

RELAÇÕES JURÍDICAS E DIREITOS FUNDAMENTAIS AFETOS AO ESPECTRO RADIOELÉTRICO

*Guilherme Pereira Pinheiro**

SUMÁRIO: Considerações Iniciais 1. - A natureza do Espectro Radioelétrico como Bem Público 1.1 - *O espectro como Bem público no direito brasileiro* 1.2 - *Critérios para Delimitação dos Bens Públicos* 2. - Os Direitos e a Garantia dos Direitos Relacionados ao Espectro de Radiofrequências 2.1 - *Direitos Gerados pelos Bens Públicos* 2.2 - *O Espectro e os Direitos Fundamentais* 2.3 - *Instrumentos de garantia no uso adequado do Espectro Radioelétrico* Considerações finais Referências Bibliográficas

RESUMO: O espectro radioelétrico, talvez por sua natureza peculiar, é um dos bens públicos menos abordados e discutidos pela doutrina pátria. A falta de uma doutrina consistente e sistematizada sobre o tema resulta num vazio jurídico que pode afetar a busca dos direitos afetos a esse bem público. Com isso em mente, este artigo procura identificar alguns dos principais direitos fundamentais relacionados ao uso do espectro radioelétrico e delinear quem seriam os legitimados ativos para exigir o cumprimento de tais direitos. Para tanto, procederemos a uma análise teórica da natureza jurídica do espectro radioelétrico, enfrentando a dificuldade de sua classificação como bem público tradicional. Depois, intentaremos desmembrar o leque dos direitos fundamentais que rondam o tema da regulação do espectro, mostrando que a ele subjaz maior complexidade do que a noção jurídica clássica do binômio direito-dever. Por fim, argumentaremos que muitos dos instrumentos jurídicos para tutela de direitos relacionados ao espectro são, hoje, insuficientes, e que a efetivação de direitos fundamentais no âmbito da utilização e regulação do espectro pelo Poder Público deve admitir providências jurídicas mais amplas para a satisfação do interesse público.

Palavras-chave: Espectro Radioelétrico; Direitos Fundamentais; Direito-dever; Bem Público; Tutela Coletiva de Direitos.

ABSTRACT: (Radioelectric) Spectrum, perhaps due to its peculiar nature, is one of the least addressed public properties ever by the Brazilian legal doctrine. The lack of a consistent and systematic research over the subject has resulted in a legal emptiness, which may affect rights attached to this public property. Bearing this in mind, the present paper intends to identify some of the main fundamental rights related to spectrum use, and point out the legitimate petitioners to claim them. To achieve this objective, we will proceed to analyse the legal nature of spectrum, facing the challenges of its classification as a traditional public property. Following that, we will try and dismember the array of fundamental rights that surrounds spectrum regulation, showing the existence of a greater complexity than the restrictive notion of a right-duty binomial. Finally, we will contend that many of the current legal resources to protect right-related spectrum issues are largely insufficient, and that in order to materialize these fundamental rights before Public Authorities, one must be handed broader and more extensive legal instruments to satisfy this legitimate legal interest.

Keywords: Radioelectric Spectrum; Fundamental Rights; Public Property; Rights-duty; Protection of Collective Rights

* Mestre em Direito Comparado pela Columbia University, Nova York; Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília; especialista em Direito da Regulação e Defesa da Concorrência pelo Uniceub; MBA em Gestão Empresarial pela FGV/Rio. Professor DO Instituto de Educação Superior de Brasília-IESB.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Este trabalho tem o objetivo de traçar um esboço teórico geral dos direitos relacionados ao espectro radioelétrico, de como esses direitos se manifestam, quem são os legitimados ativos para lutar por tais direitos e quais as formas admissíveis para se garanti-los.

O tema do tratamento jurídico do espectro de radiofrequências pode ser considerado um tema árduo. Por duas razões principais. A primeira é que a literatura sobre o assunto, principalmente a nacional, é escassa. Mesmo obras que abordam com profundidade questões atinentes à regulação de telecomunicações, ou os problemas envolvendo os bens públicos em geral, referem-se apenas *en passant* ao espectro. A segunda deve-se ao próprio tema, cuja densidade e atributos essenciais rendem ao estudioso um rol de dificuldades que são menos visíveis em outras áreas do direito.

Para alcançar o propósito descrito no primeiro parágrafo, começaremos analisando a natureza do espectro radioelétrico, que é considerado um bem público por disposição legal constante da Lei n.º 9.472/1997, chamada Lei Geral de Telecomunicações – LGT. O enquadramento do espectro radioelétrico com bem público traz algumas complicações em razão de sua natureza peculiar, que o distingue de outros bens públicos mais clássicos. Essa singularidade faz com os direitos relativos ao espectro sejam também eles singulares.

Em seguida, procuraremos desmembrar e identificar o leque dos direitos que rondam o tema da regulação do espectro. Nesse ponto lançaremos mão de teorias jurídicas que possam facilitar o reconhecimento desses direitos, alguns dos quais estão subjacentes e presos à noção jurídica clássica do binômio direito-dever.

Ao esforço de fazer emergir mais claramente quais são esses direitos relacionados ao tema do espectro radioelétrico, somar-se-á a tentativa de colocar o espectro radioelétrico como um bem necessário à consolidação de alguns direitos fundamentais, como o acesso à informação e a educação. Nessa tarefa, argumentaremos que muitas vezes esse caráter de “meio” do espectro pode se transformar num “fim”, devendo-se assegurar às pessoas o direito de acesso, de defesa e de proteção em face desse bem público.

Por fim, aduziremos que os instrumentos de coerção e proteção jurídicas hoje utilizadas em temas referentes ao espectro são insuficientes. Que a relação próxima do espectro de radiofrequências com a efetivação de direitos fundamentais, e a própria natureza de bem e patrimônio públicos do espectro, devem admitir providências jurídicas mais amplas para a satisfação do interesse público.

Não nos preocuparemos aqui em listar, repetir ou reproduzir eventuais direitos ou deveres, respeitantes ao espectro, que já constam em Leis e regulamentos. Nosso objetivo é analisar o espectro do ponto de vista ontológico e abstrato, extraindo daí elementos que possam contribuir para o esforço

comum, que começa a tomar corpo, do novo desenho legal e regulatório desse bem público essencial para o novo milênio.

1. - A NATUREZA DO ESPECTRO RADIOELÉTRICO COMO BEM PÚBLICO

1.1 – O espectro como Bem público no direito brasileiro

A tarefa de relacionar o espectro radioelétrico com os bens públicos parte do delineamento conceitual mínimo necessário do que são estes dois institutos do ponto de vista jurídico.

Em sua acepção puramente técnica, o espectro radioelétrico ou de radiofrequências é um termo usado para descrever bandas de frequências eletromagnéticas, que se estendem de aproximadamente 10 kHz a 300 GHz. Essas bandas são divididas em partes distintas, que são usadas para diversas aplicações, como telefonia celular, acesso a banda larga sem fio, distribuição de sinais de TV por satélite, e assim por diante. O espectro de radiofrequências é a matéria-prima das novas comunicações de massa, sendo que parcela grande e crescente das comunicações no mundo se baseiam e fazem uso do espectro¹. Redes de fibra óptica e demais redes físicas têm um alto custo de construção e não são economicamente viáveis para cobrir satisfatoriamente um País da extensão do Brasil.

