

Ana Claudia Beppu dos Santos Oliveira
Ana Cristina de Moraes
Antenori Trevisan Neto
Carlos Suplicy de Figueiredo Forbes
Cristiano Carlos Kozan
Eduardo Migliora Zobarán
Elinor Cristóforo Cotait
Guilherme Favaro Corvo Ribas
Kevin Louis Mundie
Marco Vanin Gasparetti
Patrícia Ferreira Nakahara Machado
Rafael Fabbri D'Avila
Ricardo Paternost de Carvalho e Villela
Rodolpho de Oliveira Franco Protasio

Helena de Araujo Lopes Xavier
Sérgio Leal Martinez

Alexandre Evaristo Pinto
Beatriz Faustino França
Bruno Ferreira Carriço
Cesar Augusto Rodrigues de Carvalho
Danusa Pereira Fernandes
Diego Herrera Alves de Moraes
Eduardo Giuliani Marcondes Rocha

Enrico Spini Romanielo
Fabiana Sgarbiero
Fernanda Lopes Correa
Francisco Amaral de Almeida Sampaio
Francisco Lobello de Oliveira Rocha
Gabriela Miranda Naves
Giovanna de Almeida Rizzo
Ivam Pimenta Passos
Juliana Martins Skolimovski Gaia da Silveira
Larissa Kosuji Toyomoto
Lidiane Neiva Martins Lago
Luciana Rodrigues da Silva Martinez
Luiza Cardeal Martorano
Maria Olívia Junqueira da Rocha Azevedo
Marina Cavalcante Tavares
Marina Dell'Orto Carvalho Martins
Mário Fioratti Neto
Nadia Teresinha Demoliner Lacerda da Silva
Renata Rezetti Ambrósio
Sérgio Eduardo Rodrigues da Silva Martinez
Taliana Maria Fuoco Martins da Silva
Thiago Luis Carballo Elias
Thyago de Freitas Barretto
Tomás Filipe Schoeller Borges Ribeiro Paiva

Av. Pres. Juscelino Kubitschek, 50 - 16º andar
04543-000 - São Paulo - SP - Brasil
Tel.: (11) 3040-2900 fax: (11) 3040-2940
central@mundie.com.br

Rua do Carmo, 7 - 18º andar
20011-020 - Rio de Janeiro - RJ - Brasil
Tel.: (21) 2517-5000 fax: (21) 2517-5017
central.rj@mundie.com.br

SAF/SUL QD 2 Lote 2 - Bloco B
Sala 201 - Edifício Via Office
70070-080 - Brasília - DF - Brasil
Tel.: (61) 3321-2105 fax: (61) 3323-3071
central.df@mundie.com.br

Rua dos Andradas, 1001 - cj. 1101
90020-007 - Porto Alegre - RS - Brasil
Tel.: (51) 3228-3362 fax: (51) 3227-1644
central.rs@mundie.com.br

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ FEDERAL DA 7ª VARA FEDERAL DA
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL.

JFDF 7ª VARA 23/01/2012 16:17 0573478

PROCESSO Nº 38109-83.2012.4.01.3400

TIM CELULAR S.A. ("TIM"), nos autos da AÇÃO CIVIL PÚBLICA
ajuizada pela ASSOCIAÇÃO NACIONAL PARA DEFESA DA CIDADANIA, MEIO
AMBIENTE E DEMOCRACIA - AMARBRASIL, por seus advogados, vem a V.Exa.
apresentar sua CONTESTAÇÃO, pelas razões de fato e de direito a seguir aduzidas:

4

I – SÍNTESE DA DEMANDA

1- A Autora ajuizou a presente Ação Civil Pública contra a TIM e Outras sustentando que enviou Ofício à Agência Nacional de Telecomunicações-ANATEL requerendo informações sobre os riscos à saúde e volume de impostos sonegados em razão da venda ilegal dos aparelhos sem o selo e homologação da ANATEL, os denominados pela Autora como aparelhos "ding-ling".

2- Segundo a Autora, há a estimativa de que "os dito equipamentos 'ding-ling' (não) homologados e em operação junto às prestadoras ocupariam entre 35% e 48% da planta", o que seria entre "35 e 50 milhões de aparelhos 'ding-ling' em operação junto às rés/prestadoras".

3- A Autora entende que "é e sempre foi possível às rés/operadoras de telefonia móvel identificar e bloquear o serviço aos terminais 'ding-ling/piratas', distinguindo-os dos terminais com o selo de homologação da Anatel".

