

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – UNB
FACULDADE DE DIREITO

ANDRÉ VINÍCIUS NUNES SILVA

**A (IN)COMPATIBILIDADE JURÍDICA DO ESTABELECIMENTO DE
FRANQUIAS NO SERVIÇO DE BANDA LARGA FIXA COM A LEI DO
MARCO CIVIL DA INTERNET**

Brasília

2016

ANDRÉ VINÍCIUS NUNES SILVA

**A (IN)COMPATIBILIDADE JURÍDICA DO ESTABELECIMENTO DE
FRANQUIAS NO SERVIÇO DE BANDA LARGA FIXA COM A LEI DO
MARCO CIVIL DA INTERNET**

Monografia apresentada como requisito
parcial à obtenção do grau de bacharel em
Direito pela Faculdade de Direito da
Universidade de Brasília.

Orientador: Prof. Dr. Márcio Nunes
Iorio Aranha Oliveira

Brasília

2016

ANDRÉ VINÍCIUS NUNES SILVA

**A (IN)COMPATIBILIDADE JURÍDICA DO ESTABELECIMENTO DE
FRANQUIAS NO SERVIÇO DE BANDA LARGA FIXA COM A LEI DO
MARCO CIVIL DA INTERNET.**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel em
Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

Prof. Dr. Márcio Nunes Iorio Aranha Oliveira
Orientador

Dr. Alexandre Pereira Pinheiro
Membro da banca

Dr. Edmundo Belarmino Ribeiro dos Anjos
Membro da banca

Prof. Dr. Othon de Azevedo Lopes
Membro suplente da banca

Brasília, 29 de novembro de 2016

Agradecimentos

Agradeço primeiramente a Deus, Pai da vida, que me deu forças para concluir este trabalho.

Dedico este trabalho aos meus pais, Manoel e Maria da Glória, por todo o esforço dedicado aos meus estudos. Sem vocês, eu não conseguiria chegar até aqui.

Às minhas queridas irmãs Manoela e Elaine, que sempre acreditaram em mim e me impulsionaram para chegar ao meu objetivo. À minha sobrinha Brenda, pela companhia e apoio. Aos meus cunhados Paulo Tiago e Pedro pela força.

Aos meus tios, primos e familiares pela convivência e apoio.

Ao meu amigo Hilton, que sempre me incentivou para essa conquista.

À minha pastora Luzia Maria da Costa, que me ensinou os primeiros passos da fé que me fizeram chegar ao que sou hoje.

Ao meu amigo Vitor Elisio, que me acolheu em Brasília e me deu apoio para conquistar o meu objetivo.

Aos meus pastores Reginaldo e Elza, que me receberam com carinho e são referenciais para minha vida.

Aos meus colegas da SCD, que me ajudaram a desenvolver esse trabalho. Em especial ao Rodolfo e ao Cláudio Silva pelas consultorias.

Ao Prof. Dr. Marcio Iorio Aranha, pela prontidão e dedicação em fazer a orientação deste trabalho.

A todos os meus amigos que contribuíram para essa conquista.

Muito obrigado!

André Vinícius Nunes Silva

RESUMO

A presente pesquisa discute a compatibilidade do estabelecimento de franquias de dados no Serviço de Comunicação Multimídia (serviço de banda larga fixa brasileiro) com a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, conhecida como o Marco Civil da Internet. A teoria de Charles Eisenmann sobre o princípio da legalidade e a visão de Alexandre Santos de Aragão sobre a legalidade principiológica são apresentadas e discutidas, bem como as diferentes concepções sobre a aplicabilidade do princípio da legalidade à atuação da Administração Pública. Ademais, esta pesquisa analisa as dimensões e os limites do poder normativo das agências reguladoras, as quais foram criadas durante o processo de reestruturação do Estado Brasileiro para regular determinados setores da economia, focando-se o histórico da internet e a sua importância para a sociedade atual, bem como as naturezas jurídicas do Serviço de Conexão à Internet e do Serviço de Comunicação Multimídia - SCM, o qual serve como um suporte essencial para o acesso à banda larga fixa. O marco regulatório do SCM é então comparado com os fundamentos, princípios e objetivos do Marco Civil da Internet. Finalmente, os argumentos favoráveis e contrários ao estabelecimento de franquias de dados na banda larga fixa são examinados e detalhados, com uma avaliação final sobre o tema.

Palavras-chaves: FRANQUIAS NO SERVIÇO DE BANDA LARGA FIXA; SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO MULTIMÍDIA; SERVIÇO DE CONEXÃO À INTERNET; MARCO CIVIL DA INTERNET; PRINCÍPIO DA LEGALIDADE; PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS.

ABSTRACT

This study discusses the compatibility of establishing broadband data limits at the Multimedia Communication Service (the Brazilian service of fixed broadband), according of the Law no.12,965, of April 23rd, 2014, known as the Brazilian Civil Rights Framework for the Internet. The theory of Charles Eisenmann on the legality principle and Alexandre Santos de Aragão's proposal of principled legality are described and criticized as well as conceptions about the legality principle applicability on the Public Administration procedures. Also, this study analyzes the dimensions and boundaries of the normative power of the regulatory agencies, which were established amid the Brazilian State restructuring process to regulate certain sectors of the economy, focusing on internet history and its importance to the modern society, as well as the legal nature of the Internet Service Provider and the Multimedia Communications Service (Portuguese acronym SCM), which serve as an essential facility for the access to the fixed broadband service. The regulatory framework of SCM is then compared to the underpinnings, principles and foreseen goals of the Brazilian Civil Rights Framework for the Internet. Finally, the favorable and unfavorable assertions regarding fixed broadband data limits are scrutinized and detailed, with a final evaluation on the subject.

Key-words: FIXED BROADBAND DATA LIMITS; MULTIMEDIA COMMUNICATIONS SERVICE; INTERNET SERVICE PROVIDER; BRAZILIAN CIVIL RIGHTS FRAMEWORK FOR THE INTERNET; LEGALITY PRINCIPLE; NORMATIVE POWER OF THE REGULATORY AGENCIES.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Gráfico 1 – Número de autorizações de SCM.....	40
--	----

LISTA DE SIGLAS

ABRINT - Associação Brasileira de Provedores de Internet e Telecomunicações
ADIn – Ação Direta de Inconstitucionalidade
ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações
CDC – Código de Defesa do Consumidor
CGI - Comitê Gestor da Internet
EESPTs - Entidades Exploradoras de Serviços Públicos de Telecomunicações
LGT – Lei Geral de Telecomunicações
Mbps: Megabite por segundo
MB – Megabyte
MHz – Mega-hertz
GB - Gigabyte
MCT - Ministério da Ciência e Tecnologia
PSCI - Provedor de Serviço de Conexão à Internet
RNP - Rede Nacional de Ensino e Pesquisa
SAC - Serviço de Atendimento ao Consumidor
SCM – Serviço de Comunicação Multimídia
SENACON/MJC – Secretaria Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça e Cidadania
SINDITELEBRASIL – Sindicato Nacional das Empresas de Telefonia e de Serviço Móvel Celular e Pessoal
SMP – Serviço Móvel Pessoal
SPV – Superintendência de Serviços Privados
SRC - Superintendência de Relações com Consumidores
STF – Supremo Tribunal Federal
STFC – Serviço Telefônico Fixo Comutado
SVA - Serviço de Valor Adicionado

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E A SUBORDINAÇÃO DOS ATOS DA ADMINISTRAÇÃO À LEI	13
1.1.As concepções de Charles Eisenmann sobre o princípio da legalidade	13
1.2.A visão de Alexandre Santos de Aragão sobre a legalidade principiológica.....	19
2.O PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS	22
2.1.A discussão acerca do cabimento dos regulamentos autônomos no Brasil	22
2.2.A extensão e os limites do poder normativo das agências reguladoras	24
2.2.1.O argumento da deslegalização	25
2.2.2.O argumento da competência normativa inerente ao modelo regulatório	26
2.2.3.O argumento da discricionariedade	26
2.3.Extensão do poder normativo das agências reguladoras	27
2.4.Limites ao poder normativo.....	28
2.5.O poder normativo da Anatel.....	29
3.O SERVIÇO DE BANDA LARGA FIXA.....	32
3.1.Histórico da internet	32
3.2.O Serviço de Conexão à Internet.....	35
3.3.Conceito e natureza jurídica do SCM.....	37
4.NORMA DA ANATEL SOBRE FRANQUIA DA BANDA LARGA FIXA E A LEI DO MARCO CIVIL DA INTERNET	41
4.1.Norma da Anatel sobre franquia da banda larga fixa	41
4.2.Fundamentos, princípios e objetivos da Lei do Marco da Internet	44
4.2.1.Fundamentos da Lei do Marco Civil da Internet	44
4.2.1.1.Fundamentos da livre iniciativa, da livre concorrência e da defesa do consumidor.....	45
4.2.1.2.Fundamento da finalidade social da rede.....	45
4.2.2.Princípios da Lei do Marco Civil da Internet.....	46
4.2.2.1.Princípio da neutralidade de rede.....	46
4.2.2.2.Princípio da liberdade dos modelos de negócios	48
4.2.3.Objetivos da Lei do Marco Civil da Internet	48
4.2.4.Critérios para interpretação da Lei do Marco Civil da Internet	49
4.2.5.Direitos e garantias dos usuários.....	49
5.AVALIAÇÃO DO ESTABELECIMENTO DE FRANQUIAS NO SERVIÇO DE BANDA LARGA FIXA.....	51
5.1.Teses favoráveis ao estabelecimento de franquias no serviço de banda larga fixa	51
5.2.Questionamentos quanto ao estabelecimento de franquias no serviço de banda larga fixa	55
5.3.Avaliação sobre a compatibilidade da franquia da banda larga fixa com a Lei do Marco Civil da Internet.....	59
5.3.1.A competência da Anatel para decisão acerca da franquia da banda larga fixa	60
5.3.2.Da viabilidade jurídica do estabelecimento da franquia	61
5.3.3.A impossibilidade do bloqueio da conexão à internet.....	62
5.3.4.Da extensão do regime público para o SCM	63
5.3.5.Da necessidade de ajustes à norma regulamentar da Anatel	65
CONCLUSÃO	66
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	68

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem por objeto verificar a (in)compatibilidade jurídica do estabelecimento de franquias no serviço de banda larga fixa com a Lei do Marco Civil da Internet.

O estabelecimento de franquias no serviço de banda larga fixa por prestadoras do serviço motivou intenso debate no seio da sociedade brasileira. A internet é cada vez mais presente na vida das pessoas e tornou-se um relevante instrumento de comunicação e participação social. Assim, a limitação ao uso do serviço de banda larga fixa gerou grande descontentamento entre os usuários e questionamentos quanto à legalidade dessa prática¹.

Torna-se importante, portanto, esclarecer se o estabelecimento de franquias no serviço de banda larga fixa é compatível com a Lei do Marco Civil da Internet. É oportuno também verificar se a Anatel, no âmbito de seu poder normativo, pode regular a matéria no sentido de permitir o estabelecimento de limites de franquia.

Embarará a presente pesquisa a teoria do autor francês Charles Eisenmann acerca do princípio da legalidade. Segundo esse autor, há quatro possíveis visões de se conceber a subordinação dos atos da Administração à lei. De acordo com a primeira visão, “a Administração pode praticar todos os atos que não sejam contrários à lei”. Conforme a segunda visão, “a Administração pode praticar os atos que uma norma legal a autorize, a habilite a fazer”. Consoante a terceira visão, “somente são permitidos à Administração os atos cujo conteúdo seja conforme a uma hipótese abstrata fixada por uma norma legislativa”. Na quarta visão, “a Administração só pode praticar atos que a lei lhe ordena fazer”. (EISENMANN, 1982, p. 463)

Partindo-se destas concepções, analisar-se-á a adequação delas à realidade da Administração Pública brasileira, com o fim de classificar o nível de densidade

¹ Segundo noticiado pela EBC em 13 abril de 2016, o estabelecimento de franquia na internet gerou reações contrárias de associações de defesa do consumidor, organizações da sociedade civil e de usuários nas redes sociais. Conforme informado pela EBC, uma petição *online* no site da Avaaz contra o limite de franquia de dados da banda larga fixa contava com cerca de 700 mil assinaturas. (Empresa Brasileira de Comunicação. Usuários protestam contra limites de franquia para internet fixa; saiba o que muda. Disponível em: < <http://ebc.com.br/cidadania/2016/04/operadoras-pacote-de-banda-larga-da-internet-fixa> > Acesso em: 17 set. 2016).

normativa exigido para a atuação infralegal do Poder Executivo e mais especificamente da Anatel.

Também servirá como base desta pesquisa a visão do autor Alexandre Santos de Aragão acerca da “legalidade principiológica”, a qual, segundo o autor, significa que “o mínimo de densidade normativa que as leis devem possuir para atribuir poderes à Administração Pública consiste em habilitações normativas calcadas em princípios e valores” que possibilitem o controle da atuação da Administração. (ARAGÃO, 2004a, p. 62)

Nesse contexto, propõe-se o seguinte problema de pesquisa: o estabelecimento de limites de franquia para o serviço de banda larga fixa, com a redução da velocidade ou bloqueio do acesso ao serviço após o esgotamento da franquia, viola os dispositivos da Lei do Marco da Internet, sob o ponto de vista da segunda concepção aventada por Charles Eisenmann acerca do princípio da legalidade, bem como da concepção de Alexandre Santos de Aragão sobre a legalidade principiológica?

A pesquisa, ao enfrentar a pergunta proposta, se valerá das normas sobre o serviço de banda larga fixa, da Lei do Marco Civil da Internet e das teses jurídicas favoráveis e contrárias ao estabelecimento de franquias nesse serviço no Brasil.

Adota-se como hipótese desta pesquisa o entendimento de que o estabelecimento de franquias no serviço de banda larga fixa não viola os dispositivos da Lei do Marco Civil da Internet, estando tal medida dentro das competências da Anatel, sob o ponto de vista da segunda concepção aventada por Charles Eisenmann acerca do princípio da legalidade, bem como da concepção de Alexandre Santos de Aragão sobre a legalidade principiológica.

Para fins de organização desta pesquisa, será adotada a seguinte subdivisão. O capítulo 1 tratará sobre o princípio da legalidade e a subordinação dos atos da Administração Pública à lei, considerando as diversas concepções de Charles Eisenmann sobre o tema e a visão de Alexandre dos Santos Aragão sobre a legalidade principiológica.

Em seguida, o capítulo 2 discutirá o poder normativo das agências reguladoras, considerando as posições doutrinárias sobre o assunto. Tal capítulo abordará a extensão do poder normativo das Agências, sobretudo da Anatel, frente aos limites impostos pelo princípio da legalidade.

O capítulo 3 fará um breve histórico da internet e tratará do conceito, da previsão normativa e da natureza jurídica do serviço de banda larga fixa, por meio da análise da legislação e da regulamentação do serviço, e tem por objetivo caracterizar e situar o serviço de banda larga fixa no mundo jurídico.

Após, o capítulo 4 evidenciará as normas editadas pela Anatel que tratam da possibilidade de estabelecimento de franquias para o serviço de banda larga fixa, bem como os principais princípios e diretrizes da Lei do Marco Civil da Internet, destacando o dispositivo que prevê a possibilidade de suspensão da conexão à internet.

Na sequência, o capítulo 5 apresentará as teses jurídicas favoráveis e contrárias ao estabelecimento de franquias no serviço de banda larga fixa. A partir do cotejamento dessas teses, será feita uma avaliação acerca da compatibilidade jurídica do estabelecimento de franquias no serviço de banda larga fixa com a Lei do Marco Civil da Internet, a qual terá como parâmetro a teoria do autor Charles Eisenmann e a visão do autor Alexandre Santos de Aragão.

Por fim, far-se-á uma conclusão sobre a (in)compatibilidade da franquia da banda larga fixa com a Lei do Marco Civil da Internet.

1. O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E A SUBORDINAÇÃO DOS ATOS DA ADMINISTRAÇÃO À LEI.

Não há grande discussão acerca da necessidade de embasamento legal para a edição dos atos concretos e normativos pela Administração Pública². O debate concentra-se no tocante ao nível de densidade normativa que as leis devem possuir para que possam conceder poderes à Administração. Discute-se até que medida a lei deve prever os conteúdos dos atos a serem praticados pela Administração Pública e até que ponto pode conceder liberdade à Administração para fixar direitos e obrigações.

1.1. As concepções de Charles Eisenmann sobre o princípio da legalidade

O autor francês Charles Eisenmann elenca quatro possíveis concepções acerca do princípio da legalidade e da subordinação dos atos da Administração Pública à lei.

Eisenmann, na primeira concepção, destaca que “a Administração pode praticar todos os atos que não sejam contrários à lei, isto é, que não sejam proibidos por normas legislativas” (EISENMANN, 1982, p. 463). Nesta concepção, a Administração Pública, na inexistência de normas legais que a obrigue a fazer ou a deixar de fazer algo, tem liberdade para atuar. A legalidade seria uma relação de não-contrariedade com a lei.

