



ROBERTO CALDAS
MAURO MENEZES
& A D V O G A D O S

Alino da Costa Monteiro (in memoriam) • Roberto de Figueiredo Caldas • Mauro de Azevedo Menezes • Gustavo Ramos Monya Tavares • Marcelise Azevedo • Renata Fleury • Pedro Mahin • João Gabriel Lopes • Raquel Rieger • Denise Arantes Rodrigo Castro • Dervana Coimbra • Leandro Madureira • Rodrigo Torelly • Luciana Martins • Andréa Magnani Laís Pinto • Paulo Lemgruber • Cíntia Roberta Fernandes • Moacir Martins • Verônica Irazabal Adovaldo Medeiros Filho • Rafaela Possera • Mara Cruz • Nathália Monici • Milena Pinheiro • Thiago Henrique Sidrim Rubstenia Silva • Hugo Moraes • Carolina Ávila • Jéssica Costa • Danielle Ferreira • Roberto Drawanz • Érica Coutinho Virna Cruz • Vinicius Serrano • Renata Oliveira • Lucas Embirussú • Gabriel Maldonado • Anne Motta • Mariana Queiroz Anna Beatriz Parlato • Ana Carla Farias • Arthur Duarte • Marcelly Badaró • Elvisson Jacobina • Luana Albuquerque Otavio Lopes • Isadora Caldas • Vivia Merelles • Luana Marques • Amir Khodr • Glória Oliveira • Marcele Bomfim Marcele Oliveira • Andrea Leite • Salomão Taumaturgo • Eduarda Mendes • Mariana Prandini

ESTUDO JURÍDICO SOBRE A IMPLEMENTAÇÃO DE FRANQUIA LIMITADA DE CONSUMO NOS PLANOS DE INTERNET BANDA LARGA FIXA

CONSULENTE

SINDICATO DOS TRABALHADORES EM TELECOMUNICAÇÕES DO DF

Brasília

2016



ROBERTO CALDAS
MAURO MENEZES
& A D V O G A D O S

Alino da Costa Monteiro (in memoriam) • Roberto de Figueiredo Caldas • Mauro de Azevedo Menezes • Gustavo Ramos
Monya Tavares • Marcelise Azevedo • Renata Fleury • Pedro Mahin • João Gabriel Lopes • Raquel Rieger • Denise Arantes
Rodrigo Castro • Dervana Coimbra • Leandro Madureira • Rodrigo Torelly • Luciana Martins • Andréa Magnani
Laís Pinto • Paulo Lemgruber • Cíntia Roberta Fernandes • Moacir Martins • Verônica Irazabal
Adovaldo Medeiros Filho • Rafaela Possera • Mara Cruz • Nathália Monici • Milena Pinheiro • Thiago Henrique Sidrim
Rubstenia Silva • Hugo Moraes • Carolina Ávila • Jéssica Costa • Danielle Ferreira • Roberto Drawanz • Érica Coutinho
Virna Cruz • Vinicius Serrano • Renata Oliveira • Lucas Embirussú • Gabriel Maldonado • Anne Motta • Mariana Queiroz
Anna Beatriz Parlato • Ana Carla Farias • Arthur Duarte • Marcelly Badaró • Elvisson Jacobina • Luana Albuquerque
Otavio Lopes • Isadora Caldas • Vivia Merelles • Luana Marques • Amir Khodr • Glória Oliveira • Marcele Bomfim
Marcele Oliveira • Andrea Leite • Salomão Taumaturgo • Eduarda Mendes • Mariana Prandini

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	2
1 ANÁLISE À LUZ DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR: ABUSIVIDADE DOS FORNECEDORES DE INTERNET	4
2 A IMPORTÂNCIA DA LEI GERAL DAS TELECOMUNICAÇÕES EM RELAÇÃO AO FORNECIMENTO DE INTERNET	9
3 A FORÇA REGULATÓRIA DA ANATEL COMPARADA À LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA	16
4 IMPORTÂNCIA DA LEI DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE E O IMPACTO NA ORDEM ECONÔMICA	18
5 MARCO CIVIL DA INTERNET NO BRASIL: A IMPORTÂNCIA DO PRINCÍPIO DA NEUTRALIDADE DE REDE	21
6 DANO EXISTENCIAL E CONSTITUIÇÃO FEDERAL: FRUSTRAÇÃO DO PROJETO DE VIDA A PARTIR DA LIMITAÇÃO DE CONSUMO NOS PLANOS DE INTERNET BANDA LARGA FIXA	26
CONCLUSÃO.....	29
REFERÊNCIAS.....	32

INTRODUÇÃO

A influência de novas tecnologias na sociedade contemporânea alterou profundamente a forma como circula a informação. Nesse contexto, a internet possui papel de destaque, interferindo no novo modo de desenvolvimento econômico, social e cultural, tornando-se essencial sob qualquer aspecto que se observe. Inclusive, a função imprescindível da internet para exercício da cidadania foi positivada pela Lei nº. 12.965/2014, conhecida como Marco Civil da Internet.

A relevância desse meio de comunicação na era tecnológica consolidou-se de tal forma que o acesso à internet é visto hoje como um direito, especialmente por se tratar de uma poderosa ferramenta que garante a realização de diversos outros direitos humanos, como a plena liberdade de expressão e o acesso à informação, fundamentais para o exercício da democracia e da cidadania.

Se por um lado se defende a universalização do acesso à internet, por compreendê-la como instrumento de igualdade de oportunidades, por outro se debate as formas de regulação e regulamentação por parte do Estado para organizar a prestação desse serviço. Pensar o modelo regulatório da internet é bastante desafiador, ao considerar a complexidade da infraestrutura de redes, a dificuldade de se monetizar dados, e ainda a necessidade de proteger o direito dos cidadãos frente aos interesses econômicos das operadoras.

A polêmica vigente refere-se à cobrança por franquia de dados na banda larga fixa, anunciada por algumas operadoras de internet, o que gerou a proibição da prática pela Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL por tempo indeterminado, até que a agência reguladora se posicione de forma definitiva sobre a questão. A cobrança por franquia se traduz na limitação de uso de dados, na medida em que prevê que a velocidade da internet seja cortada ou reduzida ao atingir o limite contratado ou que os dados excedentes sejam cobrados, semelhante aos planos de internet móvel.

Diante disso, é necessário refletir quais as possíveis consequências dessa precificação baseada em uso, ao considerar que será alterada a forma de acesso dos

brasileiros à rede, pois a banda larga fixa nunca foi limitada dessa maneira. E mais urgente ainda, é a discussão acerca da legalidade da cobrança por franquia de dados, à luz do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº. 8.070/1990), da Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº. 9.472/1997), os regulamentos editados pela ANATEL, da Lei do CADE (Lei nº. 12.529/2011), do Marco Civil da Internet (Lei nº. 12.965/2014), e o Decreto nº. 8.771, de 11 de maio de 2016, bem como da Constituição Federal.