O espectro é um bem² disponível gratuitamente, sem necessidade de maciços investimentos. Um meio com enorme potencial para difundir conhecimento, espalhar informação e promover a emancipação intelectual, tornado cada vez menos escasso em razão da evolução tecnológica³. Hoje, o espectro é a mais poderosa ferramenta para concretizar a igualdade do direito à informação. É sobre essa premissa que este trabalho se desenvolve.

Pode-se dizer que o espectro de radiofrequências constitui bem imaterial, incorpóreo, uma vez que inexistente no mundo material, tangível. Ademais, pode-se acertar que o espectro tem valor econômico por ser escasso,

¹ Cave, Martin et al. *Essentials of Modern Spectrum Management*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, p. 3.

² Consideramos o espectro um bem, pois ele detém a característica econômica da escassez. Ou seja, nem todos podem usar o mesmo espectro ao mesmo tempo. Nesse sentido, Washington de Barros Monteiro assinala que o sentido de valor econômico de um bem é definido, sem prejuízo de outros fatores, pela principalmente pela sua escassez, no que convergem os sentidos das ciências jurídico e econômica na definição do que é um bem. Ver Monteiro, Washington de Barros et al. *Direito das Coisas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 13.

³ De fato, a digitalização do espectro comprime e aumenta a capacidade de transporte de dados, voz e conteúdo. Vide: Nuechterlein, Jonathan; Weiser, Philip. *Digital Crossroads: American Telecommunications in Information Age*. Boston: MIT Press, 2005.

ou seja, não é possível que várias pessoas utilizem, ao mesmo tempo, determinada faixa do espectro, sob o risco de haver interferências prejudiciais⁴, impossibilitando ou ao menos afetando a qualidade dos serviços de telecomunicações prestados. Com isso, o espectro tem valor econômico, pois é bem excludente e rival. Diante dessas características, o espectro pode ser considerado um bem no sentido jurídico, já que seria sujeito de apropriação pelo homem, na lição de Clóvis Beviláqua⁵. Mas seria o espectro realmente um bem público?

Não obstante a resposta a essa pergunta pareça estar presente, de forma bastante direta, na legislação⁶, entendemos que algumas concepções e consequências jurídicas relacionadas a esse entendimento merecem estar mais bem equacionadas. Parece que há nessa categorização do espectro radioelétrico um pouco da confusão entre conceitos jurídicos e não jurídicos, nos moldes do que nos fala Hohfeld. Há uma certa imprecisão de noções que decorrem de um hiato entre a utilização de um conceito jurídico e a aplicação de seu significado no mundo real⁷. Adentraremos algumas dessas sutilezas, relacionadas ao espectro radioelétrico, mais abaixo.

Para melhor analisar o problema, porém, é imperioso examinar o conceito de bens públicos à luz de seus fundamentos e finalidades e verificar se o espectro radioelétrico preenche os requisitos e características básicas para ser enquadrado como bem público *par excellence*. A tarefa não é fácil, já que, nas palavras de Themístocles Brandão Cavalcanti, a “terminologia dos bens públicos é um dos pontos obscuros dessa parte do direito administrativo”⁸.

Dentro do conceito de domínio nacional, que consiste no conjunto total de bens abrangidos no território nacional, sejam eles públicos ou privados, temos os bens puramente pertencentes a pessoas jurídicas estatais, chamados, por sua vez, de domínio estatal⁹. A relação de propriedade que o Estado exerce sobre tais bens podem se dar: (i) por suas características intrínsecas; (ii) em razão do uso que lhes é dado; (iii) por se tornarem públicos por força de lei; (iv)

⁴ O parágrafo único do art. 159 da Lei Geral de Telecomunicações considera interferência prejudicial “qualquer emissão, irradiação ou indução que obstrua, degrade seriamente ou interrompa repetidamente a telecomunicação”.

⁵ Beviláqua, Clóvis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 1953, p. 382.

⁶ De fato, o art. 157 da Lei Geral de Telecomunicações assinala que “o espectro de radiofrequências é um recurso limitado, constituindo-se em bem público”, a ser administrado pela Agência Nacional de Telecomunicações.

⁷ Ver Hohfeld, Wesley N.. Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning: and other essays. New Haven: Yale University Press, 1919. Hohfeld exemplifica esse hiato entre terminologia jurídica e significado na palavra propriedade. Segundo o autor o termo propriedade às vezes é empregado para indicar o objeto físico com o qual se relacionam vários direitos; às vezes é utilizado para denotar o interesse jurídico que correspondem a tal objeto. Essa confusão gera um desacerto entre teoria e prática que acaba por prejudicar a melhor compreensão e aplicação dos institutos jurídicos ao caso concreto.

⁸ Cavalcanti, Themístocles Brandão. Tratado de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. p. 349.

⁹ Monteiro, Washington de Barros. Curso de Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 227.

sobre bens que não diferem muito dos particulares, mas que circunstancialmente são empregados numa atividade própria do Estado, como os bens de uso especial; (v) sobre bens que nem são públicos intrinsecamente nem são empregados em atividades de interesse geral, mas que ainda assim são objeto de domínio do Estado, como os bens dominicais.

Parte considerável da doutrina entende que o espectro radioelétrico é bem público pertencente à União, já que estaria afetado à prestação de serviços públicos de sua competência. De fato, a Constituição Federal dispõe em seu art. 21, incisos XI e XII, que compete à União explorar diretamente ou por meio de autorização, permissão ou concessão os serviços de telecomunicações e de radiodifusão sonora e de sons e imagens. Esses serviços fazem uso do espectro.

A União exerce todos os poderes inerentes à propriedade em face do espectro. Entre eles estão os direitos de uso (*jus utendi*), de gozo e fruição (*jus fruendi*), já que a União pode utilizar o espectro para fins próprios como os militares; o poder de dispor de coisa (*jus abutendi*), uma vez que pode ceder seu uso e fruição para terceiros em prol do interesse público, como no caso de expedição de autorização de serviços de telecomunicações que fazem uso do espectro; e o direito-poder de reivindicar o espectro das mãos de quem quer que o esteja utilizando indevidamente (*rei vindicatio*).

É evidente que o Estado não poderá exercer os poderes inerentes à propriedade como o fazem os particulares, já que deve agir dentro dos ditames jurídicos-administrativos. A função social da propriedade condiciona o uso da propriedade privada, mas é a própria razão da existência da propriedade pública¹⁰, que catapulta o interesse público a patamar superior ao interesse privado, em prol da coletividade.

À primeira vista, portanto, parece haver inconsistências em dizer que a União exerce um poder de propriedade em relação ao espectro. A propriedade é direito real e, como tal, é direito que se exerce de uma pessoa (no caso a União) direta e imediatamente sobre uma coisa. Mas essa coisa, para o direito real, deve ser um bem corpóreo e o espectro é eminentemente incorpóreo. Outra não é a lição de autores como Orlando Gomes¹¹, Maria Helena Diniz, Sílvio Venosa, etc. Como então dizer que se exerce um poder de propriedade sobre um bem incorpóreo? Qual o poder que a União exerce sobre o espectro radioelétrico? A resposta a essa pergunta é importante porque é dessa relação que deflui o modelo de regulação do espectro adotado pelo legislador infraconstitucional.

