



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

RAFAEL DE JESUS PEREIRA

**A LIMITAÇÃO DA BANDA LARGA FIXA COMO UMA
AFRONTA À NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO**

Salvador
2017

RAFAEL DE JESUS PEREIRA

**A LIMITAÇÃO DA BANDA LARGA FIXA COMO UMA
AFRONTA ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Leonardo Vieira.

Salvador
2017

TERMO DE APROVAÇÃO

RAFAEL DE JESUS PEREIRA

A LIMITAÇÃO DA BANDA LARGA FIXA COMO UMA AFRONTA À NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2017

A
Minha família e amigos, por todo o
apoio e amor.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais e a minha família, que são a minha base. Em especial, a minha irmã Hilna, que apesar de todos os puxões de orelha, sempre foi um exemplo de integridade e honestidade para mim. Ao meu irmão Cau, que se tornou um segundo pai para mim e a quem amo muito. Aos meus pais, que de onde estiverem não tenho dúvidas de que estão cuidando de mim e orientando meus passos. Por fim, a minha mãe Graziela, que nos últimos tempos tem sido ainda mais amorosa e companheira.

Aos meus amigos, que sempre me apoiaram e incentivaram, além de compreender as minhas ausências em momentos necessários. Agradeço em especial a Marina, cuja determinação e bondade me inspiraram a continuar, mesmo diante das adversidades da vida. A Clara, por ter sido tão amiga e compreensiva, mesmo com a distância. A Layla e a Bianca, por terem me ensinado o real significado da palavra amizade, além de estarem sempre me incentivando a correr atrás de meus objetivos.

A Baiana, que me proporcionou conhecimentos inestimáveis do ramo jurídico, e confirmando minhas expectativas em relação a profissão. Agradeço em especial aos professores Leonardo Vieira, Adriana Wyzykowski e Cláudia Albagli, minhas principais referências de profissionalismo e comprometimento, e que me inspiram a evoluir e buscar me aprimorar cada vez mais.

“A imaginação é mais importante que a ciência, porque a ciência é limitada, ao passo que a imaginação abrange o mundo inteiro.”

Albert Einstein

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar como a adoção de franquias de dados para a internet banda larga fixa colide frontalmente com normas do direito brasileiro. Como uma maneira de impedir o avanço dos serviços de streaming como a Netflix, Youtube e outros, as operadoras de telefonia pretendem aplicar o modelo de franquia de dados, existente em outros países do mundo, a internet brasileira, ignorando totalmente o fato de que a internet no Brasil é precária, com qualidade que deixa a desejar. A primeira legislação com a qual o modelo de franquias entra em conflito é a lei 12.965/14 (Marco Civil da Internet), que traz disposições em seus artigos 2º, 4º, 7º e 9º, que impedem a implementação. A referida legislação traz conceitos como a função social da internet, além de informar sobre o direito de acesso à internet garantido a todos e ratificar que os usuários somente poderiam ter sua internet bloqueada por falta de pagamento. Além do Marco Civil da Internet, o modelo de franquia de dados encontra limitações na Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), que em suas disposições traz conceitos como a igualdade entre as partes na relação de consumo, a impossibilidade de alteração unilateral sem justificativa técnica e aviso prévio ao consumidor, e a questão da força vinculante da publicidade. Por fim, a franquia de dados ainda esbarra no entendimento de que o acesso à internet deve ser considerado um direito fundamental, tendo assim proteção constitucional e não podendo ser limitada.

Palavras-chave: Franquia de Dados, banda larga fixa, marco civil da internet, direito do consumidor, direitos fundamentais.

ABSTRACT

The present study aims to analyze how the adoption of data franchises for the fixed broadband internet collides frontally with norms of Brazilian law. As a way to prevent the advance of streaming services such as Netflix, Youtube and others, the telephony operators intend to apply the model of data franchising, existing in other countries of the world, to the Brazilian Internet, totally ignoring the fact that the internet in Brazil is precarious, with low. The first legislation with which the franchise model comes into conflict is the Law 12.965 / 14 (Civil Internet Framework), which contains provisions in its articles 2, 4, 7 and 9, which prevent the implementation. This legislation brings concepts such as the social function of the internet, as well as informing about the right of access to the internet guaranteed to all and ratify that users could only have their internet blocked due to lack of payment. In addition to the Civil Internet Framework, the data franchising model has limitations in Law 8.078 / 1990 (Consumer Protection Code), which in its provisions brings concepts such as equality between the parties in the consumption relationship, the impossibility of unilateral change without technical justification and prior notice to the consumer, and the issue of the binding force of advertising. Finally, the data franchise still runs counter to the understanding that internet access should be considered a fundamental right, thus having constitutional protection and cannot be limited.

Keywords: Data Franchises, fixed broadband, Civil Internet Framework, Consumer Protection Code, Fundamental Rights.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	Artigo
CC	Código Civil
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CF/88	Constituição Federal de 1988
CC	Código Civil
ONU	Organização das Nações Unidas
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
IDEC	Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor
Anatel	Agência Nacional de Telecomunicações

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 O SURGIMENTO DA INTERNET E SUA EXPANSÃO NO BRASIL	14
2.1 O FUNCIONAMENTO DA REDE MUNDIAL DE COMPUTADORES	16
2.2 A CHEGADA DA REDE AO BRASIL	18
2.3 MODELO DE INTERNET ADOTADO NO BRASIL	19
2.4 IMPORTÂNCIA DA INTERNET NA SOCIEDADE BRASILEIRA	21
2.5 A ADOÇÃO DE FRANQUIA DE DADOS E O MARCO CIVIL DA INTERNET	25
3 A LIMITAÇÃO DA BANDA LARGA FIXA E O DIREITO DO CONSUMIDOR	29
3.1 O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR COMO NORMA PRINCIPIOLÓGICA	30
3.1.1 A Relação Jurídica de Consumo	31
3.1.2 Elementos Subjetivos: Consumidor e Fornecedor	33
3.1.3 Elementos Objetivos: Produtos e Serviços	36
3.1.4 Princípios do Direito do Consumidor	37
3.2 A Proteção Contratual pelo Código de Defesa do Consumidor	41
3.2 A IMPORTÂNCIA DA PUBLICIDADE NAS RELAÇÕES DE CONSUMO	45
3.3 LIMITAÇÃO DA BANDA LARGA FIXA X DIREITOS DO CONSUMIDOR	48
4 O ACESSO A INTERNET COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL	52
4.1 ANÁLISE DO CONCEITO DE DIREITO FUNDAMENTAL	53
4.2 ANTECEDENTES HISTÓRICOS	55
4.3 AS GERAÇÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	60
4.4 AS CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	63
4.5 O ACESSO À INTERNET COMO DIREITO FUNDAMENTAL	65
5 CONCLUSÃO	70

1 INTRODUÇÃO

O surgimento e evolução das tecnologias de informação, em especial, a internet, acabou por promover diversos efeitos e alterações nas relações sociais. No contexto atual, a rede mundial de computadores se tornou sinônimo de liberdade, constituindo um espaço e mecanismo para o exercício de direitos, aprendizado e entretenimento, tendo grande relevância da vida moderna.

Recentemente, no ano de 2010, ficou ainda mais evidente a utilização da rede como um espaço para o exercício de direitos. O fenômeno da internet teve uma enorme contribuição para as manifestações populares que resultaram, por exemplo, na queda do regime de Muamar Kadafi, na Líbia, visto que a revolução foi fomentada e organizada por intermédio de redes sociais, como Facebook e Twitter.

No Brasil, a rede também mostrou sua força. O movimento “VEM PRA A RUA”, que protestava na época contra a corrupção que assolava o governo da petista Dilma Rousseff, tomou forma e se organizou também por meio de redes sociais, culminando em um grande movimento que tomou as capitais do país.

Apesar da relevância que a internet possui para a sociedade brasileira, houve no ano de 2016 o anúncio por parte da operadora Vivo de que passaria a comercializar pacotes de internet fixa baseados em franquia de dados, num modelo semelhante ao que acontece atualmente com a internet móvel. Neste novo modelo que se pretendia comercializar, o consumidor teria uma quantidade mensal máxima de dados, estipuladas pela operadora, e quando atingisse tal quantidade, teria seu acesso à rede bloqueado ou a velocidade da conexão reduzida.

A comercialização internet fixa com franquia de dados não é novidade, vários países no mundo possuem empresas que comercializam planos de internet assim. Ocorre que não é possível ignorar a disparidade entre o serviço prestado lá fora e o serviço prestado aqui atualmente, a internet no Brasil ainda é muito cara para a qualidade do serviço prestado, e ignorando tal precariedade as operadoras pretendem aplicar as franquias nesse serviço de qualidade questionável.

Evidentemente tal anúncio gerou revolta por parte dos usuários, dando origem a inúmeras petições online, além de Ação Civil Pública questionando a instituição da

franquia. A temática gerou bastante debate, com o povo se manifestando majoritariamente contra adoção, e o governo insistindo em manter a possibilidade aberta para as empresas, sob a alegação de que o fornecimento de dados agora seria mais justo, com aqueles que usem mais, pagando mais.

A adoção de franquias, em verdade, trará mais prejuízos do que benefícios, acabará por alterar profundamente a maneira como os brasileiros utilizam a internet. Práticas simples, como mandar um e-mail com uma foto anexada, acompanhar uma audiência pública transmitida ao vivo pelos sites do Senado ou da Câmara dos Deputados, acessar o processo eletrônico, dentre outras utilidades, seriam afetadas.

Num mundo em que os serviços de streaming estão em alta, onde existem instituições de Ensino a Distância (EAD) e empreendedores autônomos que utilizam a internet como trabalho, a limitação da banda larga fixa por meio da adoção de uma franquia de dados apenas prejudicaria os usuários, em prol do enriquecimento das operadoras.

O presente trabalho busca dentro do ordenamento jurídico brasileiro mecanismos para que o cidadão possa defender seu direito de acesso ilimitado a internet fixa. Primeiramente, se apoiando nas disposições do Marco Civil da Internet, uma legislação recente que disciplina o uso da internet no Brasil e que tem algumas de suas disposições e mandamentos frontalmente atacados com a adoção da franquia.

Num segundo momento, o presente trabalho recorre ao direito do consumidor, que também tem suas disposições e princípios em rota de colisão com a limitação da banda larga fixa. Para discutir a questão, se faz necessário a abordagem dos principais elementos da relação de consumo, além da ordem principiológica inovadora trazida pelo Código de Defesa do Consumidor Brasileiro e também outras questões que gravitam em torno da relação de consumo.

Por fim, além da limitação da internet fixa esbarrar no Marco Civil da Internet e no Código de Defesa do Consumidor, ela esbarra também numa corrente internacional que vem entendendo a necessidade de se considerar o acesso à internet como um direito fundamental, o que torna necessário trazer a este trabalho a discussão acerca dos direitos fundamentais, como se deu sua evolução e sua força normativa em nosso ordenamento.

O acesso à internet tem uma íntima relação com o direito à liberdade, mas primeiramente se faz necessário entender o que seria esse direito à liberdade. A

liberdade visa proteger a autonomia privada das pessoas, de modo que o estado deve tratar as pessoas em seu território como sendo capazes de tomar decisões por si próprios.

Cabe então ao indivíduo decidir por si mesmo coisas como escolher um livro para ler, com quais pessoas deseja interagir, a profissão que pretende seguir, entre outros. O direito à liberdade claramente possui múltiplas facetas, da liberdade de locomoção à liberdade de expressão, e é nesse ponto em específico que reside a relação entre acesso à internet e o direito à liberdade.

Tendo a internet toda essa força de disseminação de ideias e por ser um meio que facilita a associação de pessoas para defender seus interesses, é difícil não reconhecê-la como algo essencial aos consumidores. A implementação de uma franquia de dados mudará toda essa dinâmica, pois esse limite também implicará em uma limitação da liberdade de comunicação e associação, as operadoras limitarão a quantidade de informações que podem ser transmitidas, e por tabela, limitarão direitos dos consumidores.

2 O SURGIMENTO DA INTERNET E SUA EXPANSÃO NO BRASIL

A internet se constitui como sendo:

“um grande conjunto de redes de computadores interligados pelo mundo inteiro; de forma integrada, viabilizando a conectividade independentemente do tipo de máquina que seja utilizada, que para manter essa multicompatibilidade se utiliza de um conjunto de protocolos e serviços em comum, podendo assim, os usuários a ela conectados usufruir de serviços de informação de alcance mundial.”¹

A internet surge na década de 60, tendo como grande objetivo auxiliar no desenrolar da Guerra Fria, como resultado e uma disputa travada entre Estado Unidos e União soviética pelos poderes de comunicação. Foi criada em 1969, nos Estados Unidos, sendo chamada a época de Arpanet, e tendo como principal função ligar vários pontos do sistema de defesa. O autor Leonardo Werner Silva publicou texto no site do jornal “Folha de São Paulo”, e nos informa que:

Essa rede pertencia ao Departamento de Defesa norte-americano. O mundo vivia o auge da Guerra Fria. A Arpanet era uma garantia de que a comunicação entre militares e cientistas persistiria, mesmo em caso de bombardeio. Eram pontos que funcionavam independentemente de um deles apresentar problema.²

No contexto da Guerra Fria, onde havia uma disputa ideológica entre Estados Unidos e seu modo de produção capitalista com a União Soviética e seu modo de produção socialista. Nesse momento, a maior arma utilizada pelas potências era provocar medo no inimigo, por isso que Guerra Fria é sinônimo de Guerra de tensões, e diante disso as conquistas de cada potência eram interpretadas como um passo à frente na disputa pelo controle mundial.

Como antecedente do surgimento da internet temos o primeiro computador digital eletrônico, criado no período pós Segunda Guerra Mundial e apelidado de ENIAC (Electrical Numerical Integrator and Computer). Esse primeiro computador era uma máquina enorme que realizava cálculos, mas que inicialmente não possuía um

¹ **Internet**. Disponível em <<http://brasilescola.uol.com.br/informatica/internet.htm>>. Acesso em 05 de agosto de 2017

² SILVA, Leonardo Werner. **A internet foi criada em 1969 com o nome de “Arpanet” nos EUA**. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u34809.shtml>>. Acesso em 05 de agosto de 2017

armazenador ou transmissor de dados, algo incorporado aos computadores posteriormente e que ajudou a popularizá-los.

Conforme o disposto no texto “A história da internet: pré-década de 60 até os anos 80”, na década de 1960 os pesquisadores Vinton Cerf e Robert Kahn começaram a planejar um sistema de pacotes, de modo que os dados eram repassados “através da quebra da mensagem em vários blocos, enviando juntamente com as informações necessárias para utilizá-los em conjunto novamente”³. Com esse novo mecanismo se consegue aumentar a velocidade da conexão, de modo que seu sucesso é evidenciado pelo fato de ser utilizado até os dias atuais.

Com o passar dos anos, já nas décadas de 1970 e 1980, as tensões da guerra fria já haviam atravessado o ponto crítico, de modo que havia agora uma relativa tranquilidade no mundo. Nesse cenário mais tranquilo, os EUA permitiram aos pesquisadores da área de defesa, que se utilizassem da ARPANET, assim, a internet ganha uma nova função, funcionando como meio de comunicação acadêmico, possibilitando a comunicação entre estudantes e professores universitários.

Esse cenário mais tranquilo também acabou fazendo com que a ARPANET perdesse seu caráter militar, com isso foi feita uma divisão, criou-se a MILNET, que cuidava da parte militar da rede, enquanto que o restante foi destinado aos Civis e manteve o nome ARPANET.

Os anos 70-80 trouxeram inovações que permitiram que os protocolos de internet utilizados atualmente surgirem, os protocolos TCP/IP. O termo internet foi utilizado pela primeira vez em 1974, e a partir do surgimento dos novos protocolos, passou-se a buscar dar mais qualidade a estes, além de implementar novas tecnologias para que a rede aguentasse o aumento na quantidade de acessos, cuja tendência era crescer.

As grandes redes começam a tomar forma nos anos 80-90. Os computadores que até então utilizavam a ARPANET abandonaram o sistema antigo para utilizar a nova tecnologia baseada nos protocolos TCP/IP. Tais protocolos de internet permitiam a

³ KLEINA, Nilton. **A história da Internet: pré-década de 60 até os anos 80**. Disponível em < <https://www.tecmundo.com.br/infografico/9847-a-historia-da-internet-pre-decada-de-60-ate-anos-80-infografico-.htm>>. Publicado em 29 de Abril de 2011

transição de dados entre as redes, assim, “todas as redes conectadas pelo endereço IP na internet poderiam navegar pelos arquivos e trocar mensagens”⁴.

A partir de 1990, a começou a ganhar mais popularidade, primeiramente porque o engenheiro Tim Bernes-Lee criou a “*World Wide Web*”, o já conhecido padrão www, que possibilitou a criação de sites mais dinâmicos, tendo a disposição uma melhor interface gráfica. No ano de 1993, a internet deixa de ser instituição de natureza acadêmica e passou a ser explorada comercialmente.

Posteriormente, uma empresa norte americana desenvolveu o novo protocolo HTTP (HyperText Transfer Protocol Secure), que possibilitava o envio de informações criptografadas, de modo a viabilizar as transações comerciais por meio da rede, o que acabou por promover o desenvolvimento do comércio online. Era isso o que faltava para que a internet se tornasse cada vez mais popular e atraente, de modo que a cada ano que passa, o número de usuários só aumenta.

