A afetação de bens ao serviço público. O caso das redes*
The affectation of goods to public service. The case of networks

*Gaspar Ariño Ortiz***

RESUMO

O presente trabalho aborda o princípio da afetação de bens ao serviço público, a partir do caso das redes. Discute as especificidades do uso de redes virtuais e sua regulação como bem público. O tema assume relevância para o direito público nacional, haja vista os inúmeros casos envolvendo o compartilhamento de bens reversíveis afetados por serviço público concedido ao setor privado e regulado por entidades independentes.

PALAVRAS-CHAVE

Serviço público — redes — princípio da afetação

ABSTRACT

The present work discusses the affectation principle of goods to public service from the case of networks. Discusses the specificities of the use of virtual networks and their regulation as a public good. The theme is relevant to the national public law given the numerous cases involving the sharing of reversible goods affected by public service to the private sector and regulated by independent entities.

---

* Tradução do castelhano por Ronald Polito.

** Catedrático de direito administrativo da Universidad Autónoma de Madrid.

KEY-WORDS

Public service — networks — affectation principle

1. Introdução: proposição do problema

Há dois modos de nos aproximarmos do direito como ordenador da vida em sociedade, duas perspectivas, dois enfoques diferentes. O direito pode ser visto como aquele *suum cuique tribuendi*, "esse dar a cada um o seu", em que o *suum* é visto a partir do indivíduo singular, a partir da pessoa individual como centro de interesses que o direito ampara. Mas também há outra visão da justiça que é a visão do coletivo, a necessária proteção e defesa da ordem e do bem da comunidade como conjunto. E a essa dupla visão do direito responde a famosa definição de Celso, que diz: "*ius est ars boni etaequi*", na qual, junto aos direitos e interesses dos cidadão (o *aequum*), se assinala o bem público ou bem comum (o *bonum*).

É *uma eterna afirmação a de que o bem da comunidade é primário e superior ao bem individual*. Mas é também uma afirmação de difícil concreção e de ainda mais difícil realização, porque está semeada de conflitos entre utilidade pública e utilidade privada. Esta luta entre interesses públicos e privados é a história e a trama do direito administrativo e, em geral, de todo o direito.

A afetação de bens ao serviço público é um exemplo altamente expressivo dessa luta, na qual se trata de determinar em que consiste e quais são os efeitos que produz, no marco jurídico de uma titularidade e de um regime jurídico de direito privado, a vinculação de alguns bens a um serviço público. De uma parte, está o título de intervenção administrativa, que é o serviço público; de outra, a existência de direitos reais e de crédito dos particulares e, fundamentalmente, o direito de propriedade.

Como é bem sabido, a concessão e a gestão de um serviço público carregam geralmente consigo (estradas de ferro, gás, telefone, transportes regulares por estrada, transportes marítimos etc.) a organização de uma empresa prestadora, integrada por um complexo organizativo de bens, meios e direitos. Muitos desses bens são claramente, por sua titularidade, bens privados, da empresa concessionária ou de terceiros. Pois bem, são abundantes os problemas que se apresentam em relação ao regime jurídico destes bens:

— Um primeiro aspecto é em que medida ficam alteradas as faculdades do *dominus* e em que medida este conserva sobre eles o *iusdisponendi*.

— Outras vezes os problemas surgem porque a afetação pública é produzida por quem não é seu dono, e o caso é frequente nos contratos de vendas a prazo com pacto de reserva de domínio, ou nos contratos de aluguel ou arrendamento de maquinarias; do mesmo modo são frequentes os subcontratos de estoques ou fornecimentos de materiais que são realizados por terceiros. Em todos estes casos, o problema se apresenta com a falta de pagamento pelo concessionário, que provocará uma situação de tensão entre os legítimos títulos privados (*inter partes*) e o título administrativo da afetação de tais bens, que em muitos casos fará inviável a execução daqueles.
— Resulta igualmente problemática a execução de créditos sobre tais bens, por privilegiados e executivos que sejam seus títulos.

2. O conceito de "afetação"

No direito administrativo franco-espanhol, o conceito de afetação ou destino de um bem sempre foi estudado como um elemento complementar, unido à titularidade, com a finalidade de configurar seu regime jurídico. A razão tem sido de que o direito patrimonial administrativo foi construído segundo as pautas do direito privado, apoiando-se, como este, para a construção do domínio público, sobre o conceito de *propriedade*. No direito privado, a propriedade e a autonomia da vontade serão os pilares básicos. Em contrapartida, a ideia de destino, de destinação das coisas a um fim, aparecerá só em algumas hipóteses como o usufruto a favor das viúvas ou o legado final, mas será sempre um elemento excepcional, marginal, obscurecido, em face do eixo do sistema que é a titularidade dos bens e o poder de vontade incondicionado que o titular possui sobre eles (artigo 348 do Código Civil: *"a propriedade é o direito de gozar e dispor uma coisa, sem mais limitações que as estabelecidas nas leis"*).

