



## **CONSULTA PÚBLICA**

### **I – INTRODUÇÃO**

1. A PROTESTE – Associação de Consumidores vem se manifestar no processo de consulta pública instalada pela Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) para a “Tomada de subsídios sobre franquia de dados na banda larga fixa”.
2. Antes de tratar especificamente sobre a franquia, entendemos ser fundamental destacar, com todo o respeito, que o tema submetido à consulta pública deixou de ser colocado de forma integral, comprometendo o resultado das contribuições a serem apresentadas pela sociedade civil.
3. Isto porque, ao tratar sobre planos de acesso à internet com franquia, ou limite de dados mensal, é obrigatório tratar também de como esses planos têm sido ofertados no mercado, especialmente no momento em que a franquia se esgota e quais as consequências para os consumidores e para as finalidades voltadas para a inclusão digital estabelecidas pela Lei 12.965/2015 – o Marco Civil da Internet (MCI).
4. Nessa linha, esclarecemos que nosso posicionamento levará em conta as características dos planos ofertados no mercado, que incluem dois fatores preponderantes para que se possa fazer uma análise com resultados práticos, quais sejam, a prática do zero-rating e de bloqueio ao final da franquia, pois contariam frontalmente o Marco Civil da Internet, como se verá adiante.

5. Faremos também considerações a respeito da natureza jurídica do serviço de conexão à internet e sobre as implicações decorrentes da edição do Decreto 8.771/2016, que veio regulamentar o Marco Civil da Internet, especialmente no que diz respeito às atribuições legais relativas ao acompanhamento e fiscalização dos direitos e deveres decorrentes da lei, bem como para a definição de diretrizes estratégicas para o uso da Internet no Brasil, que incluem, além da ANATEL, a Secretaria Nacional de Defesa do Consumidor (SENACON), o Conselho de Administração e Direito Econômico (CADE) e o Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.br).

6. Isto porque a natureza do serviço tem implicações nas competências regulatórias e nas atribuições da ANATEL e do CGI.br, o que deve ser levado em conta, tendo em vista que o MCI diz claramente que:

*Art. 24. Constituem diretrizes para a atuação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios no desenvolvimento da internet no Brasil:*

*I - estabelecimento de mecanismos de governança multiparticipativa, transparente, colaborativa e democrática, com a participação do governo, do setor empresarial, da sociedade civil e da comunidade acadêmica;*

7. Destarte, se pretendemos dar consequência à governança multiparticipativa, não se pode pretender que apenas a ANATEL defina regras sobre o serviço de conexão à internet.

8. Trata-se de serviço que implica em direitos fundamentais tais como liberdade de expressão, universalização do acesso ao conhecimento, que demandam um tratamento multidisciplinar e não marcado pelo viés econômico, como vem ocorrendo há anos e de forma desequilibrada na agência, sempre pendente para os interesses dos agentes econômicos regulados.

9. Tanto é assim que a Declaração de São Paulo, resultado do Encontro Multisetorial NETmundial<sup>1</sup>, ocorrido no Brasil em abril de 2014 envolvendo cerca de 110 países, que trata de princípios para a governança da internet, deixou consignado seguinte:

*- ESPAÇO UNIFICADO E NÃO FRAGMENTADO*

*A internet deve continuar como um espaço unificado e não fragmentado com vistas a que continue a ser uma rede de redes globalmente coerente, interconectada, estável, não fragmentada, escalável e acessível, baseada em um conjunto comum de identificadores únicos, permitindo o livre fluxo de informações de ponta a ponta independentemente de seu conteúdo.*

*- ARQUITETURA ABERTA E DISTRIBUÍDA*

*A Internet deve ser preservada como um ambiente fértil e inovador baseado em uma arquitetura de sistema aberto, com colaboração voluntária, gestão coletiva e participação, apoiando a natureza ponta-a-ponta da Internet aberta, e buscando especialistas técnicos para resolver problemas técnicos no local apropriado de uma maneira consistente com esta abordagem aberta e colaborativa.*

*- AMBIENTE FAVORÁVEL PARA A INOVAÇÃO SUSTENTÁVEL E A CRIATIVIDADE*

*A capacidade de inovar e criar está no âmago do notável crescimento da Internet e trouxe grande valor para a sociedade global. Para a conservação de seu dinamismo, a governança da Internet deve continuar a permitir a inovação livre de barreiras através de um ambiente de Internet favorável, consistente com outros princípios deste documento. Empreendedorismo e investimentos em infraestrutura são componentes essenciais de um ambiente favorável.*

10. É com base nessas diretrizes, bem como nos fatos descritos abaixo e fundamentos legais invocados que apoiamos nossa contribuição.

---

<sup>1</sup> <http://netmundial.br/pt/about/>

<sup>2</sup> RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 270, p. 41-79, set./dez. 2015

<sup>3</sup> <https://www.intgovforum.org/multilingual/content/igf-2016-%E2%80%93>

## **II – ESTRUTURA EM CAMADAS DA INTERNET**

### **II.1 – Serviço de Telecomunicações e Serviço de Conexão à Internet**

11. Nossas considerações a esse respeito são feitas tendo em vista outros documentos editados pela ANATEL, especialmente quando da consulta pública sobre temas relacionados à neutralidade da rede, com fins de apresentar contribuição para a edição do Decreto regulamentador do MCI.

12. Naquela oportunidade, a ANATEL se referia ao “conjunto de atores e relações que compõem a internet”, apresentando 3 categorias de agentes, quais sejam: a) prestador de serviços de telecomunicações, b) provedor de aplicações e conteúdo e c) usuário.