Alguns autores defendem que, se o espectro radioelétrico não for considerado bem público seria *res nullius*. E como *res nullius* estaria muito mais desprotegido e sujeito, portanto, à apropriação oportunista e privada do bem. Edmir Araújo, por exemplo, sustenta que negar ao Estado os direitos sobre a coisa como verdadeiro proprietário implica, outrossim, reduzir os

¹⁰ Grau, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: São Paulo: Malheiros, 2000.

¹¹ Monteiro, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: Direito das Coisas*. São Paulo: Saraiva. 2010, p. 20.

instrumentos de proteção e dos meios de defesa eficientes de defesa do patrimônio público¹². Mas, como vimos, há problemas em enquadrar o espectro como uma mera propriedade do Estado.

Parece, de fato, haver algumas inconsistências em simplesmente definir o espectro como um bem público e, como tal, enquadrá-lo como propriedade do Estado. Certamente o espectro poderia ser regulado pelo Poder Público, mas não necessitaria ser uma propriedade estatal para ser regulado. É isto o que ocorre com vários outros bens privados, que, não obstante privados, podem ser regulados e, em determinados momentos e circunstâncias, até utilizados pelo poder público¹³.

Ou seja, o espectro consiste num rol teórico de frequências que podem ou não ser utilizadas na prática. É uma potencialidade de uso. Mas sem o uso permanece uma mera potencialidade. Como ser proprietário de um bem que é mera potencialidade e não existe materialmente? É diferente de ser proprietário de um carro que pode potencialmente nos levar a outra cidade; nesse caso o carro existe materialmente.

Alguns autores sugerem que seria possível traçar um paralelo com os potenciais de energia hidráulica, que são classificados pela própria Carta Maior como bens da União¹⁴. Argumenta-se, com razão, que esses potenciais de energia hidráulica, independentemente de sua utilização, e da materialização da potencialidade em energia de fato, pertencem ao Estado. Há alguma diferença entre os potenciais de energia hidráulica e o espectro de radiofrequências? Mais ainda, como essas diferenças influenciam os direitos relacionados ao espectro de radiofrequências?

Os bens da natureza que dão suporte aos potenciais de energia hidráulica existem como bens corpóreos: os rios, e demais cursos de água¹⁵. Os bens físicos que dão suporte aos “potenciais de emissão de radiofrequência” seriam os aparelhos que emitem radiofrequências, como celular ou o televisor.

No entanto, os bens que dão suporte aos potenciais de energia elétrica são sempre públicos. A propriedade que o Poder Público exerce sobre as quedas d'água, por exemplo, é distinta da do solo, que pode permanecer com o particular. No caso do espectro, o bem que dá suporte à radiofrequência é geralmente um equipamento industrial de propriedade privada, como uma antena, um aparelho celular. Como se vê, muitas são as distinções que se pode traçar entre os potenciais de energia hidráulica e o espectro de radiofrequências.

¹² Araújo, Edmir Netto de. Procedimentos Administrativos para Proteção do Patrimônio Público. Revista Aporia Jurídica, Ponta Grossa, v. 1, n. 1, p. 93-97, jul/dez. 2000.

¹³ A intervenção do Estado na propriedade privada é justificada em prol do interesse público. A própria Constituição Federal exemplifica a possibilidade dessa intervenção no inciso XXV do art. 5º, ao estabelecer que, no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano.

¹⁴ Para mais detalhes ver: Loureiro, Luiz Gustavo Kaercher. Constituição Energia e Setor Elétrico. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008.

¹⁵ Meirelles, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: RT, 1990, p. 461.

O art. 20, inciso I, da Constituição Federal dispõe que são bens da União os que atualmente lhe pertencem e os que lhe forem atribuídos por lei. A Lei 9.472/1997 dispôs que o espectro radioelétrico é bem escasso pertencente à União. Pertencer quer dizer ser da propriedade de alguém. Mas, de novo, como ter propriedade sobre um bem incorpóreo e apenas potencial? Quais as relações que decorrem dessa relação especial de propriedade? Qualquer trabalho mais amplo e sério deve procurar responder a essas perguntas. O presente estudo tem a intenção apenas de, sem esgotar a questão, jogar luz sobre alguns dos aspectos relevantes a esses problemas.

1.2 – Critérios para Delimitação dos Bens Públicos

Há, na doutrina, duas correntes majoritárias para a delimitação do objeto dos bens públicos. A teoria civilista, que toma por base a relação de propriedade e a de direito público que delimita os bens públicos em razão de sua funcionalidade.

Tendo em vista tal oposição entre o conceito civilista e o publicista, Floriano Peixoto Azevedo Marques entende que, no Direito brasileiro, não há a necessidade de se separar radicalmente esses dois regimes. Isso porque, na visão do autor, o sistema de jurisdição unia brasileiro torna prescindível saber se a relação entre a pessoa jurídica Estado e os bens públicos pertence ou não à esfera civil. Azevedo Marques argumenta que perquirir acerca da natureza do exercício da propriedade pelo Poder Público em relação àquela que é exercida pelo particular é tarefa que não subtrai nem reduz do regime público a que os bens públicos se submetem¹⁶. Com a devida vênia, permitimo-nos discordar parcialmente dessa visão do eminente jurista.

Tomemos, por exemplo, o caso do espectro radioelétrico, e o analisemos sob duas perspectivas. Numa primeira perspectiva, não sabemos ainda nem se a relação que a União tem com o espectro é uma relação de propriedade tradicional, por ser o espectro um bem incorpóreo. De outro lado, assumindo que exista essa relação de propriedade, temos que reconhecer que há sim consequências diversas pelo fato de se considerar que essa relação entre União e bem como assemelhada ou não à relação entre particular e sua propriedade.

Não é difícil vislumbrar a importância dessa distinção. Se o espectro radioelétrico for considerado uma propriedade da União nos moldes de uma propriedade particular, a União poderá aliená-lo, locá-lo, sublocá-lo, dá-lo em usufruto, etc. Nesses termos, a simples definição da função pública do bem não determina, por si só, toda a relação jurídica que a União tem com este bem. Até porque a função pública de determinada propriedade pública pode mudar rapidamente, a depender de governos, momentos adversos, conjunturas desfavoráveis. A destinação e função dos bens públicos muda constantemente.

¹⁶ Marques Neto, Floriano Azevedo. Bens Públicos, Função Social e Exploração Econômica: O Regime Jurídico das Utilidades Públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 103.

O próprio Azevedo Marques reconhece a contínua alteração dessa função dos bens públicos, seja pela transformação do papel do Estado contemporâneo, seja pelo surgimento de novas e crescentes demandas ou pela escassez superveniente de um bem¹⁷.