2.1 O FUNCIONAMENTO DA REDE MUNDIAL DE COMPUTADORES

Apesar de possuir muitos usuários ativos, são poucos os que sabem como realmente a internet funciona. Inclusive, muitos acreditam que há alguém que controla seu funcionamento, porém, em verdade, não existe um gerenciamento centralizado para a internet. A rede funciona como um conglomerado de milhares de redes, que são administradas pelo próprio usuário⁵.

Ainda segundo o texto publicado no site “Brasil Escola”:

Como a internet é uma organização livre, nenhum grupo a controla ou a mantém economicamente. Pelo contrário, muitas organizações privadas, universidades e agências governamentais sustentam ou controlam parte dela. Todos trabalham juntos, numa aliança livre e democrática. Organizações privadas, variando desde redes domésticas até serviços comerciais e provedores privados da Internet que vendem acesso à Internet.⁶

⁴ BARROS, Thiago. **Internet completa 44 anos; relembre a história da web**. Disponível em < <http://www.techtudo.com.br/artigos/noticia/2013/04/internet-completa-44-anos-relembre-historia-da-web.html>>. Publicado em 07/04/2013.

⁵ Internet. Ibidem.

⁶ Internet. Ibidem. Loc cit.

Cada uma dessas milhares de redes colabora com a outra para orientar o tráfego de internet, assegurando que as informações possam ser transmitidas, a união dessas redes individuais forma a internet. Tal cooperação, entretanto, é regida a partir de um acordo geral sobre certos itens de procedimento e padrões de protocolos.

Quando o sujeito se conecta à rede, será atribuído a ele um IP, número que identifica o computador na rede, funcionando como se fosse o RG do dispositivo. A transmissão das informações entre as redes individuais se dá por meio dos milhares de cabos de fibra óptica instalados ao redor do mundo, ligando os continentes, inclusive até mesmo por baixo dos oceanos.

A informação transmitida, em verdade, passa por diversos pontos no mundo antes de chegar a seu destino, ela é dividida em diversas partes, como meio de agilizar o processo, e quando as partes chegam ao seu destino, o computador reunirá esses pedaços novamente e o destinatário tem acesso à informação.

Conforme texto publicado no site “Olhar Digital”, “os cabos de fibra óptica têm uma capacidade de transmissão de dados gigantesca. Eles funcionam como grandes rodovias que encaminham o conteúdo para o destino final”.

Quando um computador é conectado a outro, cria-se uma rede local, porém só haverá comunicação entre eles. Já a internet vem com a proposta de ser uma conexão dessa rede local com uma rede maior, na figura do provedor de internet, o que acaba por formar uma teia de redes.

Os sites e serviços tão amplamente utilizados hoje em dia são, em verdade, aplicativos que os servidores disponibilizam para os clientes. Tais servidores se caracterizam como sendo “formados por grandes computadores conectados à rede mundial de Internet, cada um deles também identificado por um endereço de IP”⁷.

Existem grupos que buscam orientar o crescimento da internet, estudando e recomendando padrões e maneiras corretas para que as pessoas utilizem a rede de maneira adequada. Tais organizações são relevantes para manter a integridade da rede, porém o cerne da internet ainda são as redes individuais.

⁷ SANTOS,Ranieri. **Como a internet funciona?** Disponível em <<http://www.techtodo.com.br/noticias/noticia/2011/07/como-internet-chega-na-sua-casa.html>>. Publicado em 11/07/2011.

2.2 A CHEGADA DA REDE AO BRASIL

A internet chegou ao Brasil no final da década de 80, no contexto em que os EUA passaram a permitir a utilização da rede para a troca de informações acadêmicas, assim passou-se a ter um compartilhamento de informações entre as Universidades Brasileiras e as demais conectadas à rede.

O Ministério da Ciência e Tecnologia, no ano de 1992, lançou a Rede Nacional de Ensino e Pesquisa. Tal rede existe ainda hoje, sendo uma organização de interesse público que busca operar uma rede acadêmica de alcance nacional, o intuito principal era “difundir a tecnologia da internet pelo Brasil e facilitar a troca de informações e pesquisas.”⁸

A internet passou a ser utilizada no Brasil também para a educação, aumentando, por exemplo, a ofertas de cursos virtuais e web conferências, além de seminários online, e posteriormente as graduações EAD. O governo passou a incentivar as instituições a desenvolverem esses cursos que utilizavam a rede como meio para transmitir as informações.⁹

A partir de 1994 a internet deixa o âmbito exclusivamente acadêmico e passa a ser comercializada para o grande público. Inicialmente a EMBRATEL disponibiliza o Serviço de internet comercial para teste, cuja velocidade atingia 256 Kbps, e em 1995 passou a oferecer o serviço de forma definitiva.

Para que não houvesse um monopólio na exploração da internet no Brasil, o Ministério das Comunicações tomou decisão no sentido de que o mercado de prestação de serviços da internet no Brasil deveria ser o mais aberto possível. Criou-se o Comitê Gestor Internet Brasil, que tinha como objetivo fomentar o desenvolvimento dos serviços de internet no país.

Apesar de optar por abrir o mercado de prestação dos serviços de internet no Brasil, Embratel e Ministério das Comunicações volta e meia barravam os provedores

⁸ **História da Internet.** Disponível em <<https://www.todamateria.com.br/história-da-internet>>. Acesso em 20 de agosto de 2017

⁹ <**História da Internet.** Disponível em <<https://www.portaleducacao.com.br/conteudo/artigos/informatica/historia-da-internet-no-brasil/53793>>. Publicado em 21/01/2014.

privados, alegando que a estrutura necessária ainda não estaria implantada, fora as indefinições acerca dos preços.

O ápice do desenvolvimento da rede mundial de computadores no nosso país se verificou em 1996, devido à melhora no serviço prestado pela Embratel e também pelo crescimento dos acessos à rede, além do crescente número de provedores e serviços que passaram a ser oferecidos por meio da rede.

Conforme aponta a matéria do “Techmundo”, a internet “passou a ser capa de revistas e até assunto de novela, se popularizando cada vez mais, crescendo de maneira espantosa”¹⁰. Atualmente, segundo um levantamento do Jornal “O Globo”, o número de brasileiros que optam por comprar online já supera o daqueles que consomem em lojas físicas, sendo o preço e a comodidade os principais fatores para que isso ocorra¹¹.

Segundo o autor Ivar Alberto Martins Hartmann, os elementos que tornam a internet esse fenômeno social que conhecemos hoje são “a relativa facilidade de adquirir acesso, a mundialidade da estrutura, a sua descentralização, a velocidade de transmissão da informação e a dupla via em que essa informação é transmitida”¹².

2.3 MODELO DE INTERNET ADOTADO NO BRASIL

Inicialmente, se utilizava no Brasil o uso de conexão discada para acesso à internet, sendo esta à época a única maneira existente de se ter acesso à rede. Para se conectar bastava que houvesse um computador com um fax-modem, linha telefônica e um provedor de acesso, cuja conexão emitia um som facilmente reconhecido pelas pessoas que utilizaram o serviço.

O problema é que a conexão discada sofria com alguns problemas, havia muita lentidão, a conexão ocupava a linha telefônica, o serviço prestado era bastante

¹⁰ ARRUDA, Felipe. **20 anos de Internet no Brasil: aonde chegamos?**. Disponível em <<https://www.tecmundo.com.br/internet/8949-20-anos-de-internet-no-brasil-aonde-chegamos-.htm>>. Publicado em 04 de Mar de 2011.

¹¹ < SCRIVANO, Roberta. **Brasileiros já compram mais pela internet do que em lojas físicas**. Disponível em <https://oglobo.globo.com/economia/brasileiros-ja-compram-mais-pela-internet-do-que-em-lojas-fisicas-18781081>>. Publicado em 01/03/2016

¹² HARTMANN, Ivar Alberto Martins. **O acesso à internet como direito fundamental**. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/ivar_hartmann.pdf>. Acesso em 27 de agosto de 2017

instável, ocasionando quedas na conexão. A lógica era de que, se o sujeito passasse 30 minutos conectado à rede, pagaria como se tivesse realizado uma ligação normal de 30 minutos.

Posteriormente surge a internet banda larga, dotada com a tecnologia ADSL. Tal modalidade permite que se acesse a internet em alta velocidade, e torna possível a utilização da linha telefônica enquanto se utiliza a internet, algo que não era possível na conexão discada. A internet banda larga atualmente é mais comercializada que a discada, esta última somente se verifica nas localidades em que não é viável a implementação da banda larga.

O modelo atual, comercializado pelas grandes operadoras de telefonia brasileira, traz um plano de internet banda larga fixa cuja variável é apenas a velocidade de navegação. O sujeito ao contratar o serviço, ele contrata aquela velocidade ofertada e caberá ao fornecedor garantir que a velocidade seja prestada, ou ao menos que chegue perto disso, não se contabiliza os dados utilizados por aquele que contrata o serviço, de modo que ele pode consumir dados de maneira ilimitada.

Diante dessa liberdade, houve um aumento gigantesco no uso da rede, principalmente considerando o crescimento dos serviços de streaming e das instituições que oferecem curso EAD, e isso levou as operadoras a buscar trazer para realidade brasileira um outro modelo de prestação do serviço de banda larga fixa.

Tal modelo, que é o objeto de discussão do presente trabalho, possui duas variáveis: a velocidade da conexão e a quantidade de dados utilizados. Os planos são disponibilizados em variadas velocidades, e para cada velocidade a operadora prestadora do serviço atribui uma franquia de dados, de modo que, ao atingir a franquia, o acesso à rede será suspenso, salvo se o consumidor optar por adquirir novo pacote com mais dados.

Tal modelo se verifica em vários lugares ao redor do mundo, porém a realidade do serviço prestado lá fora é bastante diferente do serviço prestado aqui, que apesar de ter avançado ainda é falho e instável em alguns momentos. As operadoras, visando aumentar seus lucros, impedir o avanço dos serviços de Streaming e ignorando o serviço falho que prestam a sociedade brasileira, querem aplicar o modelo de franquia de dados à internet do país.

2.4 IMPORTÂNCIA DA INTERNET NA SOCIEDADE BRASILEIRA

Nas palavras do autor Ivar Alberto Martins Hartmann “a popularização da internet é um dos mais importantes fenômenos sociais do mundo contemporâneo”¹³. O desenvolvimento da rede mundial de computadores acabou por mudar a vida de todos, possuindo relações com diversos aspectos que compõem uma sociedade, como o trabalho, a saúde, a vida social e a educação.

O autor ainda traz uma crítica bastante pertinente. Ainda que não perca sua grande relevância enquanto fenômeno social, a internet acaba por criar uma nova esfera pública, cujos integrantes são as pessoas que acessam, e acaba por reproduzir em seu meio problemas similares aos do mundo real. Essa nova esfera pública, acaba por repetir alguns problemas da realidade, como o racismo e a discriminação sexual, com o suposto anonimato que a rede proporciona, as pessoas têm menos pudor em reproduzir tais pensamentos na rede, o que ensejará mais tarde a criação do Marco Civil da internet, a ser analisado mais à frente no presente capítulo.

O acesso à internet possui forte ligação com os direitos políticos dos cidadãos. A população pode se utilizar da rede, por exemplo, para fazer um controle da atuação do governo, observar como os gastos públicos vem sendo realizados, resultado de concursos públicos, saber quem são aqueles que ocupam cargos de confiança dentro do governo. O controle da atuação do Estado constitui-se como elemento essencial para um estado constitucional de direito, sendo assegurado pelo princípio da publicidade.

Ainda no tocante aos direitos políticos, a rede, devido a rapidez com que são transmitidas as informações, permite a associação de pessoas que estão em diferentes lugares em prol de interesses comuns. Em junho de 2013 a internet foi o principal vetor para que milhares de pessoas fossem as ruas, com camisas e bandeiras manifestar sua insatisfação com os rumos que o país estava tomando, e fazendo uma análise mais extensa, pode-se dizer que o movimento que se organizou

¹³ <HARTMANN, Ivar Alberto Martins. Ibidem.

por meio da rede teve relevante peso para que se concretizasse o Impeachment da Ex-Presidente Dilma Rousseff.

A rede ainda também vem sendo utilizada como mecanismo de pressão aos parlamentares. O especialista Gabriel Rossi, em entrevista ao Jornal “O Povo” afirma que “internet deu maturidade aos grupos de pressão e é uma forma de cobrar responsabilidade aos políticos. Em momentos conturbados, ela ganha mais força, representa o clamor das ruas”¹⁴. Na época, o já mencionado movimento “Vem pra Rua”, criou o chamado Mapa do Impeachment, que monitorava o posicionamento dos políticos e proporcionava aos internautas mecanismos de comunicação com esses parlamentares, como meio de pressioná-los a votar pela saída da presidente.

Além de ser utilizada como meio de defesa dos direitos políticos e manifestação da liberdade de expressão, a internet possui também grande relevância para a atividade jurisdicional. Para que se tenha efetividade na prestação jurisdicional, deve-se ter “a garantia de acesso à justiça, do devido processo legal, do prazo razoável e assim por diante”¹⁵, porém, devido ao crescimento das demandas levadas a juízo, como consequência natural do aumento das relações sociais, o sistema se tornou bastante lento, sendo marcado pela morosidade.

Como uma forma de resolver a morosidade do judiciário, o processo eletrônico começou a tomar forma, sendo primeiramente instituído nos Juizados Especiais Cíveis, e posteriormente, feitas as necessárias adequações e levando em consideração os aprendizados com a experiência prévia, surgiu a lei 11.419/2006¹⁶, que regula o processo eletrônico em todo o país.

Conforme aponta Laís Campos¹⁷ em seu artigo:

¹⁴ **Como a internet virou importante campo de batalha do impeachment.** Disponível em <<https://www20.opovo.com.br/app/opovo/politica/2016/03/23/noticiasjornalpolitica,3592761/como-a-internet-virou-importante-campo-de-batalha-do-impeachment.shtml>>. Publicado em 23/03/2016.

¹⁵ <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/ivar_hartmann.pdf>

¹⁶ BRASIL. **Lei 11.491/2006 “Lei do Processo Eletrônico”.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11419.htm> Acesso em 12 de set de 2017

¹⁷ CAMPOS, Laís. **O processo Judicial Eletrônico como instrumento de Celeridade e Acesso à Justiça.** Disponível em <<https://laisccampos.jusbrasil.com.br/artigos/186333592/o-processo-judicial-eletronico-como-instrumento-de-celeridade-e-acesso-a-justica>>. Acesso em 12 de set de 2017.

“Unindo todo o contexto de globalização/tecnologia/judiciário é que em 2006 a Lei n.º 11.419 foi criada para fazer interagir o judiciário com a tecnologia da informação, determinado que o processo judicial se tornasse eletrônico, visando maior efetividade, eficiência, rapidez e acesso àqueles que pretendem recorrer à justiça.

Há ainda de se analisar a relevância do acesso à internet na educação. A expansão da internet tem grande impacto na educação, de modo que escolas e universidades utilizam esse espaço para explicitar, por exemplo, seu funcionamento e a linha de ensino adotada, além de expor novos projetos e compartilhar conhecimento.

O ensino presencial ainda é bastante presente na realidade brasileira, porém é inegável o crescimento das instituições que oferecem Ensino à Distância. A rede não possui barreiras físicas, ela é aberta a todos, de modo que permite que ocorra troca de informações e dados por pessoas em diferentes lugares do país. É possível, por exemplo, que cientistas em diferentes regiões do país desenvolvam um projeto juntos, se comunicando e desenvolvendo o trabalho por meio da rede.

Conforme aponta o site “Agência Brasil”:

A educação superior à distância cresce no país em ritmo mais acelerado que a educação presencial. Os dados do último Censo da Educação Superior – de 2015- mostram que enquanto o ensino presencial teve um crescimento de 2,3% nas matrículas em 2015 em relação a 2014, o ensino a distância (EaD) teve expansão de 3,9%.¹⁸

As instituições privadas vêm apostando bastante no EAD, oferecendo cursos com preços mais baixos que os presenciais e que pode atingir mais estudantes. O governo incentiva a prática, com o objetivo de levar o ensino para lugares onde o curso presencial é dificultado. A integração de mecanismos tecnológicos na educação brasileira vem caminhando a passos lentos, mas ainda assim já vem apresentando resultados positivos.

Passada a análise da relevância da internet para a educação e exercícios de direitos políticos do povo brasileiro, partimos a uma breve análise das relações de consumo travadas por meio da internet, algo que será melhor aprofundado no capítulo seguinte. A partir do momento em que a internet passou a ser comercializada para o grande

¹⁸ TOKARNIA, Mariana. **Educação superior cresce em ritmo acelerado**. Disponível em <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/educacao/noticia/2017-05/educacao-superior-distancia-cresce-em-ritmo-acelerado-mostra-censo-de-2015>>. Publicado em 28 de mai de 2017

público e se desenvolveu a ponto de criar protocolos que criptografavam informações, as grandes empresas passaram a utilizar as redes para comercializar seus produtos.

Com base em estudos feitos pelo Serviço de Proteção ao Crédito (SPC Brasil), comprar se tornou um hábito comum para o brasileiro. Ainda que o país esteja passando por uma grave crise financeira, praticamente metade daqueles que compram online aumentaram as compras este ano.