Historicamente, contudo, nem sempre havia sido assim: inicialmente, o poder dos príncipes sobre as "coisas públicas" não era um poder de "propriedade", mas um *poder de vigilância*, em garantia da *pax publica*. Em tudo o mais lhe era atribuído um "domínio eminente", que lhe legitimava para cobrar impostos ou rendas, mas reconhecendo o domínio útil a favor dos particulares. Otto Mayer explicou este processo de afirmação dos direitos de supremacia do príncipe sobre as coisas comuns, que foi se intensificando, até que com a formação do Estado moderno se afirmasse a propriedade des-

tas a favor do Estado. Entre nós, Fernández de Velasco ressaltou a tradução anterior ao Código Civil, que definia o domínio público por seu destino, não por sua titularidade.[1]

Entretanto, o Código Civil, não sem incorrer em certa contradição, adotará como critério inicial de distinção dos bens e "das pessoas a que pertencem" (item, do Capítulo III, Título 1º, livro 2º). Este critério será o critério central e único do projeto de 1851. É certo que sobre ele se superpõe depois a ideia de destino ou afetação, tal como aparece nos artigos 338 e 339 do Código Civil, que definem o domínio público como aquele que está *destinado* ao uso público ou a algum serviço público (e isto é o que dará lugar à contradição entre o item do capítulo e o conteúdo). Mas no conjunto do sistema este critério é só uma matização do anterior: o requisito da propriedade do Estado continua *conditio sinequa non* para a qualificação das coisas como públicas.[2] Não há domínio público em mão privada.

---

[1] "No Direito romano — escreve — a diferenciação não é subjetiva, mas objetiva, de destino ou fim: *quoe publico usudestinata sunt...*, e o mesmo se observa na legislação que se achava vigente ao tempo de publicação do Código. Na primeira edição de Alcubilla, anterior ao Código Civil, o conceito era acolhido com estes termos: *bens públicos da nação*; na sexta edição (1914), depois já se diz: *bens do Estado ou da nação*. E, contudo, em Colmeiro o elemento essencial de configuração destes bens é seu destino: pertencem ao domínio eminente, são derivados do direito de soberania e compreendem todas as coisas que não são propriedade dos indivíduos nem das corporações. A administração dita regras sobre seu aproveitamento para que nenhum interesse individual prejudique o uso público a que a Lei os destina; e ainda mais: "aplicando uma coisa qualquer a um serviço público, entra só por isto no domínio público". Resumindo — conclui Fernández de Velasco, "seu destino ou fim caracteriza estes bens, e em razão do mesmo são atribuídos ao Estado, e, portanto, a classificação do Código, sobre inexata, não se acha na tradição do Direito espanhol. De onde procede? Do Direito francês. Incorporado o sistema ao projeto que a Comissão remeteu ao Governo em 8 de maio de 1851, e sendo este o modelo do vigente, de acordo com o ordenado na base primeira da Lei de 11 de maio de 1888, o plano foi o do Código de Napoleão". "Tudo provém — diz mais adiante — do Direito francês, no qual havia se perdido quase por completo a teoria romana das coisas públicas, se confundem ora com o patrimônio do rei, ora com o patrimônio da Coroa, o qual, com a revolução, se converte em domínio nacional"; tudo isso segundo FERNÁNDEZ DE VELASCO, R. Sobre laincorporación ao Código Civil español de lanoción de dominio público. *Revista Fac.Derecho de Madrid*, p. 113 e ss., 1942.