1 ANÁLISE À LUZ DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR: ABUSIVIDADE DOS FORNECEDORES DE INTERNET

Desde logo, compreende-se que a cobrança de pacotes de internet por meio de franquia de dados não se adequa às diretrizes do Código de Defesa do Consumidor - CDC. Os contratos de banda larga fixa já impõem condições bastante desiguais entre as partes, uma vez que os consumidores não têm garantia da qualidade do serviço, além da dificuldade de avaliar a velocidade concedida e o real consumo de dados. Note-se que a maioria dos contratos de prestação de serviços de banda larga garantem a entrega de 40% a 80% da velocidade nominal contratada.

Em um cenário com as novas regras de franquia, em que a velocidade é reduzida quando atingido o limite de dados contratados, o que pode até mesmo gerar a interrupção da conexão, as violações a normas consumeristas ficam ainda mais evidentes, pois as medidas referidas configuram práticas abusivas descritas no artigo 39 do CDC.

Com a inclusão da precificação fundada em uso nos novos planos dos três principais provedores de conexão à internet no Brasil, o acesso à rede ficará mais caro, e não houve, até o momento, nenhuma justificativa técnica para a elevação dos custos do serviço. O inciso X do artigo 39 do CDC, dispõe ser “*vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: (...) X - elevar sem justa causa o preço de produtos ou serviços*”.¹

Não foi divulgado qualquer estudo ou parecer com justificativas técnicas e econômicas claras que fundamente a necessidade do estabelecimento de franquias, que significa uma limitação à banda larga, corresponde a um aumento do preço do serviço, tendo em vista que anteriormente o consumidor poderia usufruir ilimitadamente a internet pelo mesmo valor. Nesse sentido, a modificação

¹ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm> Acesso em 23.5.2016

de condições contratuais que resulta na elevação dos preços sem justa causa representa uma lesão aos direitos dos consumidores.

Seguindo esse mesmo raciocínio, as novas cláusulas exigem do consumidor vantagem manifestamente excessiva, prática tipificada como abusiva no inciso V do artigo 39 do CDC². Isso porque a manutenção do preço do contrato antigo corresponderá a um acesso à internet limitado a determinada franquia, gerando, na realidade, uma redução do serviço prestado, sem trazer benefícios econômicos ao consumidor.

Desse modo, o modelo de prestação de serviços limitado por franquias apresenta a seguinte situação: o consumidor contratará um serviço de internet com determinada velocidade e cota de dados que será limitada a um volume de dados definido. Ao esgotar a referida cota, o prestador do serviço suspenderá o fornecimento ou reduzirá drasticamente a velocidade, sendo disponibilizado ao consumidor a possibilidade de adquirir um pacote adicional de dados (também limitado) ou de permanecer sem acesso à internet até o pagamento da próxima fatura mensal.

Nesse sentido, com a implementação de franquias limitadas, para que o consumidor possa continuar a usufruir do serviço que contratou, estará condicionado a adquirir outros produtos da provedora de internet contratada, semelhantemente a modalidade popularmente conhecida como “venda casada”, vedada pelo Código de Defesa do Consumir, conforme o texto do inciso I, do artigo 39, que aduz:

Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:
I - condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos;

² Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: (...) V - exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva; Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/03/leis/L8078.htm> - Acessado em 23.5.2016> Acesso em 23.5.2016

Para maior dimensão do impacto do modelo de franquias na quantidade e qualidade do acesso à internet, observe-se o quadro³ abaixo:

Planos	Velocidade Contratada (Mbps)	Franquia hoje (GB)	Nova franquia (GB)	Redução
Vivo Internet 4	4	1.192	50	95,8%
Vivo Internet 8	8	2.229	100	95,5%
Vivo Internet 10	10	2.748	100	96,4%
Vivo Fibra 15	15	4.147	120	97,1%
Vivo Fibra 25	25	6.739	130	98,1%
Vivo Fibra 50 (atual)	50	19.440	170	99,1%
Viva Fibra 50 (novo)	50	14.256	170	98,8%
Vivo Fibra 100	100	38.880	220	99,4%
Vivo Fibra 200	200	77.760	270	99,7%
Vivo Fibra 300	300	116.640	300	99,7%

³ Fonte: <<http://migre.me/ty7bo>> (Rubens Kuhl, experiente profissional na área de Tecnologia da Informação e Comunicação) – Acesso em 23.5.2016

Conforme se observa no quadro acima, as reduções nos diversos pacotes oferecidos variam entre 95,5% e 99,7%, evidenciando o potencial lesivo do sistema restritivo apresentado.

Importante notar, ainda, que ao incluir a precificação baseada em uso, conseqüentemente, a banda larga fixa se tornará caríssima e, até mesmo, inacessível, em contramão à universalização do acesso à internet.

Para além disso, o consumo por franquias não limita apenas o acesso à rede mundial de computadores, mas também restringe o acesso aos mais diversos tipos de serviços e oportunidades disponíveis eletronicamente, como os cursos e graduações na modalidade de ensino à distância, o exercício da advocacia com o crescimento gradativo dos processos eletrônicos, cadastros e divulgação de currículos, operações financeiras e vários outros mecanismos que, muitas vezes, encontram-se disponíveis exclusivamente pela internet.

Há que se apontar ainda que a cobrança por franquia de consumo viola os usos e costumes da prática de mercado da internet fixa no Brasil, pois o habitual é o consumidor contratar o serviço priorizando a velocidade, e não na quantidade de dados disponíveis a serem acessados. Paulo Roberto Binicheski, Promotor de Justiça da 1ª Promotoria de Justiça de Defesa do Consumidor (Prodecon) do Ministério Público do Distrito Federal comenta a questão:

O consumidor médio não possui condições de avaliar se seu uso de internet consome muita ou pouca banda de dados disponível no eventual plano a ser contratado. A prática do mercado é o consumidor de internet fixa adquirir velocidade e não pista nas 'infovias da informação'. É possível afirmar que na hipótese de o consumidor passar a ter preocupação com os dados que circula em sua rede, fatalmente levará a uma diminuição do uso da internet, seja por medo de consumir sua franquia, seja por receio de ficar com acesso a determinados serviços que mais consome. (...) O que se percebe é a preparação do terreno para mais uma gigantesca violação dos direitos dos consumidores brasileiros⁴

⁴Disponível em:

<http://www.mpdft.mp.br/portal/pdf/noticias/fevereiro_2016/procedimento_internet_fixa.pdf>

Acesso em: 23.5.2016

A limitação por franquia de dados não faz essa diferenciação explicitamente, mas, na prática, o modelo dificulta o consumo de conteúdo que exija mais dados. Por essas razões, a medida se mostra, novamente, abusiva, conforme previsto no inciso II do artigo 3, do CDC.⁵

Observa-se, portanto, evidente desequilíbrio contratual com a inclusão da nova variante no serviço de internet fixa, beneficiando exclusivamente as operadoras, em detrimento da liberdade de navegação dos consumidores.