Fatores como a comodidade de fazer compras em qualquer lugar, no horário que quiser, além dos preços mais baratos e a economia de tempo fazem com que o brasileiro um dos países que mais consomem por meio da rede nos dias de hoje. Segundo o presidente do SPC Brasil:

A internet traz ao consumidor a liberdade de comprar quando e onde quiser. Se antes as pessoas tinham que ir até as lojas e demais centros de consumo, agora, são os varejistas quem precisam encontrar seus clientes, oferecendo plataformas amigáveis, ofertas convidativas e informações relevantes para reter por mais tempo a atenção de potenciais compradores¹⁹.

Diante do exposto, fica evidente que a adoção de um modelo de internet com franquia de dados irá alterar profundamente a maneira como o brasileiro utiliza a rede. A limitação da banda larga fixa fará com que a rede perca a característica que lhe é mais peculiar, a liberdade, os usuários passarão a utilizá-la preocupando-se com a possibilidade de terem sua conexão interrompida de repente, simplesmente por praticar atos cotidianos que implicam no consumo de dados.

No mercado de trabalho, por exemplo, aqueles que utilizam a rede para promover sua profissão ou até mesmo que prestam serviços de maneira online serão prejudicados, tendo que provavelmente ter um gasto maior para continuar sua atividade.

O elo que liga a internet ao mercado de trabalho é a comunicação, sendo interessante observar “a diversidade dos profissionais que interagem entre si e por meio das redes, permitindo que surjam novos canais para propagar informações úteis e facilitar as

¹⁹ **Cresce cada vez mais o número de compras pela internet no Brasil.** Disponível em <<https://www.revistaencontro.com.br/canal/atualidades/2017/06/cresce-cada-vez-mais-o-numero-de-compras-pela-internet-no-brasil.html>>. Publicado em 22/06/2017

operações que em uma empresa ocorrem”²⁰. Além disso, é por meio da internet que os profissionais se mantêm atualizados e competitivos no mercado, de modo a propiciar que esses indivíduos se qualifiquem ainda mais.

Enfim, na prática a instituição de um modelo de franquias em nosso país, onde há um monopólio de determinadas empresas na prestação do serviço, acabará por aumentar a desigualdade social, somente aqueles que possuem recursos poderão ter acesso a todo o potencial da rede. Os demais, terão o acesso aos recursos mais básicos.

2.5 A ADOÇÃO DE FRANQUIA DE DADOS E O MARCO CIVIL DA INTERNET

No momento em que se notificou a intenção da Vivo e as demais operadoras em implementar franquia de dados na banda larga fixa, uma das linhas de frente discutidas nas redes sociais e entre juristas era de que, a previsão de bloquear o acesso à internet quando se atingisse um limite de dados esbarrava no Marco Civil da Internet.

A Lei 12.965, também conhecida como Marco Civil da internet, foi sancionada pela presidente Dilma Rousseff em 2014, sendo uma regulamentação que traz os princípios, deveres e direitos dos usuários e operadoras de internet em todo o Brasil. Em seu artigo 2º, a lei traz um importante elemento, que é a finalidade social da rede, de modo que, atualmente, a internet é vista como um ambiente de troca de informações, conteúdo e conhecimento.²¹

Todos sabem que a internet é uma ampla rede de conhecimento, nela estão contidas as mais diversas formas de saber, que são compartilhadas de forma rápida e segura e são atualizadas em velocidade praticamente instantânea, sendo essa uma das inúmeras facilidades proporcionadas por essa tecnologia. Quando se fala em função social da internet, se fala em como este meio humaniza e dissemina o saber entre as pessoas, independentemente de sua classe social.²²

²⁰ **A internet no Mercado de Trabalho.** Disponível em <<http://www.caminhosdoemprego.com/2014/10/internet-mercado-de-trabalho.html>>. Publicado em 11 de outubro de 2014.

²¹ **BRASIL. Lei 12.965/14 “Marco Civil da Internet”.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm> Acesso em 14 de mar de 2017.

²² **FILHO, José Xavier da Câmara. A FUNÇÃO SOCIAL DA INTERNET.** Disponível em <<http://idireitofbv.wikidot.com/func-social>> Acesso em 14 de mar de 2017

Diante disso, o Marco Civil da Internet, em seu artigo 4º, reafirma que a disciplina do uso da internet no Brasil tem por objetivo promover o direito de acesso à internet a todos e o acesso à informação e ao conhecimento. A legislação foi o ápice de um movimento que já existia no país visando expandir a inclusão digital e assim tirar milhões de pessoas da ignorância.²³

No artigo 7º, a lei afirmar categoricamente que um usuário somente poderá ter sua navegação interrompida por conta da falta de pagamento, e deve haver ainda a devida notificação²⁴. Aqui reside o primeiro impasse em relação a limitação de dados na banda larga fixa, há uma legislação vigente que proíbe a interrupção do acesso à rede somente em caso de falta de pagamento, portanto, caso as operadoras interrompam o acesso de seus clientes a rede por estes terem atingido um limite de dados fixado pela mesma, estariam indo contra disposição do Marco Civil.

Ao trazer disposição no sentido de que somente poderá ser barrado o acesso à internet se o consumidor deixa de pagar a conta, o marco civil elevou a conexão à internet ao status de serviço essencial, prevendo essa única possibilidade para bloqueio da prestação do serviço. O art. 7º explicita ainda que deve-se garantir ao usuário a manutenção da qualidade contratada, assim, tanto a redução de velocidade quanto o bloqueio da conexão estariam vedados de maneira expressa.²⁵

As operadoras, então, buscaram na lei entendimento no qual, mesmo que não se possa realizar a suspensão do serviço, seja possível a diminuição da velocidade da rede após o uso dos dados estipulados na franquia mensal. Evidentemente, a diminuição da velocidade trará problemas ao usuário que precisar, por exemplo, assistir aulas de cursos EAD.

Por fim, ainda sobre o referido diploma, tem-se o artigo 9º, que afirma que o usuário deve receber o serviço em condições comerciais não discriminatórias, e as operadoras só podem fazê-lo mediante requisitos técnicos indispensáveis à prestação adequada dos serviços e aplicações.²⁶

²³ BRASIL. **Lei 12.965/14**. Ibidem.

²⁴ BRASIL. **Lei 12.965/2014**. Ibidem.

²⁵ VIEIRA, Thiago Noronha. **Internet Fixa com limite de dados e o Marco Civil da Internet: breves apontamentos**. Disponível em: <<https://thiagonvieira.jusbrasil.com.br/artigos/324121695/internet-fixa-com-limite-de-dados-e-o-marco-civil-da-internet-breves-apontamentos>>.

²⁶ BRASIL. **Lei 12.965/2014**. Ibidem.

Até o momento, não foi trazida pelas operadoras nenhuma justificativa técnica plausível para que a mudança seja implementada. Diferentemente do que ocorre na banda larga móvel, em que realmente há uma limitação técnica que impede a prestação do serviço de forma ilimitada, de modo que se o modelo continuasse tornaria inviável o próprio serviço, a internet fixa não sofre com tal limitação, não há motivo técnico que impeça a prestação do serviço nos moldes atuais, sem restrições de dados.

O que se verifica é que, num mundo em que a quantidade de dados é cada vez maior, os serviços de streaming se tornam cada vez mais populares, possibilitando ao sujeito ter acesso específico ao conteúdo que deseja por preços mais acessíveis, as operadoras viram na adoção de franquias um modo de barrar o crescimento de sua concorrência, que utiliza a rede fornecida para seu crescimento.

A mensagem implícita que o movimento das operadoras traz com essa proposta para o momento atual da sociedade de consumo brasileira é que, para que o sujeito não se veja privado do serviço em algum momento do mês, ele deverá pagar mais. Inclusive, a declaração do ministro Kassab foi exatamente nesse sentido, de que quem usa mais, deverá pagar mais, diminuindo e muito a importância do acesso à rede em prol de interesses particulares.

Com base na análise do Marco Civil, mas especificamente dos artigos especificados, fica evidente o choque entre o desejo das operadoras de limitar a internet fixa e as normas regulatórias da internet.

Primeiramente há um desrespeito a função social da rede, a internet atualmente tem um grande papel no desenvolvimento da sociedade, é o meio pelo qual se transmite informações mais rapidamente, por onde as pessoas se organizam para reivindicar seus direitos, ou seja, o acesso à rede se constitui como um serviço essencial para a sociedade, de modo que qualquer tipo de limitação seria uma afronta a esse princípio trazido na legislação.²⁷

Com relação a crescente quantidade de dados utilizados, outro argumento que vem sendo utilizado pelas operadoras em prol da limitação, o marco civil faz uma reflexão sobre isso, trazendo o princípio da neutralidade da rede, que afirma que os clientes

²⁷ BRASIL. Lei 12.965/2014. Ibidem.

têm direito a utilizar sua internet da maneira que bem entender, sem discriminação. De modo que, a partir do momento que se implementa a limitação, o sujeito não poderá utilizá-la como quiser, visto que se ele gosta de utilizar algo que gasta muitos dados, diminuirá o uso para pagar menos.

Dentre os objetivos do Programa Nacional de Banda Larga, está acelerar o desenvolvimento econômico e social e promover a inclusão social, algo na contramão de eventual limitação que venha a ser implementada. Além disso, no plano internacional, a União Internacional de Telecomunicações, juntamente com a Assembleia Geral das Nações Unidas busca difundir o acesso e utilização de tecnologias de informação e comunicação, por entender que essas são provedoras de acesso à educação.²⁸

Com base no Marco Civil da Internet, as operadoras vêm enfrentando diversas ações na justiça, como por exemplo ação movida pela Associação Brasileira de Defesa do Consumidor, tendo como base praticamente todos os artigos elencados e discutidos acima.

Depois de toda a repercussão negativa que a possibilidade de limitação de dados teve, o Ministério das Comunicações cobrou da Anatel que defenda os consumidores de tais medidas. Em resposta, a Anatel publicou resolução na qual proíbe por tempo indeterminado, que as operadoras implementem franquia de dados.

²⁸ DOS SANTOS, Lindojon Gerônimo Bezerra. **BLOQUEIO DA INTERNET BANDA LARGA DESPREZA NORMAS DE DIREITO BRASILEIRAS**. Disponível em < <http://www.conjur.com.br/2016-jun-22/garantias-consumo-bloqueio-internet-banda-larga-despreza-normas-direito>> Acesso em 14 de mar de 2017

3 A LIMITAÇÃO DA BANDA LARGA FIXA E O DIREITO DO CONSUMIDOR

Como visto no capítulo anterior, o surgimento de novas tecnologias envolvendo informação e comunicação acabou por promover grandes efeitos e alterações nas relações sociais, e dentre essas tecnologias claramente se encaixa a internet. A Constituição Federal, em seu art. 5º, XXXII²⁹, introduziu como direito e garantia fundamental a defesa do direito do consumidor, obrigando o Estado a implementar medidas que garantam a defesa do direito dos consumidores.

O princípio do protecionismo do consumidor é verificado no art. 1º da Lei 8.078/1990³⁰, o Código de Defesa do Consumidor. Tal princípio traz algumas consequências relevantes, como, por exemplo, o fato de suas regras não poderem ser alteradas por convenção entre as partes, assim qualquer cláusula abusiva que venha a ser verificada num contrato será considerada nula, podendo um juiz reconhecer de ofício eventual nulidade.

O estado, portanto, deve proteger o consumidor, tido como o vulnerável na relação de consumo, independentemente de sua condição financeira ou intelectual, pois quando o legislador brasileiro colocou a defesa do consumidor como direito fundamental, levava em consideração o desequilíbrio da relação de consumo.

No modelo atual comercializado pelas operadoras prestadoras de banda larga fixa, o consumidor, ao pactuar com a operadora, age em boa-fé objetiva, ele contrata um serviço de internet em que a variável onerosa é apenas a velocidade da conexão, porém, no modelo que as prestadoras desse fixo pretendem adotar, o consumidor se deparará com duas variáveis, a velocidade de conexão e a quantidade de dados trafegados.

²⁹ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;”

³⁰ Art. 1º O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias.

Além disso, todo o marketing das operadoras era, e ainda é voltado a divulgação da velocidade de navegação que será fornecida, deixando a limitação nas entrelinhas, sem explicitar exatamente como ela irá funcionar, nem quais critérios foram utilizados para se estabelecer aquela franquia. Algo que vai contra disposição do CDC, no sentido de que se omite do consumidor informações cruciais sobre o serviço que ele está adquirindo e que lhe causará transtorno posteriormente, quando ele tiver seu acesso à rede interrompido de maneira repentina.

Outra questão levantada com a limitação de dados diz respeito a situação dos contratos antigos, comercializados como ilimitados e que, apesar da proteção que a lei confere a contratos antigos, correm o risco de serem alterados unilateralmente, algo que vai de encontro ao disposto no art. 51, X do CDC³¹, que proíbe esse tipo de alteração, além de considerar a prática abusiva.

Diante de todas essas questões e da relevância que a rede mundial de computadores possui para a sociedade brasileira, uma vez que se tornou espaço e mecanismo para o exercício de direitos, aprendizado e entretenimento, o presente capítulo fará um breve levantamento de aspectos que gravitam ao redor da relação de consumo, e com base nos aspectos apresentados, discutir como a proposta de limitação da banda larga fixa esbarra na legislação protetiva do consumidor.

3.1 O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR COMO NORMA PRINCIPIOLÓGICA

Na década de 80 já havia no Brasil forte entendimento quanto à necessidade de legislação específica de defesa do consumidor, uma vez que as demais normas do direito privado, como o Código Civil de 1916, não disciplinavam essas situações. Tal pensamento foi levado a Assembleia Nacional Constituinte, que no processo de construção da nova Constituição optou por codificar as normas de consumo.

O atual Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, comumente conhecido como CDC, foi instituído por meio da Lei 8.078/1990, sendo tal lei instituída por determinação do art. 48 das Disposições Finais e Transitórias da Constituição de

³¹ Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: X - permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral;

1988, que estipulava a elaboração de um Código do Consumidor em até cento e vinte dias. O conteúdo do CDC evidencia de que se trata de uma norma que visa proteger vulneráveis.

A legislação consumerista brasileira possui relação direta com a terceira geração de direitos fundamentais. Como veremos mais à frente, os direitos fundamentais de primeira geração são aqueles relacionados a ideia de liberdade, já os direitos fundamentais de segunda geração possuem relação com o ideal de igualdade, enquanto que os direitos fundamentais de terceira dimensão possuem relação com o ideal de fraternidade.

Conforme o entendimento de Flávio Tartuce e Daniel Amorim Assumpção Neves, em verdade o CDC possui relação com as três gerações de direitos fundamentais, porém é mais coerente enquadrá-lo na terceira geração “já que a Lei Consumerista visa à pacificação social, na tentativa de equilibrar a díspar relação existente entre fornecedores e prestadores”³².

A doutrina entende que o Código de Defesa do Consumidor é norma principiológica, com base na proteção constitucional dos consumidores evidenciada no art. 5º, XXXII, da Constituição Federal de 1988, que em sua redação afirma que “o estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.

3.1.1 A Relação Jurídica de Consumo

A legislação consumerista possui campo de aplicação abrangente, passando por todas as áreas do Direito onde se verifica a presença de relação de consumo. O código do consumidor é tido como uma lei especial em razão de seus destinatários, sendo aplicável somente aos consumidores e fornecedores.

O Código de Defesa do Consumidor não foi editado para regular qualquer tipo de relação jurídica. Para entender a incidência do CDC se faz necessário o estudo da

³² TARTUCE, Flávio. **Manual de direito do Consumidor: direito material e processual**/ Flávio Tartuce, Daniel Amorim Assumpção Neves. - 3. Ed. – Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2014. p.09

estrutura da relação jurídica de consumo, analisando seus elementos subjetivos e objetivos, ou seja, saber quem são as partes relacionadas e seu conteúdo.

Sobre a temática da relação jurídica em geral, Maria Helena Diniz afirma que:

a relação jurídica consiste num vínculo entre pessoas, em razão do qual uma pode pretender um bem a que a outra é obrigada. Tal relação só existirá quando certas ações dos sujeitos, que constituem o âmbito pessoal de determinadas normas, forem relevantes no que atina ao caráter deontológico das normas aplicáveis a situação. Só haverá relação jurídica se o vínculo entre pessoas estiver normado, isto é, regulado por norma jurídica, que tem por escopo protegê-lo.

A relação jurídica, portanto, decorre da atividade social do homem. O ser humano, ao viver em sociedade, necessariamente se relaciona com outras pessoas, há relações que são de natureza afetiva, religiosa, não possuindo relevância jurídica, porém existem outros tipos de relações que, devido a sua relevância social, necessitam de disciplina jurídica. As relações sociais disciplinadas pelo direito são chamadas de relação jurídica, e dentre elas está a relação jurídica de consumo.

A partir do momento em que há norma jurídica disciplinando a relação social, se estabelece um vínculo, uma ligação entre aqueles que participam da relação social, conferindo a um dos sujeitos poder, enquanto que ao outro confere um dever ou subordinação. No tocante ao consumo, a relação será travada entre os fornecedores de produtos e os prestadores de serviço, de um lado, e o consumidor do outro lado.

Com observância ao art. 3º do CDC, na relação de consumo o consumidor pode exigir a entrega do produto ou a prestação do serviço, nos termos que foram acordados, sendo o produto e o serviço os elementos objetivos que constituem a prestação na relação de consumo.