13. Com base na classificação proposta pela ANATEL, passamos a considerar a legislação que trata das distinções entre serviços de telecomunicações e serviço de conexão à Internet, começando pelo art. 61, da Lei Geral de Telecomunicações, cujo teor é o seguinte:

*“Art. 61. Serviço de valor adicionado é a atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações.*

*§ 1º Serviço de valor adicionado não constitui serviço de telecomunicações, **classificando-se seu provedor como usuário do serviço de telecomunicações** que lhe dá suporte, com os direitos e deveres inerentes a essa condição.*

*§ 2º É assegurado aos interessados o uso das redes de serviços de telecomunicações para prestação de serviços de valor adicionado, cabendo à Agência, para assegurar esse direito, regular os condicionamentos, assim como o relacionamento entre aqueles e as prestadoras de serviço de telecomunicações”.*

14. Os dispositivos transcritos deixam claro que os serviços de valor adicionado integram uma categoria distinta da categoria telecomunicações. Entretanto, a ANATEL vem promovendo a ideia de que o Serviço de Conexão à Internet seria serviço de telecomunicações.

15. Isto porque, ao definir prestador de serviços de telecomunicações, a agência vem afirmando que o serviço de conexão à internet é o “que possibilita o acesso dos usuários às redes de telecomunicações, suas ou de terceiros e que seus prestadores seriam as empresas que hoje oferecem aos usuários serviços como telefonia e banda larga, fixa ou móvel, por exemplo”, dando a entender que banda larga seria o serviço de conexão à internet.

16. A agência tem defendido que provedor de aplicações e conteúdo seriam os que fornecem “aos consumidores, utilizando como suporte para isto um serviço de telecomunicações. Exemplos destes provedores são as redes sociais, serviços de buscas, de comércio eletrônico, bancários, de utilidade pública, de armazenagem, aplicações de vídeo sob demanda ..., dentre muitos outros”.

17. Ou seja, a ANATEL vem ignorando uma importante e essencial atividade, estabelecida pela lei e regulamentada por norma do Ministério das Comunicações, que é o serviço de conexão à internet, que não se confunde com “banda larga”.

18. E a impropriedade técnica perpetrada pela agência fica ainda mais clara quando levamos em conta a Norma 4/1995, editada pelo Ministério das Comunicações, por meio da Portaria 148/1995, com o seguinte teor, *verbis*:

***Norma 04/1995 – Ministério das Comunicações***

*3. DEFINIÇÕES: Para fins desta Norma são adotadas as definições contidas no Regulamento Geral para execução da Lei nº 4.117, aprovado pelo Decreto nº 52.026, de 20 de maio de 1963, alterado pelo Decreto nº 97.057, de 10 de novembro de 1988, e ainda as seguintes:*

a) *Internet*: nome genérico que designa o conjunto de redes, os meios de transmissão e comutação, roteadores, equipamentos e protocolos necessários à comunicação entre computadores, bem como o "software" e os dados contidos nestes computadores;

**B) SERVIÇO DE VALOR ADICIONADO: SERVIÇO QUE ACRESCENTA A UMA REDE PREEXISTENTE DE UM SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÕES, MEIOS OU RECURSOS QUE CRIAM NOVAS UTILIDADES ESPECÍFICAS, OU NOVAS ATIVIDADES PRODUTIVAS, RELACIONADAS COM O ACESSO, ARMAZENAMENTO, MOVIMENTAÇÃO E RECUPERAÇÃO DE INFORMAÇÕES;**

**C) SERVIÇO DE CONEXÃO À INTERNET (SCI): NOME GENÉRICO QUE DESIGNA SERVIÇO DE VALOR ADICIONADO, QUE POSSIBILITA O ACESSO À INTERNET A USUÁRIOS E PROVEDORES DE SERVIÇOS DE INFORMAÇÕES;**

**D) PROVEDOR DE SERVIÇO DE CONEXÃO À INTERNET (PSCI): ENTIDADE QUE PRESTA O SERVIÇO DE CONEXÃO À INTERNET;**

**E) PROVEDOR DE SERVIÇO DE INFORMAÇÕES: ENTIDADE QUE POSSUI INFORMAÇÕES DE INTERESSE E AS DISPÕEM NA INTERNET, POR INTERMÉDIO DO SERVIÇO DE CONEXÃO À INTERNET;**

**F) USUÁRIO DE SERVIÇO DE INFORMAÇÕES: USUÁRIO QUE UTILIZA, POR INTERMÉDIO DO SERVIÇO DE CONEXÃO À INTERNET, AS INFORMAÇÕES DISPOSTAS PELOS PROVEDORES DE SERVIÇO DE INFORMAÇÕES;**

**G) USUÁRIO DE SERVIÇO DE CONEXÃO À INTERNET: NOME GENÉRICO QUE DESIGNA USUÁRIOS E PROVEDORES DE SERVIÇOS DE INFORMAÇÕES QUE UTILIZAM O SERVIÇO DE CONEXÃO À INTERNET;**

h) *Ponto de Conexão à Internet*: ponto através do qual o SCI se conecta à Internet;

i) *Coordenador Internet*: nome genérico que designa os órgãos responsáveis pela padronização, normatização, administração, controle, atribuição de endereços, gerência de domínios e outras atividades correlatas, no tocante à Internet;

(...)

#### 4. SERVIÇO DE CONEXÃO À INTERNET

4.1. Para efeito desta Norma, considera-se que o **Serviço de Conexão à Internet constitui-se:**

a) dos **equipamentos necessários aos processos de roteamento, armazenamento e encaminhamento de informações, e dos "software" e "hardware" necessários para o provedor implementar os protocolos da Internet e gerenciar e administrar o serviço;**

b) das rotinas para a administração de conexões à Internet (senhas, endereços e domínios Internet);

c) dos "softwares" dispostos pelo PSCI: aplicativos tais como - correio eletrônico, acesso a computadores remotos, transferência de arquivos, acesso a banco de dados, acesso a diretórios, e outros correlatos -, mecanismos de controle e segurança, e outros;

d) dos arquivos de dados, cadastros e outras informações dispostas pelo PSCI;

e) do "hardware" necessário para o provedor ofertar, manter, gerenciar e administrar os "softwares" e os arquivos especificados nas letras "b", "c" e "d" deste subitem;

f) outros "hardwares" e "softwares" específicos, utilizados pelo PSCI.

