

ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA
SERGIO BERMUDES

JUSTIÇA FEDERAL
7ª VARA
Fl. 302
Rubrica

SERGIO BERMUDES
MARCIO VIEIRA SOUTO COSTA FERREIRA
MARCELO FONTES
ALEXANDRE SIGMARINGA SEIXAS
GUILHERME VALDETARO MATHIAS
ROBERTO SARDINHA JUNIOR
JOÃO ALBERTO ROMEIRO
GUSTAVO FERNANDES DE ANDRADE
MARCELO LAMEGO CARPENTER
MARCIO XAVIER FERREIRA MUSA
ANTONIO CARLOS VELLOSO FILHO
FABIANO ROBALINHO CAVALCANTI
MARIA AZEVEDO SALGADO
BRUNO CALFAT
MARCO AURÉLIO DE ALMEIDA ALVES
ERIC CERANTE PESTRE
VITOR FERREIRA ALVES DE BRITO
ANDRÉ SILVEIRA
RODRIGO TANNURI
FREDERICO FERREIRA
ANTONELLA MARQUES CONSENTINO
MARCULO GONÇALVES
RICARDO SILVA MACHADO
RICARDO JUNQUEIRA DE ANDRADE

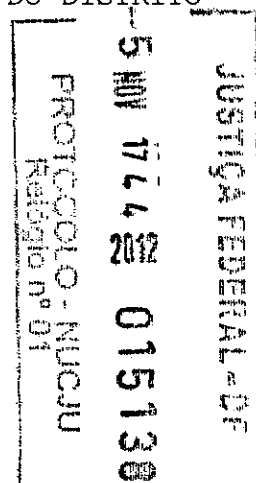
ANDRÉ TAVARES
CAROLINA CARDOSO FRANCISCO
MARIANNA FOX
ANDRÉ CHATEAUBRIAND MARTINS
ROBERTO CASTRO DE FIGUEIREDO
PHILIP FLETCHER CHAGAS
LUÍS FELIPE FREIRE LISBÔA
PEDRO PAULO DE BARROS BARRETO
LEONARDO DE CAMPOS MELO
WILSON PIMENTEL
RICARDO LORETTI HENRICCI
JAIME HENRIQUE PORCHAT SECCO
GRISSIA RIBEIRO VENÂNCIO
RAPHAEL MONTENEGRO
DIEGO CABRERA
MARCELO BORJA VEIGA
ADILSON VIEIRA MACABU FILHO
CAETANO BERENGUER
RAFAEL DIREITO SOARES
ANA PAULA DE PAULA
ALEXANDRE FONSECA
PEDRO HENRIQUE CARVALHO
RAFAELA FUCCI
GABRIEL LÓS

LOUIS DE CASTEJÁ
HENRIQUE ÁVILA
RENATO RESENDE BENEDEZI
DIEGO BARBOSA CAMPOS
ALESSANDRA MARTINI
MARIANA ARRUDA DE SOUZA
DANIEL CHACUR DE MIRANDA
PEDRO HENRIQUE SILVA NUNES
GABRIEL DE ORLEANS E BRAGANÇA
LUIZA LOURENÇO BIANCHINI
GABRIEL PRISCO PARAISO
FABIANA FROES OLIVEIRA
GUOMAR FEITOSA LIMA MENDES
FLÁVIO JARDIM
GUILHERME COELHO
JORGE LUIZ SILVA ROCHA
ANA LUIZA COMPARATO
LIVIA IKEDA
LIVIA SAAD
JULLIANA CUNHA
ALLAN BARCELLOS L. DE OLIVEIRA
PAULO BONATO
RENATO CALDEIRA GRAVA BRAZIL
VICTOR NADER BUJAN LAMAS

GUILHERME REGUEIRA PITTA
BRUNO COSTA DE ALMEIDA
JULIANA VEGA KLIEN
LUIZA PERRELLI BARTOLO
JOÃO ZACHARIAS DE SÁ VICTOR NADER
SÉRGIO SANTOS DO NASCIMENTO
GIOVANNA MARSSARI
ALESSANDRA GUALBERTO

CONSULTORES
AMARO MARTINS DE ALMEIDA (1914-1998)
HELIO CAMPISTA GOMES (1925-2004)
SALVADOR CÍCERO VELLOSO PINTO
JORGE FERNANDO LORETTI
ELENA LANDAU
CAIO LUIZ DE ALMEIDA VIEIRA DE MELLO

EXMO. SR. DR. JUIZ FEDERAL DA 7ª VARA DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO
FEDERAL



Processo n.º 38109-83.2012.4.01.3400

VIVO S.A., com sede na cidade de Londrina, na Avenida Higienópolis, nº 1.365, Centro, Paraná, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 02.449.992/0001-64, nos autos da ação civil pública que, perante esse MM. Juízo, lhe move e a outros AMARBRASIL - ASSOCIAÇÃO NACIONAL PARA DEFESA DA CIDADANIA, MEIO AMBIENTE E DEMOCRACIA, vem, por seus advogados abaixo assinados, oferecer a sua contestação, pelos motivos e fundamentos a seguir expostos:

TEMPESTIVIDADE

1. Tendo em vista que o último mandado de citação foi junto aos autos em 04.10.12, é manifesta a tempestividade desta contestação, apresentada hoje, dia 05.11.12, dentro do prazo legal, contado em

JUSTIÇA
7ª VARÇA
Fl. 303
Rubrica

dobro, nos termos do art. 191 do Código de Processo Civil, em virtude das rés serem representadas por procuradores distintos.