Finalmente, se faz importante compreender como se forma a relação jurídica. No ramo jurídico há uma necessidade de saber identificar quais os acontecimentos do mundo que terão disciplina do direito, e quem sinaliza isso é a própria norma jurídica. Sobre o tema, pontua Cavalieri Filho “no mundo jurídico vamos encontrar a norma jurídica descrevendo fatos hipotéticos, imaginários, e atribuindo-lhes, em abstrato, determinadas consequências jurídicas”³³. Basicamente, a norma vai eleger fatos

³³ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de direito do consumidor.; São Paulo: Atlas, 2011

hipotéticos, determinando que, em sua ocorrência, ela incidirá e este fato adentrará o mundo do direito, tornando-se assim um fato jurídico.

A relação jurídica de consumo se submete ao mesmo processo da relação jurídica lato sensu. A norma de proteção do consumidor sempre incidirá quando se verificarem atos de consumo, independentemente da área do Direito. A particularidade da relação de consumo é que os sujeitos da relação sempre serão o consumidor e o fornecedor/prestador de serviço, e o objeto da relação será um produto ou a prestação de um serviço.

3.1.2 Elementos Subjetivos: Consumidor e Fornecedor

O art. 3º, caput, do Código de Defesa do consumidor nos informa o primeiro elemento subjetivo da relação de consumo, trazendo o conceito de fornecedor:

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestações de serviços.³⁴

Importante frisar que o conceito de fornecedor trazido pelo legislador deve ser entendido em sentido amplo, abarcando o fornecedor de produtos e também o prestador de serviços. Partindo desse conceito é possível perceber que, da maneira que foi redigido o caput, se ampliou bastante a quantidade de pessoas que podem ser fornecedoras de produtos ou prestadoras de serviço, podendo ser, por exemplo, tanto uma pessoa física quanto uma pessoa jurídica.

Conforme o autor Bruno Miragem, o legislador não se preocupou com a natureza, o regime jurídico ou a nacionalidade do fornecedor, o conceito trazido no Caput abarca, por exemplo, empresas estrangeiras ou multinacionais, e até mesmo o próprio Estado, caso este atue direta ou indiretamente fornecendo produtos ou prestando serviços.

No passado houveram questionamentos sobre a necessidade de haver uma finalidade lucrativa por parte da pessoa jurídica que atuava como fornecedora, tal

³⁴ BRASIL. Lei nº 8.078 de 11 de Setembro de 1990. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm> Acesso em 03 de agosto de 2017.

questionamento foi apreciado em juízo no Superior Tribunal de Justiça, no RESP 519.310/SP, no qual a Ministra Nancy Andrichi proferiu o seguinte voto:

Infere-se, pela análise desses preceitos legais, que a qualificação de uma pessoa física ou jurídica ou de um ente despersonalizado como fornecedor atende a critérios puramente objetivos, sendo irrelevante a natureza jurídica adotada por eles ou a espécie de serviços que prestam. Basta que desenvolvam determinada atividade no mercado de consumo, mediante remuneração, para que sejam qualificadas como prestadoras de serviços e, por via da consequência, se sujeitem às normas do CDC³⁵.

Coadunando-se com a jurisprudência, a doutrina entende que serão considerados fornecedores, para que haja incidência do CDC, todos aqueles que estão na cadeia de fornecimento, algo de suma importância para “definir-se a extensão de seus deveres jurídicos, sobretudo em matéria de responsabilidade civil”³⁶.

O outro elemento subjetivo da relação de consumo é o consumidor. O caput do art. 2º do Código de Defesa do Consumidor conceitua o consumidor como “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

A partir desse conceito legal é possível concluir que: a) tanto a pessoa física quanto a pessoa jurídica podem ser consumidores, além de entes despersonalizados e b) consumidor será tanto a pessoa que adquiriu o bem ou serviço, como também a pessoa que apenas utiliza o produto.

O ponto que mais gera discussão nesse conceito é a expressão “destinatário final”. Tal expressão admite múltiplas interpretações, numa primeira análise leva ao entendimento de que o destinatário final seria aquele que utiliza o bem mediante a sua destruição, como uma forma de fazer um paralelo com os bens consumíveis do direito civil. A expressão admite ainda uma segunda interpretação, na qual o destinatário final pode coincidir com o destinatário fático, aquele que pratica o ato de consumo e usufrui de modo definitivo daquilo que foi adquirido.

O CDC adotou expressamente, em seu art. 2º, a teoria finalista, prevalecendo no Brasil o entendimento de que para ser considerado consumidor se faz necessário que

³⁵ STJ - REsp: 519310 SP 2003/0058088-5, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 20/04/2004, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 24.05.2004 p. 262)

³⁶ MIRAGEM. Bruno. CURSO DE DIREITO DO CONSUMIDOR.. 5ª ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014

o sujeito seja destinatário final fático e econômico. Sobre esse entendimento, Cláudia Lima Marques pontua:

“Destinatário final seria aquele destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa jurídica ou física. Logo, segundo essa interpretação teleológica, não basta ser destinatário fático do produto, retirá-lo da cadeia de produção, leva-lo para o escritório ou residência – é necessário ser destinatário econômico do bem, não adquiri-lo para revenda, não adquiri-lo para uso profissional, pois o bem seria novamente um instrumento de produção, cujo preço será incluído no preço final do profissional para adquiri-lo. Nesse caso, não haveria exigida “destinação final” do produto ou serviço, ou, como afirma o STJ, haveria consumo intermediário, ainda dentro das cadeias de produção e de distribuição. Essa interpretação restringe a figura do consumidor àquele que adquire (utiliza) um produto para uso próprio e de sua família, consumidor seria o não profissional, pois o fim do CDC é tutelar de maneira especial um grupo da sociedade que é mais vulnerável”

A jurisprudência vem fazendo uma mitigação da teoria finalista, de modo que, em situações excepcionais, se apliquem os ditames do Código de Defesa do Consumidor mesmo diante do consumidor intermediário, desde que evidenciada a vulnerabilidade técnica, jurídica, fática ou informacional na relação de consumo. Sobre a questão, o TJ-AM se manifestou em decisão:

DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CARACTERIZAÇÃO DO CONSUMIDOR. DESTINATÁRIO FINAL. **TEORIA FINALISTA MITIGADA**. VULNERABILIDADE. INOCORRÊNCIA. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E PROVIDO. I- Em regra, adota-se o conceito de consumidor propugnado pela Teoria Finalista, a denotar ter esse status qualquer pessoa física ou jurídica que adquire produto ou serviço e seja seu destinatário final e econômico. II - **O Superior Tribunal de Justiça, em situação excepcionais, mitiga o postulado da teoria finalista para, mesmo diante de consumo intermediário, aplicar os ditames do Código de Defesa do Consumidor quando evidenciada a vulnerabilidade técnica, jurídica, fática ou informacional na relação contratual.** III - A empresa contratante de serviço de publicidade não pode ser considerada destinatária final do serviço, visto que o pactua com intuito econômico, somente cabendo a regulação dessa relação contratual pelo CDC e, portanto, a inversão do ônus da prova na forma do art. 6.º, VIII, quando patente a vulnerabilidade, o que não ocorre no caso dos autos. IV - Agravo de instrumento conhecido e provido. Decisão reformada.

(TJ-AM - AI: 40033290820168040000 AM 4003329-08.2016.8.04.0000, Relator: Nélia Caminha Jorge, Data de Julgamento: 17/10/2016, Terceira Câmara Cível, Data de Publicação: 17/10/2016)

A teoria finalista mitigada, em verdade, visa ampliar o conceito de consumidor, seus defensores veem o CDC como um código geral de consumo, assim, o conteúdo do art. 2º deveria ser interpretado da forma mais extensa possível.

Uma vez consolidado o entendimento acerca dos elementos subjetivos da relação de consumo, passamos agora a análise dos elementos objetivos.

3.1.3 Elementos Objetivos: Produtos e Serviços

O art. 3º, §1º do CDC define produto como sendo “qualquer bem móvel ou imóvel, material ou imaterial colocado no mercado de consumo”. O termo “bem” aqui é utilizado pelo legislador no sentido de ser uma coisa, algo não humano, tanto que o artigo afirma que o produto pode ser um bem móvel ou imóvel, diferenciação trazida pela Código Civil de 2002.

O art. 79 do CC traz a definição do que são bens imóveis, apontando que “são bens imóveis o solo e tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente”. Serão considerados bens imóveis aqueles que o transporte ou remoção implicaria em sua destruição ou grave deterioração, como por exemplo uma casa.

Já o art. 82 do CC define que “são móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social”. Logo, entende-se que são bens móveis aqueles que podem ser transportados sem que haja prejuízo à sua integridade, como um celular ou uma bolsa.

O produto pode ainda, conforme o trazido no conceito legal, ser um bem imaterial. Tartuce **(pg.94)** em sua obra traz como exemplo de bem imaterial o lazer, abarcando uma série de situações bastante comuns na atualidade, a exemplo de casas noturnas, rodeios e festas típicas do interior do país, em que se entende configurada a relação de consumo.

No contexto em que vivemos, é bastante relevante que o conceito de produto abarque também os bens imateriais, principalmente levando em conta a importância econômica da informática e dos bens e serviços que derivam desse meio. O autor Bruno Miragem afirma que “no caso da internet, e das relações estabelecidas exclusivamente por seu intermédio, não significa que os conceitos criados pela ciência jurídica, tradicionalmente afetos à realidade do mundo físico, não tenham de ser, muitos deles, interpretados e adaptados ao fenômeno informático” **(Bruno Miragem, pg.174)**.

A partir do momento em que previu a caracterização do bem imaterial como um tipo de produto, o legislador acabou por se antecipar a popularização da internet como

meio de troca de informações e de adquirir produtos e serviços, determinando que as normas de proteção do consumidor são aplicáveis as relações que são estabelecidas e desenvolvidas por intermédio da rede mundial de computadores.

Com os devidos esclarecimentos feitos, parte-se agora a análise do segundo elemento objetivo da relação de consumo, o serviço. O art. 3º, §2º do Código de Defesa do Consumidor afirma que serviço é “qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”.

Seguindo o entendimento de Cavalieri Filho, pode-se afirmar que o traço marcante trazido pelo conceito legal é o fato de que os serviços devem ser prestados mediante remuneração, com exceção das relações decorrentes de contrato de trabalho visto que há legislação específica para essas situações. No tocante ao serviço se faz necessário, obrigatoriamente, que sejam cumulados os requisitos de profissionalidade, habitualidade e que haja a contraprestação em dinheiro.

Devido a pertinência que a remuneração possui na prestação de serviços, Cláudia Lima Marques complementa:

“à opção pela expressão “remunerado” significa uma importante abertura para incluir os serviços de consumo remunerados indiretamente, isto é, quando não é o consumidor individual que paga, mas a coletividade (facilidade diluída no preço de todos) ou quando ele paga indiretamente o “benefício gratuito” que está recebendo. A expressão “remuneração permite incluir todos aqueles contratos em que for possível identificar, no sinalagma escondido (contraprestação escondida), uma remuneração indireta do serviço de consumo.” **(inserir cit. p.180).**

Como exemplo dessa remuneração indireta, a autora cita a questão dos estacionamentos e shopping, trazendo julgados em que o juízo reconhece a responsabilidade da empresa que oferece estacionamento aos consumidores em caso de furto de bens que se encontravam dentro dos veículos. Segundo a Súmula 130 do STJ “a empresa responde, perante o cliente, pela reparação de danos ou furto de veículo ocorridos em seu estacionamento” **(inserir cit.)**, posicionamento que encontra sustentação no fato de haver uma remuneração indireta à empresa.

3.1.4 Princípios do Direito do Consumidor

Como visto anteriormente, o Código de Defesa do Consumidor é considerado a lei mais revolucionária do século XX, devido as inúmeras inovações que introduziu no

ordenamento jurídico, além de influenciar a doutrina e a jurisprudência. Tal legislação possui íntima relação com a terceira geração de direitos fundamentais, buscando promover a igualdade na relação de consumo, e traz consigo toda uma bagagem principiológica.

Os princípios desempenham múltiplas funções no ordenamento jurídico, destacando-se a função estruturante, que segundo Cavalieri Filho seria “dar unidade e harmonia ao sistema jurídico, integrando suas diferentes partes” (pg. 34). Os princípios, portanto, acabam por funcionar como alicerce do ordenamento jurídico, e também irão orientar a atividade de interpretação das normas, facilitando sua compreensão.

Os princípios condicionam a atividade do intérprete, de modo que, em se tratando de direito, deve haver uma interpretação da norma considerando o sistema jurídico como um todo, algo que na contemporaneidade somente será possível por meio dos princípios, que “indicam o caminho a ser seguido na atuação hermenêutica de descoberta do valor que está sendo resguardado pela regra”.

Os princípios possuem tanta relevância para o sistema que a violação a um deles se caracteriza como grave ofensa ao próprio ordenamento jurídico, conforme aponta Celso Antônio Bandeira de Mello:

Violar é um princípio muito mais grave do que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema. (Curso de Direito Administrativo, 11.ed.,1998, Malheiros, p. 630)

O CDC traz em seu bojo os seguintes princípios: a) boa-fé objetiva; b) princípio da transparência; c) princípio da confiança; d) princípio da vulnerabilidade; e) princípio da equidade e f) princípio da Confiança. Os princípios da transparência, confiança e equidade serão trabalhados mais à frente, quando tratarmos da proteção contratual pelo CDC.

O princípio da boa-fé objetiva, ainda que tenha sido abordado em outros momentos do presente trabalho, torna necessária uma análise mais aprofundada, devido a sua grande relevância. O princípio da boa-fé é tão importante para a legislação infraconstitucional como o princípio da dignidade da pessoa humana é relevante no plano constitucional.

A partir da vigência do CDC, o termo boa-fé objetiva ganhou uma nova roupagem, sendo utilizado para “indicar valores éticos que estão à base da sociedade organizada e desempenham função de sistematização da ordem jurídica” (Cavaliere Filho, pg.39). A autora Cláudia Lima Marques aponta que a boa-fé objetiva implica em uma atuação do sujeito de modo que este pense no outro, respeite seus interesses e expectativas, que haja lealdade e cooperação entre as partes (Contratos do Código de Defesa do Consumidor, 5.ed., Revista dos Tribunais, p.216).

O CDC traz o princípio de boa-fé objetiva no art. 4º, Inciso III, e desse princípio decorrem algumas situações. Primeiramente, se faz importante ressaltar que é da boa-fé objetiva que derivam os deveres anexos das partes na relação de consumo, como por exemplo o dever de informação, de cooperação, de lealdade. Quando sujeito contrata, ele contrata também esses deveres anexos.

A boa-fé ainda exerce função de controle, uma vez que limita o exercício de direitos subjetivos, por exemplo, quando traz disposições apontando condutas como abusivas. Um exemplo dessa função de controle seria o disposto no art. 51, XV, que atribui nulidade por abusividade aos contratos que se encaixam nos termos trazidos pelo artigo.

Para finalizar a discussão acerca da boa-fé, tal princípio possui uma função interpretativa, de modo que o juiz, ao interpretar o negócio jurídico que gerou a relação de consumo, deve levar em consideração que a relação entre as partes deve ser pautada na confiança e lealdade, elementos indispensáveis para a sociedade de consumo.

O segundo princípio do direito do consumidor a ser abordado é o princípio da vulnerabilidade. Com base na redação do art. 4, Inc. I, do CDC, fica evidente que o legislador buscou conferir ao consumidor a condição de vulnerável na relação de consumo. Tal pensamento é bastante condizente com nossa realidade, uma vez que as mudanças no processo de produção, produto da revolução industrial e do fortalecimento do capitalismo, trazem uma realidade de consumo em massa, na qual o consumidor possui pouco ou nenhum acesso à linha de produção.

Com as mudanças na autonomia privada propiciadas pelo Código de Defesa do Consumidor, aliado à massificação dos contratos, haverá presunção absoluta de

vulnerabilidade do consumidor, de modo a não admitir declinação e nem prova em contrário.

A jurisprudência consagra a vulnerabilidade como característica intrínseca ao consumidor, ainda que este seja pessoa jurídica, como observado no julgado abaixo:

EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA - REJEIÇÃO NA ORIGEM - IRRESIGNAÇÃO DA EXCIPIENTE/RÉ - CONTRATO DE LICENCIAMENTO DE USO DE SOFTWARE - **RELAÇÃO DE CONSUMO IDENTIFICADA - EMPRESA VULNERÁVEL - APLICAÇÃO DO CDC** - COMPETÊNCIA TERRITORIAL - DOMICÍLIO DA EMPRESA CONSUMIDORA - IGUALDADE E ACESSO AO JUDICIÁRIO - RECURSO DESPROVIDO. **O protecionismo do diploma de consumo é aplicável aos contratos em que uma das partes seja vulnerável em relação à outra, mesmo sendo pessoa jurídica.** Em demandas de consumo prevalece a opção do consumidor pelo foro competente, assegurando-se ao vulnerável melhor acesso à Justiça.

(TJ-SC - AG: 20130108241 SC 2013.010824-1 (Acórdão), Relator: Monteiro Rocha, Data de Julgamento: 11/06/2014, Segunda Câmara de Direito Civil Julgado)

Importante ressaltar, porém, que vulnerabilidade e hipossuficiência são conceitos diversos. O consumidor será sempre considerado vulnerável, algo que decorre de sua condição de destinatário final do produto, mas isso não implicará necessariamente que ele é hipossuficiente.