4- Partindo de tais premissas, a Autora requereu a concessão de tutela antecipada, da seguinte forma:

- "a) seja determinado às rés/operadoras absterem-se quanto à homologação e prestação de serviços a quaisquer novos terminais que não tenham o SELO E HOMOLOGAÇÃO DA ANATEL nos aparelhos, nas baterias e nos cabos que acompanham o equipamento;
- b) seja determinado às rés/operadoras para que, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, promovam o bloqueio e suspensão dos serviços de todos os terminais/aparelhos de telefonia móvel em operação, que não possuam o SELO DE HOMOLOGAÇÃO DA ANATEL, sob pena de pagamento de multa diária de R\$5 milhões de reais, a serem revertidos: 25% (vinte e cinco por cento) em favor das entidades de defesa da cidadania, meio ambiente e democracia de escolha do juízo; 25% (vinte e cinco por cento) para entidades de tratamento e prevenção de câncer; 25% (vinte e cinco por cento) em favor das APAEs – Associações de Pais e Amigos dos Excepcionais; e 25% (vinte e cinco por cento) para a ANDE – Associação Nacional de Equoterapia, com sede em Brasília;
- c) seja determinado que, no mesmo prazo de 180 (cento e oitenta) dias, as rés/operadoras promovam a substituição, sem ônus, e sem solução de continuidade do serviço, de todos os portadores de aparelhos 'ding-ling' em operação no país;
- d) seja determinado às rés/operadoras determinar a retenção e destinação na forma da lei do lixo de aparelhos, baterias e cabos 'ding-ling' substituídos pelos equipamentos com SELO DE HOMOLOGAÇÃO DA ANATEL;

4

e) seja determinado à ANATEL intervir no ordenamento administrativo para o acompanhamento das determinações judiciais deste juízo, junto às rés/operadoras, cumprindo o seu mister de agência reguladora e fiscalizadora dos serviços;

f) seja determinado à ANVISA – Agência de Vigilância Sanitária para que, no prazo de 15 (quinze) dias apresente Resolução, proposta e/ou plano, em conjunto ou isoladamente, para impor às rés/operadoras a obrigação de advertir ao consumidor nas peças publicitárias do negócio e serviço de telefonia móvel celular dos riscos para a saúde pela compra e uso de aparelhos de telefonia móvel sem o SELO DE HOMOLOGAÇÃO DA ANATEL – de forma expressa com texto e locução perfeitamente audível, no rádio, na televisão, jornal e internet.”

5- Ao final, requereu a procedência da demanda, nos seguintes termos:

“a) seja declarada a ilicitude da homologação e prestação de serviço aos terminais SEM O SELO DE HOMOLOGAÇÃO DA ANATEL por parte das rés/operadoras em todo o território nacional;

b) condenação das rés/prestadoras a substituírem, sem ônus, e sem solução de continuidade do serviço, todos os aparelhos ‘ding-ling’ em operação na data do protocolo desta ação, por aparelhos COM SELO DE HOMOLOGAÇÃO DA ANATEL;

c) condenação das rés/prestadoras ao pagamento de indenização coletiva e também de caráter punitivo (causa de pedir, item IV e V, acima), **em valor não inferior a R\$1 BILHÃO DE REAIS** corrigidos monetariamente, divididos na proporção percentual do número de aparelhos ‘ding-ling’ que cada uma habilitou ilegalmente até a data do protocolo desta ação, ou como este juízo entender de direito, a ser revertido ao FDD – Fundo de Defesa de Direitos Difusos (art. 13 e 20 da Lei 7347/1995), conforme distribuição de valores já determinados e destinados em sentença por este Juízo, com a fiscalização de aplicação ao cargo do Conselho Federal Gestor do Fundo de Defesa de Direitos (art. 6º, do Dec. 1.306/1994) e Conselho Nacional de Justiça, em favor de:

a. de entidades públicas ou particulares que desenvolvam pesquisa, estudo e produzam conhecimento científico para tratamento, cura e prevenção do câncer, especialmente entidades que promovam estudo e conhecimento sobre os efeitos da radiação dos equipamentos de telefonia móvel celular;

b. entidades públicas ou particulares que promovam e desenvolvam trabalho de pesquisa e/ou prática médico-mental-esportiva destinado à saúde, proteção, prevenção, e defesa da melhor qualidade de vida, especialmente para a infância e o cidadão na terceira idade;

c. de unidades hospitalares de tratamento e combate ao câncer em todo o país;

d. das APAES – Associações de PAIS E Amigos dos Excepcionais;

e. da ANDE – Associação Nacional de Equoterapia, com sede em Brasília/DF, para que abra unidades de serviços e formação de equoterapeutas em todo o país, especialmente nas regiões Norte e Nordeste;