⁵ Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: (...) II - recusar atendimento às demandas dos consumidores, na exata medida de suas disponibilidades de estoque, e, ainda, de conformidade com os usos e costumes; Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm> Acesso em 23.5.2016

2 A IMPORTÂNCIA DA LEI GERAL DAS TELECOMUNICAÇÕES EM RELAÇÃO AO FORNECIMENTO DE INTERNET

A Lei Geral das Telecomunicações – LGT dispõe “*sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais*”.

O artigo 5º da LGT⁶ determina a observância aos princípios constitucionais da soberania nacional, função social da propriedade, liberdade de iniciativa, livre concorrência, defesa do consumidor, redução das desigualdades regionais e sociais, repressão ao abuso do poder econômico e continuidade do serviço prestado no regime público na execução dos serviços de telecomunicações.

O artigo 6º, por sua vez, está assim redigido:

Art. 6º – Os serviços de telecomunicações serão organizados com base no princípio da livre, ampla e justa competição entre todas as prestadoras, devendo o Poder Público atuar para propiciá-la, bem como para corrigir os efeitos da competição imperfeita e reprimir as infrações da ordem econômica.

Os serviços de telecomunicação são prestados em regime público e em regime privado. De acordo com o artigo 83 da LGT⁷, o serviço prestado sob o regime público é aquele dependente de concessão do Poder Público. Já o artigo

⁶ Art. 5º Na disciplina das relações econômicas no setor de telecomunicações observar-se-ão, em especial, os princípios constitucionais da soberania nacional, função social da propriedade, liberdade de iniciativa, livre concorrência, defesa do consumidor, redução das desigualdades regionais e sociais, repressão ao abuso do poder econômico e continuidade do serviço prestado no regime público. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9472.htm> Acesso em 23.5.2016

⁷ Art. 83. A exploração do serviço no regime público dependerá de prévia outorga, pela Agência, mediante concessão, implicando esta o direito de uso das radiofrequências necessárias, conforme regulamentação. Parágrafo único. Concessão de serviço de telecomunicações é a delegação de sua prestação, mediante contrato, por prazo determinado, no regime público, sujeitando-se a concessionária aos riscos empresariais, remunerando-se pela cobrança de tarifas dos usuários ou por outras receitas alternativas e respondendo diretamente pelas suas obrigações e pelos prejuízos que causar. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9472.htm Acesso em: 23.5.2016

131⁸ da LGT dispõe que a prestação de serviços de telecomunicações sob o regime privado depende de prévia autorização do Poder Público, na figura da ANATEL.

Quanto à abrangência dos interesses atendidos pelos serviços de telecomunicações, estes podem ser de interesse coletivo ou de interesse restrito, conforme dispõe o parágrafo único do artigo 62 da LGT: “*os serviços de interesse restrito estarão sujeitos aos condicionamentos necessários para que sua exploração não prejudique o interesse coletivo*”.

Os serviços de interesse coletivo “*são aqueles passíveis de serem oferecidos a todos aqueles que se enquadrarem no regulamento específico, ou seja, o prestador não pode deixar de prestá-lo quando solicitado, desde que seja técnica e economicamente viável*”⁹.

No caso dos serviços de internet, estes seriam explorados sob o regime privado, tendo em vista que dependem de autorização, e não de concessão, da ANATEL. Consoante disposição do artigo 127 da LGT, a exploração dos serviços sob o regime privado busca garantir os seguintes aspectos:

- a diversidade de serviços, o incremento de sua oferta e sua qualidade;
- a competição livre, ampla e justa;
- o respeito aos direitos dos usuários;
- a convivência entre as modalidades de serviço e entre prestadoras em regime privado e público, observada a prevalência do interesse público;
- o equilíbrio das relações entre prestadoras e usuários dos serviços;
- a isonomia de tratamento às prestadoras;
- o uso eficiente do espectro de radiofrequências;
- **o cumprimento da função social do serviço de interesse coletivo**, bem como dos encargos dela decorrentes;
- o desenvolvimento tecnológico e industrial do setor;

⁸ Art. 131. A exploração de serviço no regime privado dependerá de prévia autorização da Agência, que acarretará direito de uso das radiofrequências necessárias. § 1º Autorização de serviço de telecomunicações é o ato administrativo vinculado que faculta a exploração, no regime privado, de modalidade de serviço de telecomunicações, quando preenchidas as condições objetivas e subjetivas necessárias. § 2º A Agência definirá os casos que independem de autorização. § 3º A prestadora de serviço que independa de autorização comunicará previamente à Agência o início de suas atividades, salvo nos casos previstos nas normas correspondentes. § 4º A eficácia da autorização dependerá da publicação de extrato no Diário Oficial da União. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9472.htm> - Acesso em 25.3.2016

⁹ Disponível em <http://www.teleco.com.br/tutoriais/tutorialleg/pagina_3.asp> - Acesso em: 28.4.2016.

- a permanente fiscalização.

Para poder receber a autorização de exploração dos serviços de telecomunicações, são impostos requisitos objetivos (artigo 132) e subjetivos (artigo 133) às empresas exploradoras, ressaltando do rol do artigo 133 o inciso III, no qual há a exigência de “*dispor de qualificação técnica para bem prestar o serviço, capacidade econômico-financeira, regularidade fiscal e estar em situação regular com a Seguridade Social*”.

O artigo 126 da LGT¹⁰ dispõe que deverão ser observados os princípios constitucionais da atividade econômica na exploração dos serviços de telecomunicações sob o regime privado.

Os serviços de internet estão previstos na LGT no seu artigo 61¹¹, no qual trata do serviço de valor adicionado. Em que pese esse serviço não se constituir em serviço de telecomunicações, por expressa disposição legal, a própria LGT atribui à ANATEL a regulação das relações entre os provedores de internet e as prestadoras dos serviços de telecomunicações.