Conforme o autor Flávio Tartuce, diferente do que se verifica com a vulnerabilidade, a hipossuficiência seria um conceito fático e não jurídico “fundado em uma disparidade ou discrepância notada no caso concreto” (pg. 34). A hipossuficiência pode se verificar tanto quando o sujeito desconhece informações acerca do produto ou serviço adquirido como também nos casos em que a prova cabal para que se comprove a responsabilidade do prestador de serviço encontra-se em posse do mesmo, de modo que sendo conferida a hipossuficiência, haverá a inversão do ônus da prova, vide o art. 6º, VIII, CDC (inserir art.).

Por fim, vamos a análise do princípio da equidade. Trazido no artigo 6º, inc. II, do CDC, estabelece um tratamento isonômico para todos os consumidores, uma vez que, seguindo o entendimento de Cláudia Lima Marques, Antônio Herman V. Benjamin e Bruno Miragem:

Concentrar-se no desequilíbrio apenas econômico do contrato de consumo seria uma visão limitada da noção de equidade contratual imposta pelo CDC

e pelo princípio da boa-fé objetiva. A noção há de ser mais ampla, pois o que se quer é o reequilíbrio total da relação, inclusive de seu nível de tratamento leal e digno, única forma de manter e proteger as expectativas legítimas das partes, que são a base funcional que origina a troca econômica. (inserir cit., p. 281)

A equivalência contratual tem por fundamento a ideia de equidade, sendo que equidade, na concepção de Aristóteles, possui função integradora. Tal função integradora se verifica, por exemplo, quando há lacuna jurídica, situações em que o juiz pode se utilizar da equidade resolver a situação.

O inciso IV, do art. 51 atribuiu nulidade as cláusulas contratuais que eventualmente venha a ser estipuladas de maneira incompatível com a equidade, possibilitando ao juiz que analise a cláusula e a invalide naquilo em que for contrária a equidade, buscando atingir o equilíbrio e justiça contratual.

3.2 A Proteção Contratual pelo Código de Defesa do Consumidor

A regulação jurídica do contrato de consumo constitui um dos mais relevantes vetores de proteção do consumidor trazidos pela legislação e jurisprudência. A relação de consumo, na grande maioria dos casos, irá se desenvolver através de um contrato celebrado entre o consumidor e o fornecedor/prestador de serviço, visando a realização do interesse das partes.

Para facilitar a compreensão acerca da evolução do direito contratual no Brasil, o autor Sérgio Cavalieri Filho propõe uma análise em perspectiva histórica, que tem início com a Revolução Francesa. Tal revolução possuía como bandeira os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, e como resultado do processo revolucionário surgiu o Estado Liberal, no qual se entendia que todos eram iguais, todos tinham a liberdade de contratar como bem queriam, de modo que o Estado não devia intervir no contrato, e em havendo intervenção do juiz, esta visasse apenas fazer cumprir o contrato.

Esse entendimento de que prevalência da autonomia da vontade influenciou diversos diplomas legais ao redor do mundo no final do século XIX, incluindo aí o Código Civil de 1916, de modo que eles traziam apenas restrições mínimas indispensáveis ao convívio em sociedade. Apesar de ser visto como uma conquista do Estado Liberal,

aos poucos, com o advento da Revolução Industrial e as mudanças que esta provocou na sociedade e na economia, passou-se a observar diversas distorções sociais, um claro sinal da necessidade de ter uma modificação na ordem jurídica vigente.

Como um dos resultados da Revolução Industrial tivemos o surgimento da classe operária, na época submetida a extensas jornadas de trabalho e em condições desumanas, e foi justamente a classe operária que, devido a desigualdade com que eram tratados e o abandono por parte do estado, sinalizou que o exercício exacerbado da autonomia da vontade acabou por aumentar as desigualdades sociais, ou seja, a igualdade formal defendida pelo Estado Liberal não era suficiente, se fazia necessária a igualdade material.

Percebeu-se que, na maioria dos casos, havia desigualdade nas relações travadas entre os contratantes e os contratados, entre os patrões e seus empregados. Diante disso, constatou-se então que havia necessidade do retorno da intervenção do Estado, desta vez visando atender ao interesse público e buscando reduzir as desigualdades sociais, o que culmina no surgimento do Estado Social.

Conforme aponta Cavalieri Filho:

As novas exigências sociais eram completamente diferentes dos paradigmas em que se firmaram os Códigos Civis do Estado Liberal. Outra concepção de igualdade começou a se formar – fruição das mesmas condições materiais básicas da vida, mediante regras assegurando o acesso à educação fundamental, ao tratamento médico e hospitalar, à previdência social, ao trabalho, à habitação, ao transporte.³⁷

Da segunda metade do século XX em diante a sociedade mundial passou a conviver com as relações de consumo, algo que era totalmente novo e complexo à época, e com o tempo se percebeu que o modelo de contrato existente, ainda bastante influenciado pelos ideais do estado liberal e trazendo em seu bojo dogmas como a autonomia da vontade e a liberdade de contrato, não era plenamente capaz de atender a sociedade de consumo que surgia.

O desenvolvimento dos meios de produção e fortalecimento do comércio no período posterior a segunda guerra mundial culminou na massificação dos contratos, de modo que “a incorporação de milhões de pessoas ao mercado de consumo e a necessidade

³⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de direito do consumidor.; São Paulo: Atlas, 2011

do estabelecimento de práticas comerciais e contratuais com todos esses novos potenciais contratantes, deu causa a uma nova realidade”. (Miragem, pg. 232)

O CDC inaugurou no Brasil o movimento de renovação da teoria contratual, trazendo consigo diversos princípios, e ainda que se trate de legislação dirigida a um tipo específico de contrato, acabou por representar esse movimento da renovação da teoria contratual, uma vez que o Código Civil de 1916, conforme visto anteriormente, possuía grande influência da autonomia da vontade e devido a isso encontrava-se desatualizado em face do contexto social.

Quando surge o Código Civil de 2002, este incorporou diversos aspectos e novidades que já existiam no CDC. Conforme aponta Bruno Miragem:

é inegável a profunda influência que as normas de proteção do CDC possuem em relação ao direito civil comum, especialmente em matéria de contratos, a ponto de não se poder, atualmente, referir ao direito dos contratos sem um pormenorizado exame da disciplina dos contratos de consumo.³⁸

A autora Cláudia Lima Marques defende que a nova disciplina dos contratos, mais especificamente os contratos de consumo, acabam por trazer uma nova espécie de autonomia em matéria contratual, a chamada autonomia racional. Essa autonomia racional nada mais é do que uma autonomia da vontade exercida em conformidade com toda a ordem principiológica trazida pela legislação consumerista.

As normas de proteção do consumidor possuem finalidade específica, uma vez que “parte-se do pressuposto de que não há, em termos da realidade econômica e social da sociedade de consumo, verdadeira autonomia privada, ou seja, autêntica liberdade de contratar”³⁹, logo, se faz necessário buscar a igualdade negocial entre as partes do contrato, sendo esse o fundamento da legislação consumerista.

O contrato atualmente figura como o principal dos negócios jurídicos, e sua complexidade acompanha o desenvolvimento das relações humanas, quanto mais diversificadas são as relações humanas, mais complexas serão as relações contratuais. Na contemporaneidade, entende-se que a interpretação do contrato deve

³⁸ MIRAGEM. Bruno. **CURSO DE DIREITO DO CONSUMIDOR**. 5ª ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

³⁹ MIRAGEM. Bruno. *Ibidem*. Pg. 235.

ser feita levando em consideração a realidade social, sendo essa uma manifestação da ideia de função social do contrato.

Com base na legislação e na jurisprudência do direito privado, é possível afirmar que os contratos de consumo agregaram ao direito brasileiro a existência de fases na relação obrigacional, e também a necessidade de se atribuir as partes deveres jurídicos em cada uma das fases, sendo uma delas pré contratual e a outra a fase pós contratual.

A fase pré contratual, logicamente, se dá antes da celebração do contrato de consumo, desde esse momento a legislação consumerista, sem prejuízo da incidência da boa-fé objetiva, regula extensamente diversas questões como a oferta e a publicidade em torno dos bens ou serviços ofertados, que conforme veremos adiante, vinculam o fornecedor/prestador de serviço. Além disso, o CDC traz a imposição dos deveres de respeito, informação e esclarecimento para o fornecedor, e assegura ao consumidor direitos como o direito ao arrependimento em compras feitas fora do estabelecimento comercial, conforme disposto no art. 49 **(inserir cit.)** da referida legislação.

Já com relação a fase pós contratual, o CDC traz, por exemplo, a garantia legal, que independe de previsão contratual e confere ao consumidor o prazo de 30 dias para reclamar do produto caso este não seja durável, e de 90 dias caso o bem seja durável, havendo possibilidade de cumulação da garantia legal com uma garantia contratual disponibilizada pelo próprio fornecedor.

Em se tratando de contrato de consumo, é imprescindível tratar da questão da confiança. O princípio da confiança, ainda que não esteja previsto no CDC possui íntima relação com a boa-fé e com o princípio da transparência, e a violação da confiança faz surgir o dever de indenizar.

Sobre a ideia de confiança, Rafaela Silva Lima em seu artigo “A **(inserir cit.)** define como sendo “a credibilidade que o consumidor deposita no produto ou no vínculo contratual como instrumento adequado para alcançar os fins que dele se espera”, ou seja, a relação travada entre fornecedor e consumidor deve ser pautada na confiança, o consumidor ao celebrar o contrato deposita sua confiança no fornecedor, de modo a acreditar que este lhe fornecerá um produto ou serviço de excelência.

A teoria da confiança, portanto, busca proteger as expectativas daquele que contrata e que confiou no fornecedor devido a sua postura e declarações sobre o conteúdo do negócio jurídico.

A forma mais comum de formação dos contratos se verifica na presença de dois elementos: a proposta e a aceitação. Em havendo esses dois elementos, está caracterizado um vínculo jurídico apto a produzir efeitos jurídicos, a proposta seria a manifestação da vontade de contratar, enquanto que a oferta teria como função informar acerca do conteúdo do negócio jurídico.

Nos contratos de consumo, principalmente aqueles que se configuram como contrato de adesão, a aceitação do consumidor pode ser presumida de maneira tácita quando este, por exemplo, utiliza o produto ou serviço ou no caso de contratos celebrados por meio da internet, quando clica em um link afirmando concordar com o que lhe foi ofertado.

Por fim, é importante ressaltar que o Código de Defesa do Consumidor não especifica regras quanto à formação do contrato de consumo, o que faz necessário buscar no Direito Civil disciplina quando houver dúvidas em relação a obrigação de natureza consumerista, tudo isso em virtude da já consagrada teoria do diálogo das fontes.

3.2 A IMPORTÂNCIA DA PUBLICIDADE NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Como visto no tópico anterior, a formação dos contratos se estrutura basicamente na presença de dois elementos, proposta e aceitação, de modo que a proposta seria a manifestação de vontade do consumidor em contratar, enquanto que a oferta seria mecanismo para informar ao consumidor o conteúdo do negócio jurídico. A partir disso vamos a análise da questão da publicidade nas relações de consumo, uma vez que, conforme veremos, a oferta possui eficácia vinculante.

O Código de Defesa do Consumidor possui grande preocupação com a boa-fé objetiva e com a transparência, e um dos motivos de tal preocupação é justamente o fato de, no mundo contemporâneo, as informações são transmitidas de maneira muito rápida, os fornecedores fazem de tudo para atrair os consumidores. O objetivo, portanto, é

proteger o consumidor, o sujeito vulnerável que está exposto a essa enorme quantidade de informação.

O autor Flávio Tartuce faz uma importante consideração acerca do termo oferta, afirmando que tal termo deve “ser visto em sentido amplo (*lato sensu*), a englobar qualquer forma de comunicação ou transmissão da vontade que visa a seduzir ou a atrair o consumidor para a aquisição de bens” **(inserir cit., pg. 340)**

O artigo 4º, *caput*, do CDC institui o princípio básico norteador da formação de contratos de consumo, o princípio da transparência. Conforme o entendimento de Cláudia Lima Marques, a ideia é “possibilitar uma aproximação e uma relação contratual mais sincera e menos danosa entre consumidor e fornecedor” **(inserir cit., pág. 771)**

Diante disso, o art.30 do CDC afirma:

Art.30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado

O CDC imputa ao fornecedor não só o dever de informar ao consumidor sobre as características do produto, como também o dever de informar a respeito do conteúdo do contrato, uma vez que, se o consumidor não tem conhecimento do conteúdo do contrato pode acabar contraindo obrigação incompatível com sua capacidade financeira.

O dever de informar ao consumidor implica na prestação de informação clara sobre as qualidades do produto e as condições do contrato, caso não ocorra dessa forma o fornecedor responderá por falha na informação, conforme o artigo 20⁴⁰, e pode ser forçado a cumprir aquilo que está na oferta, vide o artigo 35⁴¹.

⁴⁰ **Art. 20.** O fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha

⁴¹ **Art. 35.** Se o fornecedor de produtos ou serviços recusar cumprimento à oferta, apresentação ou publicidade, o consumidor poderá, alternativamente e à sua livre escolha:

- I - exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade;
- II - aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente;

O art. 30 da legislação consumerista possui inúmeras decorrências práticas na jurisprudência, com decisões optando inclusive pelo cumprimento daquilo que constava na oferta preliminar, vide o julgado abaixo:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS. RESPONSABILIDADE CIVIL. RELAÇÃO DE CONSUMO. OFERTA DE DESCONTO EM PRODUTO COMERCIALIZADO PELA RÉ. CARTAZ DE PROPAGANDA. PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO. NOS CONTRATOS DE CONSUMO, O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR OPTOU POR INDICAR À OFERTA EFEITO VINCULANTE. INOBSERVÂNCIA. MERCADORIA QUE NO CAIXA ELETRÔNICO PASSAVA POR VALOR DIVERSO DO ANUNCIADO. PROBLEMA NÃO SOLUCIONADO PELA EMPRESA VENDEDORA. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. BISCOITO COMERCIALIZADO COM PRAZO DE VALIDADE VENCIDO. MERCADORIA IMPRÓPRIA PARA CONSUMO. POTENCIALIDADE NOCIVA. EXPOSIÇÃO DO CONSUMIDOR A RISCO À SAÚDE. EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE PREVISTAS NO CDC INCOMPROVADAS. DEVER DE INDENIZAR CARACTERIZADO. **A divulgação de determinada promoção ou oferta vincula o fornecedor, obrigando-o a contratar nos exatos termos em que anunciou, "ut" artigo 30 do Código de Defesa do Consumidor.** O fornecedor que comercializa produto com o prazo de validade vencido e se nega a substituí-lo por outro que esteja em perfeitas condições e pelo preço anunciado na oferta incorre em prática comercial abusiva e reprovável. **O conjunto probatório evidenciou que a fornecedora descumpriu a oferta veiculada no seu estabelecimento comercial, não disponibilizando o produto ao consumidor pelo preço indicado em cartaz publicitário.** Evidenciado o descaso no tratamento dispensado ao consumidor, daí exsurge o dever de indenizar. DANO MORAL IN RE IPSA. O dano moral é representado pelo descaso com o consumidor, pois a comerciante se negou a substituir o produto com o prazo de validade vencido por outro de preço equivalente. Independem de prova os danos morais no contexto que exsurge dos autos, pois se verificam "in re ipsa". ARBITRAMENTO DO "QUANTUM" INDENIZATÓRIO. REDUÇÃO DO VALOR. REAL EXTENSÃO DO DANO. FUNÇÃO INDENITÁRIA. PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO INTEGRAL. NADA MAIS QUE O DANO DEVE SER INDENIZADO. CONDUTA INADEQUADA DO CONSUMIDOR, SUGESTIVA DE VITIMIZAÇÃO. Montante da indenização arbitrado em atenção aos critérios de proporcionalidade e razoabilidade, bem assim às peculiaridades do caso concreto. Toma-se em consideração os parâmetros usualmente adotados por esta Corte em situações similares. APELO PROVIDO EM PARTE. (Apelação Cível Nº 70058600628, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Miguel Ângelo da Silva, Julgado em 27/08/2014)

(TJ-RS - AC: 70058600628 RS, Relator: Miguel Ângelo da Silva, Data de Julgamento: 27/08/2014, Nona Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 29/08/2014)

III - rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos.

O art. 37, §1º, do CDC, define a propaganda enganosa. O elemento que caracteriza tal publicidade é a tendência de induzir o consumidor ao erro, seja a respeito da natureza, qualidade, características ou outros elementos qualificadores do produto ou serviço. O erro aqui deve ser entendido como uma falsa representação da realidade, a publicidade enganosa faz com que o sujeito faça um juízo da oferta que não se coaduna com o que efetivamente será prestado.

A doutrina, representada por Antônio Hermam Benjamim, vem entendendo que não se faz necessário que haja a intenção de enganar por parte do anunciante, é irrelevante se o fornecedor age de boa ou má-fé. O importante é que, para que seja caracterizada a propaganda enganosa, é que o anúncio tenha o condão de induzir o consumidor ao erro.

3.3 LIMITAÇÃO DA BANDA LARGA FIXA X DIREITOS DO CONSUMIDOR

Uma vez feita uma análise dos principais elementos da relação de consumo, partimos então a análise de uma das questões basilares do presente trabalho: a forma como a adoção de franquia de dados para a internet fixa lesa direitos do consumidor.