4

- f. do Hospital Sara Kubitschek de Brasília e do CRER – Centro de Reabilitação e Readaptação Dr. Henrique Santillo, de Goiânia, para que ampliem os atendimentos e abram unidades de serviço-referência e formação de profissionais de suas competências nas regiões Norte e Nordeste do país;
- g. de entidades que efetivamente praticam e cujos estatutos há mais de 2 (dois) anos constem entre os objetivos Defesa da Cidadania, Meio Ambiente e Democracia, entre as quais inclui-se a **autora desta ação, AMARBRASIL;**
- h. enfim, entidades que este juízo entender relevantes em serviços, estudos e pesquisas científicas na defesa, reabilitação física e mental humana e educação e desenvolvimento e consolidação do Estado Democrático de Direito.
- d) sejam as rés/prestadoras citadas via postal, na forma da lei, para responderem aos termos da presente ação, sob pena de aplicação dos efeitos da revelia;
- e) sejam as rés: ANATEL e ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária e UNIÃO FEDERAL, também citados via postal, na condição de litisconsortes necessários, para oferecerem defesas ou atuarem em litisconsórcio com a autora no polo ativo.
- (...)
- Pede a condenação das rés/prestadoras ao pagamento de custas e honorários advocatícios em valor a ser arbitrado pelo juízo, tendo-se por referência além do grau de zelo social e profissional, a natureza e importância da causa e o risco pessoal assumido pelo(s) advogado(s) e substabelecidos no seu patrocínio."

6- Em 08.10.2012, a TIM apresentou manifestação acerca do pedido de tutela antecipada, demonstrando, de início, a necessidade de esta Ação Civil Pública ser extinta desde logo, sem julgamento de mérito, no mínimo com relação à TIM, uma vez que esta operadora é parte ilegítima para figurar no polo passivo da lide.

7- Caso referida questão preliminar não seja acolhida desde logo, a TIM demonstrou estarem ausentes os requisitos para a concessão da tutela antecipada pleiteada.

8- De qualquer forma, a TIM reitera a razão que dá ensejo à imediata extinção desta Ação Civil Pública, no mínimo com relação à TIM, bem como a demonstrar a total improcedência da presente demanda.

4

II - DA ILEGITIMIDADE PASSIVA DA TIM

9- A Autora requereu, em sede de tutela antecipada, que a TIM (e as demais Rés) seja obrigada a, no prazo de 180 dias, promover o "bloqueio e suspensão dos serviços de todos os terminais/aparelhos de telefonia move, em operação, que não possuam o SELO DE HOMOLOGAÇÃO DA ANATEL, sob pena de pagamento de multa diária de R\$5 milhões de reais".

10- Por outro lado, a Autora requereu que, no mesmo prazo de 180 dias, "as rés/operadoras promovam a substituição, sem ônus, e sem solução de continuidade do serviço, de todos os portadores de aparelhos 'ding-ling' em operação no país" (grifos nossos).

11- No entanto, a TIM não vende em suas Lojas aparelhos que não possuem selos e homologação da ANATEL e não possui qualquer controle sobre a venda, por terceiros, de aparelhos piratas ("ding-ling").

12- Note-se que compete ao Poder Público gerenciar a entrada de produtos clandestinos no país, e não à TIM, empresa privada que presta serviço de telefonia móvel à população.

13- Compete ao Poder Público a retenção dos materiais que não estão de acordo com as Normas de segurança do país e que não permitiram o recolhimento dos impostos previstos em Lei.

14- Como se não bastasse, repita-se que a TIM não comercializa aparelhos clandestinos. Em suas Lojas, a TIM comercializa apenas aparelhos certificados e homologados pela ANATEL, em cumprimento ao art. 20 da Resolução nº 242/2000 da ANATEL, que prevê:

"Art. 20. O procedimento de avaliação da conformidade de um dado produto em relação aos regulamentos editados pela Anatel ou às normas por ela adotadas, constitui etapa inicial do processo e visa obter a homologação do produto.

Parágrafo único. A emissão do documento de homologação é pré-requisito obrigatório para fins de comercialização e utilização, no País, dos produtos classificáveis nas Categorias I, II e III, descritas neste Regulamento." (grifos nossos)

15- Além disso, ressalte-se que, nos termos do art. 8º, IV, da Resolução nº 477/2007 da ANATEL (que aprovou o Regulamento do Serviço Móvel Pessoal), **constitui obrigação do usuário**, “somente fazer uso de Estação Móvel que possua certificação expedida ou aceita pela Anatel”.

Art. 8º Constituem deveres dos Usuários do SMP:

(...)

IV - somente fazer uso de Estação Móvel que possua certificação expedida ou aceita pela Anatel;

V - manter a Estação Móvel dentro das especificações técnicas segundo as quais foi certificada;” (grifos nossos)

16- Mas não é só. Conforme restará demonstrado a seguir, é impossível para a TIM identificar todos os usuários que utilizam aparelhos clandestinos (ding-ling). É que, como informado pela própria ANATEL na Nota Técnica de fls. 46/49 verso, o IMEI (código do aparelho) pode ser adulterado ou até mesmo clonado, o que impossibilita a operadora de identificar a ativação da linha em celular clandestino (e o que demonstra a improcedência do pedido formulado no item “a” pela Autora – fls.21).