PRETENSÃO IMPENSÁVEL

2. Como facilmente se vê nestes autos, a pretensão formulada pela associação autora demonstra o seu completo desconhecimento da regulamentação do Serviço Móvel Pessoal (SMP), hoje vigente no país, assim como das práticas comerciais da ré.

3. Sem apresentar um único fundamento plausível, pede a AMARBRASIL em sua inicial que as rés se abstenham de homologar e prestar serviços a aparelhos celulares que não tenham o selo de homologação da ANATEL, ou que promovam o bloqueio e suspensão dos serviços de todos os aparelhos que não possuam o selo de homologação da ANATEL.

4. Ainda mais, pede a autora seja determinado que as operadoras, no prazo de 180 dias, promovam a substituição de todos os aparelhos celulares sem certificação da ANATEL, sem qualquer contraprestação dos seus usuários, dando a destinação prevista em lei para o lixo dos aparelhos substituídos.

5. Pedem, ainda, "seja declarada a ilicitude da homologação e prestação de serviço sem selo de homologação", além de pleitear a condenação das rés a trocarem, sem quaisquer ônus, todos os aparelhos de tal natureza (fls. 21).

6. Mas não é só. Requer a autora condenação "*não inferior*" a **R\$ 1 BILHÃO** — não há erro de digitação —, sem que tenha ela apresentado um único documento ou fundamento jurídico que pudesse minimamente embasar suas alegações, mas apenas estimativas, desprovidas de qualquer parâmetro apto a corroborá-lo.

7. Como já devidamente exposto nestes autos, os pedidos formulados pela autora merecem o mais firme repúdio desse agosto

Poder Judiciário, o que impõe a pronta extinção do processo sem resolução do mérito, ou, ainda, o reconhecimento da sua improcedência.

INTERESSE INEXISTENTE

EQUÍVOCOS FLAGRANTES

8. Reitere-se, aqui, que a VIVO somente comercializa seus serviços em estações móveis (aparelhos celulares) devidamente homologados e certificados pela ANATEL, em estrita obediência aos parâmetros estabelecidos no Regulamento para Certificação e Homologação de Produtos para Telecomunicações, aprovado pela Resolução nº 242/2000 da ANATEL.

9. Tal fato, por si só, já demonstra a nítida ausência de interesse de agir da autora, pelo simples fato de inexistir necessidade ou utilidade para a propositura desta demanda contra a VIVO. Isso porque todos os atos que caberiam à ré, ou seja, a exclusiva venda de aparelhos homologados, são por ela praticados, o que torna absolutamente inútil o provimento buscado nesta ação.

10. Cumpre notar que, além da certificação da ANATEL obtida pelo fabricante, antes de comercializar qualquer produto, a VIVO realiza procedimentos próprios em cada novo modelo de terminal a ser comercializado, conforme seu "*Plano de Homologação de Terminais*" (fls. 172/213), submetendo os aparelhos a rígidos testes.

11. Por outro lado, como é de conhecimento comum, atualmente, os serviços são ativados pelas operadoras de telefonia móvel não nos aparelhos em si, mas em "chips", como expressamente regulado pela ANATEL, nos arts. 8º ao 10º do Regulamento de Numeração para a Identificação de Acessos, aprovado pela Resolução 298/2002.

12. Ressalte-se, por relevante, que as condutas das operadoras são absolutamente semelhantes no que diz à prática de mercado, em tudo e por tudo condizentes com as regras da ANATEL e com a expectativa dos seus consumidores.

13. Assim, não há como se impedir que um "chip" adquirido pelo consumidor, utilizado inicialmente em um aparelho devidamente certificado e homologado pela ANATEL, seja transferido pelo próprio consumidor a outra estação móvel (ou seja, outro aparelho celular) não homologada pela agência. Mais uma vez, verifica-se a inutilidade do pleito formulado contra a autora, não cabendo a ela praticar atos além de todos aqueles, já praticados, que estão ao seu alcance.

14. Como o serviço é vinculado ao "chip", e não ao aparelho móvel, as operadoras não têm como identificar se o consumidor está utilizando o serviço em um aparelho homologado e certificado pela ANATEL, ou outro modelo adquirido no mercado negro ou fora do país.

15. Apesar dos aparelhos poderem ser identificados pelo chamado "número IMEI", este pode ser alterado, de forma fraudulenta, frustrando qualquer possibilidade de identificação do aparelho.

16. Não há que se falar, ainda, que as operadoras estariam interessadas em lucrar com a prestação de serviços a aparelhos "ding-ling", sem a devida certificação da ANATEL. Ao contrário do afirmado pela demandante, não é possível que as operadoras suspendam ou bloqueiem a prestação dos serviços a celulares sem a certificação da ANATEL, a não ser por meio da inspeção física de cada um dos milhões e aparelhos em operação no país, levado voluntariamente pelo consumidor a uma loja da empresa, o que, como se percebe, não só é absolutamente inexecutável, além de não se tratar de uma obrigação legal das operadoras de telefonia móvel.

17. Uma vez que atualmente o SMP é ativado nos "chips" vendidos aos consumidores, que podem utilizá-los em aparelhos adquiridos de terceiros que não a operadora prestadora dos serviços, perde também completamente o sentido obrigar-se, em caráter liminar, que as operadoras substituam os aparelhos sem a certificação da ANATEL, pois, obviamente, só podem elas ser responsabilizadas pelos produtos que comercializam. Tais fatos, como sê, tornam inútil a pretensão da autora por meio desta ação.

18. Novamente aqui, a falta de interesse processual da autora é flagrante, confiante a ré no acolhimento da preliminar agora suscitada, nos termos do art. 267, VI, do CPC.