As disposições legais apresentadas evidenciam que a limitação do uso da internet acabará por influir na inobservância aos princípios protegidos pela LGT, em especial no tocante à defesa do consumidor e à redução das desigualdades regionais e sociais (este último classificado como um dos objetivos fundamentais

¹⁰ Art. 126. A exploração de serviço de telecomunicações no regime privado será baseada nos princípios constitucionais da atividade econômica. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9472.htm> Acesso em: 23.5.2016

¹¹ Art. 61. Serviço de valor adicionado é a atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações. § 1º Serviço de valor adicionado não constitui serviço de telecomunicações, classificando-se seu provedor como usuário do serviço de telecomunicações que lhe dá suporte, com os direitos e deveres inerentes a essa condição. § 2º É assegurado aos interessados o uso das redes de serviços de telecomunicações para prestação de serviços de valor adicionado, cabendo à Agência, para assegurar esse direito, regular os condicionamentos, assim como o relacionamento entre aqueles e as prestadoras de serviço de telecomunicações. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9472.htm> Acesso em 23.5.2016

da República Federativa no Brasil, insculpido no inciso III do artigo 3º da Constituição Federal¹²).

Com efeito, ao se proceder à limitação do uso da internet, permitindo-se às exploradoras do serviço, inclusive, a interrupção do serviço, não será cumprido aquele objetivo fundamental de redução das desigualdades regionais e sociais, culminando na inobservância do primado constitucional de que as empresas devem desempenhar um papel social no desenvolvimento de suas atividades (artigos 5º, XXIII¹³, e 170, III¹⁴, da Constituição Federal). Ora, a internet, atualmente, é comparada a um serviço essencial e indispensável à vida digna.

Todos os setores da sociedade e do Poder Público estão interligados aos serviços da rede mundial de computadores. A marginalização do acesso à internet afronta não apenas o objetivo fundamental de redução das desigualdades regionais e sociais, mas também o próprio fundamento da dignidade da pessoa humana, insculpido no inciso III do artigo 1º da Constituição Federal.

A limitação do acesso à internet terá um forte impacto na atividade judicial, já que, a partir da edição da Lei nº. 11.419, de dezembro de 2006¹⁵, o Poder Judiciário se inseriu na realidade virtual, passando a trabalhar com a ferramenta do Processo Judicial Eletrônico (PJ-*e*), na qual todos os processos são conduzidos digitalmente. Essa nova forma de tramitação processual contribui de

¹² Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em 23.5.2016

¹³ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)XXIII - a propriedade atenderá a sua função social; Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> - Acesso em 23.5.2016

¹⁴ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) III - função social da propriedade; Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em 23.5.2016

¹⁵ Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/Lei/111419.htm> Acesso em 23.5.2016

forma substancial para a preservação ambiental, pois elimina a utilização de papel e demais recursos empregados na produção do processo físico.

No âmbito da Justiça do Trabalho, 98% das Varas do Trabalho¹⁶ já funcionam integralmente na plataforma virtual. Segundo dados do Conselho Superior da Justiça do Trabalho apenas o TRT da 8ª Região não alcançou a implementação integral do Sistema PJ-e em 2015 “*em decorrência da ausência de infraestrutura elétrica e de comunicação de dados adequadas em muitos municípios jurisdicionados*”¹⁷.

Destaca-se que nas Justiças Estaduais e Federais o Sistema do PJ-e está sendo implementado gradualmente, conforme cronograma do Conselho Nacional de Justiça¹⁸.

Nesse cenário, pode-se afirmar que o cidadão que tem seu serviço de internet suspenso não poderá acessar os processos judiciais eletrônicos. Como atuar num processo eletrônico, se o serviço de acesso à internet foi suspenso por ter o usuário atingido o seu limite de dados mensais? Assim, caso o usuário seja um advogado, seu cliente terá violado o direito constitucional à ampla defesa, previsto no inciso LV¹⁹ do artigo 5º da Constituição Federal, porquanto o operador do Direito ver-se-á impossibilitado de acessar o sistema do PJ-e, analisar o processo e tomar as medidas cabíveis – defesa, réplica, recurso etc. Já o jurisdicionado terá violado o seu direito de amplo acesso à Justiça, previsto no inciso XXXV²⁰ do artigo 5º da Constituição Federal.

¹⁶ Disponível em: <http://www.tst.jus.br/web/pje-jt/varas> - Acesso em 23.5.2016

¹⁷ Disponível em: <http://www.tst.jus.br/web/pje-jt/cronograma-de-implantacao> - Acesso em 23.5.2016

¹⁸ Disponível em <http://www.cnj.jus.br/tecnologia-da-informacao/processo-judicial-eletronico-pje/2011-05-13-20-12-46> - Acesso em 23.5.2016

¹⁹ LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm - Acesso em 23.5.2016

²⁰ XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm - Acesso em 23.5.2016

O Poder Judiciário já se debruçou acerca do tema da essencialidade do serviço de internet, cujo entendimento é exemplificado no seguinte julgado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. OBRIGAÇÃO DE FAZER. RESTABELECIMENTO DO SERVIÇO DE TELEFONIA. SERVIÇO ESSENCIAL. APLICAÇÃO DO VERBETE SUMULAR DE Nº 59 DESTE TRIBUNAL. DECISÃO QUE NÃO SE AFIGURA TERATOLÓGICA, CONTRÁRIA À LEI OU À PROVA DOS AUTOS. - **Continuidade da prestação do serviço de internet. Serviço essencial.** - Deferimento de tutela antecipada determinando que a ré restabeleça o serviço de internet, no prazo de 02 (dois) dias, sob pena de aplicação de multa no valor de R\$ 100,00 (cem reais), observado o limite máximo de R\$ 10.000,00 (dez mil reais). - Mantidos o prazo e o valor da multa fixados para o cumprimento da obrigação de fazer. Decisão que não merece reparo. - Observância aos Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade. **NEGO SEGUIMENTO AO RECURSO, NA FORMA DO ARTIGO 557, caput, DO CPC.**
(TJ-RJ - AI: 00498390420148190000 RJ 0049839-04.2014.8.19.0000, Relator: DES. TEREZA CRISTINA SOBRAL BITTENCOURT SAMPAIO, Data de Julgamento: 18/10/2014, VIGÉSIMA SÉTIMA CAMARA CIVEL/ CONSUMIDOR, Data de Publicação: 23/10/2014 00:00)²¹

Do julgado em questão, extrai-se o reconhecimento da essencialidade do serviço de internet, conforme se verifica do trecho a seguir transcrito:

No presente caso, há de se ressaltar a essencialidade do bem da vida em debate, que é o serviço de internet.

Sabe-se que o deferimento da tutela antecipadamente está adstrita a presença de requisitos insertos no artigo 273 do Código de Processo Civil, quais sejam, a existência do periculum in mora e do fumus boni iuris, e precisam estar caracterizados de forma inequívoca, capaz de justificar a concessão de uma medida excepcional e irreversível em sede de cognição sumária.