17- Desta forma, seja em razão do fato de a TIM não tem o controle da entrada e da venda de aparelhos clandestinos no país, seja em razão do fato de a TIM apenas comercializar em suas Lojas aparelhos que são certificados (possuem selo) e que são homologados pela ANATEL, é medida de rigor que o feito seja extinto, sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC, **no mínimo com relação à TIM.**

III – DA IMPROCEDÊNCIA DESTA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

18- Ainda que o feito não seja extinto em razão da preliminar suscitada acima, o que só se admite por hipótese, é medida de rigor que a presente Ação Civil Pública seja julgada inteiramente improcedente, uma vez que desprovida de fundamento jurídico.

4

a) Do pedido de declaração de ilicitude da “*homologação e prestação de serviço aos terminais sem o selo de homologação da ANATEL*”.

19- A Autora requereu a procedência da demanda para que as Rés se abstenham “*quanto à homologação e prestação de serviços a quaisquer novos terminais que não tenham o SELO E HOMOLOGAÇÃO DA ANATEL nos aparelhos, nas baterias e nos cabos que acompanham o equipamento*”.

20- No entanto, ressalte-se que é **TECNICAMENTE IMPOSSÍVEL** cumprir o quanto requerido pela Autora. Isto porque, conforme esclarecido pela TIM na manifestação apresentada em 08.10.2012, a própria ANATEL informou, na Nota Técnica de fls. 46/49 verso, que o IMEI pode ser adulterado ou até mesmo clonado, o que impossibilita a operadora identificar a ativação da linha em celular clandestino:

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

5.27 Em complemento ao acima informado, seria possível sim bloquear, desde que seja desenvolvido um sistema robusto de IMEI's (o que está sendo discutido no grupo de estudos mencionado acima), lembrando que hoje já existe a possibilidade de clonagem de IMEI's o que dificulta a efetividade desse bloqueio.” (grifos nossos)

21- Como ressaltado pelo SINDITELEBRASIL, na reunião realizada com a ANATEL, deveria ser feita uma ação dos fabricantes e fornecedores para eliminar a possibilidade de adulteração dos IMEIs (o que apenas ratifica a ilegitimidade da TIM para figurar no polo passivo desta demanda).

22- Isto porque, os aparelhos deste mercado “ding-ling” possuem características que permitem facilmente a adulteração de IMEI do aparelho, que poderá ser reescrito para uma faixa de IMEI válida, inviabilizando o controle pela prestadora.

23- Por outro lado, frise-se, mais uma vez, que a TIM não comercializa aparelhos clandestinos. Em suas Lojas, esta operadora apenas comercializa aparelhos certificados e homologados pela ANATEL, em cumprimento ao art. 20 da Resolução nº 242/2000 da ANATEL.

4

24- E, como ressaltado na ata da reunião realizada perante a ANATEL (fls.), a própria TIM é lesada com o uso, pelos usuários, de aparelhos que não são certificados e homologados pela ANATEL.

25- É que os aparelhos clandestinos ("ding-ling"), devido à baixa potência, ocasionam "queda de chamadas, associada também a baixa sensibilidade, além de problemas com baterias e recarregadores":

"Foi mencionado que os terminais irregulares em geral não têm problemas de SAR (*Specific Absorption Rate* – Taxa de Absorção Específica), devido a baixas potências, o que leva a queda de chamadas, associada também a baixa sensibilidade, além de problemas com baterias e recarregadores." (grifos nossos)

26- Além disso, cômpe ao **Poder Público** a gerência da entrada e a venda de aparelhos celulares piratas no país. Não há qualquer razão lógica ou determinação legal para impor esta obrigação à empresas privadas, que não possuem qualquer gerência na fabricação e venda dos produtos "ding-ling".

27- Assim, conclui-se que a TIM também é **vítima** desses aparelhos clandestinos, o que só demonstra a improcedência desta demanda.

b) Do pedido de condenação da TIM a substituir, "sem ônus, e sem solução de continuidade do serviço, todos os aparelhos 'ding-ling'".

28- A Autora requereu a condenação das Rés "a substituírem, *sem ônus, e sem solução de continuidade do serviço, todos os aparelhos 'ding-ling' em operação na data do protocolo desta ação, por aparelhos COM SELO DE HOMOLOGAÇÃO DA ANATEL*".

29- Ocorre que, conforme amplamente demonstrado pela TIM na manifestação apresentada em 08.10.2012, a imposição da obrigação de fornecimento de aparelhos celulares, A TÍTULO GRATUITO, causará danos pecuniários irreparáveis à TIM, além de ensejar o enriquecimento indevido justamente do usuário que adquiriu o celular pirata, em flagrante violação ao art. 884 do Código Civil.