Conforme a segunda concepção, Eisenmann propõe que “a Administração pode praticar os atos que uma norma legal a autorize, a habilite a fazer” (EISENMANN, 1982, p. 463). Nesta perspectiva, a Administração não possui liberdade na ausência de lei, mas basta que esta lhe atribua a competência. Prestigia-se, portanto, a existência de habilitação formal para o exercício de competência para a realização de determinados fins.

² Segundo Hely Lopes Meirelles, “na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza” (MEIRELLES, 2012, p. 89). Já para Celso Antônio Bandeira de Mello, “a lei, ou, mais precisamente, o sistema legal é o fundamento de toda e qualquer ação administrativa. (MELLO, 2013, p. 79).

De acordo com a terceira concepção, Eisenmann ressalta que “somente são permitidos à Administração os atos cujo conteúdo seja conforme a uma hipótese abstrata fixada por uma norma legislativa” (EISENMANN, 1982, p. 463). Nesta visão, a Administração só poderia emitir os atos que se esteiem em norma legal, não apenas habilitadora, mas predeterminante do conteúdo dos atos a serem praticados.

Quanto à quarta concepção, em acréscimo à visão anterior, Eisenmann salienta que “a Administração só pode praticar atos que a lei lhe ordena fazer” (EISENMANN, 1982, p. 463). Para esta concepção, a Administração deve estar apoiada em norma legal que esgote o conteúdo dos atos a serem tomados, que também deve determinar (não apenas facultar) a sua prática. Ademais, todas as competências da Administração Pública só poderiam ser vinculadas.

Partindo-se da primeira até a quarta concepção, verifica-se uma crescente limitação dos atos administrativos pela lei. Enquanto, na primeira visão, a Administração pode praticar todos os atos não vedados pela legislação, na quarta visão, só é permitido a ela praticar os atos cujo conteúdo esteja totalmente previsto por lei.

A partir das concepções do princípio da legalidade enunciadas por Eisenmann, buscar-se-á analisar a aplicabilidade de cada uma delas no ordenamento jurídico brasileiro, tendo por base as diversas posições doutrinárias.

Segundo Alexandre Santos de Aragão, a primeira concepção seria inviável

por igualar a liberdade de atuação da Administração Pública àquela dos indivíduos, e, no choque entre estas duas liberdades, a esfera de autonomia dos indivíduos se veria, em razão da imperatividade dos atos da Administração Pública, reduzida a limites aquém daqueles que devem decorrer do Estado de Direito - que resguarda os indivíduos contra a vontade unilateral das autoridades administrativas. (ARAGÃO, 2004a, p. 52)

Guido Zanobini (1955) também critica a que seria a primeira aceção referida por Eisenmann, que, para ele, peca pelo excesso da reação contra a visão meramente executiva da Administração Pública. Para Zanobini, não é plausível que a Administração Pública, a exemplo dos particulares, possa fazer tudo o que não esteja vedado em lei, já que para eles a lei é uma vontade externa, ao passo que para a Administração é uma vontade interna ao Estado do qual faz parte, o que geraria uma iniquidade na relação entre os particulares e a Administração Pública/Estado, sujeitando aqueles totalmente à vontade desta.

Conforme Zanobini (1955), para os particulares, como a lei a eles é externa, deve-se, em respeito às suas liberdades, permitir tudo o que por elas não é mediata ou imediatamente restringido. Já a Administração, sendo o próprio Estado na persecução dos seus fins, só pode fazer o que a lei permite, seja vinculada ou discricionariamente: a lei - o próprio Estado - pode determinar à Administração tanto os fins a serem alcançados e também os meios para persegui-los, como pode estabelecer apenas aqueles, deixando para a Administração - não mera executora - a escolha dos meios.

Para Aragão, a quarta concepção enunciada por Eisenmann também seria inviável, porém por razões opostas, “já que impediria qualquer esfera de apreciação própria da Administração Pública em um Estado social de Direito, que possui múltiplas e complexas atribuições, a serem exercidas em um contexto de grande dinamismo”. (ARAGÃO, 2004a, p. 52)

Corroborando tal entendimento, Marçal Justen Filho (2013) enfatiza que, caso o princípio da legalidade obstasse a atribuição de funções normativas complementares para a Administração Pública, ficaria inviável o instituto da discricionariedade, a qual é a forma de disciplina normativa da atividade administrativa que consiste em conferir o dever-poder de tomada de decisão conforme a ponderação da melhor resolução possível para o caso concreto, desde que obedecidos os limites colocados pelo ordenamento jurídico.

Segundo Gustavo Binenbojm (2008), a atividade administrativa não se restringe à simples aplicação mecânica da lei. O referido autor acrescenta que as lacunas deixadas pela lei a serem preenchidas pelo administrador já comprometeriam a noção de que a Administração não atua por vontade própria, senão que se reduz a aplicar a vontade expressa pelo legislador.

De acordo com Aragão, a discussão acerca da aplicabilidade do princípio da legalidade no direito brasileiro centra-se na segunda e na terceira concepções aventadas por Eisenmann, “que vêem o princípio da legalidade como impositivo de uma relação de conformidade da Administração Pública com a lei”. (ARAGÃO, 2004a, p. 52)

Como destaca Aragão (2004a), pela terceira concepção, a Administração Pública supostamente não criaria direitos e obrigações, os quais já estariam

previamente previstos em lei, mas somente descreveria, mesmo com alguma margem de discricionariedade, o modo como deveriam ser concretizados.

Odete Medauar (2003), ao tratar sobre a terceira concepção exposta por Eisenmann, afirma que tal concepção expressa uma posição rígida do princípio da legalidade e representa a ideia de Administração apenas executora da lei. A autora assevera que não é mais possível entender que a Administração possua somente este encargo. Acrescenta que a aludida concepção do princípio da legalidade não prevalece na maior parte da atividade administrativa, ainda que no exercício do poder vinculado possa existir decisões semelhantes a atos concretizadores de hipóteses normativas abstratas.

Guido Zanobini questiona o entendimento de que a Administração Pública constitui um poder apenas “executivo”, já que a ela não compete simplesmente “executar e implementar a norma jurídica, mas sim, o que é profundamente diverso, satisfazer os interesses coletivos”. (ZANOBINI, 1955, p. 203)

Da mesma forma, Marcelo Figueiredo Santos (2005) ressalta que, embora condicionada pelo Direito, a Administração Pública não se afigura como mera executora de leis, mas desempenha um papel mais amplo, tendo como limite o ordenamento jurídico, e não mais a lei em sentido estrito.

Quanto à segunda concepção, Aragão (2004a) ressalta que seria suficiente haver leis autorizativas da atividade administrativa, as quais, sem chegar a predefinir o conteúdo dos direitos e obrigações, permitem à Administração Pública adotar uma entre diversas ações possíveis, como, por exemplo, tomar todas as providências necessárias para atingir os objetivos “x”, “y” e “z”.

Segundo Odete Medauar (2003), a segunda concepção aventada por Eisenmann expressa a necessidade de habilitação legal para que a Administração possa praticar seus atos. Assim, a Administração deve embasar suas decisões em um dispositivo legal. Conforme a referida autora, essa visão é mais adequada à maior parcela das atividades da Administração brasileira. Contudo, a autora lembra que o significado contém gradações, sendo a habilitação legal, por vezes, somente norma de competência, ou seja, norma que concede poderes para tomar certas medidas, dotando a autoridade de margem de escolha no que tange ao conteúdo da medida; por vezes, o

fundamento legal exprime uma vinculação estrita do conteúdo do ato ao conteúdo da norma ou às hipóteses ali elencadas.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2013) ressalta que a legalidade na Administração não se reduz à inexistência de afronta à lei, mas pressupõe autorização dela, como requisito para a sua ação. Para ele, o sistema legal é o fundamento jurídico de toda ação administrativa.

Conforme Charles Eisenmann (1959), quando se fala da legalidade dos atos administrativos, pode-se pensar em duas relações diferentes, as quais correspondem duas noções do princípio de legalidade, uma delas podendo ser chamada de mínima, e a outra, de máxima. Acrescenta o autor que, de acordo com a noção mínima, a legalidade é uma relação de não-contrariedade, de não-incompatibilidade, ou, positivamente, de compatibilidade. Já consoante a noção máxima, a legalidade é uma relação de conformidade.

Eisenmann (1959) conclui que o princípio de compatibilidade facultará à Administração fazer tudo aquilo que não lhe seja proibido por lei. Acrescenta que o princípio de conformidade não lhe permitirá fazer o que não lhe for autorizado por esta mesma lei. Arremata dizendo que a ausência de lei referente a um ato, que garante, a princípio, sua não-contrariedade, exclui, por outro lado, a sua conformidade.

Segundo Eisenmann (1959), a necessidade de uma relação de conformidade liga a Administração e seus atos à legislação de maneira muito mais rígida do que uma relação de compatibilidade. O autor destaca ainda que, no sistema de conformidade, a Administração somente pode atuar após uma intervenção do legislador que tenha traçado o modelo de suas ações futuras. Acrescenta que, no sistema de compatibilidade, a Administração pode atuar na ausência de qualquer modelo.

José Manuel Sérvulo Correia (1987) menciona a distinção feita por Charles Eisenmann sobre as concepções do princípio da legalidade da seguinte forma: *a*) não-contrariedade (compatibilidade, preferência da lei ou legalidade-limite), ou seja, a exigência de a ação administrativa não poder entrar em contradição com uma lei, apesar de não necessariamente haver de nela ter um esteio; e *b*) conformidade (reserva de lei ou legalidade-fundamento), que, além da não-contradição, exige que a

Administração atue com respaldo em alguma lei, de forma que os seus atos sempre consistam de alguma forma na aplicação de preceitos legais (ou, naturalmente, constitucionais).

Conforme Correia (1987), esta conformidade subdivide-se, podendo reduzir-se à *(b.1)* mera legalidade formal, pela qual basta a existência de normas que visem regular a produção jurídica do ato, concedendo poderes para a sua edição, não sendo necessária a *(b.2)* legalidade material, por força da qual a lei já predetermina parte ou todo o conteúdo dos atos a serem praticados pela Administração Pública.

Fernando Vernalha Guimarães (2003), por sua vez, leciona que, partindo-se de um núcleo mínimo de densidade normativo-legal, a variação de intensidade quanto à densidade de normatividade jurídica de conformação implica o advento de um rol extenso de feições da legalidade de conformação.

Na classe das relações de conformidade, Guimarães (2003) – utilizando a terminologia adotada por Sérvulo Correia - estabelece uma dicotomia entre legalidade formal e legalidade substancial ou material, referindo-se à primeira como o estabelecimento de uma base mínima de legalidade para a atuação administrativa, consistente na regulação normativo-legal da produção jurídica do ato, na concessão de poderes para sua edição. Guimarães acrescenta que a legalidade substancial alude à necessidade de prescrição normativa do conteúdo do ato. Observa que, enquanto no campo da conformidade formal a norma jurídica habilitante se limita a conferir uma conformação da produção jurídica do ato, na conformação material, o estatuto normativo conformará a disciplina própria do ato por meio de uma graduação específica de conformação, cujo grau de conformação oscilará de acordo com a densidade-abertura.

Aragão (2004a), contudo, adverte que a legalidade formal não será apenas formal, vez que a lei habilitadora da Administração Pública ou o ordenamento jurídico não de condicionar o conteúdo dos atos a serem produzidos pela Administração Pública.

Charles Eisenmann (1982) admite que dificilmente poderá ser aplicado o critério da legalidade substancial em uma versão extrema (de máxima densidade normativa das leis), porque pressupõe que apenas a lei cria direitos e obrigações, esquecendo que, na verdade, todo e qualquer regulamento possuirá em determinada

medida, sob pena da sua inutilidade, algum papel criativo em relação à lei. Esta posição é contestada por José Manuel Sérvulo Correia (1987), para quem a assertiva levaria ao fim da diferença entre regulamentos de execução e independentes, já que inexistiriam aqueles. Para Sérvulo Correia, o regulamento de execução é, então, aquele que, ainda que com alguma possibilidade criativa, tem uma relação de derivação lógica da lei, propiciando que a lei seja aplicada de forma segura e uniforme.

Leila Cuéllar (2001) ressalta que uma parte da doutrina brasileira acrescenta ao conceito de poder regulamentar a exigência de sua vinculação a lei anterior, sustentando existirem no Brasil apenas regulamentos executivos. A referida autora acrescenta que, para estes autores, a competência regulamentar abrange o exercício de uma função normativa subordinada, significando a elaboração de normas em atendimento a uma norma anterior e determinada.

Como destaca Leila Cuellar (2001), segundo estes autores, o princípio da legalidade exige o fiel cumprimento das leis e o impedimento de inovação no Direito Brasileiro pelo regulamento.

Caio Tácito (1953) acentua igualmente a natureza vinculada do poder regulamentar, sempre subordinado à lei, mas apresenta um entendimento mais dilatado do poder regulamentar, ao aduzir que regulamentar não significa apenas reproduzir detalhadamente a lei, mas complementá-la, conforme o seu espírito e o seu conteúdo, principalmente nos aspectos que a lei confere ao âmbito regulamentar.

1.2. A visão de Alexandre Santos de Aragão sobre a legalidade principiológica

Partindo da pirâmide normativa de Kelsen, Aragão (2004a) constata que todo ato da Administração Pública está amparado em um ato superior, geralmente uma lei. Domingo J. Sesín (1994) salienta, por outro lado, que toda passagem de uma norma superior para uma norma inferior implica o preenchimento de uma lacuna, observados os limites impostos pelas normas de patamar superior. Sesín destaca que, nessa passagem, há um espaço criativo que deve ser exercido pelo administrador ou pelo juiz. O autor considera que, nessas duas funções, existe uma margem de apreciação, a qual está limitada por uma norma anterior.

Para Aragão (2004a), a lei não necessita dispor previamente os elementos das relações jurídicas, não sendo necessário que ela fixe os direitos e obrigações, os quais teriam, segundo sustenta a doutrina mais tradicional-liberal, somente a forma do seu mero exercício definida pelos regulamentos de execução.

Aragão integra a corrente daqueles para quem basta a habilitação legal dos poderes da Administração Pública, sem que a lei precise adentrar na matéria a ser regulada pela Administração Pública. Segundo o referido autor, ocorre uma relação de 'heterointegração' entre a lei e os regulamentos, o que traz reflexos sobre a interpretação das fontes, tendo em conta o papel integrador atribuído pela lei às fontes secundárias.

No mesmo sentido, Marçal Justen Filho (2013), embora saliente que as decisões administrativas devam se submeter às normas legislativas, defende que deve haver um mecanismo de derivação lógica, o que não significa a obrigatoriedade de abrangência da norma administrativa naquela de cunho legal. O autor ainda menciona que deve existir compatibilidade entre a norma administrativa e a norma legal relativamente a conteúdo, espírito e finalidade. Acrescenta que essa compatibilidade corresponde à possibilidade de transportar o regramento contido na norma administrativa para aquele previsto na lei.

Para Marcelo Figueiredo Santos (2005), a Administração Pública pode praticar tudo o que a lei lhe habilita em maior ou menor detalhamento.

Conforme Aragão (2004a), não bastaria apenas a previsão legal da competência da Administração Pública de expedir normas sobre determinado tema. Segundo ele, faz-se necessário que a lei preveja ainda princípios, finalidades, políticas públicas ou *standards* que possibilitem o controle do regulamento, uma vez que a concessão de poder normativo sem o estabelecimento de parâmetros para o seu exercício não estaria de acordo com o Estado Democrático de Direito, o qual prestigia o controle de todos os atos estatais.

Tomando por referência a nomenclatura de José Manuel Sérvulo Correia, Aragão (2004a) afirma que não adota nem uma legalidade meramente formal, que não propicia o controle do conteúdo dos atos, nem uma legalidade substancial de demasiada densidade normativa, a qual impõe que a lei disponha ao menos parte do conteúdo dos atos a serem emitidos, o que muitas vezes não se coaduna com a

dinâmica da atuação administrativa, sobretudo quando trata com subsistemas sociais de grande mutabilidade, como a economia e a ciência.

Aragão (2004a) propõe que seja superada a separação rígida entre as duas posições extremas de conformidade legal, defendendo que o mínimo de densidade normativa que as leis devem deter para conceder poderes à Administração Pública consiste em habilitações normativas baseadas em princípios e valores.

Aragão (2004a) ressalta que a isto poderiam ser dados os nomes de legalidade formal axiológica, legalidade material leve ou (o que prefere ele) legalidade principiológica, com o sentido de que as concessões de poderes pela lei devem estar ligadas a princípios que permitam o seu controle. Cuida-se, portanto, de uma visão neopositivista do Princípio da Legalidade decorrente de um sistema constitucional principialista.