Ora, é indubitável que o serviço em voga é essencial à vida cotidiana. Nesse sentir, resta irrefutável que a privação do aludido serviço importa em latente transtorno ao consumidor. Destarte, a fixação do prazo ora estabelecido (2 dias) apresenta-se plausível e razoável eis que, a prima facie, inexistente obstáculo significativo ao cumprimento da obrigação de fazer ora imposta. Nessa senda, convém salientar que o agravante limitou-se a afirmar que o prazo fixado era exíguo sem, contudo, apresentar os motivos capazes de reformar a decisão renhida.

²¹Disponível

em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00045845BFDDAD7E147C1C1304C21680828DC503332F495F&USER=>>>. Acesso em: 20.5.2016

Verifica-se, portanto, que a pretensa limitação de acesso à internet vulnera os princípios contidos na LGT, como também princípios constitucionais, como no exemplo citado.

3 A FORÇA REGULATÓRIA DA ANATEL COMPARADA À LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA

Além dos diplomas legais que tangenciam a discussão acerca da franquia de dados, a ANATEL possui resoluções que regulamentam a questão. A Resolução nº. 614, de maio de 2013, permite manifestamente que as empresas adotem algumas modalidades de franquias e cobranças.

A Resolução nº. 632, de março de 2014, por sua vez, regula os direitos dos consumidores de serviços de telecomunicações, determinando, por exemplo, que qualquer alteração do pacote contratado seja comunicada ao usuário, com antecedência mínima de 30 dias. Além disso, a última resolução também estabelece o direito do assinante à não supressão do serviço oferecido, salvo em casos de inadimplemento, o que conflita com a possibilidade de interrupção da conexão quando do consumo do plano de dados contratado.

As referidas resoluções buscam, em suma, garantir que os provedores de conexão à internet sejam livres para definir seus preços e condições da prestação do serviço, contanto que sejam respeitadas as normas básicas de informação e transparência com o consumidor.

De todo modo, conforme a própria medida cautelar procedida pela ANATEL, no sentido de proibir, por tempo indeterminado, a adoção de práticas de redução de velocidade, suspensão de serviço ou de cobrança de tráfego excedente após o esgotamento da franquia pelas operadoras de internet banda larga, *“a despeito da faculdade prevista no art. 63 do Regulamento do SCM [Resolução nº. 614/13], é fato notório que se consolidou a prática de não aplicação da franquia de dados, ainda que eventualmente prevista em contrato, moldando assim os próprios hábitos de fruição do serviço pelo consumidor.”*²²

²² Diário Oficial da União, Brasília, DF, 18 de abril de 2016. Disponível em: <http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=79&data=18/04/2016>. Acesso em 22.05.2016.

Dessa forma, cumpre ressaltar a importância de uma interpretação sistemática dos regulamentos da ANATEL, ou seja, analisá-los diante de normas hierarquicamente superiores, tais como o Código de Defesa do Consumidor, a Lei Geral de Telecomunicações, a Lei do CADE, o Marco Civil da Internet e a própria Constituição Federal. Isso significa que as disposições dos regulamentos devem estar de acordo com o sistema jurídico construído para lidar com a temática do acesso à internet, sob pena ilegalidade. É dessa forma, portanto, que deve ser avaliada a permissão da cobrança por franquia de dados, uma vez que, apesar de estar prevista em regulamento da ANATEL, não se compatibiliza com as leis e princípios constitucionais que regem o assunto.

4 IMPORTÂNCIA DA LEI DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE E O IMPACTO NA ORDEM ECONÔMICA

A Lei nº. 12.529, de 30 de novembro de 2011, também conhecida como Lei do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, estabelecendo normas preventivas e repressivas às infrações contra a ordem econômica. Nessa seara, importante avaliar de que forma as novas cláusulas de franquia de dados por parte dos principais grupos econômicos do mercado de banda larga fixa no Brasil afetam a ordem econômica, que de acordo com a Constituição Federal, é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Obedecendo os princípios constitucionais que sustentam a ordem econômica²³, a lei do CADE define os limites da atuação empresarial, impulsionando a defesa dos consumidores e reprimindo os abusos de poder.

O exame do artigo 36 da Lei do CADE revela que, além de representar uma lesão à coletividade, a alteração pretendida pelas operadoras constitui infração da ordem econômica, considerando a posição de domínio de mercado das empresas e em razão do potencial aumento arbitrário de lucros:

Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:
I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;
II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;
III - aumentar arbitrariamente os lucros; e
IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

²³ Principalmente os princípios da livre concorrência (inciso IV), da defesa do consumidor (inciso V) e da redução das desigualdades sociais (inciso VII) – todos do Art. 170 da Constituição Federal de 1988.

A análise finalística da inclusão de franquia de dados nos pacotes de banda larga fixa demonstra que haverá uma maximização do retorno financeiro para as empresas em detrimento do padrão habitual de consumo de dados na internet. Isso porque a limitação provoca a alteração da forma com que os consumidores acessam a rede, obrigando-lhes a comprar pacotes adicionais para continuar usufruindo dos serviços de internet.

Ademais, a legislação brasileira também protege a coletividade de potenciais abusos, não sendo permitido que as operadoras implementem as referidas franquias reduzidas ante ao risco de elevarem seus lucros sem justa causa e de prejudicarem a livre concorrência, dominando o mercado em questão de forma abusiva.

Conforme demonstrado no quadro citado anteriormente, as reduções nos diversos pacotes oferecidos variam entre 95,5% e 99,7%, o que demonstra, de forma incontestável, a abusividade da proposta apresentada pelas operadoras, a teor do artigo 36 da Lei do CADE.

Os serviços contratados atualmente já não são prestados da forma em que constam das avenças – os próprios instrumentos preveem a oscilação, para menor, na velocidade da transmissão de dados. Se não há garantia sequer da velocidade da transmissão de dados aos consumidores, não há como se perquirir que haveria uma medição correta de dados apta a verificar o consumo de dados pelos usuários, de modo a limitar o acesso por franquia.

Diante da constatação de que a imposição ilegal de franquia de dados nos contratos acometerá um universo de consumidores, há que se atentar para os que serão mais afetados, quais sejam, os de baixa renda. O acesso à internet ficará condicionado à possibilidade econômica de cada um, tendo em vista que depois de o pacote limitado de dados acabar, haverá cobrança para continuar utilizando a conexão à rede, aumentando a desigualdade de oportunidades entre as classes sociais.

Portanto, fica evidente a afronta aos princípios constitucionais da ordem econômica, haja vista a previsão do artigo 170, inciso VII, da Constituição Federal: *A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) VII - redução das desigualdades regionais e sociais.*

5 MARCO CIVIL DA INTERNET NO BRASIL: A IMPORTÂNCIA DO PRINCÍPIO DA NEUTRALIDADE DE REDE

A Lei nº. 12.965, de abril de 2014, foi editada para regulamentar princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil. A referida norma, intitulada como Marco Civil da Internet no Brasil, é formada por cinco capítulos, nos quais enumeram-se elementos da realidade jurídica do uso da internet, a partir da indicação dos fundamentos, princípios e objetivos para a definição de conceitos e de regras de interpretação das relações que se pautam a partir da internet.