+

30- É que os usuários que **optaram** por adquirir aparelho celular clandestino ("ding-ling"), provavelmente fizeram esta escolha em razão do preço ser menor do que um aparelho certificado e homologado pela ANATEL.

31- Determinar que a TIM arque com o pagamento de todos os aparelhos que serão fornecidos aos usuários que **optaram, por livre e espontânea vontade**, por adquirir aparelhos clandestinos, fará com que a TIM desembolse uma quantia milionária e que não será reavida pela empresa (já que a TIM terá que oferecer ao usuário um novo aparelho "sem qualquer ônus").

32- Apenas este motivo já é suficiente para que este MM. Juiz afaste o absurdo pedido formulado pela Autora, no sentido de que a TIM forneça, **sem qualquer ônus (e, portanto, de forma gratuita) aos usuários de todo o país**, novos celulares certificados e homologados pela ANATEL.

33- Como se não bastasse, repita-se que, nos termos do art. 8º, IV, da Resolução nº 477/2007 da ANATEL (que aprovou o Regulamento do Serviço Móvel Pessoal), **constitui obrigação do usuário "somente fazer uso de Estação Móvel que possua certificação expedida ou aceita pela Anatel"**.

34- Assim, verifica-se que o usuário tem a obrigação de apenas utilizar aparelhos que sejam certificados e homologados pela ANATEL (assim como a TIM tem a obrigação de apenas vender aparelhos certificados e homologados pela ANATEL – e assim o faz). No entanto, a TIM não tem como impedir que o usuário adquira aparelho clandestino, junto a terceiros.

35- Se o usuário **opta** pela compra de um aparelho clandestino ("ding-ling"), assim o faz **por livre e espontânea vontade**, não podendo ser imputada à TIM qualquer responsabilidade, seja pela venda, seja pela aquisição de aparelhos "clandestinos".

36- Frise-se, ainda, que a ANATEL organizou grupo de estudos para verificar qual medida pode ser adotada para minimizar o uso de aparelhos clandestinos ("ding-ling") pela população brasileira.

[Handwritten signature]

37- E a ANATEL, em momento algum sugeriu a suspensão/bloqueio de todas as linhas telefônicas que utilizam este tipo de aparelho, mas sim a criação de novas regras e técnicas para a ativação das novas linhas (mantendo-se todas as ativações já feitas, para que não sejam causados prejuízos aos usuários).

38- Desta forma, sob qualquer ângulo que se enfoque a questão, verifica-se que o pedido de restituição, sem qualquer ônus (portanto, de forma gratuita), de todos os aparelhos piratas por aparelhos certificados e homologados pela ANATEL, deve ser julgado inteiramente improcedente.

c) Do pedido de condenação da TIM ao pagamento de “indenização coletiva”.

39- A Autora também requereu a condenação das Rés ao pagamento de danos morais coletivos, no absurdo valor de R\$1 Bilhão, da seguinte forma:

“c) condenação das rés/prestadoras ao pagamento de indenização coletiva e também de caráter punitivo (causa de pedir, item IV e V, acima), **em valor não inferior a R\$1 BILHÃO DE REAIS** corrigidos monetariamente, divididos na proporção percentual do número de aparelhos ‘ding-ling’ que cada uma habilitou ilegalmente até a data do protocolo desta ação, ou como este juízo entender de direito, a ser revertido ao FDD – Fundo de Defesa de Direitos Difusos (art. 13 e 20 da Lei 7347/1995), conforme distribuição de valores já determinados e destinados em sentença por este Juízo, com a fiscalização de aplicação ao cargo do Conselho Federal Gestor do Fundo de Defesa de Direitos (art. 6º, do Dec. 1.306/1994) e Conselho Nacional de Justiça, em favor de:

- a. de entidades públicas ou particulares que desenvolvam pesquisa, estudo e produzam conhecimento científico para tratamento, cura e prevenção do câncer, especialmente entidades que promovam estudo e conhecimento sobre os efeitos da radiação dos equipamentos de telefonia móvel celular;
- b. entidades públicas ou particulares que promovam e desenvolvam trabalho de pesquisa e/ou prática médico-mental-esportiva destinado à saúde, proteção, prevenção, e defesa da melhor qualidade de vida, especialmente para a infância e o cidadão na terceira idade;
- c. de unidades hospitalares de tratamento e combate ao câncer em todo o país;
- d. das APAES – Associações de PAIS E Amigos dos Excepcionais;
- e. da ANDE – Associação Nacional de Equoterapia, com sede em Brasília/DF, para que abra unidades de serviços e formação de equoterapeutas em todo o país, especialmente nas regiões Norte e Nordeste;

4

- f. do Hospital Sara Kubitschek de Brasília e do CRER – Centro de Reabilitação e Readaptação Dr. Henrique Santillo, de Goiânia, para que ampliem os atendimentos e abram unidades de serviço-referência e formação de profissionais de suas competências nas regiões Norte e Nordeste do país;
- g. de entidades que efetivamente praticam e cujos estatutos há mais de 2 (dois) anos constem entre os objetivos Defesa da Cidadania, Meio Ambiente e Democracia, entre as quais inclui-se a **autora desta ação, AMARBRASIL;**
- h. enfim, entidades que este juízo entender relevantes em serviços, estudos e pesquisas científicas na defesa, reabilitação física e mental humana e educação e desenvolvimento e consolidação do Estado Democrático de Direito.”