Aragão (2004a) frisa que a concepção do princípio da legalidade e do poder normativo da Administração Pública que considera ser aplicável no Estado contemporâneo, por um lado, não reduz os regulamentos à mera reprodução de preceitos previamente fixados em lei, e, por outro, não os limita ou potencializa somente pela Lei que estiverem regulamentando, mas pelo ordenamento jurídico como um todo.

Semelhante posição é defendida por Lúcia Valle Figueiredo (1998), a qual destaca que o princípio da legalidade é mais amplo que a mera submissão do administrador à lei, pois aquele, necessariamente, deve estar sujeito também ao Direito, ao ordenamento jurídico e às normas e princípios constitucionais.

Considerando todo o exposto, a presente pesquisa buscará avaliar se o estabelecimento de franquias no serviço de banda larga fixa viola a Lei do Marco Civil da Internet, tendo por base a segunda concepção do princípio da legalidade proposta por Charles Eisenmann - segundo a qual basta que haja uma norma legal habilitadora para que a Administração Pública possa atuar - e a visão defendida por Alexandre de Santos Aragão acerca da legalidade principiológica - a qual propugna que as leis que conferem poderes à Administração Pública devem prever princípios que permitam controlar a atuação desta.

2. O PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Constatada a aplicabilidade do princípio da legalidade aos atos da Administração Pública em geral, passa-se a analisar a extensão e os limites do poder normativo das agências reguladoras.

A criação dessas agências no Brasil verificou-se a partir da segunda metade da década de 1990, em decorrência do processo de reforma do Estado ocorrido naquele período, o qual promoveu a privatização de diversos setores da economia, tais como energia elétrica, telecomunicações e petróleo.

A instituição desses entes reguladores deu-se em um momento em que ocorria a mudança do Estado Social para o Estado Regulador. Ou seja, o Estado deixou de prestar diretamente diversos serviços públicos e concedeu a prestação desses serviços para a iniciativa privada, voltando as suas atividades para a regulação e fiscalização do fornecimento de tais serviços.

Tal reforma buscou, portanto, o estabelecimento de um Estado mais enxuto, porém mais robusto e eficiente.

Conforme ressalta Leila Cuéllar (2008), verificou-se uma tendência ao fortalecimento do modelo de regulação independente, embora o órgão regulador não possuísse a exclusividade da regulação em um determinado setor. Nesses casos, a competência passou a ser compartilhada entre a autoridade independente e o órgão administrativo competente. A autora lembra, contudo, que a formulação de políticas públicas ficou sob a responsabilidade dos órgãos superiores da Administração Central e do Poder Legislativo.

2.1. A discussão acerca do cabimento dos regulamentos autônomos no Brasil

Paralelamente ao debate sobre o poder normativo das agências reguladoras, existe a discussão acerca do cabimento ou não do regulamento autônomo no Brasil.

Os autores que advogam o não cabimento do regulamento autônomo, como Oswaldo Aranha Bandeira de Mello e Geraldo Ataliba³, sustentam, em síntese, que, de acordo com o art. 84, IV, da Constituição Federal, somente é permitido no ordenamento pátrio o regulamento de execução, o qual visa dar fiel cumprimento às leis, não podendo inovar a ordem jurídica, e cuja competência pertence apenas ao Chefe do Poder Executivo. Para estes autores, a atividade regulamentar abrange o exercício de uma atribuição normativa subordinada, tendo como significado a produção de normas em atendimento a uma norma prévia e certa.

Já os autores que defendem o cabimento do regulamento autônomo no Brasil, como Clenício da Silva Duarte e Bonifácio Fortes⁴, argumentam que a emissão de tal regulamento justifica-se em função do poder discricionário, bem como em face da necessidade de cumprimento das finalidades do Estado. Observam, porém, que a emissão de regulamentos autônomos só é cabível em hipóteses de omissão legislativa e em que não haja vedação constitucional.

De acordo com Leila Cuéllar, “a doutrina brasileira majoritária entende que a Constituição Federal de 1988 admite unicamente a existência de regulamentos de execução no Direito Brasileiro” (CUÉLLAR, 2001, p. 47).

Cabe ressaltar, ainda, que há autores que defendem a existência de uma terceira espécie de regulamento – o regulamento de complementação -, o qual teria o objetivo de complementar as diretrizes básicas traçadas pela lei.

Tércio Sampaio Ferraz Júnior considera que, entre os regulamentos de execução e os autônomos, o Direito Constitucional brasileiro admite

os regulamentos de complementação, que exigem do Legislativo o estabelecimento explícito das normas gerais, dos princípios e dos critérios diretores, sob cuja égide ocorrerão especificações de natureza executiva que não apenas particularizam o conteúdo das normas gerais, mas, de algum modo, criam regras dentro das linhas fixadas pelo Legislador. (FERRAZ JÚNIOR, 2000, pp. 147-148)

³ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Princípios gerais de Direito Administrativo. Vol. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 354; ATALIBA, Geraldo. Liberdade e poder regulamentar. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, 1980, nº 66, p. 49-50

⁴ DUARTE, Clenício da Silva. Os regulamentos independentes. Revista de Direito Público. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, nº 16, p. 93; FORTES, Bonifácio. O poder regulamentar. Revista Forense. Rio de Janeiro: Forense, 1962, nº 199, p. 377

Alexandre Santos de Aragão (2004b), por sua vez, adota um conceito amplo de “execução”, consistente no desenvolvimento de normas preestabelecidas, pelo qual os regulamentos das agências reguladoras, baseados em *standards*, serão “de execução”, atendendo ao disposto nos arts. 5º, II, e 84, IV, da Constituição Federal.

Aragão (2004b) aduz que o conceito estrito de execução, que não cria qualquer direito ou obrigação, levaria à inviabilidade constitucional de edição de qualquer regulamento, salvo em raríssimas hipóteses. Acrescenta que as atividades do administrador público também são criadoras de Direito, não havendo como se limitarem à mera execução da lei. Conclui que, se adotado o conceito estrito de “execução”, todos os regulamentos seriam autônomos, o que contrariaria o art. 84, IV, CF.

2.2. A extensão e os limites do poder normativo das agências reguladoras

A atribuição de poder normativo às agências reguladoras é objeto de grande discussão na doutrina brasileira, tendo em vista que a concessão de tal competência aos entes reguladores, numa visão mais restritiva, poderia violar os princípios da legalidade e da separação de poderes.

Tendo em isso em conta, vale ressaltar que a competência normativa distingue-se da competência legislativa, sendo esta privativa do Poder Legislativo. Para Eros Grau (1996), de acordo com o critério material, as funções do Estado subdividem-se em normativa, referente à produção de normas jurídicas; administrativa, relativa à execução das normas jurídicas; e jurisdicional, concernente à aplicação das normas. Eros Grau explica que a função legislativa consiste em “emanar estatuições primárias, geralmente – mas não necessariamente – com conteúdo normativo, sob forma de lei”. Por outra via, a função normativa implica a emanção de “estatuições primárias, seja em decorrência do exercício do poder originário para tanto, seja em decorrência de poder derivado, contendo preceitos abstratos e genéricos”. (GRAU, 1996, p. 179-180).

Conforme leciona José dos Santos Carvalho Filho (2013), o Poder Legislativo, ao elaborar as leis, nem sempre possibilita que sejam elas executadas. Caberia, assim, à Administração estabelecer os mecanismos de complementação das leis essenciais a

sua efetiva aplicabilidade, sendo essa a base do poder regulamentar. Poder regulamentar, portanto, seria a atribuição dispensada à Administração Pública de editar atos gerais para complementar as leis e permitir a sua efetiva aplicação.

Em face da criação das agências reguladoras no Brasil e da atribuição de competência normativa a estas agências pelas respectivas leis instituidoras, a doutrina administrativista desenvolveu, ao longo do tempo, vários argumentos no sentido de qualificar e delimitar o poder normativo conferido às agências reguladoras.

2.2.1. O argumento da deslegalização

Um dos argumentos levantados pela doutrina para qualificar o poder normativo das agências reguladoras é o da deslegalização. Conforme Carvalho Filho (2013), devido à crescente complexidade das atividades técnicas da Administração, passou a admitir-se nos sistemas normativos o fenômeno da deslegalização, por meio do qual a competência para regular determinadas matérias se transfere da lei para outras fontes normativas por autorização do próprio legislador.

Segundo o referido autor, tal fenômeno ocorre porque o Poder Legislativo, incapaz de estabelecer a regulamentação sobre certas matérias de alta complexidade técnica, delega ao órgão administrativo a atribuição específica de instituí-la, valendo-se dos especialistas e técnicos mais habilitados para dispor sobre tais assuntos.

Na visão de Carvalho Filho, com a deslegalização, não ocorre transferência do poder legiferante a órgãos ou pessoas da Administração, mas apenas o poder de criar regulamentação sobre matéria de ordem técnica, a qual, por ser bastante particular, não poderia ser disciplinada por lei.

Alexandre Santos de Aragão, por sua vez, observa que “as leis criadoras das agências reguladoras implicam, em princípio, pelo menos em matéria preponderantemente técnica, em deslegalização em seu favor, salvo, logicamente, se delas se inferir o contrário”. (ARAGÃO, 2004b, p. 424)

Para Aragão (2004b), a deslegalização estaria implícita no amplo poder normativo atribuído pelas leis instituidoras às agências reguladoras para desempenhar as suas competências regulando determinado setor da economia, sobretudo em seus

aspectos técnicos, observada a política pública estabelecida pela Lei e pela Administração central.

Após fixar a legitimidade da atribuição de competência normativa às agências reguladoras, Aragão (2004b) salienta que a ingerência da Administração Pública central neste campo normativo redundaria em violação da respectiva norma legal atributiva de competência. O autor realça que, quando a lei conferir específica e expressamente às agências competência normativa e quando esta consistir em detalhamento e implementação normativa das políticas gerais, não será admissível a ingerência da Administração central.

2.2.2. O argumento da competência normativa inerente ao modelo regulatório

Outro argumento que buscou qualificar o poder normativo das agências reguladoras é o de que a competência normativa é inerente ao modelo regulatório.

Conforme Leila Cuéllar (2001), o poder normativo das agências reguladoras deduz-se da competência regulamentar a elas atribuída, a qual não é exercida somente pelo Presidente da República, mas também pelos ministros de Estado e por outros órgãos e entidades da Administração Pública.

Para a referida autora (2008), uma vez estabelecida a política pública de um determinado setor, seja por meio de lei, seja por meio de atos da administração central, cabe à autoridade reguladora independente implementá-la, sendo um dos meios a ela disponíveis a edição de normas jurídicas regulamentadoras.

Segundo Alexandre Santos de Aragão, “a necessidade de descentralização normativa, principalmente de natureza técnica, é a razão de ser das entidades reguladoras independentes” (ARAGÃO, 2004b, p. 380). O autor acrescenta que a competência normativa, abstrata ou concreta, integra o próprio conceito de regulação.

2.2.3. O argumento da discricionariedade

Na visão de Marçal Justen Filho (2002), a competência normativa abstrata das agências reguladoras brasileiras deve ser entendida como manifestação da discricionariedade. O autor esclarece que a discricionariedade não se refere apenas à manifestação de competência para emitir normas concretas, mas também pode se revelar como fundamento para estabelecimento de normas gerais. Dessa forma, a edição de regulamentos administrativos seria o exercício do poder-dever de eleger o caminho mais adequado para a implementação da política pública anteriormente prevista em lei, por meio da competência discricionária conferida por lei a cada uma das agências.

2.3. Extensão do poder normativo das agências reguladoras

Destaque-se que as leis instituidoras das agências reguladoras no Brasil previram, explícita ou implicitamente, a competência normativa das referidas entidades.

De acordo com Alexandre Santos de Aragão (2004b), as leis que atribuem poder normativo às agências reguladoras possuem baixa densidade normativa, com o objetivo de, por meio do estabelecimento de finalidades e parâmetros gerais, propiciar, em maior ou menor grau, a criação de normas setoriais que permitam regular, com agilidade e autonomia, a dinâmica realidade social.

Aragão (2004b) ressalta que as leis instituidoras das agências reguladoras integram a categoria das leis-quadro, atinentes às matérias de complexidade técnica e dos setores sujeitos a mudanças econômicas e tecnológicas.

O aludido autor sustenta que, não obstante a maior ou menor magnitude de poder normativo legalmente outorgado, todas as agências reguladoras possuem competências normativas calcadas em *standards*, ou seja, em expressões dotadas de baixa densidade normativa, por vezes simplesmente habilitadoras, devendo tais agências exercer estas competências com o propósito de concretização das finalidades públicas previstas nas suas respectivas leis.

Aragão (2004b) destaca que as leis com estas características não fornecem maiores elementos por meio dos quais o administrador possa nortear a sua atuação, mencionando genericamente valores morais, políticos e econômicos como utilidade pública, competição no mercado, continuidade dos serviços públicos etc. O autor conclui que tais leis conferem à Administração Pública um grande poder de integração do conteúdo da vontade do legislador, circunscrito aos quadros por este estabelecidos.

O referido autor, contudo, enfatiza que a referência a quadros estabelecidos pela lei, cuja execução cabe à autoridade reguladora, não diz respeito apenas a determinado diploma legal, mas sim a todo o ordenamento jurídico, o qual, segundo ele, é que confere às agências independentes poder regulamentar sobre determinada matéria.

O autor observa, ainda, que é grande o âmbito do poder regulamentar atribuído pelo conjunto do ordenamento jurídico, muitas vezes implicitamente pela própria Constituição. Pondera que, se, por exemplo, a Constituição estabelecer que a Administração Pública deve prestar determinado serviço público (fim), não haveria sentido que esta não pudesse regulamentar a prestação (meio) desse serviço, mesmo não existindo lei ordinária específica.

2.4. Limites ao poder normativo

Constata-se que vários argumentos trazidos pela doutrina, embora distintos, sustentam que é cabível a atribuição de poder normativo às agências reguladoras. Por outro lado, observa-se que os autores também preveem limites ao exercício dessa competência normativa.

Aragão (2004b) salienta que a possibilidade de o poder normativo ser conferido em termos amplos e às vezes implícitos não pode isentá-los dos parâmetros suficientes o bastante para aferir a legalidade e/ou constitucionalidade dos regulamentos. O autor afirma que, se fosse o contrário, não seria possível estabelecer qualquer forma de controle sobre os atos da Administração Pública, o que não se amoldaria ao Estado de Direito.

Segundo Carvalho Filho (2013), é indispensável aferir, em cada caso, se o poder normativo foi regular ou se foi abusivo, em desrespeito aos parâmetros determinados pela lei.

Leila Cuéllar, por sua vez, destaca que o poder normativo das agências reguladoras é adaptado ao ordenamento jurídico brasileiro,

não podendo (i) inovar absoluta, *ab ovo*, na ordem jurídica, (ii) contrariar a lei e o direito, (iii) desrespeitar o princípio da tipicidade, (iv) impor restrições à liberdade, igualdade e propriedade ou determinar alteração do estado das pessoas, (v) ter efeito retroativo (em princípio). (CUÉLLAR, 2001, p. 142)

Cuéllar acrescenta que “a expedição de regulamentos deve ser fundamentada, precisa respeitar a repartição de competências entre os entre da Federação, e se submete a controle pelo Poder Judiciário”. (CUÉLLAR, 2001, p. 142)

Como se pode observar, os autores concordam que os regulamentos produzidos pelas agências reguladoras devem estar de acordo com a lei. Entretanto, verifica-se divergência no tocante ao poder de inovação, no ordenamento jurídico, do regulamento emitido pelas agências. Nesse particular, partilhamos do entendimento de Alexandre Santos de Aragão no sentido de que o regulamento possui poder criativo de Direito, sob pena de ficar limitado a reproduzir os preceitos legais.

2.5. O poder normativo da Anatel

Segundo Aranha (2006), um dos fatores que colaboram para o entendimento da ambientação das agências reguladoras no direito brasileiro é a compreensão de que essas estruturas administrativas teriam maior aptidão a responderem à velocidade de transformação tecnológica do mercado.

Ele observa que não é suficiente tratar a realidade com disposições abstratas colocadas em normas perenes. Lembra que hoje se faz necessário que o Estado trabalhe com a realidade e a direcione gradualmente por meio da fixação de metas variáveis.

Ainda o autor citado frisa que a novidade no modelo das agências não se situa apenas no seu nível de especificidade e autonomia como autarquias especiais, mas também na diferença de finalidade e inserção destas estruturas ante as demandas próprias da conjuntura dinâmica de conformação dos serviços sob controle estatal.

As agências reguladoras podem ser compreendidas no âmbito do Estado Regulador, em que as posições clássicas do *Estado Mínimo* (liberal) e do *Estado Provedor* (intervencionista) dão lugar ao ideal contemporâneo de intervencionismo direto reduzido e intervencionismo indireto ampliado, ou, dito de outro modo, “regulação operacional descentralizada e regulação normativa centralizada e qualificada pela delegação de poderes ao ente regulador”, com a separação dos papéis do controlador e do prestador (ARANHA, 2006, p. 5). Segundo ele, é neste momento que a agência passa a ser vista como a estrutura administrativa capaz de fazer frente às exigências de transformação da política pública regulatória brasileira.