ILEGITIMIDADE ATIVA

19. Não pode passar despercebida a inadequação na representatividade da associação autora. Basta ver o amplíssimo rol constante de seu estatuto social para que se perceba que se trata de uma mal sucedida pretensão de criar uma espécie de Ministério Público privado, já que sua atuação pode compreender tanto a defesa do "pluralismo político", da "erradicação da pobreza" e da "propriedade privada" como a "defesa do consumidor".

20. Ao mesmo tempo em que o ordenamento jurídico permite que associações constituídas a mais de dois anos possam ajuizar ação civil pública na defesa do interesse de seus representados, a melhor doutrina vem temperando tal requisito, exigindo uma mínima adequação em sua representatividade.

21. Neste sentido, veja-se a lição de FREDIE DIDIER JR. e HERMES ZANETI JR:

"... Parte-se da seguinte premissa, que parece correta: não é razoável imaginar que uma entidade, pela simples circunstância de estar autorizada em tese para a condução de processo coletivo, possa propor qualquer demanda coletiva, pouco importando suas peculiaridades. É preciso verificar, a bem de garantir a adequada tutela destes importantes direitos, se o legitimado coletivo reúne os atributos que o tornem representante adequado para a melhor condução de determinado processo coletivo, devendo essa adequação ser examinada pelo magistrado de acordo com critérios gerais, preferivelmente previamente estabelecidos ou indicados em rol exemplificativo, mas sempre à luz da situação jurídica litigiosa deduzida em juízo. Todos os critérios para a aferição da representatividade adequada devem ser examinados a partir do conteúdo da demanda coletiva." (FREDIE DIDIER JR e HERMES ZANETI JR., Curso de Direito Processual Civil - processo coletivo, Vol. 4, 4ª ed., Podium, Salvador, 2009, p. 205)

22. Em outras palavras, não está o juiz adstrito a reconhecer a legitimidade ativa da autora simplesmente por constar em seu estatuto uma menção genérica à defesa dos interesses supostamente tutelados na

JUSTIÇA FEDERAL
7ª VARA CÍVEL
Fl. 387
Rubrica

demanda. Deve ele, sempre, perquirir a adequação da representatividade da associação no caso concreto.

23. Caso contrário, se permitiria que a autora, simplesmente por ter se instituído sem qualquer delimitação de suas áreas de atuação, pudesse fazer as vezes do Ministério Público, atuando em qualquer tipo de demanda, independente de sua natureza, pois raras são as hipóteses que não se poderia enquadrar em seu estatuto.

24. Deste modo, não há como se reconhecer a legitimidade ativa da associação autora para a propositura da presente ação, devendo o feito ser julgado extinto, sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, VI, do Código de Processo Civil.

QUESTÃO DE POLÍCIA

25. Ainda que sejam superadas as preliminares acima argüidas, do que se cogita por apego ao debate, não merece prosperar a presente demanda.

26. Não bastasse apresentar uma tese absolutamente despida de qualquer razão lógica de que as operadoras se *beneficiam* do mercado de aparelhos falsificados — quando, é óbvio, sofrem robustas perdas —, pretende a autora que as rés se invistam de verdadeiro poder de polícia e impeçam a comercialização de produtos pirateados no território nacional. Nada mais absurdo.

27. Imputar às rés a responsabilidade por coibir a prática de comercialização de aparelhos irregulares, como pretende a autora — inclusive com a aplicação de astronômica indenização —, traduziria investir atribuições típicas de Estado em empresas privadas.

28. Com efeito, o art. 144, logo em seu caput, afirma expressamente que a "*segurança pública*" é dever do estado, e, em seu inciso II, encarrega a Polícia Federal de "*prevenir e reprimir (...) o contrabando e o descaminho*".

29. Nem mesmo seria necessário se recorrer a exemplos específicos, uma vez que é inerente à própria existência do Estado sua responsabilidade por prevenir a prática de atos ilícitos dentro do território nacional, como o caso de celulares "piratas".

30. Logo de início, portanto, se vê que é totalmente descabido o pleito formulado pela autora, uma vez que parte de premissas completamente equivocadas.

DINÂMICA DESCONHECIDA PELA AUTORA

31. Não obstante os fatos acima expostos, que também demonstram o total desconhecimento da autora quanto às questões técnicas versadas nesta demanda, passa a ré a prestar outros esclarecimentos fundamentais ao correto julgamento desta lide, na remota hipótese de se adentrar no seu mérito.

32. Como já exposto, para que a VIVO comercialize um determinado aparelho a seus consumidores, ela exige que o seu fabricante apresente o certificado obtido junto à ANATEL, nos termos do Regulamento para Certificação e Homologação de Produtos para Telecomunicações, aprovado pela Resolução nº 242/2000 da ANATEL.

33. A VIVO é autorizatária de serviço móvel pessoal, e, nessa qualidade, deve ater-se ao estrito cumprimento da legislação aplicável e das normas editadas pelo Poder Público, por meio da agência reguladora constitucionalmente criada para esse fim, a ANATEL. Normas, saliente-se, que se justificam pela conveniência, avaliações técnicas, políticas e econômicas adotadas pela Administração e pelo próprio legislador.

34. Com efeito, conforme dispõe o art. 28, I, do aludido Regulamento, os fabricantes são partes legítimas para requerer a homologação de produtos, para que se permita sua venda em território nacional, como parte interessada e responsável pela operação.