Basta ver o que aconteceu no próprio setor de telecomunicações, maior utilizador do espectro radiofrequências, na década de 90. Os serviços de telecomunicações, não atendendo às expectativas legítimas de expansão, qualidade e universalização, foram privatizados, o que fez com que a regulação do espectro de radiofrequências se aproximasse de um modelo mais liberal, que se aproximava, por sua vez, mais de uma relação de propriedade privada do que o modelo anterior.

É necessário que haja premissas mais firmes acerca da relação entre espectro e direito já que por trás dessas premissas há regras que são estatuídas pelo enquadramento da relação de propriedade, ou qualquer que ela seja, da União em relação ao bem a ela pertencente.

De qualquer forma, mesmo diante das imensas dificuldades encontradas no enquadramento do espectro de radiofrequências como bem público clássico, e a fim de avançarmos neste trabalho, podemos deixar firmado que, mais recentemente, na lição de Miguel Reale, podem se considerar superadas todas as teorias unilaterais que tentam caracterizar os bens públicos apenas pelo aspecto subjetivo ou tão somente à luz de dados objetivos. Para o referido jurista, ambos os critérios devem ser utilizados.

2. – OS DIREITOS E A GARANTIA DOS DIREITOS RELACIONADOS AO ESPECTRO DE RADIOFREQUÊNCIAS

2.1 – Direitos Gerados pelos Bens Públicos

O enquadramento do espectro radioelétrico nos modelos de propriedade ou bens públicos tradicionais encontra, conforme exposto supra, alguns problemas em razão das características diferenciadas desse bem. Essas imprecisões podem gerar incertezas na interpretação dos efeitos jurídicos concretos que decorrem da utilização e exploração do espectro, tanto pela União como por particulares em regime de concessão, autorização ou permissão. Questões jurídicas complexas não podem ser tratadas de maneira simplória, ao menos na análise das premissas e principais pontos envolvendo o problema¹⁸.

Pela peculiaridade que lhe é própria, os efeitos de se enquadrar o espectro radioelétrico como bem público não são necessariamente os mesmos que decorrem do enquadramento de bens públicos mais tradicionais. Diante disso, é oportuno indagarmos quais seriam os direitos gerados pela

¹⁷ Marques Neto, Floriano Azevedo. *Bens Públicos, Função Social e Exploração Econômica: O Regime Jurídico das Utilidades Públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 391.

¹⁸ Ferreira, Daniel Brantes. Wesley Newcomb Hohfeld e os Conceitos Fundamentais do Direito. In *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n. 31, p. 33 a 57 jul/dez 2007.

categorização do espectro radioelétrico como bem público. Para tentar responder a essa pergunta utilizaremos o esquema de conceitos fundamentais estabelecidos por Hohfeld, para tentar estabelecer as relações correlatas e opostas entre direitos e deveres envolvendo o uso do espectro. Já de início é preciso reconhecer que o termo direito é empregado de maneira indiscriminada e, portanto, não raramente, imprecisa.

Hohfeld identificou que o direito, em sentido amplo, pode ter quatro significados que expressam relações jurídicas e que, não obstante semelhantes, são relações jurídicas distintas entre si. Da mesma forma, para Hohfeld, a noção de dever correspondente a um direito em sentido amplo é imprecisa e deve ser aprofundada e aperfeiçoada.

Para adentrar essa tarefa, é necessário lembrarmos que, como bem público, o espectro radioelétrico é utilizado diretamente pelo poder Público ou seu uso é cedido aos particulares por meio de atos de concessão, autorização ou permissão¹⁹. A administração do espectro cabe à Anatel, a quem cabe administrar com eficiência o uso do espectro, definindo também as destinações das faixas para cada serviço em particular. O prazo para o uso da radiofrequência é sempre limitado no tempo, mesmo que o serviço ao qual esteja atrelado não o seja, e cada estação transmissora de radiofrequência deve estar previamente licenciada para começar a operar²⁰.

O primeiro significado de direito é o direito em sentido estrito, que consiste em uma pretensão com respaldo legal²¹. Para essa pretensão existe um correlato dever de abster-se do ato considerado pela Lei como ilegal. Do enquadramento do espectro como bem público decorre o dever de as pessoas absterem-se do uso desse espectro sem a devida autorização legal. A utilização ilegal do espectro faz surgir uma pretensão com respaldo legal a que o Estado impeça na justiça o uso desse recurso. Nesse caso, os titulares do direito violado, o Estado ou coletividade, como veremos mais à frente, podem exigir do poder jurisdicional uma providência no sentido de fazer valer suas pretensões.

Veremos mais à frente que essa pretensão pode e deve ser estendida a todo cidadão.

O segundo significado que, de acordo com Hohfeld, se pode extrair da noção de direito é o de privilégio, ao qual corresponde ao não dever ou à ausência de dever. O privilégio é uma liberdade legalmente garantida. É o clássico exemplo do proprietário que tem a liberdade/privilégio de entrar em suas terras sem dar satisfação a ninguém. Aplicando a noção de privilégio ao âmbito do espectro radioelétrico podemos dizer que: (i) a administração pública tem o privilégio de utilizar diretamente o espectro, se o fizer dentro dos

¹⁹ Para serviços de radiodifusão a radiofrequência é concedida pelo Ministério das Comunicações, enquanto que, para as prestadoras dos serviços de telecomunicações, é outorgada autorização de uso de radiofrequência sempre associada a uma serviço específico de telecomunicações, conforme dispõe o art. 163 da Lei Geral de Telecomunicações.

²⁰ Vide arts. 158, 160 e 161 da Lei Geral de Telecomunicações, Lei 9.472/1997.

²¹ *Ibidem*, p. 39.

princípios do uso eficiente; e (ii) a Administração tem o privilégio de escolher o uso que quer dar ao espectro, destinando as faixas para os serviços da forma que melhor lhe aprouver, tendo em vista sempre o interesse público.

A limitação ao privilégio, consubstanciada na obrigação de que o uso deve ser eficiente, presente na LGT, decorre tanto do princípio da supremacia do interesse público, ao qual a administração está vinculada, como do princípio da legalidade administrativa, que preceitua que a atuação do Poder Público, ao contrário da do particular, está pautada pelas disposições legais²². Em outras palavras as fontes dos poderes do Estado estão no texto Constitucional²³.

Em terceiro, Hohfeld argumenta que o direito em sentido amplo pode se manifestar como poder, cujo correlato seria a sujeição e esse poder. Na visão hohfeldiana, o poder tem origem nos fatos ou grupos de fatos que estão sob o controle da vontade da pessoa. Juridicamente, pode-se dizer que poder é ter competência para fazer algo. O fato de o espectro radioelétrico ser um bem público dá ao Estado o poder, ou competência, de regulá-lo. Essa regulação dá-se por meio dos institutos de atribuição, distribuição, destinação e consignação das faixas de radiofrequências²⁴. É uma espécie de poder que pode ser exercido imediatamente, tendo o administrado de se sujeitar a ele. Com os poderes jurídicos, a União, proprietária do espectro, poderia também, em tese, aliená-lo, revendê-lo, e assim por diante.