O artigo 2º da Lei nº. 12.965/2014 assevera que o uso da internet no Brasil fundamenta-se na liberdade de expressão, nos direitos humanos, no desenvolvimento da personalidade e no exercício da cidadania em meios digitais, na livre iniciativa, concorrência e na defesa do consumidor, entre outros elementos sociais²⁴. Seguindo essa linha, o artigo 3º²⁵, enumera os princípios que permeiam o trato das relações, dentre os quais destaca-se o princípio da *preservação e garantia da neutralidade de rede*.

²⁴ Art. 2º. A disciplina do uso da internet no Brasil tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão, bem como: I - o reconhecimento da escala mundial da rede; II - os direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania em meios digitais; III - a pluralidade e a diversidade; IV - a abertura e a colaboração; V - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e VI - a finalidade social da rede. Disponível em http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12965.htm - acesso em 18.5.2016

²⁵ Art. 3º. A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios: I - garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal; II - proteção da privacidade; III - proteção dos dados pessoais, na forma da lei; IV - preservação e garantia da neutralidade de rede; V - preservação da estabilidade, segurança e funcionalidade da rede, por meio de medidas técnicas compatíveis com os padrões internacionais e pelo estímulo ao uso de boas práticas; VI - responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, nos termos da lei; VII - preservação da natureza participativa da rede; VIII - liberdade dos modelos de negócios promovidos na internet, desde que não conflitem com os demais princípios estabelecidos nesta Lei. Parágrafo único. Os princípios expressos nesta Lei não excluem outros previstos no ordenamento jurídico pátrio relacionados à matéria ou nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Disponível em http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12965.htm - acesso em 18.5.2016

O referido princípio estabelece que todas as informações que trafegam na rede merecem tratamento igualitário, inclusive no que toca à velocidade de navegação e cobrança de preços. O tema da neutralidade da rede possui tanta relevância que o artigo 9º da Lei proíbe qualquer tratamento diferenciado entre os usuários, estabelecendo, inclusive as hipóteses em que a redução de tráfego de dados pode ocorrer, consoante se observa da sua íntegra transcrição:

Da Neutralidade de Rede

Art. 9º. O responsável pela transmissão, comutação ou roteamento tem o dever de tratar de forma isonômica quaisquer pacotes de dados, sem distinção por conteúdo, origem e destino, serviço, terminal ou aplicação.

§ 1º A discriminação ou degradação do tráfego será regulamentada nos termos das atribuições privativas do Presidente da República previstas no inciso IV do art. 84 da Constituição Federal, para a fiel execução desta Lei, ouvidos o Comitê Gestor da Internet e a Agência Nacional de Telecomunicações, e somente poderá decorrer de:

I - requisitos técnicos indispensáveis à prestação adequada dos serviços e aplicações; II - priorização de serviços de emergência.

§ 2º Na hipótese de discriminação ou degradação do tráfego prevista no § 1º, o responsável mencionado no caput deve:

I - abster-se de causar dano aos usuários, na forma do art. 927 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil;

II - agir com proporcionalidade, transparência e isonomia;

III - informar previamente de modo transparente, claro e suficientemente descritivo aos seus usuários sobre as práticas de gerenciamento e mitigação de tráfego adotadas, inclusive as relacionadas à segurança da rede; e

IV - oferecer serviços em condições comerciais não discriminatórias e abster-se de praticar condutas anticoncorrenciais.

§ 3º Na provisão de conexão à internet, onerosa ou gratuita, bem como na transmissão, comutação ou roteamento, é vedado bloquear, monitorar, filtrar ou analisar o conteúdo dos pacotes de dados, respeitado o disposto neste artigo.

O exame desse artigo específico permite uma reflexão a respeito da limitação de dados e da cobrança por franquia.

A cobrança do fornecimento da internet por franquia, em um **primeiro aspecto**, fere a neutralidade de rede, ao considerar que determinado provedor passe a estimular o acesso dos usuários a *sites* ou a degradar o tráfego de serviços prestados por empresas concorrentes, ou ainda quando oferece gratuitamente o acesso a *site* ou aplicativo com o qual seja dono ou possua parcerias.

Nesses exemplos, a violação do princípio da neutralidade de rede acontece na medida em que há o incentivo ao acesso do conteúdo de uma aplicação em detrimento de outro, redirecionando (ou estimulando o redirecionamento) do usuário à utilização de meios que originariamente não seriam de seu interesse.

Em **segundo aspecto**, a limitação de franquia ou cobrança por pacotes de dados implicaria em tratamento diferenciado entre os usuários a partir de escalonamento de valores de pacotes de internet proporcional ao conteúdo da navegação dos usuários. Nesse tocante, há se destacar que o artigo 7º, incisos IV e V²⁶, da Lei asseguram aos usuários a qualidade e continuidade do serviço de internet nos moldes contratados, registrando que a supressão do fluxo apenas é possível em razão de débito decorrente da própria relação contratual. Esse artigo reafirma a ilegalidade da limitação de dados ou interrupção do fornecimento quando atingido o limite da franquia de dados, uma vez que a legislação específica garante a continuidade da conexão.

Num **terceiro aspecto**, a limitação da internet fere a própria dignidade da pessoa humana e a liberdade de expressão dos usuários. O princípio da dignidade da pessoa humana consagrado no artigo 1º, III, da Constituição Federal como fundamento da República revela não só um reconhecimento do valor do homem em sua dimensão de liberdade, mas designa o respeito absoluto ao indivíduo de forma a proporcionar-lhe uma existência plena, digna e protegida de qualquer espécie de ofensa, quer praticada pelo particular, quer pelo Estado.

Nesse sentido, o princípio não se limita aos direitos individuais, mas estende-se aos de natureza econômica, social e cultural, pois a liberdade não é apenas negativa, ou seja, conceituada como ausência de constrangimento, mas também positiva que consiste na remoção de impedimentos, como de ordem

²⁶ Art. 7º. O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos: (...)IV - não suspensão da conexão à internet, salvo por débito diretamente decorrente de sua utilização; V - manutenção da qualidade contratada da conexão à internet; (...) Disponível em http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/ Ato2011-2014/2014/Lei/L12965.htm - acesso em 19.5.2016

econômica, social, política, que possam embaraçar a plena realização da personalidade e existência humana. (CARVALHO, 2009, p. 673)

Inegável a participação da internet no desenvolvimento da personalidade no mundo moderno. Tanto assim o é que artigo 6º da Lei registra que, na interpretação das relações firmadas a partir da internet, ser necessário considerar “*além dos fundamentos, princípios e objetivos previstos, a natureza da internet, seus usos e costumes particulares e sua importância para a promoção do desenvolvimento humano, econômico, social e cultural*”.