35. Além de exigir tal certificação, é importante salientar que a VIVO realiza, ela própria, um procedimento interno, em que verifica se o produto está em conformidade com os requisitos técnicos pertinentes, de acordo com os seus parâmetros, dispostos no "Plano de Homologação", já apresentado nestes autos (fls. 172/213).

36. Sem a devida apresentação do certificado da ANATEL, portanto, não há qualquer hipótese de ser comercializado pela VIVO o produto do fabricante. Isto se extrai com muita facilidade do item 3.3 do "Plano de Homologação" da VIVO, aplicável a todos os produtos comercializados por ela (fls. 180).

37. Para ilustrar, a ré trouxe a estes autos um exemplo da homologação interna, realizada pela VIVO, para que um aparelho celular fosse comercializado em sua rede (fls. 197/204).

38. Como se pode ver, além de exigir que o produto passe por uma série de estudos técnicos, a VIVO só homologa os aparelhos que já tenham previamente obtido o certificado de homologação da própria ANATEL, que é parte integrante do certificado emitido pela operadora, como se depreende do item 8 do documento (fls. 203).

39. Tais fatos atestam, novamente, o completo descabimento da ação que aqui e agora se contesta, o que determina sejam os pedidos formulados pela autora prontamente rejeitados por esse MM. Juízo.

OPÇÃO DO CONSUMIDOR

40. Como exposto na manifestação apresentada a esse MM. Juízo, a ANATEL recentemente promoveu uma verdadeira campanha para o desbloqueio de celulares em todo o território nacional, culminando na edição da Súmula 08 de 19 de março de 2010 (fls. 205).

41. Nos termos da Súmula editada pela autarquia, "o desbloqueio de Estação Móvel é direito do usuário do SMP que pode ser exercido a qualquer momento junto à Prestadora responsável pelo bloqueio, sendo

vedada a cobrança de qualquer valor ao usuário pela realização desse serviço".

42. O desbloqueio de aparelhos significa que o usuário pode utilizar o chip do SMP em qualquer celular, independentemente de ter ele sido vendido pela operadora com a qual contratou os serviços.

43. Em termos práticos, isso significa que o consumidor pode ter apenas um aparelho celular e inserir nele o chip de qualquer operadora, ou comprar mais de um aparelho, de diferentes fontes, seja no mercado negro ou no exterior, e utilizar em todos eles o mesmo chip.

44. Tal procedimento independe de qualquer ingerência da operadora de telefonia, que, nos termos da aludida Súmula, é proibida de vincular os serviços que presta à compra do aparelho celular que comercializa.

45. Como já dito, atualmente, as operadoras ativam o SMP diretamente no chip, com o componente de identificação Mobile Switching Center Identification (MSCID), conforme regulado no art. 8º da Resolução 298/02 da ANATEL, e não mais na própria estação móvel, como ocorria em outros tempos.

46. Bastará que determinado equipamento comporte o chip da operadora e que suas tecnologias sejam compatíveis para que o consumidor possa inseri-lo e se utilizar de seus serviços, inexistindo qualquer previsão legal que obrigue o consumidor a apresentar o aparelho celular à operadora ao pedir a ativação de um serviço.

47. Extrai-se, daí, que não há como se impedir a utilização pelos consumidores do SMP em aparelhos sem a certificação da ANATEL.

48. Nem se diga que esse procedimento é feito em violação aos direitos dos consumidores. O desbloqueio e a possibilidade de se utilizar os chips das operadoras em diferentes aparelhos, como é

notório, foram as formas encontrada pela ANATEL para incentivar a concorrência entre as operadoras, evitando que o consumidor seja obrigado a adquirir o aparelho e o chip de uma mesma empresa.

49. Assim, caem por terra as alegações da inicial de que as operadoras seriam responsáveis pelo uso de aparelhos não certificados e homologados pela ANATEL, ou interessadas nessas medidas pelos lucros que supostamente estariam auferindo com a venda de seus serviços a aparelhos adquiridos pelos consumidores junto a terceiros.

PRONUNCIAMENTO CATEGÓRICO

50. A ANATEL, repita-se diante da sua relevância, não poderia ter sido mais clara no ofício enviado à autora sobre a impossibilidade de se bloquear os serviços prestados a aparelhos celulares sem a devida certificação. Tais questões, como se vê nestes autora, também fogem do raso conhecimento da autora acerca das questões técnicas sobre as quais resolveu se aventurar.

51. Esclareça-se que cada aparelho vincula-se a um número, chamado IMEI (*International Mobile Equipment Identity* - IMEI), que permite a identificação daquela determinada estação móvel.

52. Todavia, como informa a agência, sabe-se que é possível que os aparelhos "ding-lings" utilizem-se, por meio de clonagem ou adulteração, de números de IMEI de aparelhos homologados, impossibilitando, assim, sua identificação e, portanto, que a operadora verifique se o aparelho contém a certificação adequada:

"As prestadoras possuem meios que permitam identificar (registro de IMEI - 'International Mobile Equipment Identity') os aparelhos que não possuem certificação, desde que disponham do banco de dados de IMEI relativos aos aparelhos que foram certificados pela Agência.

Uma das dificuldades é que como terminais irregulares não estão submetidos a testes de qualidade e segurança, seu IMEI pode ser adulterado, o que traz preocupações também em relação a furto e roubo, uma vez que o bloqueio de terminais roubados/furtados/extraviados utiliza banco de dados com os registros de IMEI.

