radiofrequências seja transferido a entes privados.

Bibliografia

- BAUMOL, William *et al.* ***Towards an Evolutionary Regime for Spectrum Governance: Licensing or Unrestricted Entry.*** Washington, D.C.: AEI Brookings, 2006.
- BENKLER, Yochai. *Some Economics of Wireless Communications.* In: ***Journal of Law and Technology*** 25(16), 2002.
- BLACK, Duncan. ***The Theory of Committees and Elections.*** Massachusetts: Kluwer Academic Press, 1987.
- COASE, Ronald. *The Federal Communications Commission.* In: ***Journal of Law and Economics*** 21(40), 1959.
- CROLEY, Herbert. ***The Promise of America Life. Create Space Independent Publishing,*** 2011.
- CROLEY, Steve. ***Regulations and Public Interests. The Possibility of good Regulatory Government.*** Princeton: Princeton Press, 2008.
- DE VANY, Arthur *et al.* *A Property System Approach to the Eletromagnetic Spectrum: A Legal-Economic-Engineering Study.* In: ***Stanford Law Review***, vol. 21, 1969.
- DOWNS, Anthony. ***An Economic Theory of Democracy.*** Boston: Addison Wesley Publishing Co, 1957.
- GAUDEMET, Yves *et al.* *Le Système Français D'Exploitation du Domaine Public Hertzien et D'Attribution des Fréquences Radioélectriques. Rapport Du Groupe de Travail.* Disponível em: http://www.fondation-droitcontinental.org/upload/docs/application/pdf/2011-10/rapport_mai_2010.pdf.
- FULLER, Steve. ***The Governance of Science.*** Philadelphia: Open University Press, 2000.
- HEILBRONER, Robert. *Do Machines Make History?* In: SMITH, Merrit *et al.* ***Does Technology Drive History?*** Cambridge: MIT Press, 1994.
- LEVIN, Harvey. ***The Invisible Resource: Use and Regulation of the Radio Spectrum.*** Washington, D.C.: RFF Press, 1971.
- MANOÏLESCO, Mihail. ***Le Siècle du Coporatisme: Doctrine du Coporatisme Intégral et Pur.*** Paris: Libraire Félix Alcan, 1934.
- MASUDA, Yoneji. ***The Information Society as Post Industrial Society.*** Washington, D.C.: World Future Society, 1980.
- PEZ, Thomas. ***Le Domaine Public Hertzien: Attribution et Exploitation des Fréquences Radioélectriques.*** Paris: Lextenso éditions, 2011.

- SARDINHA, Luciana Raso. **Radiodifusão: Controle Estatal e Social sobre Outorgas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.
- SPULBER, Daniel *et al.* **Networks in Telecommunications: Economics and Law**. New York: Cambridge University Press, 2009.
- TRUMAN, David. **The Governmental Process, in Buchanan, James et al. The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy**. Ann Arbor: University of Michigan Press, 1965.
- WALDO, Dwight. **The Administrative State: A Study of the Political Theory of American Public Administration**. New Brunswick: Transaction Publishers, 2007.
- YEUNG, Karen **The Regulatory State**. In: BALDWIN, Robert. **The Oxford Book of Regulation**. Oxford: Oxford University Press, 2010.