19. Respeitando, então, o poder regulamentar do Ministério das Comunicações, nos termos do art. 87, incs. II e IV, da Constituição Federal, podemos afirmar que a ANATEL tem sido equivocada ao apresentar o serviço de conexão à internet como um serviço de telecomunicações.

20. Ainda que tenha havido a intenção por parte de alguns setores da ANATEL e do Ministério das Comunicações de revogar a Norma 04/95, o certo é que os arts. 60 e 61, da LGT, constituem-se como obstáculos definitivos para que se inclua as atividades de conexão à internet como serviço de telecomunicações.

21. O protocolo IP, o provisionamento e o fornecimento de endereçamento IP, servidor de DNS recursivo e serviço de encaminhamento de pacotes são atividades próprias do serviço de conexão à internet que podem ser desenvolvidas por uma empresa que, não sendo detentora de infraestrutura de

telecomunicações, contrate capacidade de rede para atuar como provedor de serviço de conexão à internet.

22. Veja-se nesse sentido a palestra de Demi Getschko, no Seminário Marco Civil da Internet: Neutralidade e Proteção de Dados Pessoais, organizado pela PROTESTE em março deste ano, com apoio do CGI.br, resumida no texto da jornalista Mariana Mazza e com os vídeos disponíveis no youtube -  
HYPERLINK ["https://www.youtube.com/watch?v=o0j3vDw7dNU"](https://www.youtube.com/watch?v=o0j3vDw7dNU)  
<https://www.youtube.com/watch?v=o0j3vDw7dNU> HYPERLINK  
"https://www.youtube.com/watch?v=X7xhqk0mdag"  
<https://www.youtube.com/watch?v=X7xhqk0mdag> :

## LIBERDADE

*O conselheiro Demi Getschko iniciou sua apresentação lembrando que a classificação da Internet como um Serviço de Valor Adicionado (SVA) – que, de acordo com a Anatel, é um serviço que usa a rede de telecomunicações mas não se confunde com ela; ou seja, a web não é considerada um serviço de telecomunicações no Brasil – foi um grande estímulo para a expansão dos provedores, que puderam se multiplicar em um ambiente não regulado. Dessa forma, Getschko ilustrou as vantagens de manter a Internet sem fronteiras rígidas criadas por uma eventual regulação severa demais. “É bom ressaltar isso: o que é a Internet? É uma coleção de milhares de redes que fazem o que querem e compartilham um protocolo”, argumentou. “Tentar ver a Internet como um jardim murado não permitiria aplicações como web e redes sociais.”*

23. Portanto, entendemos que a conexão à internet é um Serviço de Valor Adicionado e fora das atribuições da ANATEL. Para operar este serviço um provedor de conexão à internet não necessita de outorga de licença ou autorização pela agência.

24. Defendemos que a internet se compõe das seguintes camadas, sendo que a ANATEL, de acordo com o que dispõe o art. 19 da LGT, só possui atribuição legal para atuar na primeira camada, uma vez que as duas seguintes tratam das camadas e arquitetura de redes de internet:

a) Infraestrutura de telecomunicações – camada de rede física

b) Padrões técnicos (TCP/IP, DNS, etc) – camada de rede lógica de transporte de internet

c) Conteúdos e padrões de aplicações - camada de rede de aplicações

25. Corroboramos nosso entendimento a doutrina de Carlos Ari Sundfeld, consignada no artigo publicado na Revista de Direito Administrativo – A Governança Não Estatal da Internet e o Direito Brasileiro<sup>2</sup>, do qual pinçamos os seguintes trechos:

---

<sup>2</sup> RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 270, p. 41-79, set./dez. 2015

Os serviços de telecomunicações e de valor adicionado têm regimes jurídicos diferentes. Enquanto os primeiros incluem-se entre os serviços de titularidade estatal (Constituição Federal, art. 21, XI) e só podem ser prestados por outorga estatal, feita por concessão ou autorização, e por prestadores sujeitos à regulação estatal, a cargo da Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), *os serviços de valor adicionado são livres e, por não dependerem de qualquer outorga estatal, estão isentos da regulação pública vinculada a esse tipo de outorga* (Lei nº 9.472, de 1997, art. 61, §§).<sup>3</sup>

A figura do serviço de valor adicionado não é especificidade brasileira. Ela foi adotada ou aceita de modo generalizado pelos direitos dos distintos países, e se tornaria fundamental a partir dos anos 1990, exatamente para evitar que os avanços tecnológicos em telecomunicações e informática, que então ocorriam, acabassem ficando com seu uso limitado e condicionado pelos monopólios estatais existentes historicamente no setor de telecomunicações.<sup>4</sup> A liberdade, expressa na figura do serviço de valor adicionado, foi considerada o princípio básico dessa nova era de atividades viabilizadas pela tecnologia nascente no final do século XX, ao contrário do que ocorrera um século antes com as telecomunicações. O sistema internet desenvolveu-se como atividade livre justamente nesse novo ambiente.

A política de interesse público, no caso do sistema internet, não é produto direto de Estados nacionais — tampouco está relacionada a funções que lhes sejam próprias ou responde, de forma imediata, a interesses, preocupações ou necessidades especificamente estatais.<sup>5</sup> É uma política que, conquanto de objetivos públicos, não é estatal. Ela é produzida por atores distintos dos Estados nacionais e destina-se a empreendimento essencialmente transnacional, coletivo — e também não estatal. Seu DNA, portanto, é global — e não nacional, como o das políticas públicas estatais tradicionais.