Nesse ponto, importa ressaltar que se argumenta que a União não teria o poder de alienar ou permitir a revenda do espectro radioelétrico, pois este se trata de bem escasso na natureza. No entanto, tal raciocínio não nos parece exato. As terras devolutas, consideradas como bens dominicais, não obstante serem também um bem materialmente escasso, são normalmente vendidas pelo poder público, atendidas as condições legais. Parte do espectro de radiofrequências, especialmente se estiver ocioso, pode não ter esse caráter de inalienabilidade próprio dos bens de uso comum do povo e dos bens de uso especial que estão afetos e uma determinada finalidade ou uso públicos²⁵.

²² Carvalho Filho, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 23ª ed. 2010, p. 36.

²³ Lima, Ruy Cime. Princípios de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 7ª ed., 2007, p. 340.

²⁴ Essas competências ou poderes estão definidas nos incisos VII, XII, XV e XVI do art. 4º da Resolução n.º 259/2001 da Anatel: VII. atribuição (de uma faixa de radiofrequências): inscrição de uma dada faixa de radiofrequências na tabela de atribuição de faixas de radiofrequências, com o propósito de usá-la, sob condições específicas, por um ou mais serviços de radiocomunicação terrestre ou espacial convencionados pela UIT, ou por serviços de radioastronomia; XII. consignação (de uma radiofrequência, faixa ou canal de radiofrequências): procedimento administrativo da Agência que vincula o uso de uma radiofrequência, faixa ou canal de radiofrequências, sob condições específicas, a uma estação de radiocomunicações; XV. destinação: inscrição de um ou mais sistemas ou serviços de telecomunicações – segundo classificação da Agência – no plano de destinação de faixas de radiofrequências editado pela Agência, que vincula a exploração desses serviços à utilização de determinadas faixas de radiofrequências, sem contrariar a atribuição estabelecida; XVI. distribuição: inscrição de uma radiofrequência, faixa ou canal de radiofrequências para uma determinada área geográfica em um plano de distribuição editado pela Agência, sem contrariar a atribuição e a destinação estabelecidas;

²⁵ Rizzardo, Arnaldo. Direito das Coisas. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 248.

O quarto e último significado de direito em sentido amplo é o de imunidade, conceito correlato ao de incompetência. É a ideia da ausência de sujeição. Quem desfruta de imunidade escapa de sujeitar-se ao poder ou competência de outrem. No caso do espectro de radiofrequências podemos assinalar que estão imunes à interferência do poder público aqueles que utilizam o espectro para a emissão de radiações restritas²⁶ e os militares, que podem usar como quiserem o espectro, desde que o façam dentro das faixas destinadas ao uso exclusivamente militar.

Ademais, uma vez autorizado o uso da radiofrequência, as pessoas autorizadas deveriam ter direito à imunidade contra interferências do poder público sobre essa faixa do espectro, enquanto durar o prazo dessas autorizações. Nesses casos o Poder Público não deveria poder, sem uma justificativa grave e urgente, criar novas imposições ou restrições ou redestinar o uso dessas faixas. O exercício do poder pelos entes públicos, nesses casos em que se deveria garantir certa imunidade aos usuários de determinada faixa do espectro, gera uma grande insegurança jurídica, desestimula novos investimentos e torna instável a própria qualidade da prestação dos serviços de telecomunicações.

Como bem explica Daniel Ferreira, Hohfeld trouxe para o direito moderno a noção de que o conceito de liberdade deve ser limitado pela eventual existência da falta de segurança que ela pode provocar em outras pessoas ou no conjunto das relações jurídicas, e não apenas pelo eventual dano sem ilegalidade (*danum absque injuria*).

Essa ideia aplica-se com surpreendente exatidão ao estudo da regulação do espectro radioelétrico. Se fosse adotado o sistema de que a liberdade pode ser exercida até que surja algum dano a terceiros, qualquer pessoa poderia utilizar o espectro radioelétrico até que o poder público detectasse que estava havendo alguma interferência prejudicial²⁷. Ao estabelecer que os limites da liberdade de uso do espectro estão embasados na falta de segurança que essa liberdade pode ensejar adota-se a visão compartilhada por Hohfeld. De fato, até em razão da dificuldade técnica em se detectar o *eventus damni*, a legislação pátria não permite, *a priori*, o uso do espectro sem autorização²⁸.

Essa análise de Hohfeld ajuda a esclarecer as diferentes espécies de direitos e deveres que recaem sobre a regulação do espectro radioelétrico e do enquadramento desse bem como um bem público.

²⁶ Vale observar que o uso de radiação restrita, como em controles de carros, e portões de garagem, por exemplo, está autorizada, já que não, nesses casos riscos de causar prejuízo a alguém é mínimo. Por razões de segurança nacional, também independe de outorga o uso de radiofrequência nas faixas de uso exclusivamente militares, de acordo com os incisos I e II do § 2º do art. 163 da LGT.

²⁷ O art. 159, parágrafo único, da LGT, considera prejudicial a interferência que “qualquer emissão, irradiação ou indução que obstrua, degrade seriamente ou interrompa repetidamente a telecomunicação.”

²⁸ Vale observar que o uso de radiação restrita, como em controles de carros, e portões de garagem, por exemplo, está autorizada, já que não, nesses casos riscos de causar prejuízo a alguém é mínimo. Por razões de segurança nacional, também independe de outorga o uso de radiofrequência nas faixas de uso exclusivamente militares, de acordo com os incisos I e II do § 2º do art. 163 da LGT.

2.2 – O Espectro e os Direitos Fundamentais

Este item procura verificar se existe alguma relação entre bens públicos e direitos fundamentais e, mais especificamente entre o espectro e os direitos fundamentais.

A razão de ser dos bens públicos é, pelo critério funcionalista, a medida de utilidade que esse bem produz para a coletividade. Há uma relação estreita entre o que deseja o interesse público e o enquadramento como bem público de determinado bem²⁹. A afetação do espectro radioelétrico à prestação de serviços de telecomunicações sem dúvida caracterizam tais serviços como de interesse público.

O espectro, considerado em si mesmo, é um meio que existe potencialmente na natureza, e que serve para o transporte de sinais eletromagnéticos que contenham, entre outras coisas, conteúdos audiovisuais e informação em geral. Há uma sociedade em gestação, chamada de Sociedade da Informação, em que os meios de comunicação, muitos deles fazendo uso do espectro, serão fundamentais na disseminação e incremento de atividades ligadas à educação, cultura e ao acesso à informação³⁰.

Ora, nossa Carta Magna estabelece como direitos fundamentais, a educação, que é direito fundamental de natureza social, e o direito fundamental de acesso à informação. Num futuro próximo, os meios de comunicação eletrônica tendem a se tornar a maior fonte de informações acadêmicas, artísticas, culturais, etc³¹. Já hoje, por exemplo, o Google Books tem 130 milhões de volumes enquanto a biblioteca do Congresso Americano possui “somente” 32 milhões de volumes. Nessa toada, fundamental é a liberdade de poder informar e de ser informado e do direito às mais variadas fontes de conteúdo³².