[2] Fernández de Velasco indicou também certeiramente este equívoco que se produziu na incorporação ao Código Civil da noção de domínio público (estudo citado na nota anterior, p. 113 e ss.). Com efeito, o domínio público é concebido como uma *propriedade especial que pertence ao Estado* (seja ou não de modo privativo). À vista dos artigos 339 e 340 — dizia dom Recaredo—, pode se concluir que: a) todos os bens de domínio público pertencem ao Estado, sejam ou não privativos; b) o Estado também tem bens de propriedade privada. É certo que "o sujeito a quem são atribuídas não é suficiente nem é necessário sequer para qualificar os bens, contra o que tínhamos anunciado; afirmação esta que corrobora o artigo 341, em que se nos ensina que, subsistindo o sujeito (Estado) e permanecendo a coisa, se esta deixa de estar destinada ao uso geral ou às necessidades da defesa do território, passa do domínio público aos bens de propriedade do Estado. Em qualquer caso é patente que o domínio público foi sempre concebido entre nós como uma "propriedade": como um "pertencimento" (Manresa), como uma "propriedade

Assim, é acertada em direito público essa proposição do direito patrimonial? Não é este o momento para abordar este tema em seu conjunto, mas sim se pode lembrar que talvez em direito público seja mais importante a "função", isto é, a ideia do destino e do fim das coisas, do que sua titularidade formal; e isso por uma razão simples, vinculada ao próprio sentido do direito administrativo como direito para a ordenação dos interesses coletivos: a referência ao sujeito "Estado" das coisas não é tanto "patrimonial", mas de "potestade" sobre elas. Villar Palasí ressaltou a armadilha conceitual em que o domínio público se moveu durante muitos anos: "A ideia do *demanio*— escreveu — vem sendo enfocada a partir desta coisidade, sem parar para pensar, absurdamente, que é só uma técnica funcional e não uma coisa". "O domínio público antes nasceu e sobrevive hoje — acrescenta — com um sentido plenamente funcional: construir um título de intervenção administrativa plena". É que, com efeito, a administração não pretende hoje acumular *propriedades* segundo o velho sentido regaliano, mas antes conquistar ou conseguir *potestades*.[3]

A partir deste enfoque não há nenhuma dificuldade para afirmar, ao mesmo tempo, a titularidade privada de uma coisa e o caráter público desta, não há nenhum obstáculo para a *titularidade privada de coisas públicas*. Com isso não se afirma a possibilidade de domínio público em mãos privadas, mas se afirma a existência de outro modo de *publicatio* das coisas, que se produz não pelo dado de sua titularidade, mas pelo dado de sua *funcionalidade* ou, se se preferir, pelo fato de sua afetação ao serviço público. *Afetação* que funcionaria não como título de propriedade, mas como título de potestade sobre elas.[4] Esta concepção é mais coerente com o atual sistema de fins e atividades do

---

nacional que pertence ao Estado", como "representante jurídico da sociedade". Fernández de Velasco já reagiu contra essa concepção, indicando com Manresa a "função de polícia social e administrativa, seja de seguridade, seja de serviço geral; mas a generalidade dos comentadores do Código identificará domínio público com propriedade, como "instituição que tanto vive na ordem pública como na ordem privada", pelo que "a esta categoria se circunscreve o conceito do domínio" (público), concluindo que "o Código quis dizer pública o que designa com o nome de domínio público". (Ver testemunhos em Fernández de Velasco, Sobre laincorporación..., op. cit., p. 117 e ss.). Assim se deduz também da exposição de motivos com que a Comissão justificava a reforma nos seguintes termos: "pareceu oportuno à Seção definir estes bens, tendo em conta bem mais seu destino que sua denominação ou suas analogias, indicando depois tão só como exemplos os que antes apareciam como reguladores exclusivos da classificação. O Estado possui bens destinados ao uso comum e bens que, sem ser de uso comum, estão destinados a algum serviço público. Uns e outros são bens de domínio público e se distinguem dos patrimoniais em que, ainda que estes pertençam também ao Estado, carecem daquelas circunstâncias. Igual distinção se observa nos bens dos povoados e províncias, sem mais diferença que a de sua propriedade às províncias ou aos povoados"; cit. por Fernández Velasco, Sobre laincorporación..., op. cit., p. 124.

[3] VILLAR PALASÍ, J.L. *Derecho...*, p. 32.

[4] No fundo, esta primazia de "funcionalidade" sobre "titularidade" se inscreve em um processo geral que é comum também ao direito privado. Como consequência de uma série de fatores

Estado, que o leva a utilizar em grande medida *bens alheios* para a realização de tarefas que tem *assumido como próprias*.[5] Bens que estarão submetidos a um regime jurídico misto, no qual se entrecruzam títulos públicos (a vinculação ao serviço, que está submetida ao direito público) e privados (o regime jurídico geral do bem, no qual não interfira tal situação).