(...)

No Brasil, o sistema é gerido por duas organizações peculiares, que atuam em conjunto e em sintonia: o CGI.br e o NIC.br. Elas são responsáveis por coordenar e atribuir endereços IP em território nacional e por coordenar e registrar nomes de domínio usando o “.br”.

O CGI.br, organização sem personalidade jurídica, tem previsão no Decreto Federal nº 4.829, de 3 de setembro de 2003.<sup>9</sup> Apesar de ter oficialmente surgido no decreto, não integra a administração pública federal. Dele fazem parte membros do governo (em número relevante, porém minoritário), representantes do setor empresarial, do setor acadêmico, do terceiro setor e da comunidade científica e tecnológica. O NIC.br, por sua vez, é pessoa jurídica de direito privado, também não estatal, instituída na modalidade associação, sem fins lucrativos, incumbida de implementar decisões e projetos do CGI.br. É, assim, seu braço executor.

26. Se existiam algumas dúvidas com relação ao papel preponderante do CGI.br para a organização do serviço de conexão à internet no Brasil até pouco tempo, depois da edição do MCI e do Decreto 8.771/2016, elas não subsistem mais, uma vez que ambas as normas deixam claro que entre suas atribuições está a de participar da promoção da racionalização da gestão, expansão e uso da Internet, bem como definir diretrizes para a atuação da ANATEL, SENACON e CADE, quanto à fiscalização e garantia dos direitos e obrigações dos usuários e provedores.

27. As considerações feitas até aqui têm a finalidade de deixar marcado que não cabe a ANATEL de forma exclusiva editar normas que autorizem ou desautorizem os planos de franquia de dados, seja no que diz respeito aos acessos à internet pela rede móvel seja pela rede fixa.

## **II.2 – Serviço de Comunicação Multimídia (SCM)**

28. É certo que em agosto de 2001 a ANATEL editou a Resolução 272, por meio da qual instituiu o Serviço de Comunicação Multimídia, cujo art. 3º definia como:

*Art. 3º O Serviço de Comunicação Multimídia 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, utilizando quaisquer meios, a assinantes dentro de uma área de prestação de serviço.*

*Parágrafo único. Distinguem-se do Serviço de Comunicação Multimídia, o Serviço Telefônico Fixo Comutado destinado ao uso do público em geral (STFC) e os serviços de comunicação eletrônica de massa, tais como o Serviço de Radiodifusão, o Serviço de TV a Cabo, o Serviço de Distribuição de Sinais Multiponto Multicanal (MMDS) e o Serviço de Distribuição de Sinais de Televisão e de Áudio por Assinatura via Satélite (DTH).*

29. E, posteriormente, em maio de 2013, a agência editou a Resolução 614, que alterou a Resolução 272/2001, tendo estabelecido no art. 3º o seguinte:

*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.*

*§ 1º A prestação do SCM não admite a transmissão, emissão e recepção de informações de qualquer natureza que possam configurar a prestação de serviços de radiodifusão, de televisão por assinatura ou de acesso condicionado, assim como o fornecimento de sinais de vídeos e*

*áudio, de forma irrestrita e simultânea, para os Assinantes, na forma e condições previstas na regulamentação desses serviços.*

*§ 2º Na prestação do SCM não é permitida a oferta de serviço com as características do Serviço Telefônico Fixo Comutado destinado ao uso do público em geral (STFC), em especial o encaminhamento de tráfego telefônico por meio da rede de SCM simultaneamente originado e terminado nas redes do STFC.*

*§ 3º Na prestação do SCM é permitida a implementação da função de mobilidade restrita nas condições previstas na regulamentação específica de uso de radiofrequência.*

30. Entendemos que, ao instituir o SCM, a ANATEL extrapolou suas atribuições legais, pois, de acordo com o art. 84, inc. IV, da Constituição Federal, o poder de regulamentar as leis é do Presidente da República, a quem compete exclusivamente “sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, **BEM COMO EXPEDIR DECRETOS E REGULAMENTOS PARA SUA FIEL EXECUÇÃO**”.

31. Veja-se ainda que, de acordo com o art. 19, inc. I, da LGT, à ANATEL compete “**implementar, em sua esfera de atribuições, a política nacional de telecomunicações**”.

32. E, nessa direção, a criação de serviço de telecomunicações é ato típico de política, cujo estabelecimento cabe exclusivamente aos Poderes Executivo e Legislativo, cabendo à ANATEL, nos termos do art. 69 da LGT, apenas definir modalidades de serviços já estabelecidos por lei ou por ato do Presidente da República (art. 84, CF).

33. Sendo assim, cabe a pergunta: o SCM é modalidade de qual serviço? A própria resolução da ANATEL já deixa claro que ele se distingue da telefonia. Qual outro serviço está estabelecido seja por lei ou por decreto que possa viabilizar a criação de modalidades?

34. Nem mesmo a Resolução 73/1998 da ANATEL, que aprovou o “Regulamento dos Serviços de Telecomunicações”, faz qualquer referência à conexão à internet. Aliás, esta norma reforça o que consta da LGT e da Norma 04/95, ao estabelecer que:

35. *Art. 2º Serviço de telecomunicações é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de 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. 3º NÃO CONSTITUEM SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES:**

*I – o provimento de capacidade de satélite;*

*II – a atividade de habilitação ou cadastro de usuário e de equipamento para acesso a serviços de telecomunicações;*

**III – OS SERVIÇOS DE VALOR ADICIONADO, NOS TERMOS DO ART. 61 DA LEI 9472 DE 1997.**

*Parágrafo único – A Agência poderá estabelecer outras situações que não constituam serviços de telecomunicações, além das previstas neste artigo.*

30. O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou a respeito das competências da ANATEL, tendo ficado decidido o seguinte:

“STF. ADIn 1668 MC. Relator: Min. Marco Aurélio, 20 de agosto de 1998. Diário da Justiça, Distrito Federal, p.52, 16 abr. 2004 - EMENT VOL-02147-01 PP-00127.