Com o objetivo de estabelecer uma regulação operacional descentralizada ao lado de uma regulação normativa centralizada, o Estado direcionou suas preocupações estruturais para instituições capazes de realizar o preenchimento normativo de diretrizes regulatórias.

Instituída pela Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997 (Lei Geral de Telecomunicações – LGT), como autarquia especial, a Anatel integra a administração federal indireta. O regime autárquico especial conferido à Agência caracteriza-se pela independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, autonomia financeira, estabilidade e mandato fixo de seus dirigentes.

A LGT estabeleceu, em seu art. 19, que cabe à Anatel “adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras”, inclusive para “expedir normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público”, e para “expedir normas sobre prestação de serviços de telecomunicações no regime privado” (BRASIL, 1997). Assim, verifica-se que a LGT conferiu expressamente à Anatel ampla competência normativa sobre diversos assuntos relativos à prestação dos serviços de telecomunicações.

Cabe salientar que o Supremo Tribunal Federal já fixou a legitimidade da atribuição de poder normativo para a Anatel. Em decisão liminar na ADIn nº

1.668/DF, o STF considerou constitucional a habilitação normativa efetuada pelos incisos IV e X do art. 19 da LGT, em favor da Anatel, nos seguintes termos:

(...) nada impede que a Agência tenha funções normativas, desde, porém, que absolutamente subordinadas à legislação, e, eventualmente, às normas de segundo grau, de caráter regulamentar, que o Presidente da República entenda baixar. Assim, (...) entendo que nada pode subtrair da responsabilidade do agente político, que é o Chefe do Poder Executivo, a ampla competência reguladora da lei das telecomunicações. Dou interpretação conforme para enfatizar que os incisos IV e X referem-se a normas subordinadas à lei e, se for o caso, aos regulamentos do Poder Executivo. (BRASIL, 1998)

Tal decisão expressa, portanto, o entendimento de que a competência normativa da Anatel pode ser exercida, desde que em respeito às diretrizes traçadas pela Constituição, pela lei e pelos regulamentos baixados pelo Chefe do Executivo.

3. O SERVIÇO DE BANDA LARGA FIXA

O acesso à banda larga fixa é obtido por meio da prestação do Serviço de Comunicação Multimídia - SCM. Este serviço foi criado pela Resolução Anatel nº 272, de 09/08/2001, caracterizando-se como serviço de interesse coletivo prestado em regime privado.

Como apontado pelo Conselheiro da Anatel, Marcelo Bechara de Souza Hobaika (2013), o contexto de criação desse serviço foi estimulado pelas transformações vivenciadas no setor de telecomunicações à época, resultantes da velocidade das inovações tecnológicas e da materialização da convergência entre serviços.

Conforme ressaltado pelo Conselheiro Marcelo Hobaika (2013), a criação de tal serviço supriu a necessidade de simplificação das regras setoriais, tendente à diminuição da quantidade de serviços de telecomunicações existentes e de suas barreiras à entrada. Em face disso, a regulamentação passou a tratar de maneira mais adequada a convergência que se definia mediante um serviço fixo pelo qual pudesse se oferecer a capacidade de transmitir, emitir e recepcionar informações de qualquer natureza a partir dos diversos meios de telecomunicações.

3.1. Histórico da internet

A internet pode ser conceituada como “o sistema global de redes de computadores que permite a comunicação usuário-a-usuário e a transferência de dados de uma máquina para qualquer outra na rede em todo o mundo”. (HOBAlKA, 2013, p. 14).

A internet teve origem por motivos militares contextualizados no cenário americano à época da Guerra Fria. Segundo Hildebrando Rodrigues Macedo (2011), na década de 60, buscou-se prover conexão entre computadores de forma descentralizada a fim de que o dano de parte da rede por eventual ataque nuclear não impedisse a comunicação. Em face disso, conforme expõem Paulo Roberto de Sousa Melo e Regina Maria Vinhais Gutierrez (1999), a *Advanced Research Projects Agency*

(ARPA) do Departamento de Defesa norte-americano implementou um projeto de interligação de grandes computadores e, dessa forma, foi construída, na década de 70, a ARPANet, que ligava quatro localidades americanas. De acordo com Melo e Gutierrez (1999), após dois anos, a rede se expandiu para quarenta localidades diferentes - que enviavam, entre si, pequenos arquivos de texto (correio eletrônico) que logo evoluíram para arquivos maiores - e obteve acelerado crescimento, caindo nas mãos do uso público e abrindo portas para a Sociedade da Informação (geração, acesso e manipulação da informação).

No Brasil, como ressaltam Melo e Gutierrez (1999), a internet iniciou-se por meio de redes acadêmicas regionais que começaram a se formar a partir de 1988. No ano seguinte, foi criada a Rede Nacional de Ensino e Pesquisa – RNP pelo então Ministério da Ciência e Tecnologia - MCT com a finalidade de “construir uma infraestrutura nacional de rede internet de âmbito acadêmico” (BRASIL, 2016). Conforme salientam Melo e Gutierrez (1999), tais redes evoluíram paulatinamente para o acesso comercial e, em 1995, o uso da rede deixou de ser restrito aos usuários da RNP. No mesmo ano, o Ministério das Comunicações editou a Norma nº 4/1995, aprovada pela Portaria nº 148, de 31/05/1995, com o objetivo de “regular o uso de meios da Rede Pública de Telecomunicações para o provimento e utilização de Serviços de Conexão à Internet”. (BRASIL, 1995).

Como destaca o Conselheiro da Anatel, Marcelo Bechara de Souza Hobaika (2013), no período de início da internet e até mesmo à época da promulgação da Lei Geral de Telecomunicações, o provimento de acesso à internet ocorria somente por meio de linha discada, caracterizando-se como um serviço que conectava o usuário final à internet por meio de uma linha de telefone fixo comum. Desse modo, fazendo uso de um computador equipado com um *modem* para conexões discadas, o usuário discava para o seu Provedor de Serviço de Conexão à Internet – PSCI, por meio de uma linha telefônica contratada para serviço de voz.

Ainda de acordo com o Conselheiro Marcelo Hobaika (2013), nesse modelo, existia nítida diferenciação entre a camada lógica (PSCI) e a camada de infraestrutura (telefonia fixa). Segundo ele, o PSCI era o responsável, além de outras atividades, por realizar a conexão com a internet por meio da autenticação do usuário e, para a Prestadora de STFC, o procedimento ocorria como uma chamada telefônica, sem diferença entre o tráfego de voz e dados. Nesse contexto, o Serviço de Conexão à

Internet configurava-se como um Serviço de Valor Adicionado - SVA às redes de telefonia fixa e, por previsão legal, não constituía serviço de telecomunicações, nos termos do art. 61 da Lei nº 9.472/97.

De acordo com o Conselheiro Marcelo Hobaika (2013), ao longo do tempo, houve significativa evolução no uso da internet no país, com o desenvolvimento das ciências da informação e comunicação, o crescimento das tecnologias digitais, o advento das redes convergentes, possibilitando a agregação de serviço de voz e dados, e a propagação de equipamentos terminais de múltiplo uso e de novas tecnologias sem fio. Evoluindo em etapas, a rede mundial, inicialmente, buscou meramente replicar o que acontecia no mundo de massa impresso para o mundo digital. Em sequência, nasceram os portais de notícia e conteúdo, com ferramentas de busca a fim de capacitar os usuários a acessá-los e, recentemente, verifica-se uma reconstrução da internet na sociedade por meio das redes sociais.

Conforme enfatiza o Conselheiro Marcelo Hobaika (2013), todo esse desenvolvimento e a demanda cada vez maior por acesso à rede mundial contribuiu para que, não apenas o Serviço Telefônico Fixo Comutado, mas outros serviços de telecomunicações passassem a ser utilizados como suporte de acesso à internet. Entre eles estão o Serviço Móvel Pessoal, por meio da rede celular, o Serviço de TV por Assinatura/Serviço de Acesso Condicionado, por meio de suas redes de cabo, satélite ou rádio, e o Serviço de Comunicação Multimídia, que dá suporte via rede de dados.

Como destaca o Conselheiro Marcelo Hobaika (2013), com o crescimento gradativo do acesso, a rede mundial tornou-se um fenômeno da comunicação, gerando grande transformação na vida das pessoas ao apresentar-se como plataforma que concede voz ativa a seus usuários e como meio de garantia das prerrogativas fundamentais de comunicação, liberdade de expressão, informação e educação, além de ser ambiente propício ao empreendedorismo.

De acordo com a pesquisa TIC Domicílios, coordenada pelo Comitê Gestor da Internet, em 2014, havia no Brasil cerca de 94,2 milhões de usuários de internet, ou 55% da população com 10 anos ou mais de idade. Ainda de acordo com a pesquisa TIC Domicílios, em 2014, a proporção de domicílios brasileiros com acesso à internet chegou a 50%.

Aponta-se, portanto, para o potencial da internet apresentar-se como instrumento relevante para a promoção da cidadania e para a efetivação de direitos fundamentais.

3.2. O Serviço de Conexão à Internet

Tendo em vista a relevância do provimento de acesso à internet, cabe discorrer como se deu a evolução da normatização desse serviço.

A Norma nº 004/95, aprovada por meio da Portaria nº 148/95, do Ministério das Comunicações, tratou sobre o Uso de Meios da Rede Pública de Telecomunicações para Acesso à Internet, com foco, sobretudo, no relacionamento entre as Entidades Exploradoras de Serviços Públicos de Telecomunicações (EESPTs) e os Provedores de Serviço de Conexão à Internet (PSCIs). Essa Norma conceituou o Serviço de Conexão à Internet como “nome genérico que designa Serviço de Valor Adicionado, que possibilita o acesso à Internet a Usuários e Provedores de Serviços de Informações”. (BRASIL, 1995).

Em junho de 1995, o Ministério das Comunicações e o Ministério de Ciência e Tecnologia publicaram nota conjunta, a qual considerava o provimento de acesso ou de informações como serviço comercial preferencialmente executado pela iniciativa privada, limitando-se os órgãos públicos a exercerem o provimento apenas em situações “onde necessária a presença do setor público para estimular ou induzir o surgimento de provedores e usuários”. (BRASIL, 1995).

Posteriormente, a LGT estabeleceu distinção entre os serviços de telecomunicações e os serviços de valor adicionado, nos seguintes termos:

Art. 60. Serviço de telecomunicações é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação.

§ 1º Telecomunicação é a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza.

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. (BRASIL, 1997).

Em 2001, a Anatel editou a Resolução nº 272/2001, a qual aprovou o Regulamento do Serviço de Comunicação Multimídia e assegurou o uso das redes de suporte do SCM para provimento de Serviço de Valor Adicionado de modo não discriminatório e a preços justos e razoáveis.

Destaque-se que o Serviço de Conexão à Internet foi considerado Serviço de Valor Adicionado pelo Superior Tribunal de Justiça, em decisões exaradas no âmbito dos Recursos Especiais 511390/MG e 628046/MG, datados de 19/05/2005 e 09/05/2006, respectivamente.

Até a edição do novo Regulamento do SCM pela Anatel, em 2013, entendia-se que o acesso à internet não poderia ser prestado por operadoras de SCM, mas apenas por PSCIs.

Ocorre que o novo Regulamento do SCM, aprovado pela Anatel em 2013, no seu art. 3º, proporcionou aos prestadores de SCM a possibilidade de executarem o provimento de conexão à internet.

O Conselheiro da Anatel, Marcelo Bechara de Souza Hobaika (2013), Relator da proposta do novo Regulamento do SCM, constatou que o aludido serviço apresentava aptidão para implementar todos os recursos e procedimentos para conexão entre o usuário e a rede mundial. Conforme exposto pelo Conselheiro Marcelo Bechara, no que tange ao provimento de acesso à internet, criou-se uma intersecção entre algumas das atividades realizadas pelos prestadores do SCM e do PSCI, uma vez que ambos se encontravam aptos a praticar ações inerentes à administração da conexão à internet. No entanto, lembrou o Conselheiro que outros serviços tais como de correio eletrônico e acesso a conteúdo exclusivo continuariam sendo considerados atividades específicas do PSCI.

O Conselheiro Marcelo Hobaika (2013) registrou o entendimento de que a atualização da regulamentação do SCM não exigiria a integral absorção do papel do PSCI, mas a previsão de, ao menos, dois cenários: o primeiro composto por um agente que presta apenas o serviço de conexão à internet, optando por atuar apenas

como um PSCI; e o segundo caracterizado pelo agente que escolhe fornecer também o SCM, de forma tal que, além da mera capacidade de transmissão de dados, oferta também o acesso à rede mundial de computadores.

3.3. Conceito e natureza jurídica do SCM

O conceito de SCM consta do art. 3º do Regulamento que trata desse serviço (Resolução Anatel nº 614, de 28 de maio de 2013), o qual dispõe que:

Art. 3º O SCM é um serviço fixo de telecomunicações de interesse coletivo, prestado em âmbito nacional e internacional, no regime privado, que possibilita a oferta de capacidade de transmissão, emissão e recepção de informações multimídia, permitindo inclusive o provimento de conexão à internet, utilizando quaisquer meios, a Assinantes dentro de uma Área de Prestação de Serviço. (BRASIL, 2013).

Conforme descrito na norma supramencionada, o SCM é um serviço de telecomunicações prestado no regime privado. De acordo com o art. 65 da LGT, os serviços de telecomunicações podem ser prestados exclusivamente no regime público, exclusivamente no regime privado ou concomitantemente nos regimes público e privado. O § 1º do referido artigo da LGT dispõe que “não serão deixadas à exploração apenas em regime privado as modalidades de serviço de interesse coletivo que, sendo essenciais, estejam sujeitas a deveres de universalização” (BRASIL, 1997). Segundo o autor Marcio Iorio Aranha (2015), com tal previsão, a LGT elegeu o critério material de identificação do serviço público, qual seja, a essencialidade.

Conforme ressalta Aranha (2015), a LGT atribuiu ao Presidente da República a qualificação do rol de atividades submetidas ao regime público. Com efeito, o art. 18 da LGT incumbiu o Chefe do Poder Executivo de, por meio de decreto, “instituir ou eliminar a prestação de modalidade de serviço no regime público, concomitantemente ou não com sua prestação no regime privado”. (BRASIL, 1997).

Em face do exposto, é possível cogitar se a banda larga fixa hoje é considerada essencial pela sociedade brasileira. Caso se considere que essa modalidade de serviço de telecomunicações é reputada como essencial na realidade social, “perde-se a opção

de política de governo do Presidente da República em submetê-la somente à prestação em regime privado”. (ARANHA, 2015, p. 199).

O fato é que o SCM ainda é tratado na regulamentação da Anatel como serviço prestado exclusivamente no regime privado. Assim, “o regime privado pressupõe ausência de compromissos públicos, exceto limitações expressas para proteção do interesse público” (ARANHA, 2015, p. 206). Pode-se afirmar que o SCM está submetido à aplicação de dispositivos gerais atinentes à atividade econômica e é prestado em um ambiente de liberdade de atuação.

Em razão de o SCM ser prestado em regime privado, a prestação de tal serviço não está sujeita a deveres de universalização e de continuidade. Conforme leciona Marcio Iorio Aranha, “continuidade e universalização serviram, na Lei 9.472/97 (LGT), como guias práticos de determinação da natureza pública de serviços de telecomunicações”. (ARANHA, 2015, p. 201).

O SCM também é classificado em seu Regulamento como serviço de interesse coletivo. A LGT, em seu art. 62, classifica os serviços de telecomunicações, quanto à abrangência de interesses, em serviços de interesse coletivo e serviços de interesse restrito.

Os serviços de interesse coletivo “são concebidos como serviços, cujo prestador não pode negar acesso de terceiros a suas plataformas” (ARANHA, 2015, p. 206). O autor acrescenta que, por existirem necessidades da coletividade, não é possível limitar o público-alvo do serviço. O autor ainda esclarece que o dever de cobertura indiscriminada dos interessados pelo serviço não abarca os serviços de interesse restrito e os distingue dos de interesse coletivo.

Assim, pode-se afirmar que os prestadores de SCM, embora não tenham o dever de universalização, não podem negar a prestação do serviço para um terceiro que a solicitar.

Vale destacar que, de acordo com o art.10 do Regulamento do SCM, a prestação desse serviço “depende de prévia autorização da Anatel, devendo basear-se nos princípios constitucionais da atividade econômica”. (BRASIL, 2013).

Tal disposição vem corroborar a norma contida no art. 131 da LGT, a qual prevê que

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. (BRASIL, 1997).