A Anatel criou grupo de estudos em conjunto com as prestadoras e fabricantes para discutir soluções que tragam proteção contra os efeitos negativos da utilização deste tipo de terminal e permitam adotar procedimentos que possam

JUSTIÇA
7ª VARA
Fl. 392
Rubrica

conscientizar os usuários dos riscos e prejuízos da utilização de terminais irregulares." (cf. fls. 48v)

53. Assim, como esclarece a própria ANATEL, não há "um sistema robusto de informação de IMEI's (o que está sendo discutido no grupo de estudos mencionado acima), lembrando que hoje já existe possibilidade de clonagem de IMEI's o que dificulta a efetividade desse bloqueio" (cf. fls. 49).

54. Em outras palavras, não bastasse o fato de que os chips vendidos pelas operadoras podem ser utilizados em qualquer celular, sem prévia submissão do aparelho à operadora pelo usuário para que haja ativação de serviços, o componente de identificação dos celulares não certificados pode ser facilmente adulterado ou clonado, inviabilizando completamente a verificação de sua conformidade pela ré.

55. Não se pode admitir que, sem qualquer embasamento técnico ou conhecimento da regulação do setor, a autora pretenda se imiscuir na competência privativa da autarquia, criando uma obrigação para as operadoras que não está prevista na legislação e que é claramente inexecutável.

56. A autora, como se vê, pretende obrigação que não existe, querendo agir em nome da Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL. E a irreversibilidade da medida é manifesta, pois a autora pretende alterar os requisitos técnicos da prestação do serviço de telefonia móvel.

57. Pretende, enfim, impedir a prestação desses serviços, caso as rés, dentre outras questões, não cessem as ativações dos serviços de telefonia móvel aos seus usuários. Isso já seria mais do que suficiente para obstar a concessão da tutela de urgência, assim como a completa rejeição dos seus pedidos, além de se tratar de obrigação desarrazoada e inexigível a configurar, inegavelmente, o *periculum in mora* inverso, como se exporá adiante.

ESCLARECIMENTO NECESSÁRIO

58. Cumpre registrar nestes autos que o pedido da demandante só incentivaria o comércio de aparelhos piratas, contrabandeados ou alienados de forma ilícita, criando a possibilidade de que os usuários adquiram esses produtos, a preços baixíssimos — porque sem quaisquer encargos fiscais, tributários e quejandos — e troquem pelos aparelhos devidamente certificados, sem qualquer custo.

59. Isso porque a VIVO não tem controle sobre os aparelhos em que são inseridos os "chips" vendidos, nem tem capacidade de identificá-los. E, se fosse determinada a substituição dos aparelhos "ding-ling", a ré não teria meios para se ressarcir dos gastos incorridos, nem obrigar os consumidores a devolver os celulares que, gratuitamente, substituiu, caso a liminar seja posteriormente cassada neste processo.

60. Como se vê, os pedidos formulados, além de serem desprovidos de qualquer fundamento legal, são inexecutáveis ou de caráter irreversível, o que impossibilitam, por completo, o seu provimento.

PLEITO ABERRANTE

61. O pedido formulado pela autora para que as operadoras sejam obrigadas a substituir os aparelhos celulares sem certificação configura, como se vê, um verdadeiro absurdo.

62. Como se disse, a ré cumpre, rigorosamente, a obrigação de só disponibilizar ao mercado produtos com a prévia certificação de homologação da ANATEL.

63. Não bastasse isso, a VIVO tem seu próprio procedimento de homologação, em que também submete os aparelhos a serem comercializados em sua rede a uma série de testes técnicos, expedindo um segundo certificado que assegura a qualidade e segurança do aparelho previamente constatada pela ANATEL (fls. 172/204).

64. Não há, portanto, a mais mínima possibilidade de que a VIVO seja responsável pela circulação no mercado de telefonia de aparelhos celulares não homologados pela ANATEL. Veja-se, ainda, que ela não cometeu a leviandade de alegar, nem muito menos se deu o trabalho de provar, que a VIVO seria responsável pela venda de aparelhos sem a certificação de homologação da ANATEL. Ademais, não há sequer qualquer estudo de viabilidade econômica que respalde o pedido absurdo do autor.

65. A VIVO, na realidade, só é prejudicada pela venda de celulares piratas, pois estes criam uma forte competição para venda dos seus aparelhos, todos em conformidade com a lei.

66. Seria um verdadeiro disparate exigir que a VIVO repare um consumidor por um ilícito que não cometeu, substituindo gratuitamente um aparelho celular fornecido por terceiros alheios à sua atividade empresarial, estes sim os únicos responsáveis pelo ilícito.

67. Repita-se, mais uma vez, que a VIVO adota postura em tudo semelhantes àquelas praticadas pelas demais operadoras, em plena consonância às normas da ANATEL, não havendo que se falar em descumprimento de sua parte.

OBSERVAÇÃO NECESSÁRIA

68. Embora a substituição dos aparelhos seja de todo absurda, cumpre destacar que a VIVO já tem um programa de descarte e reciclagem de equipamentos.

69. Ou seja, nem mesmo quanto a este ponto procede o pedido da VIVO, tendo em vista que ela pratica condutas inequivocamente voltadas à sustentabilidade. Mais uma vez, devem os pedidos da autora serem de todo rejeitados.

RESPONSABILIDADE INEXISTENTE

70. Desnecessário dizer que só se pode responsabilizar civilmente uma parte quando se comprove o ilícito por ela cometido,

independentemente de ser a responsabilidade objetiva ou subjetiva, como leciona a pacífica doutrina:

"Lembramos, então, que os princípios da responsabilidade subjetiva são aplicáveis à responsabilidade objetiva. Também aqui serão indispensáveis conduta ilícita, o dano e o nexa causal. Só não necessário o elemento culpa." (CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO e SÉRGIO CAVALIERI FILHO, Da Responsabilidade Civil. Das Preferências e Privilégios Creditórios, Comentários ao Novo Código Civil, v. XIII, Rio, Forense, 2004, 145)

71. No mesmo sentido AGUIAR DIAS, para quem a doutrina "estabelece com muita lucidez a boa solução, quando define responsabilidade como a situação de quem, tendo violado uma norma qualquer, se vê exposto às consequências desagradáveis decorrentes dessa violação" (Da responsabilidade civil, XI Edição, Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p. 5).