Esta é a concepção imperante na doutrina alemã das "coisas públicas" (*öffentliche sache*) que tem sua origem na velha doutrina do Fisco. Como herança desta, no direito administrativo alemão a propriedade do Estado era matéria privada, submetida ao direito civil ou mercantil; e foi necessário apelar ao destino das coisas mesmas, mais que à sua titularidade, para afirmar a natureza pública de algumas delas. O raciocínio era o seguinte: por que não poderão se configurar como "coisas públicas" as coisas dos privados quando estejam destinadas a um fim de serviço ou utilidade pública, e, em contrapartida, sim, as do Estado, sendo que a relação de titularidade de umas e outro tem no fundo a mesma natureza: uma relação de propriedade submetida ao direito privado? É a presença viva e atuante da doutrina do Fisco, como titular (privado) de todas as relações patrimoniais do Estado, a que permite formular esta pergunta, que resulta em contrapartida incongruente em um país como França ou Espanha. Vai ser justamente esta peculiaridade do Direito público alemão, na raiz de sua construção das "coisas públicas", a que permitirá a elaboração de um conceito preciso de "afetação" (*Widmung*), que é a chave do sistema, e que vamos ver em seguida.

---

econômicos e sociais (concentrações de capital, tecnificação das empresas, complexidade crescente das relações econômicas etc.), em nossa atual sociedade o importante não é a titularidade formal dos bens, mas o poder de uso e disposição dos mesmos. Não é a estática do direito ou dos bens o que interessa, mas a dinâmica dos mesmos: o uso, a criação de valor; em definitivo, o poder que a gestão proporciona, que com frequência não está em mãos dos proprietários, mas dos "administradores". De outra parte, o fenômeno da socialização produziu uma série de "vinculações", de "afetações", de "determinações" do conteúdo dos direitos, que afastam este, e em especial o direito de propriedade, daquele "senhorio absoluto" (*iusutendiet abutendi*, artigo 544 do *Code*: "*La proprieté est ledroit de jouir et disponerdeschoses de lamanièrelaplusabsolue, pourvuqu'on n'enfassepasunusageprohibit par leslois ou par lesrèglements*") que era próprio do século passado. Em termos quase idênticos, o artigo 448 de nosso Código Civil: "A propriedade é o direito de gozar e dispor de uma coisa sem mais limitações que as estabelecidas nas leis". Este conceito é hoje algo superado com o amplo processo de limitações e condicionamentos que se produziu nos últimos anos. Ver, sobre o tema, DÍEZ-PICAZO. *Introducciónalderecho patrimonial civil*, p. 42 e ss.

[5] FORSTHOFF, op. cit., p. 479: A Administração algumas vezes utiliza bens alheios como substrato material de suas próprias atividades (edifícios, maquinaria etc.), mas o mais frequente é que utilize uma empresa como tal, isto é, como conjunto de meios reais e pessoais que põe a serviço de sua tarefa de assistência vital, atribuindo-lhes determinadas prestações (transportes, abastecimentos, fornecimentos de energia etc.).

3. A afetação na escala de intervenções administrativas sobre a propriedade. Seus efeitos sobre esta

Não posso me estender muito sobre este ponto. Resumindo o que poderia ser uma longa dissertação, direi só a solução a que cheguei, e esta é que na escala de intervenção administrativa sobre os bens e direitos privados que costuma ser estabelecida (determinação do conteúdo normal dos direitos, limitações, servidões, obrigações positivas de fazer, expropriação plena e inspeção), encontramos que a afetação se insere entre os deveres de *facere* ou *praestare*, é uma vinculação de conteúdo positivo que tem, além disso, natureza não só de obrigação, mas de *sujeição* (é o grau mais intenso de vinculação: *alguém* não *poder deixar de acatar a atuação alheia*, semelhante neste sentido à expropriação). E isso porque, como veremos adiante, a afetação não é só uma obrigação pessoal do dono ou um "fardo", mas uma autêntica *vinculação real* (da coisa).

A questão que tem de ser respondida é esta: em que consiste esse poder da administração sobre os bens afetados? E a resposta é: em tudo aquilo que seja necessário para garantir o destino da coisa ao fim a que está destinada. A afetação é a vinculação de alguns bens a uma finalidade: a obra ou o serviço que descansa sobre eles, que impõe a seu titular determinados comportamentos. Tal vinculação implica não só uma obrigação pessoal (de seu titular), mas uma vinculação geral que se dirige à própria coisa e que se mantém em face de qualquer titular civil, *erga omnes*: em face do credor hipotecário, do arrendador e, inclusive, em face de uma terçaria de domínio, no caso de afetações *a non domino*; à margem, portanto, de quem seja seu proprietário. A afetação é um direito real, que se dirige diretamente à coisa.