De acordo com o art. 2º do Regulamento do SCM, a prestação do SCM é regida, entre outras normas, pela Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), e pelo Decreto nº 6.523, de 31 de julho de 2008, que fixa normas sobre o Serviço de Atendimento ao Consumidor – SAC.

Conforme o § 2º do art. 41 do Regulamento do SCM, “as relações entre a Prestadora e os terceiros são regidas pelo direito privado, não se estabelecendo qualquer relação jurídica entre os terceiros e a Anatel”. (BRASIL, 2013).

Consoante o art. 62 do Regulamento do SCM, “a prestação do SCM deve ser precedida da adesão, pelo Assinante, ao Contrato do serviço e a um dos Planos de Serviço ofertados pela Prestadora”. (BRASIL, 2013).

Diante dessas previsões regulamentares, conclui-se que a prestação do SCM desenvolve-se no âmbito de um relacionamento privado entre o prestador e o assinante, configurando-se entre eles uma relação de consumo. Verifica-se também que a Anatel não participa diretamente dessa relação jurídica, possuindo, não obstante, a competência de instituir as regras gerais sobre a prestação do serviço.

Vale destacar que a Anatel, por meio da Resolução nº 574, de 28 de outubro de 2011, editou o Regulamento de Gestão da Qualidade do SCM, o qual prevê metas de qualidade a serem cumpridas pelas prestadoras do serviço.

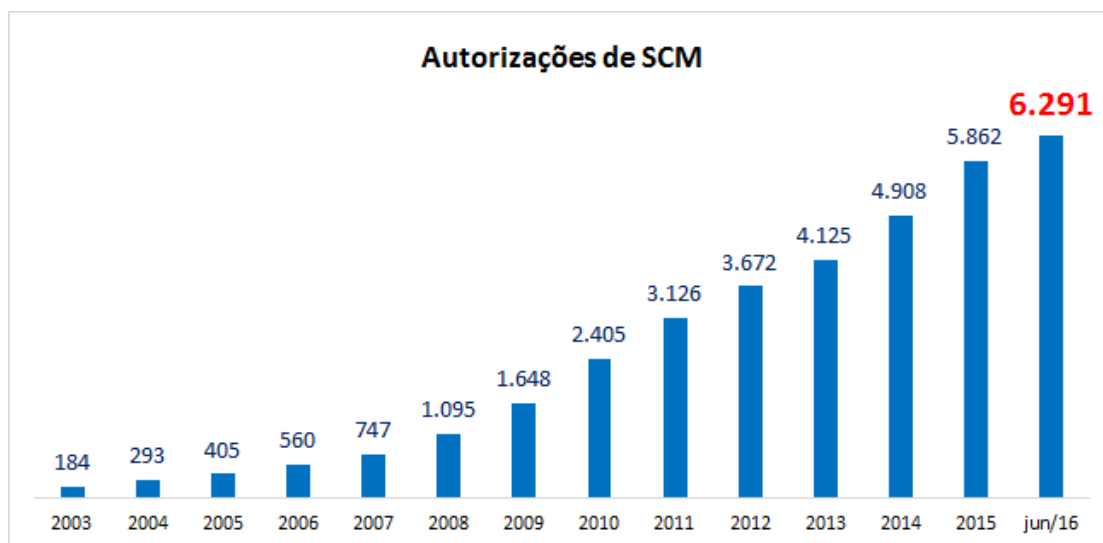
Ressalte-se ainda que a Agência, por meio da Resolução nº 632, de 7 de março de 2014, aprovou o Regulamento Geral de Direitos do Consumidor de Serviços de Telecomunicações, o qual estabeleceu regras sobre atendimento, cobrança e ofertas de serviços relativos ao SCM, dentre outros serviços.

Segundo o Conselheiro da Anatel, Marcelo Bechara de Souza Hobaika (2013), em razão de ser considerado um serviço abrangente e dotado de inúmeras aplicações, sendo uma delas o suporte à comunicação em banda larga, o SCM constitui-se como um dos instrumentos de democratização do acesso às tecnologias de informação, de

redução das desigualdades nesse acesso e de garantia de direitos como educação, saúde, informação e comunicação.

O referido serviço teve crescimento significativo desde a época de sua criação, chegando a deter quantidade de 6.291 prestadoras em junho de 2016, conforme demonstra o gráfico abaixo:

Gráfico 1 – Número de autorizações de SCM



Fonte: TELECO, 2016

Também tem crescido a quantidade de assinantes do SCM. Segundo dados divulgados pela Anatel (2016), ao final de julho de 2016, o Brasil tinha 26,30 milhões de acessos de banda larga fixa.

4. NORMA DA ANATEL SOBRE FRANQUIA DA BANDA LARGA FIXA E A LEI DO MARCO CIVIL DA INTERNET

Em maio de 2013, a Anatel aprovou o Regulamento do SCM, com a previsão da possibilidade de estabelecimento de franquia de consumo nos Planos de Serviço do SCM.

Em abril de 2014, foi promulgada pelo Congresso Nacional a Lei nº 12.965, que ficou conhecida como o Marco Civil da Internet. Essa Lei instituiu princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil.

Diante da superveniência da Lei do Marco Civil da Internet, cabe analisar se a norma regulamentar editada pela Anatel pode ser considerada compatível com os fundamentos, princípios e objetivos previstos na Lei.

4.1. Norma da Anatel sobre franquia da banda larga fixa

A norma sobre a possibilidade de estabelecimento de franquia na banda larga fixa foi prevista na Proposta de Alteração do Regulamento do SCM, cuja tramitação iniciou-se na Anatel em 2009. A referida Proposta foi submetida à Consulta Pública nº 45/2011 e o seu artigo 82 tinha a seguinte redação:

Art. 82. O Plano de Serviço deve conter, no mínimo, as seguintes características:

(...)

III – franquia de consumo, quando aplicável.

§ 1º O Plano de Serviço que contemplar franquia de consumo deve assegurar ao Assinante, após o consumo integral da franquia contratada, a continuidade da prestação do serviço, mediante:

I – pagamento adicional pelo consumo excedente, mantidas as demais condições de prestação do serviço; ou

II – redução da velocidade contratada, sem cobrança adicional pelo consumo excedente.

§ 2º Na hipótese do inciso II do § 1º deste artigo, deve ser assegurada velocidade não inferior a cinquenta por cento da inicialmente contratada, para os fluxos de comunicação originado e terminado no terminal do Assinante.

§ 3º A Prestadora que ofertar Plano de Serviço com franquia de consumo deve tornar disponível ao Assinante sistema para verificação, gratuita em tempo real, do consumo incorrido. (BRASIL, 2011)

A Conselheira da Anatel, Emília Curi (2011), relatora da matéria, em sua Análise nº 398/2011-GCER, de 22 de julho de 2011, justificou a edição desse dispositivo regulamentar afirmando que a prática de franquias de consumo, usual no mercado, deveria ser permitida, tendo em vista a necessidade de se preservar a liberdade de iniciativa na oferta de planos de serviço e, de igual forma, na busca de alternativas para otimizar o desempenho das redes de telecomunicações.

Entretanto, a Conselheira Emília Curi (2011) lembrou que não se poderia admitir que tal prática viesse a se converter em conduta abusiva, o que restaria configurado se, após o consumo da franquia contratada, não fossem dadas alternativas ao Assinante para a continuidade da prestação do serviço. Nesse sentido, propôs, de acordo também com as práticas consolidadas no mercado, que fosse ofertada ao Assinante a possibilidade de, mediante pagamento adicional pelo consumo excedente, manter o serviço nas mesmas condições em que foi inicialmente contratado. Ressaltou que, alternativamente, assegurou-se também ao Assinante a faculdade de manter o serviço, sem pagamento adicional, mas com redução da velocidade inicialmente contratada.

Salientou a Conselheira Emília Curi (2011) que, para evitar abusos, foi estabelecido que, nesta última hipótese, dever-se-ia garantir ao menos cinquenta por cento da velocidade inicialmente contratada, tanto para *download* como para *upload*. Frisou a Conselheira que tal medida tinha a finalidade de impedir que a redução da velocidade viesse, na prática, a configurar medida de coação para forçar o Assinante a optar pelo pagamento adicional pelo consumo excedente.

Observou ainda a Conselheira Emília Curi (2011) que, para possibilitar que o Assinante acompanhasse o consumo de sua franquia de dados, foi incluída a previsão de que a Prestadora deveria manter sistema que permitisse, de forma gratuita e em tempo real, a verificação do consumo acumulado.

Vale destacar que o supramencionado artigo 82 da Proposta de Alteração do Regulamento do SCM recebeu várias contribuições, principalmente de empresas de telecomunicações. No entanto, verificou-se que nenhuma contribuição contestou a possibilidade de estabelecimento da franquia de consumo no SCM.

De acordo com Informe da Superintendência de Serviços Privados (SPV) da Anatel (2011), as principais contribuições ao art. 82 propuseram: a) a exclusão da

velocidade mínima no Plano de Serviço; b) a exclusão dos §§ 1º, 2º e 3º; c) que a velocidade reduzida não fosse inferior a 10% ou 25% da inicialmente contratada; d) distinguir a forma de tratamento concedida ao Assinante residencial e à pessoa física de Assinante pessoa jurídica ou comercial; e) a inclusão de um novo parágrafo com critérios específicos para Assinantes pessoas jurídicas, por meio de contrato ou de licitação; f) que a redução da velocidade para 50% daquela inicialmente contratada, no caso de consumo integral da franquia, violaria o direito das prestadoras de estabelecer livremente os seus Planos de Serviço; e, g) a criação da figura do pré-pago no SCM, mantendo a aderência com os Regulamentos do STFC e do SMP.

A SPV (2011) não acatou as mencionadas contribuições. Ressaltou, contudo, que acolheu os argumentos apresentados pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, no sentido de que a redução da velocidade de tráfego para 50% da velocidade contratada não seria um incentivo relevante para que o Assinante controlasse seu consumo. A SPV (2011) entendeu que, de fato, tal medida puniria, de forma desproporcional, os Assinantes que contratassem bandas de conexão mais estreitas, em detrimento aos assinantes intensivos, contratantes, em geral, de bandas de conexão mais altas. Conforme argumentação apresentada, o custo da banda de internet, sendo dividido por todos os assinantes, tenderia a elevar o preço dos serviços prestados a todos os assinantes, implicando ônus desproporcional àqueles contratantes de menores taxas de transmissão/largura da banda. Dessa forma, a SPV recomendou a supressão do § 2º do artigo 82.

Com o fim do mandato da Conselheira Emília Ribeiro, o processo relativo à Proposta de Alteração do Regulamento do SCM foi redistribuído para o Conselheiro Marcelo Hobaika, o qual, ao apreciar a matéria, propôs, em sua Análise nº 304/2013 – GCMB, de 17 de maio de 2013, a inclusão do § 3º, com o seguinte teor:

§ 3º As prestadoras de SCM devem, em seus Planos de Serviços e em todos os demais documentos relacionados às ofertas, informar a(s) velocidade(s) máxima(s), tanto de download quanto de upload, de maneira clara, adequada e de fácil visualização, bem como as demais condições de uso, como franquias, eventuais reduções desta(s) velocidade(s) e valores a serem cobrados pelo tráfego excedente. (BRASIL, 2013)

Assim, a versão final da norma que previu a possibilidade de estabelecimento de franquia de consumo para o SCM ficou nos seguintes termos:

Art. 63. O Plano de Serviço deve conter, no mínimo, as seguintes características:

(...)

III - franquia de consumo, quando aplicável.

§ 1º O Plano de Serviço que contemplar franquia de consumo deve assegurar ao Assinante, após o consumo integral da franquia contratada, a continuidade da prestação do serviço, mediante:

I - pagamento adicional pelo consumo excedente, mantidas as demais condições de prestação do serviço; ou,

II - redução da velocidade contratada, sem cobrança adicional pelo consumo excedente.

~~§ 2º A Prestadora que ofertar Plano de Serviço com franquia de consumo deve tornar disponível ao Assinante sistema para verificação, gratuita e em tempo real, do consumo incorrido. (Revogado pela Resolução nº 632, de 7 de março de 2014)~~

§ 3º As prestadoras de SCM devem, em seus Planos de Serviços e em todos os demais documentos relacionados às ofertas, informar a(s) velocidade(s) máxima(s), tanto de download quanto de upload, de maneira clara, adequada e de fácil visualização, bem como as demais condições de uso, como franquias, eventuais reduções desta(s) velocidade(s) e valores a serem cobrados pelo tráfego excedente. (BRASIL, 2013)

Verifica-se do dispositivo reproduzido acima que a Anatel instituiu a possibilidade de estabelecimento de franquia de consumo no SCM. Contudo, a norma regulamentar exige que as prestadoras de SCM devem possibilitar ao Assinante continuar usufruindo do serviço mediante a cobrança do consumo excedente ou a redução da velocidade contratada.

4.2. Fundamentos, princípios e objetivos da Lei do Marco da Internet

Posteriormente à edição do Regulamento do SCM pela Anatel, o Congresso Nacional promulgou a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, a qual ficou conhecida como Marco Civil da Internet.

Como destacado em seu art. 1º, a referida Lei estabeleceu princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.

4.2.1. Fundamentos da Lei do Marco Civil da Internet

O art. 2º da Lei nº 12.965/2014 elencou um rol de fundamentos para a disciplina do uso da internet no Brasil:

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. (BRASIL, 2014)

4.2.1.1. Fundamentos da livre iniciativa, da livre concorrência e da defesa do consumidor

Quanto aos fundamentos relativos à livre iniciativa, à livre concorrência e à defesa do consumidor, vale ressaltar que eles também são mencionados pelo art. 170 da Constituição Federal como princípios gerais da atividade econômica.

A liberdade de iniciativa, para José Afonso da Silva, “envolve a liberdade de indústria e comércio ou liberdade de empresa e a liberdade de contrato”. (SILVA, 2012, p. 795). Já Lafayette Josué Petter afirma que a livre iniciativa “compreende o direito que todos possuem de se lançarem no mercado de trabalho por sua conta e risco, liberdade de lançar-se à atividade econômica sem encontrar restrições do Estado”. (PETTER, 2011, p. 55).

A livre concorrência, na visão de Rogério Roberto Gonçalves de Abreu, deve ser considerada como um “poder-dever atribuído ao Estado para manter as condições que viabilizem uma concorrência sadia entre os agentes econômicos, tudo em prol do desenvolvimento nacional e do interesse público”. (ABREU, 2008, p. 81).

Segundo Lafayette Josué Peter (2011), por meio da livre concorrência, promove-se a competição entre agentes econômicos que atuam em determinado mercado e geram-se condições favoráveis aos consumidores. Entretanto, lembra o autor que, mesmo que se proteja a livre concorrência, o consumidor, como sujeito vulnerável e hipossuficiente, não ficará imune aos abusos do poder econômico, cabendo ao Estado interferir nessa relação privada.

Relativamente aos negócios realizados na internet, Damásio de Jesus e José Antonio Milagre (2014) afirmam que na internet há liberdade para inovar, criar e desenvolver negócios, desde que em respeito aos direitos do consumidor.

4.2.1.2. Fundamento da finalidade social da rede

Outro fundamento previsto na Lei nº 12.965/2014 para a disciplina do uso da internet no Brasil é a finalidade social da rede. Segundo Damásio de Jesus e José Antonio Milagre (2014), a rede não pode ser encarada apenas como um comércio ou oportunidade de lucro, mas também como um direito e garantia fundamental, um instrumento para transformação da sociedade.

4.2.2. *Princípios da Lei do Marco Civil da Internet*

O art. 3º da Lei nº 12.965/2014 expressa os princípios que norteiam a regulamentação do uso e funcionamento da Internet no Brasil da seguinte forma:

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.
(BRASIL, 2014)

4.2.2.1. Princípio da neutralidade de rede

Um princípio de grande importância mencionado pela Lei do Marco Civil da Internet é o da neutralidade de rede. Tal princípio é expresso no art. 9º da Lei nos seguintes termos:

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.

A expressão *net neutrality* foi mencionada pela primeira vez por Tim Wu, cujas ideias são fundamentais para o entendimento do princípio da neutralidade de rede.

O referido autor (2003) sustenta que a neutralidade de rede constitui-se em um princípio de arquitetura da internet, direcionando-se à sua estrutura de conexão, e não aos usuários finais. Cuida-se do dever dos provedores de conexão de tratar com isonomia todos os provedores de aplicação que façam uso da estrutura de conexão para transmissão de dados.

Wu (2003) ressalta ainda que esse princípio propõe que as redes de comunicação são mais valiosas enquanto menos especializadas. Para ele, como a estrutura de conexão da internet pode ser considerada uma plataforma de competição entre provedores de aplicação, é imprescindível que esse espaço seja neutro de forma a permitir que a competição seja vencida por mérito, e não em face de qual provedor de aplicação pode pagar mais para que seus respectivos pacotes de dados trafeguem mais rápido que os demais.