O princípio da *neutralidade de rede* é tão importante para o trato das relações modernas que recentemente foi promulgado o Decreto nº. 8.771, de 11 de maio de 2016,²⁷ para regulamentar o Marco Civil da internet. Antevendo problemas quanto ao debate da limitação da internet, referido diploma legal acresceu duas novas disposições normativas sobre o assunto. Assim dispõem os artigos 9º e 10 do citado decreto:

Art. 9º. **Ficam vedadas** condutas unilaterais ou acordos entre o responsável pela transmissão, pela comutação ou pelo roteamento e os provedores de aplicação que:

I - **comprometam o caráter público e irrestrito do acesso à internet e os fundamentos, os princípios e os objetivos do uso da internet no País;**

II - **priorizem pacotes de dados em razão de arranjos comerciais;** ou
III - **privilegiem aplicações ofertadas pelo próprio responsável pela transmissão, pela comutação ou pelo roteamento ou por empresas integrantes de seu grupo econômico.**

Art. 10. **As ofertas comerciais e os modelos de cobrança** de acesso à internet devem **preservar uma internet única, de natureza aberta, plural e diversa, compreendida como um meio para a promoção do desenvolvimento humano, econômico, social e cultural, contribuindo para a construção de uma sociedade inclusiva e não discriminatória.**

Sequer poderia ser outra a dicção dos artigos introduzidos pelo Decreto nº. 8.771/2016: o texto regulamentar reafirma a defesa de ilegalidade e abusividade dos projetos que buscam modificar o fornecimento da internet no país, seja porque

²⁷ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8771.htm - acesso em 19.5.2016

atentam contra os usos e costumes já enraizados no modo de navegação brasileiro, seja porque violam os princípios, direitos e garantias positivados pela Lei nº. 12.965/2014, além de impactar negativamente no desenvolvimento social, cultural e econômico da nação.

Nesse cenário, da interpretação conjunta das legislações e regulamentos que abordam o assunto, conclui-se que a permissão de cobrança do serviço de internet por meio de franquia de dados não se coaduna com o sistema jurídico de proteção ao consumidor e à ordem econômica. Além disso, a cobrança tarifada viola o princípio da neutralidade de rede que, como já visto, foi inserido no ordenamento para garantir o fornecimento equânime da internet para todos os usuários.

6 DANO EXISTENCIAL E CONSTITUIÇÃO FEDERAL: FRUSTRAÇÃO DO PROJETO DE VIDA A PARTIR DA LIMITAÇÃO DE CONSUMO NOS PLANOS DE INTERNET BANDA LARGA FIXA

O fomento e a velocidade das informações possibilitam ao usuário a criação de uma imagem conectiva, propícia ao desenvolvimento de ideias e projetos sociais e culturais, nos quais o usuário se dedica em prol de sua concretização. Invariavelmente, a limitação ao acesso à internet implicaria obstáculo à essa conectividade já enraizada na sociedade moderna, podendo desencadear um dano existencial.

O dano existencial é uma espécie de dano imaterial que modifica, de forma negativa, o planejamento de vida da pessoa em seus diferentes aspectos. Implica, assim, em um impedimento involuntário da realização de projeto atual, como atividades cotidianas relacionadas ao trabalho, lazer, higiene, cultura, ou futuro, como, por exemplo, uma especialização profissional ou a constituição de uma família.

Flaviana Rampazzo Soares (2009, 44), uma das precursoras do tema no Brasil, define o dano existencial como uma afetação negativa total ou parcial, permanente ou temporária, seja a uma atividade, seja a um conjunto de atividades que a vítima do dano, normalmente, tinha como incorporado em seu cotidiano e que, em razão do efeito lesivo, precisou alterar em sua forma de realização, ou mesmo suprimir de sua rotina.

A psicóloga Fernanda Leite Bião e o jurista Hilderberg Alves²⁸ destacam que o dano existencial consiste em um conjunto de alterações nas condições de existência da pessoa humana que, de acordo com as peculiaridades de cada contexto, frustram a execução de metas, objetivos e ideais que dão sentido à vida da pessoa e, ao mesmo tempo, prejudicam, consideravelmente, a convivência

²⁸ BIÃO, Fernanda; FROTA, Hiderberg Alves da. [O fundamento filosófico do dano existencial](https://jus.com.br/artigos/17564). *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2653, 6 out. 2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/17564>>. Acesso em: 25 maio 2016.

com seus pares, nos mais diversos campos de socialização, profissionais, cívicas, políticas, recreativas, religiosas, intelectuais, educativas, científicas, artísticas e culturais.

O dano existencial está relacionado a um “não fazer” decorrente de um ato ilícito de terceiros em quaisquer dos aspectos da vida. Nesse sentido, afeta diretamente o projeto de vida, bem as relações interpessoais.

O projeto de vida, em síntese, ressalta as possibilidades de concretudes dentro do existir em sociedade, permitindo a realização de escolhas concernentes às várias esferas em que atua, familiar, profissional, social, religiosa e educacional, durante a sua vida.

A relação interpessoal, por sua vez, permite ao ser humano estabelecer a sua história vivencial e de desenvolver de forma ampla e saudável, ao compartilhar com seus pares experiência humana, como pensamentos, sentimentos, emoções, hábitos, reflexões, aspirações, atividades e afinidades, por meio de contato contínuo em torno da diversidade de ideológica, opiniões, mentalidades, comportamentos, culturas e valores ínsitos à humanidade. Nesse sentido, o dano existencial relaciona-se a categoria mais ampla dos direitos garantidos pela Constituição Federal relativos à pessoa humana.

Com essas considerações, verifica-se, notadamente, que a limitação de franquia de dados na banda larga fixa, imposta pelas operadoras, configura um dano existencial, pois afeta diretamente os projetos de vida e relações interpessoais dos consumidores.

A questão é facilmente exemplificada. Atualmente, milhares de brasileiros dependem da internet banda larga para a gestão de seus negócios. Além disso, inúmeros são os jovens que se dedicam exclusivamente à produção de vídeos com o objetivo de gerar renda para toda a família. Há também aqueles que se profissionalizam mediante cursos online.

Com efeito, todos eles serão prejudicados com os pretensos novos planos de banda larga e, em muitos casos, serão obrigados a abandonar seus projetos, comprar planos mais caros ou comprar pacotes adicionais de dados vendidos pelas empresas de conexão à internet. De forma evidente, a limitação em questão enseja dano existencial e conseqüente a violação aos princípios da dignidade humana e liberdade emanados da Constituição Federal.