**“(…) fazendo com que as normas técnicas emitidas pelas autarquias sejam sempre submissas à lei e, eventualmente, à regulamentação emanada do Poder Executivo, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal na ADIN 1.668-5,** manifestado liminarmente no dia 20.08.98 que, ao julgar, entre outros, os incisos IV e X do Art. 19 da Lei 9.472/97, assim decidiu:

“Quanto aos incisos IV e X do artigo 19, sem redução de texto, dar-lhes interpretação conforme a Constituição Federal, com o objetivo de fixar exegese segundo a qual a **competência da Agência Nacional de Telecomunicações para expedir normas subordina-se aos preceitos legais e regulamentares que regem a outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público e no regime privado,** vencido o Ministro Moreira Alves que o indeferia”.

Destaque para o voto do Ministro Sepúlveda Pertence:

"Peço vênia ao eminente Relator, com relação aos incisos IV e X, para propor interpretação conforme. Estou de acordo com S. Exa., em que *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, de acordo com o início do voto de S. Exa., 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”.*

31. Destarte e considerando que a Constituição Federal e a LGT limitam as competências da agência, bem como o que dispõe a Norma 04/1995 editada pelo Ministério das Comunicações, entendemos que a resolução que estabeleceu o SCM padece de vício insanável.

32. A despeito das questões afeitas à regularidade das Resoluções 272/2001 e 614/2013, no mérito também entendemos que a agência promoveu incertezas ao estabelecer sobre o SCM, incluindo o provimento de conexão à internet na sua definição, sendo que ao mesmo tempo classifica o SCM como serviço de telecomunicações, em claro confronto com o que dispõe a Norma 04/1995.

### **III – O Marco Civil da Internet proíbe planos com volumes de dados?**

33. Para analisar a legalidade ou não dos planos de franquia para acesso à Internet temos de considerar que o MCI desenhou um novo cenário para o serviço de acesso à internet.

34. A lei deixou expresso que o acesso à internet deve estar disponível a todos (art. 4º, inc. I) e que é essencial para o exercício da cidadania (art. 7º) introduzindo de forma inequívoca o caráter UNIVERSAL e ESSENCIAL deste serviço.

**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.

**Art. 7º O ACESSO À INTERNET É ESSENCIAL ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:**

I - inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação,

II - inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei,

III - inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial,

**IV - não suspensão da conexão à internet, salvo por débito diretamente decorrente de sua utilização;**

**V - manutenção da qualidade contratada da conexão à internet;**

VI - informações claras e completas constantes dos contratos de prestação de serviços, com detalhamento sobre o regime de proteção aos registros de conexão e aos registros de acesso a aplicações de internet, **bem como sobre práticas de gerenciamento da rede que possam afetar sua qualidade;**

35. Assim, podemos concluir que o Marco Civil, ao tratar dos direitos do usuário, carrega para o sistema de regulação do serviço de conexão à internet princípios típicos do direito administrativo, conforme tabela abaixo:

<b>Direitos do usuário de internet</b>	<b>Princípios de serviço público</b>
Não suspensão da conexão, exceto por inadimplência	Regularidade e Continuidade
Manutenção da qualidade contratada da conexão à internet	Regularidade e Adequação
Inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei; Não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicações de internet, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei;	Segurança
Neutralidade	Igualdade e neutralidade

36. A lei definiu uma série de garantias e deveres para os Poderes Públicos para a promoção da racionalização da gestão e expansão do uso da internet no Brasil, tendo como fundamentos o reconhecimento da escala mundial da rede, os direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania em meios digitais, a pluralidade e a diversidade, a defesa do consumidor e a finalidade social da rede, entre outros.

37. Os princípios trazidos pelo MCI foram a garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação do pensamento, a preservação e garantia da neutralidade de rede, assim como sua estabilidade, segurança e funcionalidade, por meio de medidas técnicas compatíveis com os padrões internacionais e pelo estímulo ao uso de boas práticas.

38. O MCI estabeleceu ainda que a disciplina do uso da internet no Brasil tem por objetivo a promoção do direito de acesso à internet a todos, de modo a se promover o acesso à informação, ao conhecimento e à participação na vida cultural e na condução dos assuntos públicos, sendo essencial para o exercício da cidadania e, por isso, introduzindo também o princípio da continuidade.

39. Vale ressaltar que o MCI teve como fonte a Resolução 2009/003 do Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.br), por meio da qual se estabeleceram dez Princípios para a Governança e uso da Internet no Brasil, estando entre eles o seguinte: “O acesso à Internet deve ser universal para que ela seja um meio para o desenvolvimento social e humano, contribuindo para a construção de uma sociedade inclusiva e não discriminatória em benefício de todos”.

40. A fixação de tais princípios decorreram de consenso construído entre os vários setores representados no CGI.br: governamental, comunidade científica e tecnológica, sociedade e empresarial e, por isso, as empresas não podem ignorá-los.

41. Também é fundamental termos em vista um dos objetivos trazidos com o MCI e relevante para a discussão a respeito da prática de franquia associada ao zero-rating e a bloqueio de acesso, qual seja, a importância da adesão a padrões tecnológicos abertos que permitam a comunicação, a acessibilidade e a interoperabilidade entre aplicações e bases de dados.

42. Portanto, ao tratar de acesso à internet, temos de reconhecê-lo como serviço de interesse público e essencial, sendo mandatário admitir que o estado está obrigado a assegurar a sua prestação (art. 174, da Constituição Federal), devendo regular as contratações que se dão em larga escala e que não podem se desenvolver exclusivamente com base nas regras do mercado.