A relação travada entre as operadoras e seus clientes é evidentemente uma relação de consumo, uma vez que, por exemplo, se verifica o binômio oferta e aceitação, e também que esses clientes se enquadram como destinatários finais da prestação do serviço de banda larga fixa, trava por meio de um contrato de adesão de execução continuada. Todos os elementos subjetivos e objetivos da relação jurídica de consumo estão devidamente configurados, não havendo dúvidas da incidência do CDC na situação.

Como visto anteriormente, no ano de 2016 a operadora Vivo anunciou que passaria a adotar um limite de dados para os novos clientes que contratassem seu serviço de banda larga fixa, o Vivo Fibra. Segundo a operadora, a adoção de franquia se daria de modo semelhante ao que já ocorre na banda larga móvel, seria estipulada uma quantidade x de dados a serem atribuídas de acordo com a velocidade contratada, e quando consumidor atingisse o limite dessa franquia, sua navegação seria interrompida e ele somente voltaria a navegar caso esperasse o próximo ciclo de faturamento ou adquirisse novo pacote de dados.

O anúncio, obviamente, gerou uma onda de reações majoritariamente negativas, deixando muitos usuários confusos, insatisfeitos e preocupados que a prática viesse a ser adotada por todas as operadoras, algo que apesar de não ser confirmado expressamente se verificou quando as demais fornecedoras do serviço passaram a modificar seus contratos, informando que a navegação ilimitada era apenas promocional, abrindo a possibilidade para que se adotasse as franquias de dados no futuro.

A problemática impulsionou diversas petições online contrárias a mudança, além de bastante repercussão nas redes sociais por intermédio da página do facebook “*Movimento Internet Sem Limites*” e também ataques de hackers a Agência Nacional das Telecomunicações (ANATEL), acusada de ser conivente com os interesses das empresas ao invés de buscar proteger o usuário do serviço.

O Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC), diante da possibilidade da adoção de franquias de dados, ingressou com Ação Civil Pública, a qual traz importantes informações para o presente trabalho. Segundo o IDEC:

A inclusão ou diminuição das franquias de dados pelas empresas res para patamares claramente absurdos (10 gigabytes, o que equivale a dez aulas online em uma plataforma de vídeo de alta resolução) configura violação do Código de Defesa do Consumidor e crime contra a ordem econômica por abuso de poder de mercado e elevação arbitrária dos lucros.

Não é segredo para ninguém que a adoção de franquias tem um propósito específico, que ficou mais evidente ainda com as declarações do Presidente da Anatel na época, João Rezende⁴², que atribuiu a responsabilidade da adoção de franquias aos usuários que utilizam a rede para jogar e baixar conteúdo. A medida visa fazer com que os consumidores utilizem menos os serviços de multimídia como o Netflix e o Youtube.

Ocorre que, ao adotar tais medidas, as operadoras acabarão por elevar os preços da prestação do serviço sem que haja justa causa, exigência trazida pelo art. 39, X, do CDC. Além disso, isso lhe proporcionará uma vantagem excessiva nos contratos, uma vez que a tendência é que o consumidor, diante da grande relevância que a internet possui na vida prática, acabe por gastar mais, adquirindo mais pacotes de dados, com

⁴² PAYÃO, Felipe. **A internet ilimitada Acabou.** Disponível em <<https://www.tecmundo.com.br/anatel/108791-internet-ilimitada-acabou-joao-rezende-adeus-anatel.htm>>.

o objetivo de manter o acesso à rede, isso esbarra no conteúdo do inciso V do referido artigo.

Até o momento, não foi trazida nenhuma justificativa técnica plausível para que a mudança seja implementada. Diferentemente do que se verificou anos atrás, com a implementação de franquia de dados na telefonia móvel, que foi motivada por limitações técnicas que impediam a prestação do serviço de forma ilimitada, na internet fixa não há tal limitação, e conforme o site “*Agencia Brasil*”⁴³, o número de clientes da banda larga fixa só vem aumentando.

Os assinantes do serviço possuem seus direitos disciplinados pela Resolução nº 602, de 7 de março de 2014, que aprovou o Regulamento Geral de Direitos do Consumidor de Serviços de Telecomunicações (RGC). O RGC traz em seu art.3^o⁴⁴ que, dentre os direitos básicos dos consumidores, eles possuem direito a serem informados previamente em caso de qualquer modificação contratual, e também que não haja a suspensão do serviço prestado, salvo em caso de falta de pagamento.

Com relação aos contratos antigos, há informações trazidas pelo site “*Tecnologia IG*”⁴⁵ de que a Vivo informou que aqueles que adquiriram planos de banda larga fixa até 04 de fevereiro de 2016 não sofreriam com alterações das cláusulas que estabelecem a franquia de dados, porém aqueles que contrataram o serviço após essa data estariam sujeitos a mudança.

Tal posicionamento da Vivo possivelmente leva em consideração a proteção contratual conferida aos contratos antigos, uma vez que caso os modificasse de forma unilateral, estaria infringindo frontalmente o art. 51, inciso XII. Logo, aqueles que já contrataram o serviço, ao menos por hora, tem o direito de ter o serviço prestado da maneira que foi contratado, sem franquia de dados.

⁴³ <http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2017-04/numero-de-clientes-de-banda-larga-fixa-crece-e-passa-de-27-milhoes>

⁴⁴ Art. 3º O Consumidor dos serviços abrangidos por este Regulamento tem direito, sem prejuízo do disposto na legislação aplicável e nos regulamentos específicos de cada serviço: (...) IV - ao prévio conhecimento e à informação adequada sobre as condições de contratação, prestação, meios de contato e suporte, formas de pagamento, permanência mínima, suspensão e alteração das condições de prestação dos serviços, especialmente os preços cobrados, bem como a periodicidade e o índice aplicável, em caso de reajuste; (...) e VI - à não suspensão do serviço sem sua solicitação, ressalvada a hipótese do Capítulo VI do Título V ou por descumprimento de deveres constantes do art. 4º da LGT, sempre após notificação prévia pela Prestadora;

⁴⁵ <http://tecnologia.ig.com.br/2016-04-13/vivo-tera-limite-de-internet-para-clientes-antigos-que-mudarem-de-plano.html>

A implementação de franquia de dados esbarra em outro ponto disciplinado pelo CDC: a publicidade. No modelo atual, o consumidor, ao pactuar com a operadora que presta o serviço de banda larga fixa, age em boa-fé objetiva, ele está contratando um serviço de internet em que a variável onerosa é apenas a velocidade da conexão, porém, no modelo com franquia de dados, ele se deparará com duas variáveis: a velocidade de conexão e a quantidade de dados trafegados.

Ocorre que a publicidade veiculada pelas operadoras dá ênfase apenas a velocidade dos planos ofertados, o destaque é apenas da variável velocidade, tanto que as campanhas publicitárias se referem a internet como ilimitada em todo o material de divulgação. Ocorre que é bastante contraditório se ter uma internet comercializada como ilimitada e esta possuir um limite de dados, logo, a publicidade utilizada pelas operadoras acaba por induzir o consumidor ao erro.

Como visto anteriormente, o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 35, traz o caráter vinculativo da oferta, de modo que o fornecedor que ofertar o produto/serviço, em geral, é obrigado a cumprir a ofertas nos termos em que essa foi veiculada. Diante disso é possível que o consumidor busque em juízo proteger a manutenção da prestação do serviço conforme este lhe foi ofertado, se a campanha de publicidade do serviço informa que ele é ilimitado, essa oferta vincula o fornecedor.

O modelo de internet fixa com franquia de dados existe em outros países, porém a realidade brasileira é completamente diferente. A internet fixa comercializada aqui é cara e precária, com a implementação das franquias de dados, haverá uma potencialização da desigualdade digital que já existe no país, com aqueles que podem pagar tendo acesso a todo o potencial da rede, enquanto que os mais pobres utilizarão apenas os recursos mais básicos.

Tendo a internet essa grande força na disseminação de ideias e sendo um meio que facilita a associação de pessoas para defender seus interesses, é difícil não reconhecê-la como algo essencial aos consumidores. A implementação de uma franquia de dados mudará toda essa dinâmica, pois esse limite implicará numa limitação da liberdade de comunicação e associação, as operadoras limitarão a quantidade de informações que podem ser transmitidas, e por tabela, limitarão direitos dos consumidores.

4 O ACESSO A INTERNET COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL

Somado ao desrespeito a inúmeras disposições trazidas no Código de Defesa do Consumidor, como visto no capítulo anterior, a adoção de franquia de dados para internet fixa afronta também direitos fundamentais, seja considerando o acesso à internet como direito fundamental propriamente dito ou por equiparação, devido a sua íntima relação com a liberdade.

A crescente no uso de dados, tráfego de informações e cursos à distância é consequência da maneira aberta e abrangente como se utiliza a rede, liberdade inclusive é uma palavra imediatamente associada quando se fala em internet, e como

se sabe, tal direito é protegido pela Constituição Federal, em seu art. 5º, integrando assim o rol dos direitos fundamentais.

A constituição de 1988 traz um extenso rol de direitos fundamentais, e tais direitos trazem um inegável conteúdo ético. Do ponto de vista jurídico, nem todo direito pode ser enquadrado nessa categoria, somente aqueles que protegem valores que o povo formalmente reconheceu como merecedores dessa proteção, valores estes que foram incorporados ao ordenamento constitucional do país.

Não sendo suficiente a existência de um elenco tão extenso, o legislador brasileiro adotou um rol aberto de direitos fundamentais, através do artigo 5º, §2º da Constituição de 1988⁴⁶. Conforme o pensamento de Dirley da Cunha Jr, os direitos fundamentais vêm sofrendo mudanças com o desenrolar da história, tendo relação íntima com as necessidades específicas de cada momento⁴⁷.

O objetivo deste capítulo é realizar uma construção teórica que aponte para a caracterização do acesso à internet como um direito fundamental, de modo que deve receber toda a proteção destinada a essa categoria de direitos.

Para isso se faz necessário uma análise da Teoria Geral dos Direitos Fundamentais, o contexto histórico de seu surgimento, sua evolução ao longo do tempo, quais os fundamentos e características dessa categoria de direito, além de sua íntima relação com a vida humana em sociedade.

4.1 ANÁLISE DO CONCEITO DE DIREITO FUNDAMENTAL

Segundo os autores Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins

“direitos fundamentais são direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual.”⁴⁸

⁴⁶ Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 23 de mai de 2017

⁴⁷ CUNHA JR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional** - 11.ed.rev.ampl. e atual. - Salvador: JusPODIVM,2017. p.493

⁴⁸ DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos Direitos Fundamentais** – 5.ed.rev., atual. E ampl. -São Paulo: Atlas, 2014. pg. 41

Ao destrinchar esse conceito, é possível perceber que o mesmo traz os elementos básicos referentes aos direitos fundamentais. Primeiramente indica quem são os sujeitos da relação criada pelos direitos fundamentais, posteriormente indica a finalidade de tais direitos, e também a posição deles no sistema jurídico, tendo caráter constitucional.

Quanto a posição dos direitos fundamentais no sistema jurídico, o entendimento é de que um direito somente poderá ser considerado fundamental se houver uma norma com força constitucional que o garanta, ou seja, se o poder constituinte formalmente reconheceu tal direito como merecedor de proteção normativa diferenciada. Portanto pode-se afirmar que não há direitos fundamentais provenientes de lei, a fonte primária sempre será a constituição.

Além do aspecto formal, os direitos fundamentais possuem um conteúdo ético, o que caracteriza o seu aspecto material. São direitos que carregam os valores mais básicos para uma vida digna, tendo a dignidade da pessoa humana como base axiológica, de modo que numa sociedade em que não se tenha respeito à vida, não haja condições mínimas para uma existência digna e não houver limitações do poder, não haverá respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, e conseqüentemente não há de se falar em direitos fundamentais.

Apesar de trazer um extenso rol de direitos fundamentais, a Constituição Federal de 1988 não enumera de forma taxativa os direitos considerados fundamentais. No art. 5º, §2º, há uma regra de abertura a novos direitos:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

Com base na leitura do mesmo, pode-se observar que no Brasil temos os direitos fundamentais positivados no título II da própria constituição federal, os que decorrem dos princípios adotados pela constituição, desde que tenham relação com o ideal da dignidade da pessoa humana ou com a limitação de poder, e por fim os direitos fundamentais provenientes de tratados internacionais aprovados pelo Brasil.

A respeito da temática de possível responsabilização do advogado pelo recebimento de honorários ilícitos, a jurisprudência alemã apresenta três julgamentos emblemáticos.

A primeira decisão pelo Tribunal Superior de Hamburgo (OLG), datada de 06 de janeiro de 2000. A segunda, com decisão diametralmente oposta, preferida pelo Tribunal Federal Alemão (BGH), em 04 de julho de 2001. E, por fim uma decisão “final” sobre o tema em 30 de março de 2004, realizada pelo Tribunal Constitucional Alemão (BverfG).

Quanto à jurisprudência brasileira, tal tema ainda se encontra em debates, não havendo posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema. Resta, portanto, analisar situações que podem ser consideradas similares e podem conduzir a construção de um raciocínio lógico.

4.2 ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Historicamente, os direitos fundamentais são identificados como aqueles que guardam os valores mais importância para a vida humana em sociedade. Desse modo, para compreender melhor o surgimento de tais direitos e o desenvolvimento de cada um, se faz necessário recorrer a história.

Os direitos fundamentais, concebidos nesse trabalho como “princípios jurídico-constitucionais especiais que concretizam o respeito à dignidade da pessoa humana”⁴⁹, surgiram apenas com o advento do Estado Constitucional, ao fim do século XVIII.

É importante salientar que tais direitos são consequências da própria evolução da humanidade, desde o chamado “Estado de Natureza”, quando ainda não se falava em sociedade, já se tinha a ideia de que todo homem nascia livre, inclusive até mais livre que o homem que vivia em sociedade, visto que seus medos eram apenas de situações em que não podia se defender, como em caso de doenças e velhice ⁵⁰.

⁴⁹ CUNHA JR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional** - 11.ed.rev.ampl. e atual. - Salvador: JusPODIVM,2017, p.503

⁵⁰ *Ibidem*, p.504

Com o passar do tempo, diversos povos perceberam a importância de se agrupar tais direitos em documentos, como uma maneira de lhes conferir mais força, com isso foram emitidas diversas declarações por parte dos países para promover a garantia dos direitos. Dentre esses documentos, cinco se destacam por trazerem ideias que ultrapassaram suas fronteiras físicas e tiveram repercussões mundo afora: a) Magna Carta (1215), b) *Petition of Rights* (1628), c) *Bill of Rights*, d) Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, e por fim, e) Declaração Universal dos Direitos do Homem.

A Magna Carta de 1215 acabou por ser a primeira declaração do mundo. Tal declaração envolve o Rei João sem Terra, que acabou sendo pressionado a assinar a Magna Carta pelos barões feudais da época, documento que possuía diversas preocupações, como por exemplo o fato de submeter o estado as leis que o próprio edita e também por ser vista como o embrião da criação do *habeas corpus* por trazer disposição que em tradução livre afirma que os processos não podem ser arbitrários.

Já a *Petition of Rights*, documento que foi enviado do parlamento ao Rei Charles I, buscava o reconhecimento de diversos direitos e liberdades para o povo, observando diversas disposições que já constavam na Magna Carta. Além disso, trouxe uma preocupação maior com o devido processo legal, buscando trazer mecanismos que evitassem arbitrariedade, além de disciplinar os tributos.

Na Inglaterra, houve um tempo em que não se tinha um controle sobre os tributos, e essa declaração acaba por trazer a noção de que antes da instituição de um tributo é imprescindível que se tenha uma lei anterior, de modo que quando houver a criação de um novo tributo, o contribuinte deve saber antes, para não ser pego de surpresa.

Em 1689 surgiu a *Bill of Rights*, considerado o mais importante dos documentos ingleses e que decorreu da Revolução Gloriosa. Tal documento eliminou o regime monarquista que havia até então, e representou, conforme Dirley da Cunha Júnior afirma em sua obra

“Ele representou a passagem para a monarquia constitucional, organizada com base na divisão de poderes, criando uma forma de organização do Estado, cuja função, em última análise, é de proteger os direitos fundamentais da pessoa humana”.⁵¹

⁵¹ *Ibidem*, p.513

A *Bill of Rights* acabou por trazer um sistema de divisão dos poderes, de modo que o Parlamento aqui ficaria responsável por defender os direitos e interesses do povo perante o rei, e seu funcionamento não ficaria sujeito a vontade do monarca. Foram estabelecidos limites ao poder da coroa, garantindo ao povo direitos fundamentais como o direito de petição ao monarca, sem represálias, o direito de liberdade e a possibilidade de propriedade privada.

O direito de petição consiste em um meio pelo qual o povo irá se reportar ao poder público para questionar ilegalidades. Esse mesmo direito, que já constava na *Bill of Rights* séculos antes, aparece na Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, XXXIV, A

“**Art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;”

Tempos depois, na era moderna, surge a Declaração dos Direitos do Homem e do cidadão, documento inspirado no jusnaturalismo e que se consolidou como marco culminante do Constitucionalismo liberal, num momento em que se observava a ascensão da burguesia a condição de classe dominante, tanto do estado quanto da sociedade.

A importância dessa declaração é tamanha que, por muito tempo, foi considerada um modelo ideal para declarações de direito, devido a sua preocupação com liberdades e direitos humanos. Seu objetivo é proteger os homens de atos autoritários do governo, lembrando-os de seus direitos.