Este direito real está constituído em função de uma obrigação *de facere*, que impõe a seu responsável — o titular do serviço — a realização de uma determinada atividade, essencial e imprescindível para a coletividade. A natureza desse direito real é a dos tão debatidos *direitos reais in faciendo*, isto é, aqueles nos quais o sujeito passivo vem obrigado como proprietário ou possuidor de uma coisa à realização de uma prestação positiva. Qualificação esta que vem confirmar a antes exposta na escala dos graus de intervenção na propriedade, pois o fardo real que a afetação entranha não consiste só em um *no facere* nem em um *pati*, mas precisamente em um *facere*.

Este direito real tem, além do mais, um conteúdo específico e concreto, isto é, acha-se referido a uma concreta e determinada atuação singular, o que quer dizer que os bens se encontram "afetados" não à utilidade pública ou ao

serviço público em geral, mas a *tal* obra ou serviço em concreto, e, portanto, não podem ser separados dela sem autorização, nem sequer para aplicá-las a outras obras ou serviços públicos.[6] A afetação não é, em geral, ao "interesse público", mas a *tal tarefa* ou *realização*.

Afirmemos, portanto, que estamos diante de um direito real *in re aliena*, de conteúdo positivo, específico e concreto, que pode ser qualificado como *in faciendo*.

As consequências ou efeitos jurídicos desta situação de "afetação" são as seguintes:

1) A imobilidade dos bens em relação ao serviço.
2) A perda por seu proprietário do *ius disponendi*: proibição de cessões, alienações, arrendamentos etc.
3) A obrigação de conservação e manutenção em bom estado, sob as ordens da administração.
4) A ação de ofício para que a administração recupere a possessão perdida sobre eles, e isto ainda que sem a vontade de seu dono, e qualquer que seja o título pelo qual se separou (venda, arrendamento, execuções etc.).
5) Como consequência, a inembargabilidade de tais bens; é lógico que aqueles bens sobre os quais descansa um serviço público não podem ser embargados, pela simples razão de que a afetação é já em si mesma um *modo de embargo tácito* preventivo anterior, em garantia não de um crédito, mas de uma atividade. Um novo embargo de realização de valor é impossível porque *não é possível o reembargo de fins opostos*.
6) Finalmente, a administração ostentará sobre os bens afetados um poder de vigilância e controle, ordenando, quando for necessário, medidas para sua conservação e uso em condições, para sua reparação ou sua renovação.

4. O regime das redes no novo modelo de regulação de serviços públicos competitivos

Uma das chaves para o novo modelo de regulação para a competência nos serviços públicos consistiu, como é sabido, na desintegração dos setores e

[6] Em oposição, e, em meu juízo, sem razão, VILLAR Y ROMERO, J.M. Procedencia del interdicto de recobrar contra la Administración, caso de incautarse ésta de los médios auxiliares de una obra pública. *Rev. Der. Priv.*, p. 976.

da separação das atividades competitivas e não competitivas no seio de cada setor, situando as primeiras em regime de mercado (livre acesso, liberdade de investimento, liberdade de contratação e formação competitiva de preços) e mantendo as segundas em regime de regulação de serviço público. Nestas segundas se situam as infraestruturas de rede.

É sabido que a maioria dos serviços públicos está, de um modo ou outro, ligada a redes físicas ou infraestruturas sobre as quais aqueles descansam: redes elétricas, oleodutos e gasodutos, redes ferroviárias, estações e aeroportos, redes de telecomunicação (por cabo ou por ondas), redes de abastecimento de água, redes de rodovias etc.

Estas instalações reúnem ordinariamente as características de um monopólio natural, entendido por tal aquela situação em que uma só empresa pode produzir o *output* desejado a custo menor que qualquer combinação de duas ou mais empresas. E há que reconhecer aos prestadores de serviços finais em cada setor o direito de acesso às redes, que é o direito de acesso ao mercado, pois é naquele em que este se desenvolve. A efetividade deste acesso determinará a competência real na oferta de serviços. Por isso, a atribuição dos direitos de acesso e suas condições têm de ficar definidas com toda precisão na regulamentação. Podem ser deixados para a negociação bilateral alguns extremos (por exemplo, fixação do pedágio por pacto entre as partes), mas se o acordo não chega a se produzir, devem ser estabelecidas regras claras e uma decisão rápida e executiva que obrigue a todos.