43. Sendo assim, entendemos que, a princípio, o MCI não proíbe a prática da franquia em si, **mas proíbe a prática do zero-rating e/ou a interrupção do acesso à internet, na medida em que é consequência do reconhecimento do caráter universal e essencial de um serviço o princípio da continuidade, como está expresso no inc. IV, do art. 7º, do MCI e art. 22, do Código de Defesa do Consumidor.**

44. Os planos com franquia só podem ser considerados legais se, ao final do volume de dados contratado, o acesso integral à internet seja mantido, sendo admitido apenas a redução da velocidade, como ocorre em outros países como os EUA.

### **III.1 – A neutralidade**

45. Um dos principais instrumentos para se atingir o acesso universal à internet, além da infraestrutura, é a garantia da neutralidade da rede, na medida em que os benefícios decorrentes do acesso à internet resultam principalmente da ampliação do acesso aos conteúdos de toda natureza, educacional, cultural, entre outros.

46. A neutralidade é uma ferramenta jurídica para garantir tratamento isonômico e não discriminatório na internet, a fim de preservar o caráter aberto da arquitetura de redes e valores como a democracia, liberdade de expressão, fluxo livre de informação, privacidade, ambiente concorrencial, inovação, direitos do consumidor entre outros direitos fundamentais.

47. Os aspectos técnicos para a verificação do cumprimento das obrigações de não discriminação na rede vão depender da abrangência do conceito de neutralidade que se configurar nos ambientes de debate – órgãos reguladores e Poder Judiciário.

48. No caso do Brasil, a definição a respeito da neutralidade está expressa de forma clara no art. 9º, do MCI, e sua interpretação deve se dar de acordo com os fundamentos, princípios e objetivos estabelecidos pela lei, já referidos acima.

49. Nesse sentido, a primeira afirmação que podemos fazer com absoluta segurança é a de que a prática do zero-rating não se enquadra em nenhuma das hipóteses de quebra da neutralidade estabelecidas pelo § 1º, do art. 9º, do MCI, já que não decorre de questões de natureza técnica e nem tem implicações emergenciais; trata-se de modelo de negócio voltado para atender interesses comerciais.

50. Reafirma esta conclusão o que ficou consignado nos arts. 9º e 10, do Decreto 8.771/2016, com o seguinte teor:

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

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

*II – priorizem pacotes de dados em razão de arranjos comerciais; ou*

*III – privilegiem aplicações ofertadas pelo próprio responsável pela transmissão, pela comutação ou pelo roteamento ou por empresas integrantes de seu grupo econômico.*

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

51. A interpretação dos dispositivos acima devem também ser feitos de forma harmônica com o Decálogo de Princípios do CGI.br – Resolução 2009/003, que inspirou a construção do MCI. O Decálogo, ao tratar da neutralidade, deixou fixado o seguinte:

*“Filtragem ou privilégios de tráfego devem respeitar apenas critérios técnicos e éticos, não sendo admissíveis motivos políticos, comerciais, religiosos, culturais, ou qualquer outra forma de discriminação ou favorecimento”.*

52. Sendo assim, pela perspectiva dos princípios de governança da internet aceitos internacionalmente e de acordo com o MCI e seu decreto regulamentador, entendemos que a prática do zero-rating associada a planos franqueados com acesso restrito a determinados conteúdos e aplicações e bloqueio a todo o resto do que se encontra disponível na internet viola a neutralidade, trazendo graves prejuízos para a sociedade brasileira, tanto pelo aspecto econômico, quanto pelo aspecto social.

53. A prática do zero-rating associada aos planos com limite de volume de dados e restrição de acesso à internet ao final da franquia cria condições para que a internet se torne um espaço voltado preponderantemente à interesses comerciais e contrário à verdadeira e efetiva inclusão digital, propiciando a discriminação em desfavor dos consumidores de baixa renda.

54. Vale destacar pesquisa divulgada pelo CETIC em 2016, apontando que 65% das classes D e E e 45% da classe C, só acessam a internet por dispositivos móveis e só têm acesso à rede fixa por meio do WI-FI aberto em locais públicos ou em locais de trabalho. A prevalecer a pretensão das grandes provedoras do serviço, esse fosso crescerá ainda mais, pois o caráter complementar entre o acesso pela rede móvel e pela rede fixa estará comprometido.

55. Este efeito danoso tem sido reconhecido tanto pelo Body of European Regulators for Electronic Communications (BEREC), quanto pela Federal Communication Commission (FCC). Aliás, no último dia 6 de dezembro, no Fórum de Governança da Internet em Guadalajara, numa mesa a respeito do tema representantes destas duas entidades reafirmaram o potencial danoso

dessa prática, bem como a necessidade de restrições, especialmente no cenário de desenvolvimento da Internet das Coisas<sup>3</sup>.

#### **IV – O Código de Defesa do Consumidor e as franquias**

56. O Código de Defesa do Consumidor também deve ser considerado nesta análise, na medida em que até agora as empresas vinham praticando os planos de banda larga fixa sem a aplicação de franquias.

57. E suas receitas com os serviços de dados vêm crescendo exponencialmente. Veja-se:

<http://www.valor.com.br/empresas/4541443/lucro-da-telefonica-brasil-atinge-r-12-bilhao-no-1-trimestre>

LUCRO DA TELEFÔNICA BRASIL ATINGE R\$ 1,2 BILHÃO NO 1º TRIMESTRE  
27/04/2016

A Telefônica Brasil registrou lucro líquido de R\$ 1,2 bilhão no primeiro trimestre, 179% maior que em igual período do ano passado. O lucro sobre juros, impostos, depreciação e amortização (Ebitda, na sigla em inglês) recorrente atingiu R\$ 3,37 bilhões, alta de 7% no período, e a margem Ebitda recorrente cresceu 1,9 ponto percentual, para 31,4%. “É o maior Ebitda na história da Vivo”, disse Amos Genish, presidente da companhia.