Os “direitos do homem” destacados no título da declaração dizem respeito a liberdade, ao poder de agir, sem que dependa do Estado, e ainda lembrando a este último que não pode criar nenhum obstáculo ao exercício desses direitos. Nesse contexto surge a proteção à liberdade de opinião e também à liberdade de expressão, a declaração afirma que ninguém poderá ser agredido ou punido por manifestar suas opiniões, desde que isso não perturbe a ordem pública.

Já por “direitos do cidadão”, entende-se que são aqueles que propiciam mecanismos para que o sujeito participe da vida política, dentre eles estão a possibilidade de solicitar uma prestação de contas por parte do governo, ter acesso a dados que demonstram como o dinheiro público vem sendo gasto, algo que, assim como as liberdades de opinião e expressão, possui íntima relação com o tema desenvolvido nesse capítulo.

Por fim, mas não menos importante, temos a Declaração Universal dos Direitos do Homem. No período pós IIª Guerra Mundial, depois dos horrores presenciados pelo mundo em regimes totalitários como o nazi-fascismo, que utilizavam o estrito legalismo para justificar seus atos, os direitos humanos se tornaram um dos principais temas na agenda internacional.

Conforme afirma Valério de Oliveira Mazzuoli

“O legado do Holocausto para a internacionalização dos direitos humanos, portanto, constituiu na preocupação que gerou na consciência coletiva mundial da falta que fazia uma arquitetura internacional de proteção desses direitos, com o intuito de impedir que atrocidades daquela natureza jamais viessem novamente a ocorrer no planeta.”⁵²

Com a crescente preocupação em torno do tema, surge em 1945 a Organização das Nações Unidas (ONU), uma organização criada com o objetivo de estar acima das soberanias e com a missão de proteger os direitos humanos, além de evitar que os horrores da IIª Guerra voltem a se repetir.

A declaração dos Direitos Humanos possui ao todo, 30 artigos, mas logo em seu artigo 1º já se identifica qual o objetivo geral do documento

“Art.1º Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.”⁵³

A Assembleia Geral das Nações Unidas considera que o “reconhecimento da dignidade humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”⁵⁴, além de afirmar que os direitos humanos

⁵² MAZZUOLI, Valério de Oliveira, **Curso de Direitos Humanos** – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. p.54.

⁵³ “**Declaração Universal dos Direitos Humanos**”. Disponível em <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm> Acesso em 17 de maio de 2017

⁵⁴ CUNHA JR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional** - 11.ed.rev.ampl. e atual. - Salvador: JusPODIVM,2017. p. 521

devem ser protegidos pelos Estados de Direito, sendo isso imprescindível para que se tenha uma boa relação entre as nações. Os estados devem se comprometer a promover o respeito às garantias e liberdades fundamentais.

Com o surgimento e desenvolvimento do direito internacional público no século XX, mais especificamente no período pós IIª Guerra Mundial, houve como consequência a internacionalização dos direitos fundamentais, sendo reverenciados como Direitos Humanos no âmbito internacional.

Sobre o tema, em se tratando de Brasil, começou-se a engatinhar em relação a temática na Constituição do Império de 1824, que traz em seu bojo direitos fundamentais, sendo os direitos apresentados aqui semelhantes aos presentes nas Constituições dos Estados Unidos e França, porém sua efetivação ficava sujeita ao poder moderador, que concedia ao imperador poderes constitucionais ilimitados, prejudicando assim a concretização de tal categoria de direitos.

Já em 1891, com a Constituição Republicana, houve o resgate dos direitos fundamentais previstos na constituição de 1824, porém com o acréscimo dos direitos de reunião e de associação. Somente a partir da Constituição de 1934 que se houve falar pela primeira vez na incorporação de alguns direitos sociais.

A Constituição de 1988 inaugura no país uma fase de amplo respeito pelos direitos fundamentais, diferentemente das anteriores trata de positivizar tais direitos logo no início de suas disposições, no Título II, se referindo a eles como direitos e garantias fundamentais.

O constituinte teve o cuidado de inserir no rol de direitos fundamentais normas que resguardassem os mais básicos direitos humanos, como a liberdade e a igualdade, além de seus desdobramentos. A CF/88 recebeu ainda o título de “Constituição Cidadã”, pois trazia diversas disposições sobre direitos sociais.

Além de prever os direitos fundamentais em seu texto, a Constituição de 1988 também prevê diversos instrumentos jurídico processuais contra o abuso de poder, como o habeas corpus, o mandado de segurança e a ação civil pública. O constituinte seguiu o pensamento de Norberto Bobbio, de que não adiantava apenas enunciar os direitos, é preciso indicar meios para protegê-los e concretizá-los.

4.3 AS GERAÇÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

O autor George Marmelstein em uma de suas obras afirma que “a concepção normativa dos direitos fundamentais surge junto com a consolidação das vigas mestras do Estado democrático de direito”⁵⁵, de modo que a ascensão de tais direitos tem relação direta com o fato de as constituições começarem a trazer mecanismos para possibilitar a participação popular em decisões políticas, além de possibilitar um maior controle do poder do estado. O ato de resguardar um capítulo específico para os direitos fundamentais, foi observado na maioria das Constituições modernas

Como uma forma de compreender e evidenciar melhor a relação entre os direitos fundamentais e os aspectos históricos, políticos e culturais, alguns autores optam por dividir a evolução de tais direitos em gerações. O que busca se ressaltar nessa análise é mostrar que tais direitos não são valores imutáveis, e sim bastante dinâmicos e acompanham a evolução cultural da sociedade.

Inicialmente, inspirados no pensamento de Norberto Bobbio, muitos autores defendem um modelo que traz três gerações, divisão claramente inspirada nos três lemas da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade. A ideia de gerações de direitos fundamentais já foi utilizada até mesmo pelo STF ao fundamentar decisões proferidas sobre o tema, sendo mais do que importante conhecer mais sobre o mesmo.

A primeira geração é a chamada geração dos direitos civis e políticos. No momento histórico imediatamente anterior ao surgimento da primeira geração, o estado absolutista sufocava praticamente todos os setores da sociedade, não havia espaço para o livre pensamento e aqueles que tentavam se opor eram severamente punidos, assim como se falar em igualdade era uma Utopia.

Com o advento de eventos como a reforma protestante, o surgimento do movimento intelectual iluminista, a expansão marítima e a ascensão da burguesia, os séculos XVII E XVII foram palco das chamadas Revoluções Burguesas, e após as revoluções surgiu o estado democrático de direito.

⁵⁵ MARMELSTEIN, George, **Curso de direitos fundamentais**. 5.Ed. Atlas S.A:2014. p.36

Segundo Marmestein, os direitos protegidos nas primeiras constituições tinham grande influência do pensamento liberal disseminado pelos iluministas. Nessas constituições se verificava a consagração de inúmeros direitos de liberdade, como liberdade de expressão, de reunião, religiosa, entre outras, além dos direitos políticos, de modo a permitir que o povo participasse da tomada de decisões, dando poder ao povo, um grito de liberdade daqueles que por tanto tempo foram reprimidos.

Já a segunda geração envolve os chamados direitos sociais, econômicos e culturais. Com o desenrolar do século XIX profundas transformações sociais e econômicas aconteceram. A partir da Revolução Industrial houve um aumento nos conglomerados urbanos, o que acarretou em mudanças na vida social de modo a exigir do Estado uma participação maior na vida política do território.

A industrialização, apesar de trazer prosperidade econômica para os ricos, trouxe também diversos problemas sociais, enquanto uma minoria rica aproveitava os prazeres da chamada “Bela Época”, a maioria da população estava desempregada, passando fome ou morrendo por falta de cuidados médicos. Isso impulsionou os operários a se organizarem e começarem movimentos para reivindicar melhores condições de trabalho.

O sucesso da Revolução socialista na Rússia, em 1917, acabou por alarmar o mundo de que os movimentos orquestrados pela classe operária representavam sim uma ameaça, e foi assim que surgiu o Estado do Bem-Estar Social. Nesse estado o estado passa a ter um caráter intervencionista, tanto na sociedade quanto na economia, com o objetivo de garantir que os direitos sociais fossem garantidos.

Percebeu-se que os direitos subjetivos podiam ser lesionados não somente com a intervenção do estado, mas também pela omissão deste. Assim, os direitos de segunda geração asseguravam ao povo direitos à prestação de serviços estatais, como a saúde, educação, assistência social. Têm-se aqui direitos de igualdade pautados na ideia de dignidade da pessoa humana, visando amenizar as desigualdades sociais da época.

Os direitos de primeira geração buscavam a limitação do poder estatal e trazer mecanismos para que o povo tivesse participação política, já os direitos de segunda geração têm como objetivo impor ao estado algumas obrigações para garantir uma

melhor qualidade de vida ao povo, observando o princípio da dignidade da pessoa humana.

Os horrores vistos na IIª Guerra Mundial acabaram por impulsionar uma preocupação global com a proteção dos direitos fundamentais, e, posteriormente, o aparecimento de diversos tratados internacionais que buscavam proteger valores relacionados ao princípio da dignidade da pessoa humana, e justamente nesse contexto está a terceira geração de direitos fundamentais.

A ideia na terceira geração é de fornecer proteção a todos os seres humanos, não apenas a grupos específicos. A declaração Universal dos direitos humanos é um marco dessa geração e traz consigo direitos como o direito à paz, ao meio ambiente equilibrado. Os direitos trazidos aqui são de titularidade coletiva ou difusa, a preocupação com o homem deixa de observar apenas a sua individualidade e se observa a coletividade.

A classificação de Bobbio se encerra na terceira geração, porém os direitos fundamentais continuam em evolução, afinal as necessidades essenciais da sociedade mudam com o decorrer do tempo, os direitos fundamentais são históricos e temporais, assim novas demandas surgem e exigem novos direitos, de modo que outros autores como Paulo Bonavides já defendem a existência de uma quarta geração.

A quarta geração seria o resultado da universalização dos direitos fundamentais, abrangendo o direito a democracia direta, ao pluralismo, a informação, a bioética no tocante a manipulação genética, a mudança de sexo, entre outras.

Há ainda quem vá além, como o autor Antônio Carlos Wolkmer, que em seu artigo “Direitos Humanos: Novas Dimensões e Novas Fundamentações”⁵⁶ defende a existência de uma quinta dimensão, que abarca todos os direitos decorrentes das tecnologias de informação, incluindo-se aí o acesso à internet.

⁵⁶ WOLKMER, Antônio Carlos. **Direitos Humanos: Novas Dimensões e Novas Fundamentações**. Disponível em <<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/viewFile/768/490>> Acesso em 22 de mai de 2017.

4.4 AS CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Conforme entendimento de Dirley da Cunha Jr, os direitos fundamentais “como categoria jurídica fundamental reconhecida em razão da dignidade da pessoa humana e essencial em um estado constitucional democrático de direito”⁵⁷, tem traços comuns que os identificam e os diferenciam das demais categorias jurídicas.

A primeira característica é a historicidade, algo já debatido em diversos pontos desse trabalho. Os direitos fundamentais possuem relação íntima com a história, visto que a sociedade se encontra sempre em mudança e o direito tem que acompanhar esse movimento, tais direitos são mutáveis, sendo passíveis de transformações.

A segunda característica é a universalidade. Os direitos fundamentais têm como base a dignidade da pessoa humana e são necessárias para que as pessoas tenham uma vida livre e digna, sendo destinados a todos os humanos. A universalidade é uma característica intrínseca a essa categoria de direitos, está atrelada a sua própria essência.

A terceira característica é a Inalienabilidade. Direitos fundamentais não são passíveis de transferência e negociação, o titular de tais direitos não pode se desfazer deles, até porque esses direitos não possuem valor econômico e não estão à disposição dele.

A quarta característica tem relação direta com a anterior, por serem inalienáveis, direitos fundamentais não perecem com o decorrer do tempo, não há prescrição, como pode ser observado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que deu provimento a um recurso especial que afirmava que “o reconhecimento do estado de filiação constitui direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, que pode ser exercitado sem qualquer restrição, em face dos pais ou seus herdeiros.”⁵⁸

A quinta característica é a irrenunciabilidade. Os direitos fundamentais são irrenunciáveis, visto que seu titular não pode dispor deles, porém pode deixar de

⁵⁷ CUNHA JR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional** - 11.ed.rev.ampl. e atual. - Salvador: JusPODIVM,2017. Pg.543

⁵⁸ STJ - REsp: 833712 RS 2006/0070609-4, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 17/05/2007, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 04.06.2007 p. 347RNDJ vol. 92 p. 77: DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. RECURSO ESPECIAL.AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE E MATERNIDADE. VÍNCULO BIOLÓGICO, VÍNCULO SÓCIO-AFETIVO.PECULIARIDADES.

exercê-los. Existem situações em que, sob determinadas condições, é possível que o sujeito deixe de exercer voluntariamente os seus direitos, mas desde que ele possa revogar sua decisão, a qualquer tempo.

A sexta característica é a limitabilidade. Não existem direitos fundamentais absolutos, tais direitos são relativos, passíveis de limitação, sendo importante observar também o exercício de um direito pode acabar por limitar o exercício de outro. Dois direitos fundamentais podem acabar por entrar em choque, e para a convivência de ambos será necessário que ambas as partes cedam, deve haver uma ponderação diante do caso, sob a óptica da proporcionalidade, para que a harmonia se restaure.

A sétima característica é a Indivisibilidade. Os direitos fundamentais formam uma “massa” indivisível, eles existem em conjunto, de modo que por formarem essa “massa” indivisível, o exercício pleno de um desses direitos somente será alcançado se houver garantia e efetividade dos outros, há uma relação de interdependência entre eles.

A oitava e última característica é a Proibição do Retrocesso. Como vimos anteriormente, os direitos fundamentais são fruto de todo um processo histórico, tais direitos evoluíram bastante desde sua gênese, produto das constantes lutas do ser humano, de modo que não é admissível que, depois de reconhecidos, esses direitos sejam suprimidos ou encontrem qualquer tipo de barreira que vise enfraquece-los. Essa característica veda expressamente a revogação de normas que resguardem direitos fundamentais ou alteração de modo a diminuí-los.

4.5 O ACESSO À INTERNET COMO DIREITO FUNDAMENTAL

No Brasil, as operadoras vêm liderando um movimento para implementar franquia de dados à banda larga fixa, algo que além de ir contra os interesses e direitos do consumidor, vai na contramão de uma corrente internacional que aponta no sentido de considerar o acesso à internet como um direito fundamental, e assim tendo toda a proteção destinada a essa categoria de direitos.

O que se verifica é que, num mundo em que a quantidade de dados é cada vez maior e os serviços de *streaming* se tornam cada vez mais populares, possibilitando ao sujeito ter acesso específico ao conteúdo que deseja por preços mais acessíveis, as operadoras brasileiras viram na adoção de franquias um modo de barrar a concorrência, que utiliza a rede fornecida para seu crescimento.

A Organização das Nações Unidas aprovou recentemente resolução que regulamenta a promoção, proteção e gozo dos direitos humanos na internet, defendendo a necessidade da criação de medidas para impedir a interrupção intencional do acesso à internet, determinando assim que os Estados se abstenham dessa prática. A ONU entende que os mesmos direitos que as pessoas têm off-line também devem ser protegidos on-line, principalmente o da liberdade de expressão.

Vivemos em um mundo em que os serviços de streaming estão em alta, temos instituições de ensino EAD, empreendedores autônomos que utilizam a internet como trabalho, e até mesmo judiciário se vale da rede para seu andamento. A adoção de uma franquia de dados para a internet fixa acabaria por potencializar a desigualdade digital que já existe no país, a internet comercializada aqui é cara e precária, somente aqueles com maior poder aquisitivo têm acesso a todo o potencial da rede, enquanto os mais pobres têm acesso apenas a seus recursos mais básicos.

A mensagem implícita que o movimento das operadoras traz com essa proposta para o momento atual da sociedade de consumo brasileira é que, para que o sujeito não se veja privado do serviço em algum momento do mês, dele deverá pagar mais.

Até o momento, não foi trazido pelas operadoras nenhuma justificativa técnica plausível para que a mudança seja implementada, diferentemente do que se observou na banda larga móvel, caso no qual realmente há limitações técnicas que impedem a

prestação do serviço de forma ilimitada, de modo que se o modelo continuasse tornaria inviável o próprio serviço. No caso da banda larga fixa não há essa limitação.

A Constituição de 1988 traz um extenso rol de direitos fundamentais, e tais direitos trazem um inegável conteúdo ético. Do ponto de vista jurídico, nem todo direito pode ser enquadrado nessa categoria, somente aqueles que protegem valores que o povo formalmente reconheceu como merecedores da proteção dada a essa categoria de direitos, os valores que foram incorporados ao ordenamento constitucional, como explicado anteriormente.

Não sendo suficiente a existência de um elenco tão extenso, o legislador brasileiro adotou um rol aberto de direitos fundamentais. Como os direitos fundamentais são pautados na ideia de dignidade da pessoa humana e há uma cláusula de abertura, para saber se um direito é fundamental deve-se observar se a Constituição, ainda que implicitamente lhe confere alguma proteção.