Daí que um elemento-chave do novo modelo de regulação para a competência seja a aprovação do estatuto jurídico das redes, isto é, das condições para exercer o acesso em termos objetivos, não discriminatórios, com fixação de um cânon para seu uso e determinação exata das razões que puderam justificar uma denegação de acesso (lembre-se que um cânon excessivo é equivalente a uma denegação).

Esta suposição de *uso público de bens privados*, que estão regulados em garantia do melhor serviço ao público em regime de competência, encaixa perfeitamente na doutrina da afetação exposta na primeira parte deste texto. As infraestruturas serão propriedade, na maior parte dos casos, da antiga empresa monopólica titular do serviço (o operador estabelecido) e devem ser abertas ao uso dos novos operadores que vêm a oferecer serviços singularizados. Na estrada de ferro é comum o uso das estações e das vias; no transporte aéreo, dos aeroportos e dos serviços aeroportuários; na energia elétrica, das redes de alta e média tensão e das instalações do escritório central; nas telecomunicações, as redes de cabo e a rede telefônica comutada; no petróleo e gás, os oleodutos e ga-

sodutos etc. Para todas estas redes, os diferentes operadores oferecem serviços variados: distintas modalidades de transporte, diversos horários e qualidades, variados serviços de telecomunicação, distintas modalidades de fornecimento elétrico ou de gás (interrompível ou não interrompível etc.).

A "rede" é a chave do mercado, é a via física por meio da qual este se materializa, e por isso sua regulação deve reunir algumas características, como as seguintes:

1) Em primeiro lugar, tem de ter uma gestão autônoma, empresarial não burocrática; para isso deve permanecer à margem dos demais negócios. A não separação da rede tem prejudicado a competência (é o caso da eletricidade na França, na Alemanha ou no Chile, onde os grandes produtores são proprietários da transmissão: o mercado pode ser visto facilmente falseado). Pelo contrário, na Grã-Bretanha ou na Espanha, a rede tem sido segregada das empresas geradoras e posta em mãos de uma empresa independente, na qual aquelas não podem ter participação significativa.
2) Em segundo lugar, já dissemos que é preciso desenhar, no possível, um estatuto jurídico das redes que regule o acesso de terceiros. Esta regulação das redes foi aparecendo nos diferentes setores com diversas formas, segundo as características — não homogêneas — de cada um deles (a energia, o transporte e as telecomunicações oferecem diferenças).
3) Em terceiro lugar, tem de ser ressaltada a ruptura com o conceito tradicional de direito de propriedade. Na concepção tradicional do Código Civil, a propriedade se configura como o direito de uso, desfrute e disposição, exclusivamente. Pelo contrário, na nova regulação de serviços públicos em regime de competência, aparecem essas propriedades privadas de uso público, afetadas ao uso por terceiros interessados que têm direito de confiar nele.

Junto a estes princípios comumente aceitos, é preciso dizer que são requeridas algumas condições, como as seguintes, para que uma rede se mantenha e sirva adequadamente como marco ou lugar de encontro nos operadores de serviços:

a) se não são renovadas, podem ficar bloqueadas e tornar-se inseguras; requerem constante atualização e um investimento contínuo em manutenção, e isto exige garantir um fluxo suficiente de financiamento que chegue até elas;