De acordo com Forgioni e Miúra (2015), o princípio da neutralidade de rede é considerado garantidor da liberdade e do dinamismo da internet, pois visa impedir que os provedores ponham em risco a autonomia do usuário na escolha do conteúdo que buscam acessar, permitindo que todos os serviços e aplicativos estejam igualmente disponíveis aos usuários pelos provedores de conexão.

Para o Comitê Gestor da Internet, a neutralidade de rede funda-se “na necessidade de que não exista interferência no conteúdo que passa pela rede e de que não haja distinção de origem e destino”. Segundo o aludido Comitê, assegurar a neutralidade de rede significa “garantir que todos os conteúdos e usuários sejam tratados da mesma maneira”. (BRASIL, 2013, p. 8)

Conforme publicação da Câmara dos Deputados sobre o Marco Civil da Internet, tal princípio implica que “as operadoras de telecomunicações (as fornecedoras do acesso de banda larga) não podem interferir na velocidade dos

pacotes trafegados pela internet, priorizando certos tipos de conteúdos em detrimento de outros”. (BRASIL, 2015, p. 8)

Vale lembrar que a Lei nº 12.965, em seu art. 9º, § 1º, previu duas hipóteses em que poderá ocorrer a discriminação ou degeneração do tráfego, quais sejam: quando decorrer de requisitos técnicos indispensáveis à prestação adequada dos serviços e aplicações ou de priorização de serviços de emergência.

Esse tema também foi tratado pelo Decreto nº 8.771, de 11 de maio de 2016, editado pela Presidente da República com a finalidade de regulamentar a Lei nº 12.965/2014. Vale destacar o disposto no art. 10 do referido Decreto:

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. (BRASIL, 2016)

4.2.2.2. Princípio da liberdade dos modelos de negócios

Outro princípio relevante expresso pela Lei nº 12.965/2014 é o da liberdade dos modelos de negócios promovidos na internet. Como consta no dispositivo legal, os modelos de negócio praticados na internet são permitidos desde que não conflitem com os demais princípios previstos na Lei. Observa-se que o princípio em questão relaciona-se diretamente com o fundamento da livre iniciativa, expresso no art. 2º da Lei.

4.2.3. *Objetivos da Lei do Marco Civil da Internet*

O art. 4º da Lei nº 12.965/2014 traça os objetivos a serem alcançados pela regulamentação do uso da internet no Brasil:

Art. 4º A disciplina do uso da internet no Brasil tem por objetivo a promoção:
I - do direito de acesso à internet a todos;

- II - do acesso à informação, ao conhecimento e à participação na vida cultural e na condução dos assuntos públicos;
- III - da inovação e do fomento à ampla difusão de novas tecnologias e modelos de uso e acesso; e
- IV - da adesão a padrões tecnológicos abertos que permitam a comunicação, a acessibilidade e a interoperabilidade entre aplicações e bases de dados.

Um desses objetivos é a promoção do direito de acesso à internet a todos, o qual prestigia a inclusão digital de toda a sociedade brasileira. Outro objetivo mencionado no mesmo artigo é a promoção da inovação e do fomento à ampla difusão de novas tecnologias e modelos de uso e acesso, o qual busca incentivar o desenvolvimento de novas tecnologias que melhorem o acesso à rede.

4.2.4. Critérios para interpretação da Lei do Marco Civil da Internet

O art. 6º da Lei nº 12.965/2014 dispõe que a interpretação desta Lei considerará, “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”. (BRASIL, 2014)

4.2.5. Direitos e garantias dos usuários

O art. 7º da referida Lei realça que o acesso à internet é considerado essencial ao exercício da cidadania e lista os direitos e garantias dos usuários da internet. O inciso IV do mesmo artigo prevê como direito do usuário a não suspensão da conexão à internet, a não ser por débito decorrente da sua utilização.

Segundo Damásio de Jesus e José Antonio Milagre (2011), a suspensão da conexão à internet, que não seja causada por débito relativo à sua utilização, constitui-se violação a direito dos usuários, cabendo reparação pelos danos provocados.

O inciso V do art. 7º da Lei menciona também como direito do usuário a manutenção da qualidade contratada da conexão à internet. Já o inciso VI do mesmo artigo prevê que deve haver informações claras e completas constantes dos contratos

de prestação de serviços, com detalhamento sobre práticas de gerenciamento que possam afetar sua qualidade.

Como destaca o inciso XI do art. 7º da Lei, constitui-se direito do usuário de internet no Brasil a publicidade e clareza nas políticas de uso dos provedores de internet e de aplicações de internet. O inciso XIII do mesmo artigo prevê que é direito do usuário aplicar as normas de defesa do consumidor nas relações de consumo realizadas na internet.

Em face de todo o exposto, questiona-se se a norma regulamentar editada pela Anatel acerca da possibilidade de estabelecimento de franquia de consumo no SCM é compatível com a Lei do Marco Civil da Internet, que prevê como regra a não suspensão da conexão à internet. Tal questão será enfrentada no capítulo seguinte.

5. AVALIAÇÃO DO ESTABELECIMENTO DE FRANQUIAS NO SERVIÇO DE BANDA LARGA FIXA

Neste capítulo, buscar-se-á fazer uma avaliação acerca da compatibilidade do estabelecimento de franquias no serviço de banda larga fixa com a Lei do Marco Civil da Internet, considerando os argumentos favoráveis e contrários a essa medida.

Como base para essa avaliação, serão expostas e discutidas as posições manifestadas por diversas representações durante a 197ª Reunião do Conselho Consultivo da Anatel, realizada em 30 de setembro de 2016.

A referida Reunião contou com a presença de representantes da Anatel, do Comitê Gestor da Internet - CGI, da Secretaria Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça e Cidadania - Senacon/MJC, da Associação Brasileira de Provedores de Internet e Telecomunicações - Abrint, do Sindicato Nacional das Empresas de Telefonia e de Serviço Móvel Celular e Pessoal - SindiTeleBrasil e da Proteste - Associação Brasileira de Defesa do Consumidor.

Durante a reunião, a Anatel e o CGI não apresentaram posições consolidadas sobre o tema e informaram que constituíram grupos de trabalho para avaliar a questão ora exposta.

Conforme informado pelo representante da Anatel, Fábio Koleski (2016), em 18 de abril de 2016, a Superintendência de Relações com Consumidores – SRC da Agência editou Medida Cautelar proibindo temporariamente as prestadoras com mais de 50 mil acessos de estabelecerem qualquer restrição de uso após o consumo da franquia. Ainda segundo Fábio Koleski, em 22 de abril de 2016, o Conselho Diretor da Anatel editou Acórdão determinando que as proibições previstas na Medida Cautelar da SRC fossem mantidas por prazo indeterminado, até manifestação posterior daquele Colegiado.

5.1. Teses favoráveis ao estabelecimento de franquias no serviço de banda larga fixa

Das entidades presentes à reunião do Conselho Consultivo da Anatel, o SindiTeleBrasil e a Abrint mostraram-se estar de acordo com o estabelecimento de franquias na banda larga fixa.

O primeiro argumento favorável ao estabelecimento de franquia na banda larga fixa diz respeito à liberdade dos modelos de negócios no SCM, que é prestado no regime privado. Alexander Castro (2016), do SindiTeleBrasil, enfatizou que esse princípio estaria previsto tanto na LGT como no Marco Civil da Internet e estaria de acordo com os princípios constitucionais da livre iniciativa e livre concorrência. Abordou ainda que, segundo a LGT, o regime privado caracterizar-se-ia pela liberdade como regra e pela mínima intervenção.

Conforme apontado por Helton Posseti (2016), da Abrint, a melhor medida a ser tomada pela Anatel no caso da franquia da banda larga fixa seria deixar o mercado livre, pois, em sua visão, este seria competitivo e se autorregularia.

Outro argumento favorável à instituição de franquia no SCM é a existência de franquias de consumo em algumas modalidades de banda larga fixa e em outros serviços de telecomunicações. Consoante Alexander Castro (2016), o plano da banda larga fixa popular, lançado em 2011, daria a velocidade de 1 Mbps e franquia de 1 GB. Ainda de acordo com Castro, o Edital do 4G, publicado em 2012, teria estabelecido que a frequência de 450 MHz seria explorada por meio do SCM para conexões de dados em áreas rurais com velocidade de 1 Mbps e franquia de 500 MB.

Conforme ressaltado por Helton Posseti (2016), a franquia nos serviços de telecomunicações já existiria desde a internet discada, na qual haveria uma franquia de pulsos para ligações locais que, quando excedida, exigiria que o usuário pagasse pelo excedente. Posseti lembrou que a banda larga móvel também possuiria franquia de consumo.

Outro argumento que justifica o estabelecimento de franquia na banda larga fixa é a limitação das redes de telecomunicações. Conforme Helton Posseti (2016), ainda hoje ocorreria a limitação das redes de telecomunicações, pois se tratariam de recursos finitos e que precisariam ser dimensionados. Salientou que, em vez da expressão “franquia da internet”, o termo mais apropriado seria “franquia das redes de telecomunicações”.

Já de acordo com Alexander Castro (2016), as redes de telecomunicações seriam responsáveis por transportar todos os conteúdos e aplicações da internet. Destacou que o desenvolvimento da internet dependeria de uma infraestrutura de telecomunicações moderna e robusta.

Outro argumento favorável ao estabelecimento da franquia na banda larga fixa é a necessidade de remuneração dos investimentos na ampliação da rede de

telecomunicações. Conforme Helton Posseti (2016), os investimentos nas redes de telecomunicações, assim como em qualquer outra atividade econômica, precisariam ser remunerados. Frisou que, quando um prestador investe em uma rede de telecomunicações, ele dimensionaria esse investimento para uma quantidade determinada de usuários e para uma determinada quantidade de tráfego. Assinalou que a franquia da banda larga fixa inserir-se-ia nesse contexto de dimensionamento da rede.

Alexander Castro (2016), por sua vez, mencionou que a pesquisa Cisco VNI havia demonstrado que o consumo per capita de tráfego de internet no mundo teria passado de 100 MB em 2003 para 15.500 MB em 2014, o que representaria um crescimento do tráfego de cento e cinquenta e cinco vezes em onze anos. Realçou, ainda de acordo com a pesquisa Cisco VNI, que a expectativa para 2019 seria que o consumo per capita chegasse a 37.000 MB.

Diante desses dados, Castro (2016) apontou a necessidade de se fazer investimentos na ampliação da rede de telecomunicações, para que não ocorra um colapso do sistema. Ponderou que, caso sejam permitidos apenas planos ilimitados da banda larga fixa e que os atuais assinantes continuem pagando o mesmo preço pelo serviço, com o passar dos anos os assinantes estariam consumindo maior quantidade de tráfego e a receita resultante da prestação do serviço permaneceria a mesma, inviabilizando, dessa forma, a realização de investimentos para a melhoria da rede. Acrescentou que a única maneira de rentabilizar tais investimentos, no caso de haver apenas planos sem franquia, seria promovendo um aumento de preço para toda a base de assinantes. Salientou que, nesse cenário, muito provavelmente o usuário com maior consumo seria subsidiado por uma grande quantidade de usuários com consumo menor.

Outro argumento a favor da franquia na banda larga fixa é do ponto de vista da escolha do melhor plano pelo consumidor. De acordo com Helton Posseti (2016), a franquia seria um instrumento segundo o qual as prestadoras poderiam desenhar planos mais aderentes aos diferentes tipos de consumidor. Conforme colocado por Posseti, como o perfil dos consumidores seria bastante variável, seria compreensível que o preço pago pelo serviço fosse de acordo com o consumo feito por cada um. Defendeu ainda a existência de ofertas com franquia e ofertas sem franquia, deixando ao consumidor a escolha do plano que melhor lhe atendesse. Alexander Castro (2016)

também advogou pela multiplicidade de oferta, incluindo variadas ofertas de franquia, velocidades e preços, com a manutenção da oferta de plano ilimitado.

Outro argumento favorável ao estabelecimento da franquia na banda larga fixa é possibilitar que a população de baixa renda tenha acesso à internet. Conforme Helton Posseti (2016), a franquia seria muito importante para que os planos de banda larga fixa com preços mais acessíveis chegassem às camadas mais baixas da população. Já Alexander Castro (2016) chamou atenção para a necessidade de se expandir o acesso à internet para a população que ainda estaria desconectada. Ressaltou que, de acordo com a pesquisa TIC Domicílios 2015, coordenada pelo CGI, apenas 51% dos domicílios brasileiros (equivalente a 34,1 milhões de domicílios) possuiriam acesso à internet fixa. Acrescentou que somente 16% dos domicílios das classes 'D' e 'E' estariam atendidos com internet fixa. Informou, ainda com base na aludida pesquisa, que existiriam 32,8 milhões de domicílios desconectados, dos quais cerca de 30 milhões seriam da classe 'C', 'D' e 'E'. Abordou a urgência de medidas que incentivem a conectividade e avaliou que a restrição a planos com franquia inibiria a realização de investimentos.

Outro ponto favorável ao estabelecimento da franquia na banda larga fixa no Brasil é a adoção dessa medida em outros países do mundo. Segundo Alexander Castro (2016), um número cada vez maior de países estaria adotando as franquias de banda larga fixa. Conforme ressaltado por Castro, não haveria notícia de nenhum país do mundo que possuísse marco legal ou regulatório que proibisse a adoção de franquia. Castro informou ainda que, segundo levantamento realizado pelo SindiTeleBrasil, entre os 15 países que possuiriam 76% de todos os usuários de banda larga do mundo, 68% deles adotariam franquias.

Quanto ao 7º, IV, da Lei do Marco Civil da Internet, que prevê a não suspensão da conexão à internet, salvo por débito decorrente de sua utilização, Alexander Castro, do SindiTeleBrasil, entende que tal regra reproduziria a norma contida no art. 3º, VII, da LGT, que assim dispõe:

Art. 3º O usuário de serviços de telecomunicações tem direito:
(...)

VII – à não suspensão de serviço prestado em regime público, salvo por débito diretamente decorrente de sua utilização ou por descumprimento de condições contratuais; (BRASIL, 1997).

Para Castro (2016), esse dispositivo da LGT significaria que a prestadora de serviço prestado em regime público não poderia deixar de ofertar o serviço por sua própria vontade, estando o usuário adimplente. Na sua visão, nesse caso, o usuário teria direito de continuar fruindo aquele serviço pelo tempo que quisesse.

De maneira semelhante, Castro (2016) entendeu que o dispositivo supramencionado do Marco Civil da Internet significaria que a operadora que fornece a conexão à internet não poderia simplesmente avisar ao usuário que a partir daquele momento deixaria de prestar tal serviço por sua própria vontade, estando o usuário adimplente.

Alexander Castro (2016) defendeu que se a interpretação do art. 3º, VII, da LGT, fosse de que não se poderia suspender o serviço, salvo em caso de débito, também não poderia existir o pré-pago no STFC. Explicou que, no STFC, o usuário comprava o crédito, fazia as ligações até o limite do seu crédito e depois não poderia continuar ligando. Sustentou que o mesmo raciocínio deveria valer para o Serviço de Comunicação Multimídia.

Castro (2016) ressaltou que a Exposição de Motivos da Lei do Marco Civil da Internet, apresentada pelo Relator na Câmara dos Deputados, Deputado Alexandre Molon, teria esclarecido que as operadoras poderiam ofertar aos seus usuários planos por velocidade e por volume de tráfego, ou seja, planos com franquia. Salientou que a essência do plano de franquia poderia ser demonstrada no seguinte exemplo: quando o usuário compra um bilhete de metrô para dez viagens, ele não poderia realizar a décima primeira viagem, a não ser que comprasse outro bilhete. Acrescentou que o mesmo entendimento teria ficado bastante claro na Exposição de Motivos apresentada pelo Deputado Alexandre Molon relativamente aos planos com franquia da banda larga fixa.

5.2. Questionamentos quanto ao estabelecimento de franquias no serviço de banda larga fixa

Os representantes da Abrint, Senacon/MJC e da Proteste, embora não tenham se mostrado contrários ao estabelecimento da franquia na banda larga fixa, fizeram observações e ponderações acerca do tema.

O principal questionamento relativo à franquia da banda larga fixa diz respeito à impossibilidade de bloqueio do serviço após o esgotamento da franquia.

Helton Posseti (2016), da Abrint, sustentou que a interpretação dada pelo SindiTelebrasil ao art. 7º, IV, da Lei do Marco Civil da Internet, diria respeito ao conceito de disponibilidade do serviço, que seria diferente do conceito de continuidade, que, na visão da Abrint, era o que constava naquele dispositivo da Lei.

Posseti (2016) afirmou que entendia que o acesso à internet não poderia ser bloqueado, tendo em vista que o art. 63 do Regulamento do SCM dizia claramente que a continuidade deveria ser assegurada mediante duas alternativas, sendo a primeira o pagamento adicional pelo consumo excedente e a segunda, a redução da velocidade contratada, sem cobrança adicional. Ademais, para ele, o Marco Civil da Internet, no seu art. 7º, IV, garantiria expressamente a continuidade da prestação do serviço, salvo por inadimplência.