40- Antes de demonstrar as razões pelas quais o pedido de indenização a título de danos morais coletivos deve ser totalmente indeferido, necessário esclarecer que a TIM presta seus serviços sob a égide do **regime privado**, sendo, portanto, uma **autorizatória** e não uma concessionária, como afirma a Autora no decorrer da petição inicial.

41- Neste sentido o Regulamento do Serviço Móvel Pessoal, aprovado pela Resolução ANATEL nº 477/2007, que prevê que o Serviço Móvel Pessoal é prestado “em regime privado”, mediante “*prévia autorização da Anatel*”:

“**Art. 5º** O SMP é prestado em **regime privado** e sua exploração e o direito ao uso das radiofrequências necessárias dependem de prévia **autorização** da Anatel.” (grifos nossos)

42- Esclarecida a natureza do serviço prestado pela TIM, necessário demonstrar a improcedência do pedido de indenização a título de danos morais coletivos.

43- **Em primeiro lugar, note-se que a Autora sequer demonstrou qual teria sido o “dano moral” experimentado pela coletividade.**

44- Apenas afirmou que “é notório o ato comissivo das rés/concessionárias ao homologarem e oferecerem o serviço a aparelhos que sabe não terem o **SELO DE HOMOLOGAÇÃO DA ANATEL**, ameaçando e infligindo danos à saúde de milhões de brasileiros, estimulando a sonegação de impostos, sustentando a concorrência desleal, vendas ilegais e organizações criminosas responsáveis pela circulação do dito ‘ding-ling’ no mercado”.

4

45- No entanto, não há qualquer estudo conclusivo acerca dos danos eventualmente causados aos usuários que utilizam aparelhos piratas (“ding-ling”).

46- A própria ANATEL informou, na Nota Técnica de fls. 46/49 verso, que não há qualquer estudo conclusivo de que a utilização dos aparelhos clandestinos cause danos à saúde do usuário:

“Questionamento 3.a: Estes aparelhos oferecem segurança à saúde e integridade física dos usuários?

5.19 A Agência não possui dados de ensaios desses ditos equipamentos que permitam responder a esta questão. Esses aparelhos não foram testados quanto a requisitos mínimos de proteção elétrica, SAR, etc. Assim, não é possível afirmar se são seguros ou se possuem qualidade satisfatória, embora muitos países adotem regime de certificação similar ao adotado no Brasil.”

47- Logo, na medida em que não há qualquer estudo definitivo acerca do assunto, não se pode ter como “notório” os alegados danos causados à saúde do usuário, razão pela qual deve ser indeferido o pedido de condenação da TIM ao pagamento de danos morais coletivos.

48- Além disso, não são todos os atos praticados pela atividade humana que ensejam a responsabilidade civil, mas, tão somente, os atos contrários à ordem jurídica. No caso vertente, como visto, a TIM não praticou qualquer ato ilícito, já que NÃO VENDE EM SUAS LOJAS APARELHOS “DING-LING”.

49- Assim, não tendo a TIM praticado ato contrário ao direito, fácil verificar que o pedido de indenização formulado na inicial não possui qualquer fundamento jurídico. A respeito do assunto, RUI STOCO (“Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial”, ed. RT, 3ª edição, pág. 54) ensina:

“O elemento primário de todo o ilícito é uma conduta humana e voluntária no mundo exterior.

Esse ilícito, como atentando a um bem juridicamente protegido, interessa à ordem normativa do Direito justamente porque produz um dano. Não há responsabilidade sem um resultado danoso.

Mas a lesão a bem jurídico cuja existência se verificará no plano normativo da culpa, está condicionada à existência, no plano naturalístico da conduta, de uma ação ou omissão que constitui a base do resultado lesivo.

Não há responsabilidade civil sem determinado comportamento humano contrário à ordem jurídica.” (grifos nossos)

4

50- Note-se, aliás, que o Superior Tribunal de Justiça vem firmando o entendimento de que é impossível a condenação, em sede de Ação Civil Pública, ao pagamento de danos morais:

"PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. FRAUDE EM LICITAÇÃO REALIZADA PELA MUNICIPALIDADE. ANULAÇÃO DO CERTAME. APLICAÇÃO DA PENALIDADE CONSTANTE DO ART. 87 DA LEI 8.666/93. DANO MORAL COLETIVO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INDICAÇÃO DE DISPOSITIVO NÃO DEBATIDO NA INSTÂNCIA "A QUO".