72. Acerca do tema, cite-se, ainda, SERGIO CAVALIERI FILHO, para quem "não há responsabilidade, em qualquer modalidade, sem violação de dever jurídico preexistente, uma vez que responsabilidade pressupõe o descumprimento de uma obrigação" (Programa de responsabilidade civil, 4^a ed., São Paulo, Malheiros, 2003, p. 28).

73. Não há, nem poderia haver, qualquer dever legal da VIVO de impedir que terceiros vendam aparelhos sem a certificação de homologação da ANATEL. A ré não poderia exercer os poderes de polícia próprios do Poder Público para garantir que todos os produtos colocados à disposição do mercado, que não são fornecidos por ela, estejam de acordo com a legislação aplicável.

74. A obrigação de substituir produtos com vícios prevista na legislação consumerista, muito por óbvio, restringe-se aos casos em que tenha o próprio fornecedor alienado o bem (CDC, art. 18).

75. Sem ter descumprido qualquer dever legal que lhe torne responsável pela reparação do consumidor, e sem qualquer previsão legal que a obrigue a substituir produtos viciados fornecidos por

terceiros, é impossível que se imponha tal obrigação à VIVO, na forma como postulada pelo autor.

PRETENSÃO ESDRÚXULA

76. O mesmíssimo racional acima exposto se aplica ao pedido indenizatório formulado pela suplicante, que não encontra qualquer fundamento legal, em razão da nítida ausência dos elementos autorizadores da responsabilidade civil.

77. Vê-se, de igual modo, a inexistência de qualquer ato praticado pela VIVO, assim como do imprescindível nexos causal que pudesse, de algum modo, relacionar tal ato ao suposto dano alegado pela autora.

78. Isso sem falar no absurdo valor da indenização, o qual, obviamente, jamais poderia ser fixado no esdrúxulo patamar de UM BILHÃO DE REAIS postulados na inicial, o que, por si só, demonstra a falta de seriedade da autora nesta demanda.

79. Assim, ainda que pudesse se cogitar da presença dos elementos da responsabilidade civil (quod non), a estratosférica soma buscada pela autora é em tudo e por tudo destituída de razoabilidade e proporcionalidade, impedindo-se, também por esse motivo, o seu acolhimento.

80. É curioso notar, ainda, que a autora não apresenta qualquer critério ou parâmetro lógico que permitisse a bilionária indenização por ela buscada, de forma a pedir, genericamente, uma gigantesca soma, absolutamente incompatível com os fatos expostos em sua inicial.

81. Ora, se não são narradas neste processo condutas capazes justificar a estapafúrdia indenização pleiteada, por outro, também não há que se falar na possibilidade de uma condenação levando-se em conta seu caráter punitivo, como pretende a autora, pelo simples fato de não haver, no ordenamento jurídico brasileiro, respaldo para este tipo de indenização.

82. A respeito, permita-se transcrever as lições de PONTES DE MIRANDA, claro ao explicar que a teoria da responsabilidade pela reparação de danos não tem a intenção de punir, mas unicamente de reparar os prejuízos comprovadamente sofridos:

"A teoria da responsabilidade pela reparação dos danos não há que se basear no propósito de sancionar, de punir, as culpas, a despeito de se não atribuir direito à indenização por parte da vítima culpada. O fundamento no direito contemporâneo, está no princípio de que o dano sofrido tem que ser reparado, se possível. A restituição é que se tem por fito, afastando qualquer antigo elemento de vingança. E conclui: em sentido amplo, indenização é o que se há de prestar para se pôr a pessoa na mesma situação patrimonial, ou, por incremento do patrimônio, no mesmo estado pessoal em que se estaria se não se houvesse produzido o fato ilícito (*lato sensu*) de que se irradiou o dever de indenizar." (PONTES DE MIRANDA, Tratado de direito civil, T. 22, Borsoi, São Paulo, 1968, p. 183)

83. No mesmo sentido são os ensinamentos de ANDERSON SCHEREIBER:

"A orientação jurisprudencial, a rigor, contraria expressamente o Código Civil de 2002, que, em seu art. 944, declara: 'a indenização mede-se pela extensão do dano'. Pior: ao combinar critérios punitivos e critérios compensatórios, chegando-se a um resultado único, a prática brasileira distancia-se do modelo norte-americano, que distingue claramente *compensatory damages* e *punitive damages*. Com isso, cria-se, no Brasil, uma espécie bizarra de indenização, em que ao responsável não é dado conhecer em que medida está sendo apenado, e em que medida está simplesmente compensando o dano, atenuando, exatamente, o efeito dissuasivo que consiste na principal vantagem do instituto." (ANDERSON SCHEREIBER, Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil - Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos, Atlas, São Paulo, 2007, p. 200/201)

84. Vejam-se, para não restar dúvida quanto ao ponto, as lições de HUMBERTO THEODORO JUNIOR:

"A maior ou menor repercussão social, a maior ou menor intensidade do dolo ou da culpa, são dados completamente irrelevantes no plano da responsabilidade civil. O valor da indenização a ser

proporcionada à vítima deve ser absolutamente desvinculado da gravidade do ato cometido, porque sua função não é punir, mas apenas ressarcir.