Flávia Lefèvre Guimarães (2016), da Proteste, por sua vez, ressaltou que o estabelecimento da franquia na banda larga fixa e a possibilidade de bloqueio do serviço após o esgotamento da franquia eram diferentes questões.

Guimarães (2016) ressaltou que o art. 4º, inciso I, da Lei do Marco Civil da Internet havia tornado o serviço de conexão à internet um serviço universal quando afirmava que o acesso à internet deveria estar disponível a todos. Acrescentou que o estabelecimento da franquia deveria ser analisado nesse contexto.

Flávia Lefèvre Guimarães (2016) apontou que, caso ficasse comprovada a necessidade do estabelecimento da franquia na banda larga fixa, a posição da Proteste seria de que o Marco Civil da Internet não vedava a instituição da franquia, porém vedava o bloqueio ao serviço, pois, segundo ela, a consequência jurídica do reconhecimento da essencialidade de um serviço seria o princípio da continuidade, como previsto no art. 9º da Constituição Federal, no art. 7º da Lei do Marco Civil da Internet e no art. 22 do Código de Defesa do Consumidor, que mencionaria expressamente que quando os serviços são essenciais devem ser prestados de forma contínua e, assim, não poderiam ser interrompidos.

Segundo Guimarães (2016), seria admissível apenas a redução de velocidade quando do esgotamento da franquia. Lembrou que, de fato, o art. 3º da Lei do Marco Civil da Internet previa a liberdade dos modelos de negócio, porém desde que esta não contrariasse os demais princípios que estavam expressos no Marco Civil da Internet. Enfatizou que, a não ser pela situação de débito do consumidor, a conexão à

internet não poderia ser interrompida, pois se trataria de um serviço essencial para o exercício da cidadania, como descrito na Lei.

Flávia Lefèvre Guimarães (2016) ressaltou que o cidadão hoje necessitaria utilizar a internet para diversas atividades, como para usufruir de outros serviços públicos, obter certidões públicas, declarar Imposto de Renda, registrar boletim de ocorrência, pagar contas, protocolar processos na justiça, participar de audiências e consultas públicas, inscrever-se em programas sociais etc. Ponderou que, por isso, deveria ser admitida apenas a redução da velocidade da internet, e não o seu bloqueio.

Guimarães (2016) destacou que a análise acerca da franquia não deveria desconsiderar o caráter complementar entre os acessos móveis e fixos. Ressaltou que muitos usuários possuiriam planos móveis com baixa franquia de dados e acessariam a internet principalmente por meio da rede fixa, em locais em que era disponibilizado acesso à rede Wi-Fi. Concluiu, então, que se a franquia da banda larga fixa fosse imposta com a possibilidade de bloqueio da conexão à internet poderia causar um grande impacto para a população de baixa renda.

Gustavo Gomes (2016), da Senacon/MJC, por seu turno, questionou se seria possível admitir a implementação do bloqueio à navegação, uma vez consumida a franquia de dados. Indagou também se o esgotamento de uma franquia poderia ser equiparado ao débito decorrente da utilização da internet, apto a justificar a suspender a conexão desse consumidor à rede. Lembrou que o inciso IV do art. 7º da Lei do Marco Civil da Internet previa o direito do usuário da não suspensão à conexão à internet, salvo em caso de débito decorrente da sua utilização. Afirmou que a posição da Senacon/MJC era pela não possibilidade do bloqueio à navegação, vez que a norma legal estaria prevista dessa forma.

Outro questionamento feito pelas entidades refere-se à falta de clareza das informações relativas à franquia nas publicidades da banda larga fixa. Flávia Lefèvre Guimarães (2016), da Proteste, ressaltou que uma inconveniência em relação à franquia seria a falta de informação, não apenas antes da contratação, mas também no decorrer da utilização da franquia.

Gustavo Gomes (2016), da Senacon/MJC, aduziu que o consumidor teria grande dificuldade para compreender corretamente as publicidades de oferta da banda larga fixa. Destacou que as mensagens publicitárias das operadoras de SCM dariam enfoque muito maior para a velocidade da internet e para o preço a ser cobrado pelo prestação do serviço, deixando em segundo plano ou, até mesmo, omitindo as

informações referentes às franquias de consumo. Dessa forma, afirmou que muitas vezes os consumidores confundiriam o que era franquia de consumo com o que era velocidade de acesso à internet.

Gomes (2016) enfatizou que publicidades que utilizavam expressões como “ilimitado”, “*infinity*” ou “irrestrito” poderiam levar ao erro o consumidor, fazendo-o entender que isso se trataria do consumo da internet em geral, quando, na verdade, diria respeito ao uso de determinados aplicativos. Acrescentou que informações como essas causariam distorções e gerariam inúmeras reclamações dos usuários.

Gomes (2016) perguntou se as práticas de mercado hoje envolveriam uma divulgação apropriada quanto ao consumo adequado do acesso à internet. Questionou ainda se as ofertas e publicidades dariam o devido destaque à profunda mudança que a adoção de franquias provocaria na capacidade de uso da internet por parte dos consumidores. Respondeu que, a princípio, via a necessidade de se ajustar as informações relativas a velocidade, preço e franquia nas peças publicitárias.

Gustavo Gomes (2016) indagou se as ofertas e anúncios que destacavam a velocidade, o “estar conectado o tempo todo”, o “ilimitado como padrão” seriam informações adequadas e claras sobre o que estaria sendo de fato proposto para o consumidor. Questionou qual das partes dos anúncios geraria a vinculação, aquela que mencionava o “tudo ilimitado” com grande destaque, ou aquela que fazia uma referência mínima à franquia, sem explicação do seu significado. Perguntou ainda se as cláusulas não seguidas por mera liberalidade poderiam simplesmente passar a valer desde que elas estivessem previstas no contrato.

Gomes (2016) frisou que todas essas perguntas estariam pautadas no Código de Defesa do Consumidor, o qual deveria ser aplicado e interpretado caso a caso.

Gustavo Gomes (2016) asseverou que a internet havia se tornado, de fato, um serviço essencial para exercício da cidadania. Ressaltou que fazer constar em anúncios, ofertas e contratos que existe uma franquia para uso da internet não bastaria para estabelecer uma comunicação eficaz com o consumidor. Observou que, caso venha a ser confirmada a possibilidade da franquia de consumo na banda larga fixa, deveria haver um forte trabalho educacional para conscientizar os consumidores sobre esse novo cenário. Destacou ainda que dever-se-ia oferecer meios para que os consumidores pudessem controlar com precisão, e de imediato, o que estavam consumindo.

Outra questão apontada pelas entidades é a necessidade de previsão de um padrão mínimo de capacidade para as franquias da banda larga fixa. Helton Posseti (2016), da Abrint, defendeu que as franquias de dados não deveriam ser tão reduzidas a ponto de forçar o consumidor a comprar, ao seu término, um pacote adicional. Afirmou que caberia à Anatel definir um padrão mínimo de capacidade para as franquias. Na mesma linha, Gustavo Gomes (2016), da Senacon/MJC, defendeu que, caso se adotasse o regime de franquia na banda larga fixa, dever-se-ia prever uma capacidade mínima de tráfego a ser ofertada aos consumidores.

Helton Posseti (2016), da Abrint, sugeriu também que fosse previsto um patamar mínimo de velocidade para as franquias da banda larga fixa nos casos em que ocorresse a redução da velocidade contratada. Sustentou que a velocidade de acesso após o término da franquia deveria garantir que a conexão se estabelecesse, ou seja, a velocidade não poderia ser reduzida a tal ponto que o usuário de fato não conseguisse navegar. Segundo ele, essa medida estaria de acordo com o Marco Civil da Internet, que previa que o acesso à internet não poderia ser suspenso.

Flávia Lefèvre Guimarães (2016), da Proteste, defendeu que fosse cumprido o § 1º do art. 65 da LGT, o qual determinava que deveria ser estendido o regime público para o serviço considerado essencial. Afirmou que a posição da Proteste era que fosse estendido o regime público para a infraestrutura de telecomunicações que dá suporte para a conexão à internet.

Guimarães (2016) enfatizou ainda que, no caso dos serviços públicos essenciais, a modicidade tarifária deveria ser observada e o lucro das prestadoras deveria ser o menor possível.

5.3. Avaliação sobre a compatibilidade da franquia da banda larga fixa com a Lei do Marco Civil da Internet

Apresentados os principais argumentos favoráveis e contrários ao estabelecimento da franquia na banda larga fixa, passa-se à avaliação acerca da compatibilidade dessa medida com os preceitos da Lei do Marco Civil da Internet.

Para a feitura dessa avaliação, será utilizada a segunda concepção do princípio da legalidade proposta por Charles Eisenmann - segundo a qual basta que haja uma norma legal habilitadora para que a Administração Pública possa atuar - e a visão

defendida por Alexandre de Santos Aragão acerca da legalidade principiológica – a qual propõe que as leis que conferem poderes à Administração Pública devem prever princípios que permitam controlar a atuação desta.

5.3.1. A competência da Anatel para decisão acerca da franquia da banda larga fixa

Primeiramente, cumpre ressaltar que a competência para decidir acerca do cabimento ou não do estabelecimento de franquia no SCM pertence à Anatel, que nos termos do art. 19, X, da LGT, possui a atribuição de “expedir normas sobre a prestação de serviços de telecomunicações no regime privado” (BRASIL, 1997). Para chegar a uma decisão sobre o tema, a Anatel deve levar em conta todos os princípios previstos na LGT e na Lei do Marco Civil da Internet, bem como outros critérios técnicos e regulatórios pertinentes.

Saliente-se que a LGT previu diversos princípios e diretrizes que devem nortear a atuação da Anatel, com destaque para: o atendimento do interesse público e o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras (art. 19, caput); garantia, a toda população, do acesso às telecomunicações, a tarifas e preços razoáveis, em condições adequadas (art. 2º, I); estímulo à expansão do uso de redes e serviços de telecomunicações pelos serviços de interesse público em benefício da população brasileira (art. 2º, II); o direito do usuário de acessar os serviços de telecomunicações, com padrões de qualidade e regularidade (art. 3º, I); o direito do usuário à informação adequada sobre as condições de prestação do serviço (art. 3º, IV); o direito do usuário à não suspensão de serviço prestado em regime público, salvo por débito ou descumprimento contratual (art. 3º, VII); a observância dos princípios constitucionais da liberdade de iniciativa, livre concorrência, defesa do consumidor, redução das desigualdades regionais e sociais e continuidade do serviço prestado no regime público (art. 5º).

Ademais, a Lei do Marco Civil da Internet instituiu fundamentos, princípios e objetivos a serem seguidos na disciplina do uso da internet, os quais já foram expostos no Capítulo 4.

A Anatel, como órgão especializado no setor de telecomunicações, possui a expertise e o conhecimento necessário para avaliar se o estabelecimento da franquia

na banda larga fixa atenderá o interesse público e promoverá o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras. Vale ressaltar que a Agência atualmente está ouvindo as opiniões de diversas entidades representativas da sociedade a fim de tomar uma decisão sobre a questão.

Dessa forma, considero que a Anatel, ao decidir sobre o tema, agirá legitimada por uma norma legal habilitadora, em consonância com a segunda concepção de Charles Eisenmann sobre o princípio da legalidade, e deverá considerar todos os princípios e valores previstos na legislação, em observância à legalidade principiológica descrita por Alexandre Santos de Aragão.

5.3.2. Da viabilidade jurídica do estabelecimento da franquia

Quando da discussão do Regulamento do SCM, aprovado em 2013, a justificativa trazida pela Agência para o estabelecimento da franquia de consumo no SCM era que tal prática visava preservar a liberdade de iniciativa na oferta de planos de serviço e, de igual forma, buscar alternativas para otimizar o desempenho das redes de telecomunicações. Ademais, a Agência buscou garantir a preservação dos direitos dos usuários, prevendo mecanismos para a continuidade da fruição do serviço.

Como já exposto na seção 5.1, podem-se elencar os seguintes argumentos favoráveis ao estabelecimento da franquia na banda larga fixa: a) a liberdade dos modelos de negócios no SCM, prestado no regime privado; b) a existência de franquias de consumo em algumas modalidades de banda larga fixa e em outros serviços de telecomunicações; c) a limitação das redes de telecomunicações; d) a necessidade de remuneração dos investimentos na ampliação das redes de telecomunicações; e) evitar que os usuários de maior consumo sejam subsidiados pelos usuários de menor consumo; f) possibilitar a escolha do melhor plano pelo consumidor; g) possibilitar que a população de baixa renda tenha acesso à internet com planos mais acessíveis; h) a adoção dessa medida em países com grande número de usuários da banda larga fixa.

Considero que tais argumentos são plausíveis, não violam os fundamentos, princípios e objetivos da Lei do Marco Civil da Internet e concorrem para que seja autorizada a instituição da franquia na banda larga fixa, com a consequente redução

da velocidade de acesso após o atingimento da franquia. Entendo, no entanto, não ser possível o bloqueio à conexão à internet, como será demonstrado a seguir.

Entendo que o estabelecimento de franquia na banda larga fixa com a possibilidade de redução de velocidade após o atingimento da franquia encontra-se em harmonia com a segunda concepção de Charles Eisenmann acerca do princípio da legalidade, pois a Anatel instituiu tal norma com base no art. 19, X, da LGT, que prevê a atribuição de “expedir normas sobre a prestação de serviços de telecomunicações no regime privado”. (BRASIL, 1997)

Ademais, considero que a norma estabelecida pela Anatel está de acordo com a legalidade principiológica descrita por Alexandre Santos de Aragão, pois procurou conciliar o princípio da liberdade de modelos de negócio das prestadoras de SCM com o direito do usuário de não suspensão da conexão à internet.

Vale frisar que nenhuma das entidades que expressaram suas opiniões na 197ª reunião do Conselho Consultivo da Anatel foram totalmente contrárias ao estabelecimento da franquia na banda larga fixa. A Abrint, a Senacon/MJC e a Proteste apenas foram contrárias ao bloqueio do serviço, após o esgotamento da franquia.

5.3.3. A impossibilidade do bloqueio da conexão à internet

Um dos principais pontos de discussão da questão em exame é a compatibilidade do art. 63 do Regulamento do SCM, que prevê a possibilidade de estabelecimento da franquia de consumo no SCM, com o art. 7º, IV, da Lei do Marco Civil da Internet, que prevê o direito do usuário à não suspensão da conexão à internet, conforme transcrito a seguir:

Resolução Anatel nº 614/2013

Art. 63. O Plano de Serviço deve conter, no mínimo, as seguintes características:

(...)

III - franquia de consumo, quando aplicável.

§ 1º O Plano de Serviço que contemplar franquia de consumo deve assegurar ao Assinante, após o consumo integral da franquia contratada, a continuidade da prestação do serviço, mediante:

I - pagamento adicional pelo consumo excedente, mantidas as demais condições de prestação do serviço; ou,

II - redução da velocidade contratada, sem cobrança adicional pelo consumo excedente.

Lei nº 12.965/2014

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;

Quanto a este ponto, entendo que não ocorre conflito entre as normas. O art. 63 do Regulamento do SCM prescreveu que, quando for aplicável a franquia de consumo, a prestadora de SCM deve assegurar ao Assinante, após o consumo integral da franquia contratada, a continuidade da prestação do serviço, mediante o pagamento adicional pelo consumo excedente ou a redução da velocidade contratada. Assim, de acordo com tal norma, a prestadora de SCM não poderia, a seu critério, simplesmente bloquear o acesso do Assinante ao serviço.

Já a Lei do Marco Civil da Internet, no seu art. 7º, expressou que “o acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania” e previu em seu inciso IV o direito do usuário à “não suspensão da conexão à internet, salvo por débito decorrente de sua utilização”. (BRASIL, 2014)

Corroborando a posição manifestada pela Abrint, Proteste e Senacon/MJC, entendo que a não suspensão da conexão à internet, prevista no supramencionado dispositivo legal, corresponde ao conceito de “continuidade geral”, que, conforme explica Marcio Iorio Aranha, significa que o serviço deve ser prestado “de forma ininterrupta, sem paralisações injustificadas, e em condições adequadas de uso”. (ARANHA, 2015, p. 202).

Quanto à alegação do SindiTelebrasil de que deveria ser aplicada no SCM a sistemática da modalidade pré-paga do STFC, entendo que tal alegação não merece prosperar, pois o SCM historicamente sempre foi prestado com a pretensão de fornecer ao usuário a conexão ininterrupta à internet.

Dessa forma, entendo que a redação do art. 63 do Regulamento do SCM está em conformidade com o disposto no art. 7º, IV, da Lei do Marco Civil da Internet, não admitindo o bloqueio da conexão à internet.