1. A simples indicação dos dispositivos tidos por violados (art. 1º, IV, da Lei 7347/85 e arts. 186 e 927 do Código Civil de 1916), sem referência com o disposto no acórdão confrontado, obsta o conhecimento do recurso especial. Incidência dos verbetes das Súmula 282 e 356 do STF.

2. *Ad argumentandum tantum*, ainda que ultrapassado o óbice erigido pelas Súmulas 282 e 356 do STF, melhor sorte não socorre ao recorrente, máxime porque a **incompatibilidade entre o dano moral, qualificado pela noção de dor e sofrimento psíquico, e a transindividualidade, evidenciada pela indeterminabilidade do sujeito passivo e indivisibilidade da ofensa objeto de reparação, conduz à não indenizabilidade do dano moral coletivo**, salvo comprovação de efetivo prejuízo dano.

3. Sob esse enfoque decidiu a 1ª Turma desta Corte, no julgamento de hipótese análoga, verbis:

"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, Rel. Ministro LUIZ FUX, Rel. p/ Acórdão Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02.05.2006, DJ 01.06.2006)

4. Nada obstante, e apenas *obiter dictum*, há de se considerar que, no caso concreto, o autor não demonstra de forma clara e irrefutável o efetivo dano moral sofrido pela categoria social titular do interesse coletivo ou difuso, consoante assentado pelo acórdão recorrido: "...Entretanto, como já dito, **por não se tratar de situação típica da existência de dano moral puro, não há como simplesmente presumi-la. Seria necessária prova no sentido de que a Municipalidade, de alguma forma, tenha perdido a consideração e a respeitabilidade e que a sociedade uruguaiese efetivamente tenha se sentido lesada e abalada moralmente, em decorrência do ilícito praticado, razão pela qual vai indeferido o pedido de indenização por dano moral.**

5. Recurso especial não conhecido."

(STJ – 1ª Turma – Resp nº 821891 – Relator Ministro LUIZ FUX – DJU 12.05.2008 – grifos nossos)

4

“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.”

(STJ – 1ª Turma – Resp nº 598281 – Relator Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI – DJU 01.06.2006 – grifos nossos)

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SERVIÇO DE TELEFONIA. POSTOS DE ATENDIMENTO. REABERTURA. DANOS MORAIS COLETIVOS. INEXISTÊNCIA. PRECEDENTE. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A Egrégia Primeira Turma firmou já entendimento de que, em hipóteses como tais, ou seja, ação civil pública objetivando a reabertura de postos de atendimento de serviço de telefonia, não há falar em dano moral coletivo, uma vez que "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" (REsp nº 971.844/RS, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, in DJe 12/2/2010).
2. No mesmo sentido: REsp nº 598.281/MG, Relator p/ acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, in DJ 1º/6/2006 e REsp nº 821.891/RS, Relator Ministro Luiz Fux, in DJe 12/5/2008.
3. Agravo regimental improvido.”

(STJ, AgRg no REsp 1109905 – Relator Ministro HAMILTON CARVALHIDO - DJU 03.08.2010 – grifos nossos)

51- Desta forma, por qualquer ângulo que se enfoque a questão, verifica-se que o pedido de condenação da TIM ao pagamento de indenização a título de dano moral coletivo deve ser julgado inteiramente improcedente.

52- Na hipótese de o pedido de dano moral coletivo não ser julgado inteiramente improcedente, o que só se admite *ad argumentandum*, é medida de rigor que este MM. Juiz fixe a condenação em patamar drasticamente inferior ao pleiteado pela Autora (R\$1 BILHÃO), sob pena de violação aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

4

c) Das demais alegações feitas pela Autora.

53- A Autora alega que *"as mesmas rés estão no polo passivo de outra ação civil coletiva, também formulada pela autora, para restituir aos consumidores os valores pagos pelo serviço de cobrança ilegal de caixa de mensagem"*.

54- Afirma que *"nesta ação – proc. 0015958-26.2012.4.01.3400, da 1ª Vara Federal de Brasília, a MM. Juíza Solange Salgado, deferiu pedido liminar da AMBRASIL para obrigar as operadoras guardarem as contas dos últimos 5 anos, para liquidação do crédito, em caso de procedência do pedido"*.

55- Em primeiro lugar, frise-se que a TIM ainda não foi citada e não tem conhecimento de referida demanda, não tendo conhecimento, portanto, do conteúdo da ação.

56- Por outro lado, pela simples leitura da descrição do objeto feito pela Autora, verifica-se que referida demanda não possui qualquer relação com o objeto desta Ação Civil Pública, devendo ser desconsideradas as alegações e os documentos juntados pela Autora.