Numa sociedade da Informação, o poder converge para quem controla a informação³³. A liberdade equitativa de oportunidades, de que nos fala Rawls³⁴, pressupõe uma uniformidade maior de base intelectual para seu exercício. Para Marcos Alberto Bitelli³⁵ o direito à comunicação social é o direito de difundir, sob algumas reservas, o exercício das prerrogativas fundamentais do inciso IX, art. 5º, da Constituição Federal³⁶. Esse direito de comunicação social seria

²⁹ Gasparini, Diogenes. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 682.

³⁰ Do Valle, Regina Ribeiro. *Direito Cibernético é uma Realidade? in: O direito na sociedade da Informação* (coord. Regina Ribeiro do Valle). São Paulo: Usina do Livro, 2005, p. 17.

³¹ Lewis, Michel. *The New New Thing, a Silicon Valley Story*. New York: W.W. Norton & Company, 2000, p. 61.

³² Ferreira, Aluizio. *Direito à Informação e Direito à Comunicação*. São Paulo: Celso Bastos, 1997, p. 24.

³³ Dantas, Marcos. *A lógica do Capital – Informação*. Rio de Janeiro: Contraponto, p. 137-145.

³⁴ Rawls, John. *Jusdiça Como Equidade: Uma Reformulação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 56.

³⁵ Bitelli, Marcos Alberto Sant’Anna. *O Direito da Comunicação e da Comunicação Social*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 190.

³⁶ Art. 5º, IX – É livre a expressão da atividade intelectual, artística científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.

resultado da liberdade de manifestação do pensamento que consta do inciso IV desse mesmo art. 5º de nossa Carta Magna. E o espectro radioelétrico é o bem público mais eficiente para concretizar esses direitos num país de dimensões continentais como o Brasil. Alguns países, como a Finlândia, já enquadraram o acesso à Internet em banda larga como um direito fundamental³⁷. O Conselho Constitucional Francês também elevou o direito de acesso à Internet ao nível de direito fundamental³⁸.

Com base no direito de acesso à informação, é possível transformar o acesso à Internet por meio de banda larga móvel, por exemplo, em um direito fundamental. Mas por que isso seria viável juridicamente? Os direitos e garantias fundamentais são, na lição de Paulo Gonet Branco, pretensões que, em cada momento histórico se “descobrem a partir do valor da dignidade humana”³⁹. E essa percepção deve ser fundada nos valores universais, como a liberdade, a vida, a igualdade e a dignidade. E o que mais digno e gerador de expectativas jurídicas iguais do que proporcionar a todos o direito de acesso à informação?

No plano inverso, poder-se-ia arguir que haveria outras regras constitucionais que seriam violadas caso se considerasse o acesso à informação por meio da Internet um direito fundamental. Mas, utilizando-nos do parâmetro preferencial na ponderação constitucional, que reza que, diante de um conflito, os direitos fundamentais previstos pela Constituição devem preponderar sobre as demais normas constitucionais, Ana Paula de Barcellos aduz que, não obstante o princípio da unidade da constituição, algumas disposições constitucionais, no caso as referentes a direitos fundamentais, detêm uma superioridade axiológica frente às demais normas insculpidas no texto constitucional⁴⁰.

A reforçar esse entendimento, mesmo normas formalmente constitucionais, se de conteúdo privado, devem se submeter ao império das disposições referentes a direitos fundamentais constantes do texto constitucionais. É a lógica exarada por Claus-Wilhelm Canaris, para quem não vale nem o argumento de que determinadas normas ou princípios constitucionais relativos a direitos fundamentais teriam eficácia apenas mediata, permitindo que o legislador infraconstitucional dispusesse em sentido restritivo acerca de pontos específicos no que tange a esses princípios ou normas de direitos fundamentais⁴¹.

Mais ainda, o direito fundamental à função social da propriedade, válido em relação às redes de telecomunicações, aplica-se também ao espectro

³⁷ Ver em: <http://www.dailywireless.org/2011/04/06/broadband-constitutional-right/> . Acesso em 14.7.2011

³⁸ Ver em: <http://www.dailywireless.org/2011/04/06/broadband-constitutional-right/> . Acesso em 14.7.2011.

³⁹ Coelho, Inocêncio Mártires; et al. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 313.

⁴⁰ Barcellos, Ana Paula. Alguns Parâmetros Normativos para Ponderação Constitucional. In A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos e Relações Privadas. (org. Luís Roberto Barroso). Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 109.

⁴¹ Canaris. Claus- Wilhelm. Direitos Fundamentais e Direito Privado. Coimbra: Almedina, 2003, p. 27-28.

radioelétrico, já que este bem não deixa de se constituir em uma grande rede de telecomunicações invisível. Parece-nos, portanto, que uma das razões que justificaram no passado e de certa forma ainda hoje justificam a retenção do espectro radioelétrico nas mãos do Estado são não apenas as razões de motivos técnicos ou econômicos, que envolvem conceitos de escassez, bens-rivais, interferências prejudiciais, etc, mas também motivos jurídicos de não somenos importância.

O enquadramento do espectro radioelétrico como bem público tem, nos dias atuais, causas ou justificativas que transcendem o simples gerenciamento de conflitos de interesses de particulares em torno desse bem. Tem, na verdade, o objetivo de garantir à sociedade a disponibilidade de acesso a meios de comunicação e informação que são essenciais para o desenvolvimento econômico, tecnológico e social do País⁴².

Nesse sentido, podemos defender, sem muita hesitação, que o espectro radioelétrico deve atender ao preceito fundamental de função social da propriedade. O acesso ao espectro é *conditio sine qua non*, é a garantia fundamental maior para a materialização da expectativa do direito fundamental à educação e ao acesso à informação. Nessa toada, o espectro, como propriedade da União, deve ser utilizado para o incremento da disponibilização do acesso da população aos meios de informação e às ferramentas de digitais de educação.

2.3 – Instrumentos de garantia no uso adequado do Espectro Radioelétrico

Procuramos arrazoar, no item anterior, que o espectro de radiofrequências é fator instrumental para a concretização do direito fundamental de acesso à informação e à educação na sociedade atual. Mas quais as garantias jurídicas à disposição dos que pretendem ter acesso a esse recurso escasso? Como assegurar que esse bem público seja de fato utilizado em prol da coletividade e do interesse público? Que seja gerido e regulado de forma eficiente?

Na sua acepção clássica, os direitos fundamentais são tidos como meros direitos de defesa, que visavam impedir ou a prática de ato positivo ou intervencionista do Estado ou garantir que o particular não fosse impedido de exercer determinado direito. Eram direitos que pressupunham uma atuação negativa do Estado, nos moldes do status negativo de que nos fala Jellinek⁴³.

No entanto, a pretensão do cidadão não se resume apenas na expectativa de comportamento negativo por parte do Estado. Essa pretensão pode se constituir em uma pretensão de abstenção, revogação ou anulação dos atos do poder público em face de alguma irregularidade por este cometida, devendo levar em conta, ainda, o dever de o Estado levar em consideração a situação

⁴² Barbosa Filho, André; Castro, Cossette. Convergência Digital Analisada sob o prisma da Nova Ordem Tecnológica. In e-Desenvolvimento no Brasil e no Mundo (org. Peter Knight). São Caetano do Sul: Yendis, 2007, p. 346.