Desde que o Estado de Direito isolou a responsabilidade penal da responsabilidade civil, para avocá-la inteiramente para si, a vítima perdeu, por completo, o direito de punir aquele que lhe causa prejuízos. A responsabilidade civil, para o ofendido, não é uma 'questão de vingança' ou de 'punição', mas apenas de 'reparação'. O objeto de sua ação, por isso, só pode ser 'perdas e danos'.

(...)

Da mesma forma, a indenização do dano moral é sanção aplicada ao ofensor, mas terá de ser liquidada apenas 'na proporção da lesão sofrida'. Inserir no cálculo dessa sanção um plus para prevenir e evitar a possibilidade de reiteração do ato nocivo, em nome da sociedade, é avançar sobre um terreno que não toca, ordinariamente, ao direito civil disciplinar, mas ao direito público por meio de legislação especial e adequada, com propósitos muito diferentes dos que o direito privado persegue." (HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, Dano Moral, 6ª ed., atualizada e ampliada, Juarez de Oliveira, São Paulo, 2009, p. 70/76 - grifou-se)

85. Assim, seja em razão da manifesta ausência dos elementos configuradores da responsabilidade civil; sua absoluta sua falta de critério; da inequívoca falta de provas dos danos sofridos; e, ainda, da arbitrariedade do valor que postula, de todo irrazoável e de impossível acolhimento, afigura-se inviável a pretensão indenizatória formulada pela autora, a qual deverá, de igual modo, ser julgada improcedente.

DANO MORAL COLETIVO

86. Muito embora em momento algum a questão seja esclarecida pela autora, certamente parte da estratosférica soma que indica em seu pleito indenizatório decorre de supostos danos morais coletivos, desafiando, assim, o próprio conceito de dano moral.

87. A Constituição Federal, que consolidou a reparabilidade do dano moral em seu art. 5º, incisos V e X, é muito clara ao vincular essa espécie de dano à violação de direitos inerentes à personalidade de cada indivíduo; à esfera íntima de cada um. O dano moral é, portanto, personalíssimo, por força de disposição constitucional, e

incompatível com a noção de coletividade. E nem poderia ser diferente. A mensuração do dano moral está diretamente atrelada à forma como o indivíduo percebe os efeitos da ação ilícita e sofre com eles. Sendo essa percepção inteiramente subjetiva e diferente em cada pessoa, seria impossível estimar o sofrimento ou a angústia sentida por uma coletividade.

88. Não foi por outro motivo que o Superior Tribunal de Justiça decidiu, no julgamento do REsp 598.281/MG, pela impossibilidade da existência do dano moral coletivo:

"PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. DANO MORAL COLETIVO. NECESSÁRIA VINCULAÇÃO DO DANO MORAL À NOÇÃO DE DOR, DE SOFRIMENTO PSÍQUICO, DE CARÁTER INDIVIDUAL. INCOMPATIBILIDADE COM A NOÇÃO DE TRANSINDIVIDUALIDADE (INDETERMINABILIDADE DO SUJEITO PASSIVO E INDIVISIBILIDADE DA OFENSA E DA REPARAÇÃO). RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO." (REsp 598.281/MG, 1ª Turma do STJ, Rel. Min. LUIZ FUX, j. 02.5.06, DJU 01.6.06, p. 147 - grifou-se)

89. Em seu voto, o Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI discorre longamente sobre o tema, não deixando qualquer dúvida sobre a impossibilidade da mensuração e, portanto, da reparação do dano moral coletivo:

"Todavia, a vítima do dano moral é, necessariamente, uma pessoa. Não parece ser compatível com o dano moral a idéia da 'transindividualidade' (da indeterminabilidade do sujeito passivo e da indivisibilidade da ofensa e da reparação) da lesão. É que o dano moral envolve, necessariamente, dor, sentimento, lesão psíquica, afetando 'a parte sensitiva do ser humano, como a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas' (Clayton Reis, Os Novos Rumos da Indenização do Dano Moral, Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 236), 'tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores fundamentais inerentes à sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado' (Yussef Said Cahali, Dano Moral, 2ª ed., São Paulo: RT, 1998, p. 20, apud Clayton Reis, op. cit., p. 237).

Nesse sentido é a lição de Rui Stocco, em seu Tratado de Responsabilidade Civil, 6ª ed., São Paulo: RT, que refuta a assertiva segundo a qual 'sempre que houver um prejuízo ambiental objeto de comoção popular, com ofensa ao sentimento coletivo, estará presente o dano

moral ambiental' (José Rubens Morato Leite, Dano Ambiental: do individual ao extrapatrimonial, 1ª ed., São Paulo: RT, 2000, p. 300, apud Rui Stoco, op. cit., p. 854):

'No que pertine ao tema central do estudo, o primeiro reparo que se impõe é no sentido de que não existe 'dano moral ao meio ambiente'. Muito menos ofensa moral aos mares, rios, à Mata Atlântica ou mesmo agressão moral a uma coletividade ou a um grupo de pessoas não identificadas.

A ofensa moral sempre se dirige à pessoa enquanto portadora de individualidade própria; de um vultus singular e único.

Os danos morais são ofensas aos direitos da personalidade, assim como o direito à imagem constitui um direito de personalidade, ou seja, àqueles direitos da pessoa sobre ela mesma.

(...)