57- A Autora ainda afirma que, em razão da ativação de linhas em aparelhos clandestinos, pelas operadoras, *"dezenas de bilhões de reais em impostos (foram) sonegados à União Federal, aos Estados e Municípios"*.

58- Ocorre que, a TIM não sonega impostos, na medida em que apenas vende em suas Lojas aparelhos que são certificados e homologados pela ANATEL.

59- Se há sonegação de impostos com a venda de aparelhos piratas **por terceiros**, esta sonegação decorre da negligência do Poder Público quanto à fiscalização de referidos produtos, não devendo, sob qualquer ângulo que se enfoque a questão, ser imputada à TIM a culpa pelo não recolhimento de impostos sobre produtos que sequer não estão sob sua responsabilidade.

†

60- Desta forma, verifica-se que a Autora fez alegações desprovidas de veracidade, sem qualquer fundamento, o que apenas ratifica a necessidade de esta demanda ser julgada inteiramente improcedente.

IV – DA IMPOSSIBILIDADE DE CONDENÇÃO DA TIM AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

61- A Autora requereu “a condenação das rés/prestadoras ao pagamento de custas e honorários advocatícios em valor a ser arbitrado pelo juízo, tendo-se por referência além do grau de zelo social e profissional, a natureza e importância da causa e o risco pessoal assumido pelo(s) advogado(s) e substabelecidos no seu patrocínio”.

62- Entretanto, mesmo sendo certo que a presente demanda será julgada inteiramente improcedente, necessário ressaltar que, em sede de Ação Civil Pública, só pode haver a condenação em verba honorária, tanto para o Autor quanto para a Ré, quando restar comprovado que a parte vencida tenha **litigado de má-fé**. Não é outro, aliás, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça a respeito da matéria:

“PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MINISTÉRIO PÚBLICO AUTOR E VENCEDOR.

1. **“Posiciona-se o STJ no sentido de que, em sede de ação civil pública, a condenação do Ministério Público ao pagamento de honorários advocatícios somente é cabível na hipótese de comprovada e inequívoca má-fé do Parquet. Dentro de absoluta simetria de tratamento e à luz da interpretação sistemática do ordenamento, não pode o parquet beneficiar-se de honorários, quando for vencedor na ação civil pública”** (REsp 895.530/PR, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe 18.12.09).

2. Recurso especial provido.”

(STJ, REsp nº 1099573, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJU 19.05.2010 – grifos nossos)

63- Todavia, em momento algum restou demonstrado nos autos desta Ação Civil Pública que a TIM teria litigado de má-fé (o que, supostamente, justificaria sua condenação na verba honorária).

64- Portanto, é medida de rigor que o pedido em questão seja indeferido, deixando assim este MM. Juiz de condenar a TIM ao pagamento de honorários advocatícios (na remotíssima hipótese de a presente demanda não ser julgada inteiramente improcedente).

4

V – DA NECESSIDADE DE INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA

65- Conforme já demonstrado exaustivamente pela TIM na manifestação anterior apresentada nestes autos, não estão presentes os requisitos necessários para a concessão da tutela antecipada, razão pela qual é medida de rigor que referido provimento de urgência não seja deferido por V.Exa.

VI - DO PEDIDO

66- Diante o exposto, é a presente para requerer se digne V.Exa. extinguir a presente Ação Civil Pública com relação à TIM, sem julgamento de mérito, nos termos do art. 267, VI, do Código de Processo Civil, uma vez que a TIM é parte ilegítima para figurar no polo passivo da lide.

67- Ainda que o feito não seja extinto desde logo em razão da preliminar suscitada, o que só se admite para conclusão de raciocínio, é a presente para requerer se digne V.Exa. indeferir o pedido de tutela antecipada e, ao final, julgar a presente demanda inteiramente improcedente, nos termos acima requeridos, condenando-se a Autora nos ônus de sucumbência.

68- Mesmo que a presente demanda não seja julgada inteiramente improcedente, o que só se admite *ad argumentandum*, é a presente para requerer se digne V.Exa. indeferir o pedido de indenização por danos morais coletivos ou, no mínimo, fixá-lo em patamar drasticamente inferior ao pleiteado pela Autora (R\$1 BILHÃO).

Requer, ainda, a produção de todos os meios de prova admitidos em direito.

Termos em que,
Pede Deferimento.
Brasília, 22 de outubro de 2012.

Fl. Fernando das Correas
CRISTIANO CARLOS KOZAN
OAB/SP Nº 183.335

Fl. Fernando das Correas
RENATA REZETTI AMBROSIO
OAB/SP Nº 296.923

Fernanda Lopes Correa
FERNANDA LOPES CORREA
OAB/DF Nº 37.357