⁴³ Coelho, Inocêncio Mártires; et al. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 332.

específica do eventual afetado ou mesmo o dever de agir do Estado em casos extremos, contra terceiros⁴⁴.

Cada um desses tipos de defesa, que correspondem a direitos distintos, como mostra Hohfeld, também podem ser legitimamente utilizados no caso das relações jurídicas que envolvem o espectro radioelétrico. As manifestações do direito em sentido amplo, em suas vertentes de direito, privilégio, poder e imunidade podem e devem servir de amparo à legitimação no uso de instrumentos de garantia e proteção jurídicas referentes ao espectro radioelétrico. Ou seja, os direitos atinentes ao uso e regulação do espectro radioelétrico devem ser defendidos em seu amplo rol de possibilidades no mundo fático-jurídico.

Ademais, os direitos fundamentais não servem somente para proteger indivíduos mas também para proteger institutos ou instituições jurídicas importantes para a manutenção de uma ordem livre e democrática. Isso porque, como explica Gilmar Mendes, “a garantia de liberdade do indivíduo que os direitos fundamentais pretendem assegurar somente é exitosa no contexto de uma sociedade livre”, e, de outra banda, “uma sociedade livre pressupõe a liberdade dos indivíduos e cidadãos, aptos a decidir sobre questões de seu interesse”⁴⁵. É nesse contexto que encarar os direitos fundamentais como mera garantia contra as ações interventivas do Estado ou de ações que de alguma forma restrinjam direitos e liberdades não é mais suficiente. Em outras palavras, os direitos fundamentais não mais podem constituir simples exigência de postura omissiva do Estado.

A visão mais detalhada das categorias de direito trazidas por Hohfeld demonstra, mais incisivamente, que é necessária uma ampliação do entendimento do que são e de como usar as garantias constitucionais como pretensões jurídicas mais amplas. No mesmo sentido, e parecendo antecipar-se a esse debate, Eduardo Espinola e Eduardo Espinola Filho, em sua monumental obra *Dos Direitos Subjetivos*, escreveram que é possível ao indivíduo, que tem um direito subjetivo, e que disputa um bem que está sendo utilizado ou que está na dependência de uma pessoa especialmente obrigada a fazer uma prestação, ou se omitir ou tolerar uma determinada situação, a coagir essa pessoa “ao cumprimento do dever, para isso tomando a iniciativa de reclamar aos órgãos de justiça pública que efetivem a realidade de força protetora”⁴⁶.

Trazendo essas considerações para o caso em estudo, e diante das consequências que decorrem do fato de o espectro radioelétrico ser enquadrado como bem público, e objeto material na concretização de direitos fundamentais, visualizamos como instrumentos de garantia apropriados para a consecução dos

⁴⁴ Mendes, Gilmar Ferreira. Os Direitos Constitucionais e seus Múltiplos significados na Ordem Constitucional. Revista Eletrônica de Direito de Estado. N.º 23 jul/ago/set de 2010.

⁴⁵ Mendes, Gilmar Ferreira. Os Direitos Constitucionais e seus Múltiplos significados na Ordem Constitucional. Revista Eletrônica de Direito de Estado. N.º 23 jul/ago/set de 2010, p. 2.

⁴⁶ Espinola, Eduardo; Filho, Eduardo Espinola. *Dos Direitos Subjetivos*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1941, p. 605

direitos resultantes do espectro, além da petição ordinária aos poderes públicos, a ação civil pública e a ação popular. A legitimidade ativa dessas ações deve ser de qualquer pessoa e não apenas dos envolvidos diretamente com uso do espectro, como as empresas o usuário ou consumidor do serviço, o órgão Regulador. Como bem público essencial na concretização de direitos fundamentais, o espectro radioelétrico deve poder ser objeto de ações e garantias ao alcance da coletividade.

Com isso, os direitos atinentes ao espectro devem poder ser defendidos não apenas por seu proprietário, que é o Estado, mas também por particulares em casos incidentais, quando a violação do direito que aí resultar seja compatível com essa pretensão.

Como bem público e ao mesmo tempo bem natural, o espectro pode ser considerado patrimônio público para fins de ação popular e ações civis públicas. Na definição de Floriano Marques Neto, patrimônio público corresponde aos “ativos patrimoniais das pessoas jurídicas de direito público”, o que sem dúvida, é válido para o espectro⁴⁷. Dessa forma, seria possível que, mesmo pessoas que não estejam diretamente envolvidas nas atividades relacionadas ao uso do espectro, possam ajuizar ações e demandar do Poder Público atitudes e comportamentos condizentes com os preceitos legais que regem o uso eficiente e democrático do espectro radioelétrico. É uma forma de democratizar a defesa do uso e da regulação mais apropriada desse bem público, desse patrimônio público, e conformá-lo cada vez mais ao interesse da população.

Dessa forma, enquanto na modalidade de direito, no sentido estrito usado por Hohfeld, podemos dizer que o Estado tem a pretensão de impedir o uso inadequado ou ilegal do espectro por particulares, mas também os particulares o podem fazê-lo. Na modalidade de direito como privilégio, o Estado tem o direito-liberdade de fazer uso, ou conceder o uso do espectro, nos termos e prescrições legais, cabendo a terceiros o dever de não cingir indevidamente essa discricionariedade do Estado. Por outro lado esse privilégio-liberdade do Estado pode ser contrabalançado por ações legítimas de qualquer cidadão, atuando no papel de fiscal do patrimônio público.

Na modalidade de direito como poder, tem-se a competência do Estado para regular e administrar os recursos do espectro radioelétrico e, ao mesmo tempo o direito de que essa competência seja exercida dentro dos parâmetros legais e em prol do interesse público. Por fim, na modalidade de direito como imunidade, tem-se o direito subjetivo de esperar que o Estado se abstenha de ingerir em matérias relacionadas ao espectro em que não tenha competência, seja direta ou indiretamente.

Em cada um desses casos, é cabível aos cidadãos, às empresas, ao Ministério Público, entre outros, assegurar a regulação e administração do espectro de radiofrequências por meio de ações garantidoras, pois às obrigações do Estado correspondem direitos dos administrados e vice-versa.

⁴⁷ Marques Neto, Floriano Azevedo. Bens Públicos, Função Social e Exploração Econômica: O Regime Jurídico das Utilidades Públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 57.

De fato, quando violados os vários direitos afetos ao uso do espectro, não cabe apenas aos cidadãos e aos particulares procurarem reparação das ilegalidades. A visão que identifica os direitos fundamentais como princípios objetivos da ordem democrática impele que o próprio Estado não apenas se obrigue a “observar os direitos de qualquer indivíduo em face das investidas do Poder Público”, mas que atue positivamente como um garantidor dos “direitos fundamentais contra agressão propiciada por terceiros”⁴⁸, como, por exemplo, no caso de estações piratas, que utilizam a radiofrequência ilicitamente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vimos primeiro que o fato de o espectro radioelétrico ser considerado um bem público não induz à conclusão automática de que este bem terá tratamento jurídico semelhante a outros bens públicos. A peculiaridade do espectro, como sua imaterialidade e sua caracterização como uma potencialidade de uso tornam árduas as tentativas de classificá-lo como um bem público tradicional. Dessa dificuldade decorre que alguns atributos inerentes aos bens públicos, como por instância a inalienabilidade, podem ser mitigados em determinadas circunstâncias, em prol do interesse e da busca da máxima efetividade dos direitos fundamentais.