(...)

Acessos

No primeiro trimestre, a Telefônica Vivo atingiu 97,22 acessos de serviços fixos e móveis, queda de 8% em relação a igual período de 2015. O número de acessos móveis caiu 10,5% totalizando 73,27 milhões, E O DE ACESSOS FIXOS CRESCERAM 0,3% PARA 23,9 MILHÕES.

---

<sup>3</sup>. <https://www.intgovforum.org/multilingual/content/igf-2016-%E2%80%93-day-1-%E2%80%93-room-5-workshop-173-internet-fragmentation-net-neutrality>

A RECEITA MÉDIDA POR USUÁRIO (ARPU, NA SIGLA EM INGLÊS) CRESCER 10,9% NO SERVIÇO MÓVEL, PARA R\$ 26,9 POR MÊS. NO NEGÓCIO FIXO, O ARPU MENSAL DE VOZ FICOU EM 43,3 (+0,1%), EM **BANDA LARGA, R\$ 44,5 (+7,6%)** E EM TV POR ASSINATURA, R\$ 88,8 (+12,6%).

## **INVESTIMENTOS**

OS INVESTIMENTOS DA TELEFÔNICA CAÍRAM 15,3% NO PRIMEIRO TRIMESTRE, NA COMPARAÇÃO ANUAL, PARA R\$ 1,49 BILHÃO. O VALOR É EQUIVALENTE A 14% DAS RECEITAS NO TRIMESTRE ANTE 17% NO ANO PASSADO. A COMPANHIA EXECUTOU TODOS OS PROJETOS COM MENOS DINHEIRO, ATÉ AGORA, COM EXCEÇÃO DA BANDA LARGA FIXA, CUJA DEMANDA É MUITA ALTA.

58. E o mesmo padrão em proporções diversas vêm sendo observada com a Claro, outra empresa que divide o marketshare com a Telefonica e Oi.

59. Sendo assim, a pretensão de mudança no padrão de contratação impondo franquias de dados impõe que se apresentem justificativas econômicas consistentes e inequívocas.

60. Caso contrário estará configurado o aumento injustificado de preço, na medida em que, esgotado o volume de dados antes de finalizado o mês contratual, para continuar a navegar, o consumidor terá de adquirir créditos, o que representa violação aos incs. V e X, art. 39, do Código de Defesa do Consumidor, podendo-se concluir que se trata de prática abusiva.

61. Ademais, se a justificativa para a mudança do modelo de contratação é a insuficiência de infraestrutura, passa então a incidir a hipótese do art. 51, do Código de Defesa do Consumidor que considera nulas de pleno direito as cláusulas que “III - transfiram responsabilidades a terceiros; IV - estabeleçam

obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”.

62. Correto, portanto, o posicionamento do CGI.br a respeito do tema, expresso na Resolução 2016/015, com seguinte teor:

O COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL - CGI.br, no uso das atribuições que lhe conferem o Decreto nº 4.829/2003, resolve aprovar esta Resolução, da seguinte forma:

**Resolução CGI.br/RES/2016/015 - Posicionamento do CGI.br sobre franquia de dados na modalidade banda larga fixa de acesso à Internet**

Considerando o que estabelece o art. 24, inciso II, da Lei 12.965/2014:

"Art. 24. Constituem diretrizes para a atuação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios no desenvolvimento da internet no Brasil:

(...)

II - promoção da racionalização da gestão, expansão e uso da internet, com participação do Comitê Gestor da internet no Brasil";

Considerando as recentes discussões e a necessidade de avaliação do impacto potencial trazido pela aplicação de franquia de dados nos acessos à Internet em banda larga fixa;

Considerando a relevância do uso da Internet para os cidadãos e para o desenvolvimento do país, nos termos do art. 4º da Lei nº 12.965/2014;

Considerando a necessidade de se preservar a qualidade dos serviços e facilitar as condições para a expansão do acesso à Internet no país, inclusive possibilitando conexão de população mais carente ou situada em áreas remotas, conforme os princípios da isonomia, proporcionalidade e transparência;

Considerando ainda a escala mundial da Internet e o seu reconhecimento como um espaço único e não fragmentado, bem como sua característica de promoção da inovação, da pluralidade, da diversidade, do direito à informação e dos direitos humanos, nos termos do Decálogo do CGI.br, do Marco Civil da Internet e de outros instrumentos normativos pertinentes;

RESOLVE

**Afirmar que qualquer decisão a respeito do atual debate sobre franquia de dados na banda larga fixa no Brasil deve ser embasada por estudos técnicos, jurídicos e econômicos com validade legal, teórica e empírica, observando-se também a experiência internacional a respeito;**

Recomendar que a ANATEL, a SENACON, o CADE, o CGI.br, associações de usuários e empresas, provedores de acesso e operadoras de telecomunicações, todos colaborativamente em prol do desenvolvimento da Internet no Brasil, busquem,