5.3.4. Da extensão do regime público para o SCM

Conforme dispõe o § 1º do artigo 65 da LGT, “não serão deixadas à exploração apenas em regime privado as modalidades de serviço de interesse coletivo

que, sendo essenciais, estejam sujeitas a deveres de universalização” (BRASIL, 1997).

Ademais, o art. 18 da LGT incumbiu o Chefe do Poder Executivo de, por meio de decreto, “instituir ou eliminar a prestação de modalidade de serviço no regime público, concomitantemente ou não com sua prestação no regime privado” (BRASIL, 1997).

A Lei do Marco Civil da Internet, por sua vez, previu, em seu art. 7º, que “o acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania. Ainda no seu art. 4º, elencou como objetivo a promoção “do direito de acesso à internet a todos”. (BRASIL, 2014)

Em face dessas disposições legais, é possível aventar a possibilidade de se estender o regime público para o SCM. Tal serviço é prestado atualmente apenas no regime privado, conforme dispõe o art. 3º do seu Regulamento. Porém, caso se considere que essa modalidade de serviço de telecomunicações é reputada como essencial na realidade social, “perde-se a opção de política de governo do Presidente da República em submetê-la somente à prestação em regime privado” (ARANHA, 2015, p. 199).

Como se observa, a Lei do Marco Civil da Internet afirma expressamente que o acesso à internet é um serviço essencial e é um direitos de todos. Embora, por um lado, o Serviço de Conexão à Internet seja considerado pela Norma nº 04/1995, do Ministério das Comunicações, como um Serviço de Valor Adicionado, por outro lado, o SCM, que é a infraestrutura de telecomunicações que dá suporte para a conexão à internet, é considerado um serviço de telecomunicações e poderia ser prestado, em tese, no regime público.

Além da previsão legal sobre a essencialidade da internet para o exercício da cidadania, observa-se na realidade social que a internet se tornou um instrumento fundamental para acesso a outros serviços públicos e efetivação dos direitos fundamentais dos cidadãos. Como bem destacado por Flávia Lefèvre Guimarães, da Proteste, os cidadãos atualmente utilizam a internet para diversos fins, incluindo atividades relativas à educação, cultura, trabalho, entre outros serviços públicos.

Dessa forma, reconhecendo a essencialidade da internet para toda a sociedade brasileira, considero plausível a extensão do regime público para o SCM.

5.3.5. Da necessidade de ajustes à norma regulamentar da Anatel

Embora considerando que o art. 63 do Regulamento do SCM está em conformidade com a Lei do Marco Civil da Internet, entendo que são necessários alguns ajustes na norma regulamentar da Anatel.

Corroborando a posição da Abrint e da Senacon/MJC, considero relevante a definição de um patamar mínimo de capacidade de tráfego para as franquias, a fim de que essas não sejam por demais reduzidas a ponto de, com o seu esgotamento, obrigar o usuário a comprar um pacote adicional.

Conforme pontuado pela Abrint, é recomendável que a Anatel estabeleça um critério mínimo de velocidade de acesso a ser respeitado nos casos em que ocorrer a redução da velocidade contratada, após o atingimento da franquia de consumo. Tal medida visa evitar que a redução da velocidade seja tão acentuada a ponto de inviabilizar o acesso à internet.

Embora conste do § 3º do art. 63 do Regulamento do SCM que deve haver informações claras sobre a franquia, concordo com a afirmação da Senacon/MJC de que a grande maioria das ofertas publicitárias destacam apenas a velocidade de acesso e o preço cobrado pela prestação do serviço, deixando em segundo plano ou, até mesmo, omitindo as informações relativas à franquia de consumo.

Dessa maneira, é imperioso que sejam observados o art. 6º, inciso III, do CDC, que elenca como direito básico do consumidor “a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços (...)” e o art. 31 do mesmo diploma legal, que dispõe que “a oferta e a apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, ostensivas e em língua portuguesa (...)”. (BRASIL, 1990).

Caso as informações sobre a franquia não sejam apresentadas claramente nos anúncios e publicidades, entendo que a regra da franquia de consumo não poderá ser aplicada ao contratante, em respeito ao disposto no CDC.

Ademais, como ressaltou a Senacon/MJC, faz-se necessário que sejam disponibilizados meios para que os usuários acompanhem a qualquer momento o consumo da sua franquia de banda larga fixa. Tal medida busca aumentar a transparência acerca do consumo realizado pelo consumidor.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa buscou analisar a (in)compatibilidade do estabelecimento de franquias no serviço de banda larga fixa, por meio da redução de velocidade ou do bloqueio do serviço, com a Lei do Marco Civil da Internet. Pretendeu também verificar se a Anatel, no âmbito de seu poder normativo, pode regular a matéria no sentido de permitir o estabelecimento de limites de franquia.

Como base para essa avaliação foram utilizadas a teoria de Charles Eisenmann sobre o princípio da legalidade e a visão de Alexandre de Santos Aragão sobre a legalidade principiológica.

O capítulo 1 demonstrou as diferentes concepções do princípio da legalidade propostas por Charles Eisenmann, chegando-se à conclusão de que a Administração, embora limitada pela Lei, deve ter algum poder de inovação para que consiga atender os objetivos nela previstos. Assim, entendeu-se ser aplicável à atuação da Administração Pública brasileira a segunda concepção da teoria de Eisenmann, segundo a qual basta a existência de uma norma legal habilitadora para que a Administração Pública possa atuar. Adotou-se ainda a visão defendida por Alexandre de Santos Aragão acerca da legalidade principiológica – a qual propõe que as leis que conferem poderes à Administração Pública devem prever princípios que permitam controlar a atuação desta.

O capítulo 2 abordou o tema do poder normativo das agências reguladoras no Brasil e enfatizou que tais agências, criadas durante a reestruturação do Estado Brasileiro como órgãos especializados em determinados setores da economia, possuem maior conhecimento e flexibilidade do que o Poder Legislativo para lidar com o dinamismo de tais setores e, para tanto, devem deter poder normativo para desenvolver suas atividades regulatórias e implementar as políticas públicas definidas pela Administração central. Observou-se, no entanto, que a competência normativa das agências deve ser exercida em respeito às diretrizes traçadas pela Constituição, pela lei e pelos regulamentos do Chefe do Executivo.

O capítulo 3 retratou o conceito e a natureza jurídica do Serviço de Comunicação Multimídia, o qual dá suporte para o acesso à banda larga fixa. Foi abordado o histórico da internet e a sua importância para a sociedade em geral,

constituindo-se em um instrumento para efetivação de direitos fundamentais. Salientou-se que o SCM é atualmente prestado em regime privado e aventou-se a possibilidade da extensão de sua prestação no regime público.

O capítulo 4 mencionou como se deu o processo normativo do dispositivo do Regulamento do SCM que permitiu o estabelecimento da franquia de consumo na banda larga fixa. Também foram expostos os fundamentos, princípios e objetivos previstos na Lei do Marco Civil da Internet, relacionados ao tema em apreço.

O capítulo 5 evidenciou os argumentos favoráveis e contrários ao estabelecimento da franquia na banda larga fixa, manifestados por diversas entidades durante a 197ª reunião do Conselho Consultivo da Anatel. Após o cotejamento de tais argumentos, chegou-se à conclusão de que a decisão acerca do estabelecimento da franquia no serviço de banda larga fixa cabe à Anatel, que possui a competência atribuída por Lei para expedir normas sobre os serviços de telecomunicações prestados no regime privado.

Ademais, diante dos vários argumentos apresentados, concluiu-se que o regime de franquias de consumo pode ser aplicado ao SCM, admitindo-se, porém, apenas a redução da velocidade contratada. Entendeu-se que o bloqueio da conexão à internet não é permitido pelo ordenamento jurídico pátrio, tendo em vista que tanto o Regulamento do SCM quanto a Lei do Marco Civil da Internet aplicam, relativamente ao serviço de banda larga fixa, o princípio da “continuidade geral”, o qual significa que o serviço deve ser prestado sem interrupções.

Considerando as disposições dos artigos 18 e 65, § 1º, da LGT e do art. 7º da Lei do Marco Civil da Internet, bem como a essencialidade da internet para a sociedade em geral, concluiu-se que a prestação do SCM deve ser estendida para o regime público.

Por fim, como adaptações à regulamentação do SCM, sugeriu-se a previsão de um padrão mínimo de capacidade para as franquias da banda larga fixa, o estabelecimento de um patamar mínimo de velocidade nos casos em que ocorrer a redução de velocidade, a não aplicação das franquias de consumo quando não houver informação clara sobre elas nas publicidades e a disponibilização de meios para acompanhamento do consumo da franquia pelo usuário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Rogério Roberto Gonçalves de. Livre iniciativa, livre concorrência e intervenção do estado no domínio econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 97, n. 874, ago. 2008, p. 70-100.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A concepção pós-positivista do princípio da legalidade. In: Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, 236: 51-64. Abr./Jun. 2004a.

_____. Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004b.

ARANHA, Marcio Iorio. Agências: sua introdução no modelo jurídico-administrativo brasileiro. In: PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira (org.). O novo direito administrativo brasileiro. Belo Horizonte: Forum, 2006. p. 165-180.

_____. Direito das Telecomunicações: Histórico Normativo e Conceitos Fundamentais. 3ª ed. London: Laccademia Publishing, 2015.

BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL. Comitê Gestor da Internet. Pesquisa sobre o setor de provimento de serviços de Internet no Brasil [livro eletrônico]: TIC Provedores 2014. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2016.

_____. Agência Nacional de Telecomunicações. Acessos Banda Larga Fixa. Disponível em: < http://ftp.anatel.gov.br/dados/Acessos/Comunicacao_Multimedia/Total/csv/ > Acesso em 04 out. 2016.

_____. Agência Nacional de Telecomunicações. Consulta Pública nº 45, de 8 de agosto de 2011. Disponível em: < <http://sistemas.anatel.gov.br/SACP/Contribuicoes/TextoConsulta.asp?CodProcesso=C1514&Tipo=1&Opcao=finalizadas> > Acesso em: 17 out. 2016.

_____. Agência Nacional de Telecomunicações. Resolução nº 614, de 28 de maio de 2013. Disponível em: < <http://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2013/465-resolucao-614> > Acesso em 04 out. 2016.

_____. Agência Nacional de Telecomunicações. Proposta de Alteração do Regulamento de Serviço de Comunicação Multimídia. Processo nº 53500.023851/2009, vol. 3, p. 766-767.

_____. Comitê Gestor da Internet. O CGI.br e o Marco Civil da Internet. Disponível em: < <http://www.cgi.br/media/docs/publicacoes/4/CGI-e-o-Marco-Civil.pdf> > Acesso em: 17 out. 2016.

_____. Decreto nº 8.771, de 11 de maio de 2016. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8771.htm > Acesso em: 17 out. 2016.

_____. Empresa Brasileira de Comunicação - EBC. Usuários protestam contra limites de franquia para internet fixa; saiba o que muda. Disponível em: < <http://ebc.com.br/cidadania/2016/04/operadoras-pacote-de-banda-larga-da-internet-fixa> > Acesso em: 17 set. 2016

_____. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm > Acesso em: 06 nov. 2016.

_____. Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9472.htm > Acesso em: 17 set. 2016.

_____. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/12965.htm > Acesso em: 17 out. 2016.

_____. Rede Nacional de Ensino e Pesquisa. Disponível em: < <https://www.rnp.br/institucional/nossa-historia> > Acesso em 04 out. 2016.

_____. Ministério das Comunicações. Portaria nº 148, 31 de maio de 1995. Disponível em: < <http://www.anatel.gov.br/legislacao/normas-do-mc/78-portaria-148> > Acesso em: 04 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADIn-MC nº 1.668-DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, julgado em 20 de agosto de 1998. Publicado no Diário da Justiça em 31 de agosto de 1998.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 26ª edição. São Paulo: Atlas, 2013.

CASTRO, Alexander. Vídeo da 197ª reunião do Conselho Consultivo da Anatel, de 30 de setembro de 2016. Disponível em: < <https://www.youtube.com/watch?v=d-grE8roMjk> > Acesso em: 03 nov. 2016.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. Legalidade e Autonomia Contratual dos Contratos Administrativos. Coimbra: Livraria Almedina, 1987.

CUÉLLAR, Leila. As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo. São Paulo: Dialética, 2001.

_____. Introdução às Agências Reguladoras Brasileiras. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

CURI, Emília Maria Silva Ribeiro. Análise nº 398/2011-GCER, de 22 de julho de 2011. Disponível em: < <http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=263220&assuntoPublicacao=null&caminhoRel=null&filtro=1&documentoPath=263220.pdf> > Acesso em: 17 out. 2016.

EISENMANN, Charles. *Cours de Droit Administratif*. Tomo I. Paris, Ed. L.O.D.J., 1982.

_____. O Direito Administrativo e o Princípio da Legalidade. In: Revista de Direito Administrativo, vol. 56, 1959.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Agências Reguladoras: Legalidade e Constitucionalidade. In: Revista Tributária e de Finanças Públicas, Ed. RT, nov.- dez. 2000, nº 35.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. Curso de Direito Administrativo. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

FORGIONI, Paula A.; MIURA, Maíra Y. R. O princípio da neutralidade e o marco civil da internet no Brasil. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia R. P. (coords.). Direito & Internet III – Tomo II: Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/14). São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 113.

GOMES, Gustavo Gonçalves da Mota. Vídeo da 197ª reunião do Conselho Consultivo, de 30 de setembro de 2016. Disponível em: < <https://www.youtube.com/watch?v=d-grE8roMjk> > Acesso em: 03 nov. 2016.

GRAU, Eros. Princípio da Livre Concorrência. Função Regulamentar e Função Normativa. In: Revista Trimestral de Direito Público, Malheiros, 1993, 4:114.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Alteração Unilateral do Contrato Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2003.

GUIMARÃES, Flávia Lefèvre. Vídeo da 197ª reunião do Conselho Consultivo, de 30 de setembro de 2016. Disponível em: < <https://www.youtube.com/watch?v=d-grE8roMjk> > Acesso em: 03 nov. 2016.

HOBAlKA, Marcelo Bechara de Souza. Análise nº 304/2013 – GCMB, de 17 de maio de 2013. Disponível em: < <http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=298286&assuntoPublicacao=null&caminhoRel=null&filtro=1&documentoPath=298286.pdf> > Acesso em: 04 out. 2016.

JESUS, Damásio de; MILAGRE, José Antonio. Marco Civil da Internet: comentários à Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. São Paulo: Saraiva, 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

KOLESKI, Fábio Lucio. Vídeo da 197ª reunião do Conselho Consultivo, de 30 de setembro de 2016. Disponível em: < <https://www.youtube.com/watch?v=d-grE8roMjk> > Acesso em: 03 nov. 2016.

MACEDO, Hildebrando Rodrigues. Análise de Regressão Sobre Indicadores da Economia e da Difusão do Serviço de Acesso à Internet em Banda Larga no Brasil. UnB/FACE/ ECO/ CIEF. Brasília, 2010, p. 11.

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 7ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, 38ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2012, p. 89.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELO, Paulo Roberto de Sousa; GUTIERREZ, Regina Maria Vinhais. A Internet e os Provedores de Acesso, BNDES Setorial, Rio de Janeiro, n. 10, p. 115-172, set. 1999. Disponível em: < http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/bnset/set1003.pdf > Acesso em 04 out. 2016, p. 129.

PETTER, Lafayete Josué. Direito econômico. 5. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011.

POSSETI, Helton. Vídeo da 197ª reunião do Conselho Consultivo da Anatel, de 30 de setembro de 2016. Disponível em: < <https://www.youtube.com/watch?v=d-grE8roMjk> > Acesso em: 03 nov. 2016.

SALTELLI, Carlo. *Potere Esecutivo e Norme Giuridiche*. Roma: Mantellate, 1926.

SANTOS, Marcelo de Oliveira Fausto Figueiredo. As Agências Reguladoras: o Estado Democrático de Direito no Brasil e sua atividade normativa. São Paulo: Malheiros, 2005.

SESÍN, Domingo J. *Administración Pública. Actividad Reglada, Discrecional e Técnica*. Buenos Aires. Ed. Depalma, 1994.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

TÁCITO, Caio. As delegações legislativas e o poder regulamentar. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1953, nº 34.

_____. Comissão de Valores Mobiliários. Poder Regulamentar. In: Temas de Direito Público. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 1997, Tomo 2, p. 1079.

TELECO. Serviço Comunicação Multimídia (SCM). Disponível em: < http://www.teleco.com.br/scm_prest.asp > Acesso em: 19 set. 2016.

WU, Tim. *Network neutrality, broadband discrimination*. *Journal of Telecommunications and high Technology law*, v2, 2003, p. 141.

ZANOBINI, Guido. *L'Attività Amministrativa e la Legge*. In: *Scritti Vari di Diritto Pubblico*. Milão, Ed. Giuffrè, 1955.