Conforme o entendimento de Ingo Wolfgang em sua obra, no tocante à abertura da Constituição brasileira à novos direitos fundamentais, ele afirma que a Constituição ao deixar essa abertura reconhece a existência de direitos que, apesar de não estarem de forma expressa no texto constitucional, são materialmente fundamentais, seja por terem relações diretas com direitos expressos ou por decorrerem de princípios fundamentais.⁵⁹

O acesso à internet tem íntima relação com o direito à liberdade, mas primeiramente se faz necessário entender melhor o que seria esse direito à liberdade. Conforme o autor George Marmelstein, um dos atributos da dignidade humana, base axiológica dos direitos fundamentais, é o respeito a autonomia privada⁶⁰, e o direito à liberdade visa proteger justamente a autonomia privada das pessoas, de modo que o estado deve tratá-las em seu território como sendo “agentes responsáveis e capazes de tomar por si próprios as decisões que lhe dizem respeito.”⁶¹

Cabe ao indivíduo então decidir por si mesmo coisas como escolher um livro para ler ou com quais pessoas deseja interagir. O direito à liberdade possui múltiplas facetas, da liberdade de locomoção, passando pelo direito à liberdade de informação e

⁵⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006

⁶⁰ MARMELSTEIN, George, **Curso de direitos fundamentais**. 5.Ed. Atlas S.A:2014. p. 16/17

⁶¹ *Ibidem. loc.cit*

liberdade de expressão, e é mais especificamente com relação a esses dois últimos que reside a relação entre o acesso à internet e o direito à liberdade.

As liberdades de expressão e comunicação são pilares essenciais da liberdade em si, como também dos direitos políticos, civis e da cidadania. A informação é um instrumento de poder, tendo bastante relevância no Estado democrático de Direito, uma sociedade democrática exige que se tenha um pluralismo informativo, com a livre circulação da informação.

Atualmente é correto afirmar que a informação já superou barreiras geográficas, os meios de comunicação já conseguem propiciar a disseminação de informações para milhões de pessoas em pouquíssimo tempo. Conforme diz o autor Ivar Alberto Martins Hartmann em seu artigo

“A internet possibilitou a democratização desta tecnologia, de maneira que qualquer indivíduo pode assumir o papel da televisão ou do jornal, emitindo informações que se tornarão disponíveis para o mundo todo. A ideia essencial da rede mundial é a liberdade individual de emitir informações que se quer, sem discriminação quanto à pessoa que a emite, para todos que estejam conectados nessa rede.”⁶²

O acesso à informação propiciado pela rede mundial de computadores também possui forte ligação com os direitos políticos. O controle da atuação do estado é elemento crucial para um Estado Democrático de Direito, e a internet acaba por funcionar como o meio mais viável e disponível. Em poucos minutos o cidadão tem acesso a informações sobre como o estado vem administrando os gastos públicos, quem ocupa cargos de confiança dentro do estado, resultados de concurso público.

Enfim, a internet oferece ao cidadão a possibilidade de controlar a atuação estatal e exercer a cidadania. O autor Paulo Bonavides, afirma que a prerrogativa de fiscalização do estado pelo cidadão é a razão do direito de informação, base ideológica da quarta geração de direitos fundamentais defendida por ele.

O acesso à internet possui ainda grande relevância para a realização do direito de prestação jurisdicional. A atividade jurisdicional possui grande importância, visto que a Constituição lhe confere a condição de guardião dos Direitos Fundamentais, e para

⁶² HARTMANN MARTINS, Ivar Alberto. “ **O acesso à internet como Direito Fundamental**”. Disponível em < www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2007_1/ivar_hartmann.pdf > Acesso em 25 de mai de 2017.

que ocorra de forma efetiva se faz necessário o acesso à justiça, respeito ao devido processo legal, entre outros requisitos.

Com o passar do tempo, o aumento da população acarretou no aumento das relações sociais, que por consequência aumentou o número de lides levadas ao Judiciário. Com a popularização da rede mundial de computadores, o processo eletrônico foi ganhando forma, primeiramente instituído nos Juizados Especiais e depois ganhando regulamentação em âmbito nacional. A tendência, portanto, é que o judiciário dependa cada vez mais da rede para seu desenvolvimento, como um meio de prestar um melhor serviço ao cidadão.

A internet foi responsável, nos últimos anos, pelo crescimento de movimentos sociais, movimentos de cunho político, disseminação de ideias de empoderamento feminino, entre tantas outras manifestações da liberdade de expressão. Por meio da rede, pessoas com interesses em comum se associaram em prol de um interesse comum, para chamar a atenção sobre temas considerados polêmicos e principalmente para reivindicar seus direitos.

No mundo verificou-se recentemente a chamada “primavera árabe”, que consistiu em um movimento fomentado pelas redes sociais e que buscava a libertação de alguns povos dos regimes totalitários em que viviam, como aconteceu na Líbia, as pessoas marcavam encontros para protestar e se mobilizaram militarmente para derrubar o ditador. No Brasil, fenômeno parecido, mas em menor escala foi visto com as manifestações que aconteceram em 2013, contra a corrupção.

Diante do exposto, pode se afirmar que o acesso à internet deveria ser considerado um direito fundamental, se apoiando em dois fundamentos: a) Historicidade dos Direitos Fundamentais; b) Guardar similaridades com direitos fundamentais positivados.

No tocante a historicidade dos direitos fundamentais, conforme o disposto anteriormente, ficou evidente que são direitos mutáveis e não estáticos, são direitos que resguardam ligação com a dignidade da pessoa humana, de modo que a medida em que a sociedade evolui, para se ter uma vida digna, novas necessidades podem surgir. O acesso irrestrito a internet é sem dúvidas necessário para a manutenção de uma vida digna na atual realidade brasileira, e, portanto, deveria ser considerado como direito fundamental.

A preocupação com a adoção de uma franquia de dados se dá justamente porque sabe-se que isso afetará profundamente a maneira como os brasileiros utilizam a rede e acabará por dificultar a efetivação de direitos constitucionalmente protegidos com quem a rede possui relações.

O limite trazido à banda larga fixa implicará também em uma limitação da liberdade de comunicação e associação, as operadoras passarão a limitar, sem nenhuma justificativa técnica, a quantidade de informações que podem ser transmitidas. Isso trará prejuízo ao exercício da cidadania, aos direitos políticos, haverá uma dificuldade maior das pessoas terem acesso à informação, e conseqüentemente de fazer o controle da atuação estatal.

No cenário internacional, a ideia é possibilitar o acesso irrestrito à internet e a toda informação nela, com objetivo de se garantir que todos tenham acesso ao conhecimento, seja homem ou mulher, e em especial no caso das mulheres como um modo de reforçar o seu poder dentro da sociedade.

Conforme diz Ivar Alberto Martins Hartmann “o direito ao acesso à internet é relevante, em razão da satisfação que proporciona as diversas necessidades dos indivíduos brasileiros”⁶³, e diante disso e pela sua relação próxima com direitos constitucionalmente protegidos como a dignidade da pessoa humana e a cidadania, deve ser visto como um direito materialmente fundamental.

⁶³ HARTMANN MARTINS, Ivar Alberto. “O **acesso à internet como Direito Fundamental**”. Disponível em < www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2007_1/ivar_hartmann.pdf > Acesso em 18 de mai de 2017

5 CONCLUSÃO

A limitação da banda larga fixa nada mais é do que uma manobra das operadoras de telefonia para, ao mesmo tempo, impedir o crescimento dos serviços de streaming, que cada vez consomem mais dados, e lucrar em cima dos consumidores. Limitar a internet fixa mudará completamente a maneira como o povo brasileiro utiliza a rede, práticas simples como enviar e-mails ou assistir filmes online serão prejudicadas.

Na educação o impacto também será sentido, se atualmente temos um crescimento de pessoas que tem acesso à educação básica e superior por meio de cursos online, com a limitação a tendência é que se acentue a desigualdade digital já existente em nosso país, o que vai contra o pretendido pelo Programa Nacional de Banda Larga, dificultando assim o investimento das instituições para propagar conhecimento por meio da rede.

A internet se constitui como sendo um grande fenômeno social, que vem crescendo e se desenvolvendo cada vez mais ao redor do mundo, as pessoas estão cada vez mais conectadas, a informação transita livremente e de maneira rápida. As relações do mundo real cada vez mais encontram facilidades e comodidade ao serem transpostas para a rede mundial de computadores.

Há todo um movimento mundial, defendido pela ONU em resoluções recentemente editadas, de que o acesso à internet deve ser irrestrito, que os direitos que se possui no mundo real devem ser defendidos também nesse novo espaço, dentre eles os direitos de liberdade de expressão e o acesso à informação.

Além disso, seria injusto para aqueles que já celebraram contrato de prestação de serviço com as fornecedoras de internet que, de repente, fossem submetidos a planos que possuem duas variáveis (velocidade e consumo de dados), quando em verdade contrataram plano baseado apenas na variável velocidade. Tal mudança seria extremamente onerosa para os consumidores. Por tais razões, conclui-se:

- A. Não há uma justificativa técnica para que as operadoras implementem a franquia de dados no país, o que desrespeita frontalmente o Código de Defesa do Consumidor, além de evidenciar que tal medida visa apenas prejudicar a concorrência e o aumentar o lucro.

- B. O Marco Civil da Internet, responsável por regulamentar o meio virtual, veda expressamente que a internet seja suspensa ou interrompida, salvo se houver inadimplemento. Logo, as operadoras, caso adotem esse modelo no qual quando a franquia de dados é atingida a conexão é interrompida, estarão violando tal dispositivo.
- C. O Marco Civil ainda traz em seu conteúdo o princípio da neutralidade da rede, de modo que os clientes que utilizam a internet devem fazê-lo da maneira que bem entender, sem discriminação, e a implementação de franquia viola tal princípio, uma vez que o sujeito não poderá utilizar a rede como bem entender, visto que se no modelo atual opta por utilizar serviços que gastam mais dados, com a mudança, provavelmente mudará seus hábitos.
- D. O princípio da função social da internet permite aos cidadãos que se utilize da internet para se organizarem politicamente, reivindicar seus direitos, sendo assim um serviço essencial para a sociedade, e sendo inconcebível a possibilidade de sua limitação, ante os prejuízos que tal medida causará.
- E. O Código de Defesa do Consumidor, inspirado pelo princípio do protecionismo do consumidor, tem como consequência o fato de suas regras não poderem ser afastadas, logo em havendo cláusula abusiva, esta será considerada nula de pleno direito. No momento em que as operadoras alteram os contratos vigentes, estarão inserindo cláusula no contrato que gera onerosidade excessiva ao consumidor, logo devem ser consideradas nulas.
- F. Todo o Marketing das operadoras era, e ainda é voltado a divulgação da velocidade de navegação que será fornecida ao usuário, deixando a limitação nas entrelinhas, sem explicitar exatamente como ela funciona nem quais critérios foram utilizados para instituí-la, o que caracteriza não apenas uma falha no dever de informação, como também publicidade enganosa, tendenciosa a induzir a erro.
- G. O crescente uso de dados e tráfego de informações constitui-se como consequência da maneira aberta e abrangente como se utiliza a internet atualmente, sendo a liberdade um ideal imediatamente associado à internet e sendo um direito protegido pela Constituição Federal. Logo, aplicar uma franquia de dados implica em restringir o exercício do direito à liberdade, em algumas de suas múltiplas facetas.

- H. A rede mundial de computadores foi responsável, nos últimos anos, pelo crescimento de movimentos sociais, movimentos de cunho político, disseminação de ideias de empoderamento feminino, tendo grande relevância não somente para a sociedade brasileira, como para a sociedade em geral.
- I. O acesso à internet deve ser considerado um direito fundamental, ainda que por equiparação, visto a sua relevância social e sua íntima relação com diversos direitos tidos como fundamentais.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 8. Ed. Rio de Janeiro: Campus

Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 15 de mai de 2017

CUNHA JR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional** - 11.ed.rev.ampl. e atual. - Salvador: JusPODIVM,2017

“Declaração Universal dos Direitos Humanos”. Disponível em <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm> Acesso em 17 de maio de 2017

DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos Direitos Fundamentais** – 5.ed.rev., atual. E ampl. -São Paulo: Atlas, 2014

HARTMANN MARTINS, Ivar Alberto. **“O acesso à internet como Direito Fundamental”**. Disponível em <www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2007_1/ivar_hartmann.pdf > Acesso em 25 de mai de 2017

MARMELSTEIN, George, **Curso de direitos fundamentais**. 5.Ed. – São Atlas S.A:2014.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira, **Curso de Direitos Humanos** – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. p.54.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006

WOLKMER, Antônio Carlos. **Direitos Humanos: Novas Dimensões e Novas Fundamentações**. Disponível em <<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/viewFile/768/490>> Acesso em 22 de Mai de 2017

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 8. Ed. Rio de Janeiro: Campus

Internet. Disponível em <<http://brasilecola.uol.com.br/informatica/internet.htm>>. Acesso em 05 de agosto de 2017

¹ SILVA, Leonardo Werner. **A internet foi criada em 1969 com o nome de “Arpanet” nos EUA**. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u34809.shtml>>. Acesso em 05 de agosto de 2017

¹ KLEINA, Nilton. **A história da Internet: pré-década de 60 até os anos 80**. Disponível em <<https://www.tecmundo.com.br/infografico/9847-a-historia-da-internet-pre-decada-de-60-ate-anos-80-infografico-.htm>>. Publicado em 29 de Abril de 2011

BARROS, Thiago. **Internet completa 44 anos; relembre a história da web.** Disponível em <<http://www.techtudo.com.br/artigos/noticia/2013/04/internet-completa-44-anos-relembre-historia-da-web.html>>. Publicado em 07/04/2013

SANTOS, Ranieri. **Como a internet funciona?** Disponível em <<http://www.techtudo.com.br/noticias/noticia/2011/07/como-internet-chega-na-sua-casa.html>>. Publicado em 11/07/2011

História da Internet. Disponível em <<https://www.todamateria.com.br/história-da-internet>>. Acesso em 20 de agosto de 2017

<**História da Internet.** Disponível em <<https://www.portaleducacao.com.br/conteudo/artigos/informatica/historia-da-internet-no-brasil/53793>>. Publicado em 21/01/2014.

ARRUDA, Felipe. **20 anos de Internet no Brasil: aonde chegamos?** Disponível em <<https://www.tecmundo.com.br/internet/8949-20-anos-de-internet-no-brasil-aonde-chegamos-.htm>>. Publicado em 04 de Mar de 2011.

¹ < SCRIVANO, Roberta. **Brasileiros já compram mais pela internet do que em lojas físicas.** Disponível em <https://oglobo.globo.com/economia/brasileiros-ja-compram-mais-pela-internet-do-que-em-lojas-fisicas-18781081>>. Publicado em 01/03/2016

Como a internet virou importante campo de batalha do impeachment.

Disponível em

<<https://www20.opovo.com.br/app/opovo/politica/2016/03/23/noticiasjornalpolitica,3592761/como-a-internet-virou-importante-campo-de-batalha-do-impeachment.shtml>>. Publicado em 23/03/2016.

BRASIL.**Lei 11.491/2006 “Lei do Processo Eletrônico”.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11419.htm> Acesso em 12 de set de 2017

CAMPOS, Laís. **O processo Judicial Eletrônico como instrumento de Celeridade e Acesso à Justiça.** Disponível em

<<https://laisccampos.jusbrasil.com.br/artigos/186333592/o-processo-judicial-eletronico-como-instrumento-de-celeridade-e-acesso-a-justica>>. Acesso em 12 de set de 2017

TOKARNIA, Mariana. **Educação superior cresce em ritmo acelerado.** Disponível em <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/educacao/noticia/2017-05/educacao-superior-distancia-cresce-em-ritmo-acelerado-mostra-censo-de-2015>>. Publicado em 28 de mai de 2017

Cresce cada vez mais o número de compras pela internet no Brasil. Disponível em <<https://www.revistaencontro.com.br/canal/atualidades/2017/06/cresce-cada-vez-mais-o-numero-de-compras-pela-internet-no-brasil.html>>. Publicado em 22/06/2017

A internet no Mercado de Trabalho. Disponível em

<<http://www.caminhosdoemprego.com/2014/10/internet-mercado-de-trabalho.html>>. Publicado em 11 de outubro de 2014.

BRASIL.**Lei 12.965/14 “Marco Civil da Internet”.** Disponível em

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm> Acesso em 14 de mar de 2017.

FILHO, José Xavier da Câmara. **A FUNÇÃO SOCIAL DA INTERNET**. Disponível em <<http://idireitofbv.wikidot.com/func-social>> Acesso em 14 de mar de 2017

VIEIRA, Thiago Noronha. **Internet Fixa com limite de dados e o Marco Civil da Internet: breves apontamentos**. Disponível em: <<https://thiagonvieira.jusbrasil.com.br/artigos/324121695/internet-fixa-com-limite-de-dados-e-o-marco-civil-da-internet-breves-apontamentos>>

DOS SANTOS, Lindojon Gerônimo Bezerra. **BLOQUEIO DA INTERNET BANDA LARGA DESPREZA NORMAS DE DIREITO BRASILEIRAS**. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2016-jun-22/garantias-consumo-bloqueio-internet-banda-larga-despreza-normas-direito>> Acesso em 14 de mar de 2017

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito do Consumidor: direito material e processual**/ Flávio Tartuce, Daniel Amorim Assumpção Neves. - 3. Ed. – Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2014

CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de direito do consumidor.; São Paulo: Atlas, 2011

Manual de Direito do Consumidor. 8ª ed. Salvador: Jus Podium, 2013.

BENJAMIN, Antonio Herman V.; **MARQUES, Claudia Lima**; BESSA, Leonardo Roscoe

MIRAGEM. Bruno. **CURSO DE DIREITO DO CONSUMIDOR.** 5ª ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Pg. 235