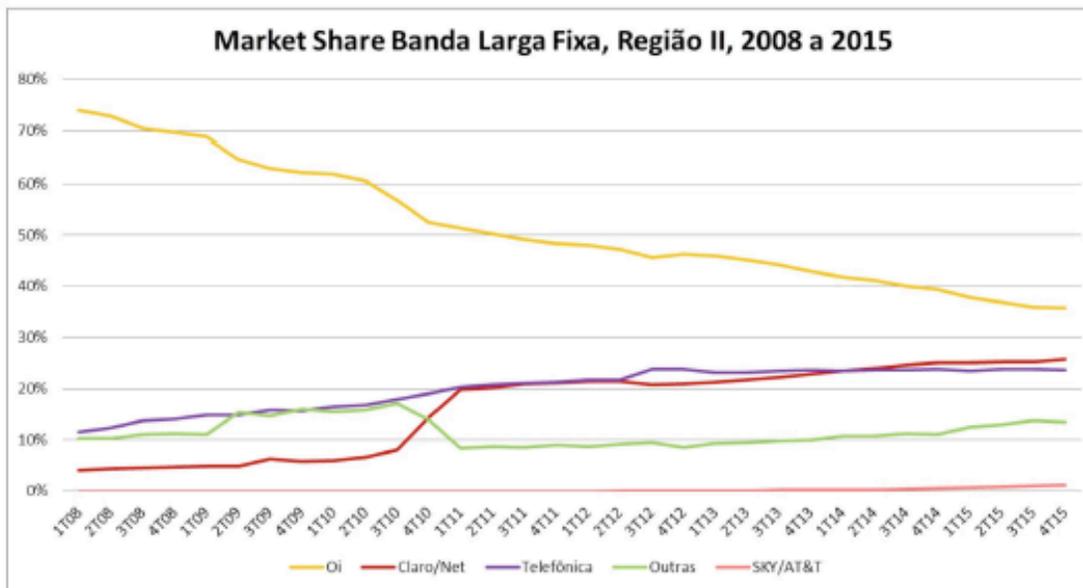
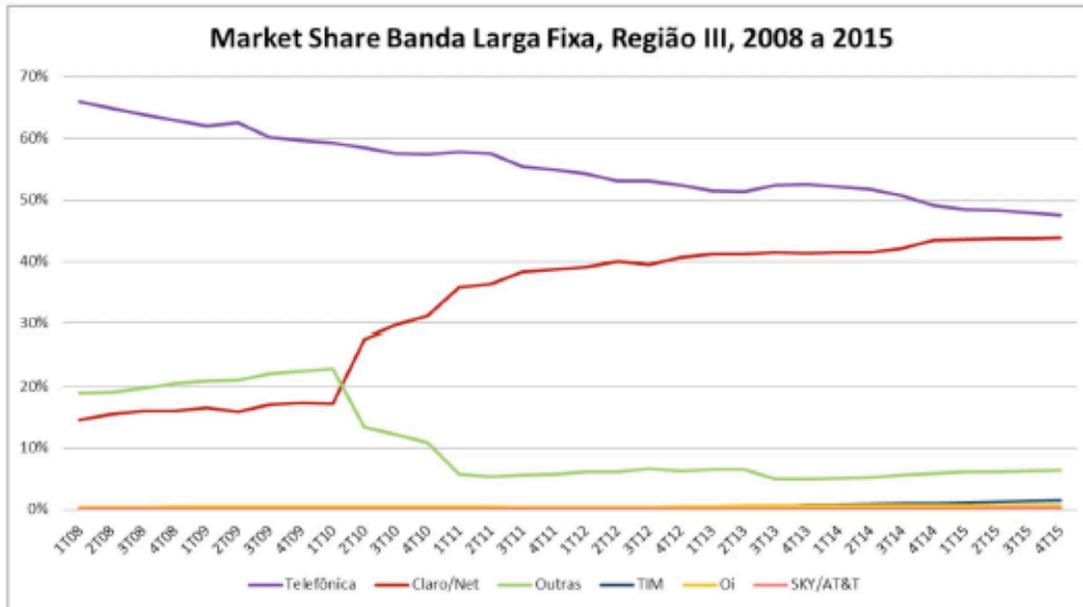
inclusive por meio de consultas públicas, soluções que atendam de forma equilibrada aos diversos segmentos atingidos.

63. Seguindo esta orientação, o certo é que hoje não há elementos consistentes o suficiente para justificar a mudança pretendida pelas grandes operadoras.

#### **V – Os efeitos concorrenciais danosos**

64. Fundamental também considerar que o MCI traz disposições voltadas para a garantia de competição no setor, como se pode concluir pelo teor do inc. V, do art. 2º, que trata da disciplina do uso da Internet no Brasil, fazendo menção expressa a livre iniciativa e a livre concorrência.

65. Nessa esteira, é inquestionável que a permissão da prática pretendida cria situação de vantagem injustificada para empresas que já concentram o marketshare do setor, conforme se pode concluir por dados divulgados pela própria ANATEL.



66. Some-se à concentração acima, o fato de que o zero-rating associado às franquias de dados, acirra as barreiras para a inovação e para a entrada de novos operadores, como vêm mostrando estudos realizados por Pedro Henrique Soares Ramos, apresentado em 2015 para a banca da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo, no sentido de que o preço dos planos nos países que admitem o zero-rating aumenta, ao contrário do que ocorre em países como

Chile e Holanda que proíbem esta prática, com base em estudo da Digital Fuel Monitor.

## **VI – Aspectos contratuais**

67. Não fossem os motivos elencados acima, o certo é que o consumidor não tem como controlar o consumo de sua franquia, na medida em que publicidade e falta de mecanismos de informação sobre a utilização dos dados são impeditivos concretos e inafastáveis, pelo menos neste momento.

## **VII – Conclusão**

68. Pelo exposto, a PROTESTE se manifesta contra a aplicação da franquia nos planos de acesso a banda larga, seja pela rede móvel seja pela rede fixa, pois o MCI não introduziu essa diferença, tendo em vista as garantias expressas tanto pelo Marco Civil da Internet, quanto pelo Código de Defesa do Consumidor.

69. Esperando estar contribuindo para a universalização do acesso e democratização do direito à comunicação, colocamo-nos à disposição para debates e esclarecimentos.

Flávia Lefèvre Guimarães

Conselho Consultivo da PROTESTE