Depois, discorremos acerca dos critérios que delimitam os bens públicos e os aplicamos para o âmbito do espectro radioelétrico. Não obstante parte considerável da doutrina pátria defenda que o sistema de jurisdição brasileiro torna prescindível saber se a relação entre a pessoa jurídica do Estado e os bens públicos pertence ou não à esfera civil, entendemos que há sim várias consequências no fato de se considerar que a relação entre a União e o bem de sua propriedade é mais ou menos assemelhada à relação entre o particular e sua propriedade.

De fato, se o espectro for uma propriedade da União nos moldes de uma propriedade particular, a União poderia aliená-lo, locá-lo, sublocá-lo, dá-lo em usufruto – o que não é o caso. Além disso, argumentamos que a destinação e função dos bens públicos mudam constantemente, seja pela transformação do papel do Estado contemporâneo, seja pelo surgimento de novas e crescentes demandas ou pela escassez superveniente de um bem.

Em seguida, intentamos demonstrar de que forma o direito em sentido amplo, nos moldes definidos por Hohfeld, se desmembra no campo das relações jurídicas que envolvem o espectro radioelétrico. Do primeiro significado de direito, que é o direito em sentido estrito decorre o dever de as pessoas se absterem do uso desse espectro sem a devida autorização legal. Da noção de direito como privilégio, ao qual corresponde ao não dever ou à ausência de dever. Inferimos que a Administração Pública tem o privilégio de utilizar o

⁴⁸ Mendes, Gilmar Ferreira. Os Direitos Constitucionais e seus Múltiplos significados na Ordem Constitucional. Revista Eletrônica de Direito de Estado. N.º 23 jul/ago/set de 2010, p. 10.

espectro, se o fizer dentro dos princípios do uso eficiente, e que tem também o privilégio de escolher o uso que quer dar ao espectro, tendo em vista sempre o princípio da eficiência e o interesse público.

No sentido de poder ou competência, cujo correlato seria a sujeição e esse poder, mostramos que cabe ao Estado o papel de regular o espectro, o que se faz por meio dos institutos de atribuição, distribuição e destinação e consignação das faixas de radiofrequências. No sentido de imunidade, conceito correlato ao de incompetência, arguimos que estão imunes à interferência ou ao menos à interferência máxima, do poder público, aqueles que utilizam o espectro: (i) sob regime de concessão, autorização ou permissão, nos termos legais; (ii) para a emissão de radiações restritas; ou (iii) para fins militares, desde que as Forças Armadas o façam dentro das faixas destinadas ao uso exclusivamente militar.

No parte 2 contendemos que o acesso aos meios de comunicação e de informação, como a Internet, podem vir a ser em breve considerados como direitos fundamentais em si mesmos. Hoje constituem, definitivamente, meio necessário à materialização do acesso à informação digital. Mostramos que há um núcleo material no direito de acesso à informação na sociedade atual que o torna elementar da dignidade da pessoa humana e condição de concretização de expectativas iguais numa Sociedade da Informação. Diante disso, o uso ou acesso ao espectro, ainda mais num país de dimensões continentais como o Brasil, se torna em garantia fundamental da consecução desse direito de acesso.

Por fim, transportando essas conclusões para o caso em tela, e diante das consequências que decorrem do fato de o espectro radioelétrico poder ser enquadrado como bem público, e objeto material na concretização de direitos fundamentais, entendemos que são instrumentos válidos de garantia dos fins a que se voltam os direitos relacionados ao espectro, além da petição ordinária aos poderes públicos, a ação civil pública e a ação popular. Com tais instrumentos é possível tornar mais acessível a defesa do uso e da regulação mais apropriada desse bem público, parte de nosso patrimônio público, e conformá-lo mais eficazmente ao interesse da coletividade.

Concluimos, portanto, que os direitos atinentes ao espectro podem e devem ser defendidos não apenas por seu proprietário, que é o Estado, ou pelas empresas envolvidas na regulação e que exploram diretamente os recursos do espectro radioelétrico, mas também pelo cidadão comum, em casos incidentais, quando a violação do direito que daí resultar seja compatível com essa pretensão.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Procedimentos administrativos para proteção do patrimônio público**. Revista Aporia Jurídica, Ponta Grossa, v. 1, n. 1, p. 93-97, jul/dez. 2000.

- BARBOSA FILHO, André; Castro, Cossette. **Convergência digital analisada sob o prisma da nova ordem tecnológica**. In e-Desenvolvimento no Brasil e no Mundo (org. Peter Knight). São Caetano do Sul: Yendis, 2007.
- BARCELLOS, Ana Paula. **Alguns parâmetros normativos para ponderação constitucional**. In A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos e Relações Privadas. (org. Luís Roberto Barroso). Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1953.
- BITELLI, Marcos Alberto Sant'Anna. **O direito da comunicação e da comunicação social**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Coimbra: Almedina, 2003.
- CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Tratado de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos.
- CAVE, Martin et al. **Essentials of modern spectrum management**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.
- COELHO, Inocêncio Mártires; et al. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- DANTAS, Marcos. **A lógica do capital: informação**. Rio de Janeiro: Contraponto.
- ESPINOLA, Eduardo; Filho, Eduardo Espinola. **Dos direitos subjetivos**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1941.
- FERREIRA, Aluizio. **Direito à informação e direito à comunicação**. São Paulo: Celso Bastos, 1997.
- FERREIRA, Daniel Brantes. **Wesley Newcomb Hohfeld e os conceitos fundamentais do direito**. In Revista Direito, Estado e Sociedade, n. 31, p. 33 a 57 jul/dez 2007.
- GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2003.
- GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: São Paulo: Malheiros, 2000.
- HOHFELD, Wesley N.. **Some fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning: and other essays**. New Haven: Yale University Press, 1919.
- LEWIS, Michel. **The New New Thing, a Silicon Valley Story**. New York: W.W. Norton & Company, 2000.
- LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de direito administrativo**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. **Constituição energia e setor elétrico**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. **Bens públicos, função social e exploração econômica**: o regime jurídico das utilidades públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: RT, 1990.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Os direitos constitucionais e seus múltiplos significados na ordem constitucional**. Revista Eletrônica de Direito de Estado. N.º 23 jul/ago/set de 2010

MONTEIRO, Washington de Barros et al. **Direito das Coisas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Curso de direito civil: direito das coisas**. São Paulo: Saraiva, 2010.

NUECHTERLEIN, Jonathan; Weiser, Philip. **Digital crossroads**: american telecommunications in information age. Boston: MIT Press, 2005

RAWLS, John. **Justiça como equidade**: uma reformulação. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Coisas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

VALLE, Regina Ribeiro do. **Direito Cibernético é uma Realidade?** in: O direito na sociedade da Informação (coord. Regina Ribeiro do Valle). São Paulo: Usina do Livro, 2005.

Recebido em 24-08-2011

Avaliado em 20-11-2011-12

Aprovado para publicação em 05-12-2011