A Constituição Federal, ao consagrar o direito de reparação por dano moral, não deixou margem à dúvida, mostrando-se esmerada sob o aspecto técnico-jurídico, ao deixar evidente que esse dever de reparar surge quando descumprido o preceito que assegura o direito de resposta nos casos de calúnia, injúria ou difamação ou quando o sujeito viola a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (art. 5º, incisos V e X), todos estes atributos da personalidade.

Ressuma claro que o dano moral é personalíssimo e somente visualiza a pessoa, enquanto detentora de características e atributos próprios e invioláveis.

Os danos morais dizem respeito ao foro íntimo do lesado, pois os bens morais são inerentes à pessoa, incapazes, por isso, de subsistir sozinhos. Seu patrimônio ideal é marcadamente individual, e seu campo de incidência, o mundo interior de cada um de nós, de modo que desaparece com o próprio indivíduo.'" (grifou-se e destacou-se)

90. É manifesta, portanto, a impossibilidade da reparação de danos morais coletivos, e, portanto, do pedido formulado pela autora. Essa matéria, como demonstrado, já foi debatida e sedimentada pela doutrina e pela jurisprudência. Ainda que não exista indicação clara do fundamento da indenização pleiteada, não se poderia admitir que se fundasse na existência de um impensável dano moral coletivo.

JUSTIÇA	2011
7ª Vara Cível	401
Fl.	
Rubrica	

INDEFERIMENTO NECESSÁRIO

91. Nos termos da manifestação de fls. 134/146, no tocante aos pedidos liminares, devem, todos eles, ser prontamente indeferidos por esse MM. Juízo. Isso porque o §2º do art. 273 do Código de Processo Civil estabelece, com muita precisão, que *"não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado"*.

92. É óbvia, na hipótese, a irreversibilidade do pedido formulado na inicial para que a VIVO substitua os aparelhos sem a certificação da ANATEL.

93. Concedida essa liminar, do que se cogita apenas para argumentar, e depois fosse revogada, a VIVO jamais poderia obrigar os consumidores a devolverem os aparelhos com a devida certificação da ANATEL, em troca dos aparelhos piratas substituídos.

94. A liminar, portanto, seria satisfativa e não poderia ser revertida, o que, por si só, impede a sua concessão.

95. Como devidamente demonstrado nesta defesa, a pretensão deduzida em juízo, nesta demanda, afronta as leis e as normas da ANATEL e não há, nem pode haver, verossimilhança de um alegado direito *contra legem*. E não se admite tutela antecipada sem verossimilhança das alegações.

96. Não bastasse isso, o pedido formulado pela demandante acabaria por incentivar o comércio de produtos sem a devida certificação da ANATEL, com preços mais baixos, sem o pagamento dos encargos com a regulamentação e tributos, para que fossem substituídos gratuitamente por produtos regulares, com todas as licenças e com os encargos fiscais devidamente pagos.

97. Em outras palavras, as consequências advindas do acolhimento do pedido liminar seriam nefastas, sob todos os aspectos,

acarretando uma medida irreversível, que incentivaria o mercado ilícito de venda de celulares sem a certificação da ANATEL.

98. A não ser pela menção a um capítulo de novela, em que ocorre um fictício defeito em um aparelho celular pirata, a demandante não apresentou uma única prova que revele a necessidade de se usurpar, em sede liminar, a competência regulatória da ANATEL, para que se determine que as operadoras paralitem — ainda isso que fosse possível — a prestação de serviços a aparelhos sem certificação da autarquia, ou então que substituam esses aparelhos.

99. Com efeito, segundo a própria ANATEL, "não é possível afirmar se são seguros ou se possuem qualidade satisfatória" os aparelhos fornecidos sem sua prévia homologação.

100. E, para compreender a realidade do mercado ilícito de venda de celulares — que prejudica em muito as próprias operadoras, pois, ao menos no caso da VIVO, são obrigadas a competir com a venda dos produtos piratas mais baratos do que aqueles que o consumidor poderia obter em suas lojas —, foi formado um grupo de estudos na autarquia para tentar coibir essa prática.

101. Por tais motivos, revela-se a absoluta ausência dos requisitos autorizadores da antecipação dos efeitos da tutela, tornando-se impositivo o seu indeferimento por esse MM. Juízo.

* * *

102. Diante do exposto, confia a ré em que, indeferidos os pedidos liminares formulados pela demandante, seja acolhida a preliminar de ausência de interesse de agir da autora com relação à VIVO, julgando-se extinto o processo, nos termos do art. 267, VI, do Código de Processo Civil.

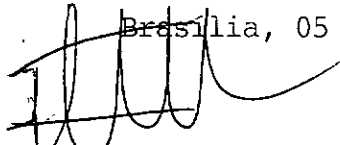
103. Caso assim não se entenda, do que se cogita para argumentar, confia a ré sejam julgados integralmente improcedentes os pedidos em sua inicial.

104. Protesta a ré pela produção de prova documental suplementar, testemunhal e pericial, se necessárias.

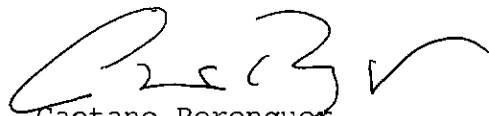
105. Por fim, informa que os signatários recebem intimações, no Distrito Federal, no endereço constante do timbre desta petição.

Nestes termos,
P. deferimento.

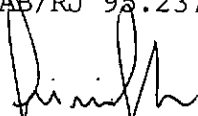
Brasília, 05 de novembro de 2012



Fabiano Robalinho Cavalcanti
OAB/RJ 95.237



Caetano Berenguer
OAB/RJ 135.124



Livia Ikeda
OAB/RJ 163.415

Guilherme Regueira Pitta
OAB/DF 33.897