b) as tarifas ou pedágios pelo uso da rede costumam ter dois componentes: um é a reserva de capacidade e outro o uso efetivo que dela se faça. Com a primeira se quer ter assegurada *ex ante* uma possibilidade de transporte (de quilowatts, de bits, de termais de gás ou de passageiros); com o segundo se paga pelo uso realizado. O primeiro destes elementos deve ser transmissível a preço regulado, de modo que não se trafique ou especule com ele;
c) toda rede tem de ter um dono que assuma sua gestão de um modo autônomo e independente dos serviços que por ela circulam. Seu titular pode ser público ou privado, embora seja preferível este último, salvo exceções vinculadas ao domínio público (por exemplo, redes ferroviárias, sistemas aeroportuários ou cursos de água em alta, cuja gestão pode ser privada, mas cuja titularidade será sempre pública porque se assentam sobre domínio público centenário);
d) as redes têm de ter sempre garantido o equilíbrio financeiro, que permita sua renovação e ofereça ao investidor privado um incentivo suficiente para prosseguir com elas. Aqui resulta aplicável o antigo conceito de "normal benefício industrial" (*reasonable rate ofreturn*). Do contrário, serão abandonadas por seus donos e o Estado se verá obrigado a se encarregar das mesmas em muito mal estado (exemplo histórico são as estradas de ferro ou as redes elétricas ou telefônicas enquanto estiveram em mãos de empresas públicas);
e) as redes — já o dissemos — geralmente constituem monopólios naturais (assim, as vias férreas, as redes elétricas de alta ou muito alta tensão, os oleodutos e gasodutos, as rodovias, os aeroportos e outras), mas algumas podem ser duplicadas e atuar, elas mesmas, em regime competitivo, como ocorre com as redes de telecomunicação fixas, móveis ou por satélite, ou também com as plantas de regasificação, que formam parte da rede básica de gás; em um e outro caso, os mesmos serviços podem ser prestados por meio delas e atuar com base no direito da competência;
f) por isso, nem todas as redes têm necessariamente de oferecer *idêntico* regime jurídico; haverá alguns princípios comuns de ordenação do acesso a elas (igual, não discriminatório, sem priorização de conteúdos) e de critérios de tarifação (nos termos já vistos), mas haverá também elementos diferenciais vinculados à tecnologia e à maior ou menor competência possível entre redes, que permitirá substituir a regulação *ex ante* por uma regulação *ex post*, com base no direito da competência; em alguns setores, como o de telecomunicações e o audiovisual, a separação total de redes e serviços é

completamente indesejável e seria uma má política porque levaria à planificação e manutenção públicas das redes, das quais se tem uma experiência histórica muito ruim.

g) Finalmente, digamos que as redes devem ter sempre uma gestão autônoma, independente, separada dos outros negócios e absolutamente transparente, com publicidade total de suas capacidades e seus preços, sem discriminação injustificada de alguns operadores sobre outros e motivando sempre suas decisões com base em critérios estabelecidos na Lei (capacidade disponível, *prior in tempore potior in iure* etc.). Em telecomunicações, as coisas se apresentam de um modo algo diferente, dando lugar nestes momentos ao grande debate da chamada "neutralidade da rede" (*net neutrality*), no qual se joga o funcionamento e o modelo de internet.

5. O debate da *net neutrality* no setor das telecomunicações

Duas palavras finais para dar conta deste grande debate, aberto ultimamente nos EUA e na Europa. As redes de telecomunicações, alâmbricas ou inalâmbricas, sempre tiveram uma estrutura aberta e descentralizada, segundo a qual tanto prestadores de serviços como usuários finais, uma vez obtida (e paga) a conexão, tiveram livre acesso a ela, sem intervenção, em seu funcionamento, de nenhum gestor do que circula por meio dela. Isto era algo que faz parte inclusive dos direitos fundamentais: *o segredo das telecomunicações*.

O único requisito que se exige de todos os usuários é que respeitem os protocolos estabelecidos (basicamente o protocolo IP) e suas normas técnicas de funcionamento. Uma vez isto assentado, a navegação se desenvolve em condições de igualdade, sem preferências nem discriminação de uns sobre os outros (*first in, first out*). Nem o titular da rede, nem o provedor de acesso à internet (que hoje coincidem com frequência) dirigem ou interferem na circulação dos "*bits*" e, cada vez mais, não cobram pelo uso, maior ou menor, que se faça da rede; cobram só pela conexão e pela capacidade contratada, em regime de taxa fixa. Criou-se, por isso, na rede certa *cultura de gratuidade* (o "tudo grátis": correio, música, *download* de filmes, chamadas de voz IP e qualquer outro acesso à informação que ofereçam os agregadores de conteúdo).[7]

[7] Mais ainda, foi introduzida no debate público a possível consideração do acesso à internet como direito fundamental dos cidadãos, proposição proposta — e aceita — no Parlamento Europeu, embora no momento sem consequências operativas.

Por outro lado e paralelamente, as redes estão experimentando uma invasão de conteúdos irrefreável, cada vez maior, com frequência de caráter audiovisual, que consome grande capacidade. E embora esta se incremente a cada ano pelos extraordinários avanços tecnológicos que permitem seu crescimento, é de se temer muito que, dado o ritmo de crescimento da navegação (cada ano em uma percentagem superior a 50%), podem chegar a ser bloqueadas, se não é mantido o ritmo de investimento suficiente.[8] Assim, o investimento na rede, que recai unicamente sobre os operadores, é feito em benefício de todos. Especialmente daqueles provedores de serviços e conteúdos que monopolizam uma grande parte de sua capacidade (vídeos *on-line*, jogos, comércio eletrônico, empresas de leilão, distribuição de sinais de televisão, serviços de informação e outros negócios montados sobre a rede como Google, Facebook ou YouTube). Todos estes grandes usuários da rede ou cobram por seus serviços, ou enchem suas páginas de publicidade, gerando receitas muito boas, das quais não participa o gestor da rede (que fez os investimentos).