CONCLUSÃO

Conforme evidenciado ao longo do presente estudo, a pretensão de delimitação de tráfego de dados, nos serviços de banda larga fixa, proposta pelas principais operadoras de telefonia no Brasil, além de escapar às balizas legais que versam sobre as condições para a promoção de alterações contratuais, ameaça claramente o exercício da cidadania decorrente do fato notório de que a internet tornou-se, atualmente, um serviço essencial para a coletividade. Além de introduzir novas formas de comunicação, a internet constitui, hoje, a principal ferramenta para o exercício de determinadas profissões, para a aquisição de educação e de cultura, além de contribuir para uma maior inclusão social e prática de lazer.

Não por outro motivo, o fornecimento de acesso à internet é abordado em norma específica, qual seja, a Lei do Marco Civil, além de ser objeto do Código de Defesa do Consumidor e das garantias constitucionais, de forma que sua sub-reptícia limitação ou redução vulneraria diretamente tais balizas normativas.

A principal justificativa adotada pelas empresas fornecedoras de serviços de internet para a proposta em questão é de que, para garantir a expansão e a qualidade do serviço, o modelo de oferta da internet fixa ilimitada tornaria o negócio insustentável. No entanto, o argumento se esvai quando se constata, de imediato, que as referidas empresas detêm quase 90% do mercado brasileiro, segundo dados de organizações de monitoramento do setor, o que indubitavelmente garante alta lucratividade, fato que contraria a afirmação de insustentabilidade do sistema.

Nesse sentido, o contexto em que se insere a pretensa cobrança por franquia de dados na banda larga fixa evidencia abuso do poder econômico, com clara tentativa de majoração do lucro de forma ilegal, pois maximizará o retorno financeiro para as empresas em detrimento do padrão habitual de consumo de dados na internet, visto que os consumidores serão obrigados a comprar pacotes

adicionais para usufruir dos serviços quando esgotada a franquia contratual atual. Portanto, é inequívoca a afronta aos princípios constitucionais da ordem econômica, previstos no artigo 170, inciso VII, da Constituição Federal.

A respeito da alteração do padrão habitual de consumo, as novas regras de franquia configuram práticas abusivas descritas no artigo 39 do CDC, uma vez que exigem do consumidor vantagem manifestamente excessiva, principalmente ao considerar que a manutenção do preço do contrato antigo corresponderá a um acesso à internet limitado a determinada franquia, gerando, na realidade, uma redução do serviço prestado, sem lhe trazer benefícios econômicos.

Percebe-se, também, que conduta empresarial despreza a Lei Geral das Telecomunicação – LGT, a qual determina a observância aos princípios constitucionais da soberania nacional, função social da propriedade, liberdade de iniciativa, livre concorrência, defesa do consumidor, redução das desigualdades regionais e sociais, repressão ao abuso do poder econômico e continuidade do serviço prestado no regime público na execução dos serviços de telecomunicações.

Adicionalmente, há o desrespeito ao princípio da preservação e garantia da neutralidade de rede estabelecido na Lei do Marco Civil, que proíbe qualquer tratamento diferenciado entre os usuários, ou seja, preconiza que todas as informações que trafegam na rede merecem tratamento igualitário, inclusive no que toca à velocidade de navegação e cobrança de preços. Com efeito, a limitação de franquia ou cobrança por pacotes de dados implicaria tratamento diferenciado entre os usuários a partir de escalonamento de valores de pacotes de internet proporcional ao conteúdo da navegação dos usuários.

A neutralidade de redes está adstrita ao princípio da dignidade da pessoa humana e a liberdade de expressão dos usuários, uma vez que estes não se limitam aos direitos individuais, estendendo-se aos de natureza econômica, social e cultural, pois a liberdade não é apenas negativa, ou seja, conceituada como ausência de constrangimento, mas também positiva, que consiste na remoção de impedimentos, como de ordem econômica, social, política que possam embaraçar a plena realização da personalidade e a existência humana.

A existência humana, por sua vez, está associada aos projetos de vida e relações interpessoais, os quais são diretamente atingidos com a limitação que ora é imposta. Com efeito, se a nova modalidade de franquia for implementada, muitos consumidores serão obrigados a abandonar seus projetos ou comprar planos mais caros ou pacotes adicionais de dados vendidos pelas empresas de conexão à internet. De forma evidente, a limitação em questão enseja dano existencial e consequente violação aos princípios da dignidade humana e da liberdade emanados da Constituição Federal.

Inegavelmente a nova sistemática de franquia de dados de internet proposta pelas empresas fornecedoras de serviços já referidas, se implementada, poderá trazer consequências graves à coletividade em inúmeros aspectos, entre os quais se destaca a inibição do potencial criativo dos brasileiros, discriminação entre os consumidores e inaceitável retrocesso social quanto ao exercício da cidadania.

REFERÊNCIAS

BIÃO, Fernanda; FROTA, Hidemberg Alves da. O fundamento filosófico do dano existencial. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2653, 6 out. 2010. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/17564>

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm

_____. Decreto nº 8.771, de 11 de maio de 2016. Regulamenta a Lei no 12.965, de 23 de abril de 2014, para tratar das hipóteses admitidas de discriminação de pacotes de dados na internet e de degradação de tráfego, indicar procedimentos para guarda e proteção de dados por provedores de conexão e de aplicações, apontar medidas de transparência na requisição de dados cadastrais pela administração pública e estabelecer parâmetros para fiscalização e apuração de infrações. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8771.htm

_____. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm

_____. Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9472.htm

_____. Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006. Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11419.htm

_____. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei no 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm

_____. Lei nº 12.965 de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12965.htm

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Disponível em; <http://www.cnj.jus.br/tecnologia-da-informacao/processo-judicial-eletronico-pje/2011-05-13-20-12-46>

CONSELHO SUPERIOR DA JUSTIÇA DO TRABALHO. Janeiro de 2016. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/web/pje-jt/varas>

..... Outubro de 2015.
Disponível em: <http://www.tst.jus.br/web/pje-jt/cronograma-de-implantacao>

IMPrensa NACIONAL. Diário oficial da União de 18.4.2016. Disponível em:
<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=79&data=18/04/2016>

KUHL, Rubens Kuhl. Comparação cota atual e nova na Vivo. Disponível em:
<https://docs.google.com/spreadsheets/d/1-uaRyRIHGHy-OIKItg8XM5CcafKdjzyznjrDbyek20/edit#gid=0>

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Procedimento preparatório nº
08190.054922/16-44. Disponível em:
http://www.mpdft.mp.br/portal/pdf/noticias/fevereiro_2016/procedimento_interne_t_fixa.pdf

Soares, Flaviana Rampazzo. Responsabilidade Civil Por Dano Existencial. Editora
Livraria do Advogado. 2009