Pois bem, o que se discute no debate da *net neutrality* é se as empresas de telecomunicação, proprietárias da rede e provedoras de acesso à internet, devem continuar tratando toda a navegação em regime de igualdade ou se, pelo contrário, podem — e devem — priorizar determinados serviços em função de seu conteúdo, origem ou destino, de modo que se dê preferência àqueles que oferecem maior importância social, maior interesse público ou simplesmente maior benefício para seus usuários. Por outro lado, se apresenta a possibilidade de cobrar pelo uso das redes àqueles agentes que superem determinados umbrais máximos, especialmente aqueles que têm montado seu negócio sobre a rede, que devem contribuir com seu financiamento, aliviando dela os particulares, usuários normais da mesma. É um fato evidente que há na rede diferentes tipos de navegação e de usuários, que requererão diversos tratamentos: banda larga diferente, qualidade e segurança diversa em sua transmissão e variados preços. Pois bem, tratar-se-ia de reservar para alguns suficiente capacidade, de modo que possam ver garantidas suas comunicações em preferência a outras. Em troca, os interessados pagariam um preço por estas vias rápidas e seguras de acesso aos destinatários finais.

---

[8] Em 2008, só o YouTube utilizava os mesmos recursos de banda larga que os que eram necessários em 2000 para toda a navegação da internet. Tomo este dado de LAGUNA DE PAZ, J.C. *Internet enuncruce de caminhos*: ¿neutralidade o gestiónrazonable de lasinfraestructuras? Valladolid, 2009. De acordo com o ritmo de crescimento experimentado nos últimos anos, estima-se que se exigirá para 2012 uma banda larga normatizada em torno de 100 Mbps, o que requer o desenvolvimento de redes de nova geração e um elevado investimento.

Na verdade, é facilmente compreensível que aqueles que usufruem da rede de um modo desproporcional, consumindo uma grande parte da capacidade de transmissão, deveriam pagar algumas quotas de abono superiores aos que fazem uso doméstico da mesma. Os provedores da rede e os provedores de acesso à internet reclamam logicamente o direito de gerenciar suas próprias redes fazendo ofertas diferenciadas, priorizando serviços, garantindo a qualidade e cobrando pela qualidade e quantidade consumida. O financiamento da rede recairia, assim, não sobre os usuários finais de modo indiferenciado, mas também sobre os prestadores de serviços e vendedores — ou consumidores massivos — de conteúdos, de acordo com o uso que façam dela.

Diante disso, os provedores de aplicações e conteúdos defendem que todo tipo de transmissões por meio da rede deve estar presidido pelo princípio de neutralidade e por isso tratam de que se proíba, por lei, qualquer restrição ou discriminação com base em preços. Os provedores da rede — dizem — já cobram de seus clientes, que pagam a conexão e a velocidade contratada.

Tais são os termos nos quais está proposto o debate da *net neutrality*, no qual cada um defende seus interesses no âmbito das redes fixas. Na telefonia móvel, diante da necessidade de administrar o recurso escasso das frequências, já estão sendo aplicadas tarifas de acesso à internet diferenciadas em razão do consumo, cuja lógica é impecável, embora os preços desses serviços caiam a cada ano, como efeito da crescente concorrência entre operadores de redes móveis.

Pois bem, pode ser projetado sobre as redes, tanto se são monopólicas como se atuam em concorrência, o regime jurídico da afetação anteriormente descrito? Em minha opinião, sem dúvida alguma, na medida em que sobre elas descansa sempre o serviço ao público, aos cidadãos.

Madri, 23 de novembro de 2011

Referências

DÍEZ-PICAZO. *Introducción al derecho patrimonial civil*.

FERNÁNDEZ DE VELASCO, R. Sobre la incorporación ao Código Civil español de la noción de dominio público. *Revista Fac. Derecho de Madrid*, 1942.

LAGUNA DE PAZ, J.C. *Internet enuncruce de caminhos*: ¿neutralidade o gestión-razonable de las infraestructuras? Valladolid, 2009.

VILLAR Y ROMERO, J.M. Procedencia del interdicto de recobrar contra la administración, caso de incautarse ésta de los médios auxiliares de una obra pública. *Rev. Der. Priv*.