

0019828-49.2011.4.05.8300 Classe: 1 - AÇÃO CIVIL PÚBLICA

AUTOR : ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL/OAB - SEÇÃO DE PE E OUTRO

ADVOGADO: PAULO HENRIQUE LIMEIRA GORDIANO

RÉU: TIM NORDESTE TELECOMUNICACOES S.A. E OUTROS

ADVOGADO: CARLOS ANTONIO HARTEN FILHO

2a. VARA FEDERAL - Juiz Substituto

Objetos: 01.04.08.07 - Telefonia - Concessão/Permissão/Autorização - Serviços - Administrativo

23/02/2012 13:01 - Decisão. Usuário: FPQ

PODER JUDICIÁRIO

JUSTIÇA FEDERAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

Seção Judiciária de Pernambuco

2ª VARA

Juiz Federal: Claudio Kitner

Processo nº 0019828-49.2011.4.05.8300

AUTORES: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL SECCIONAL DE PERNAMBUCO e ASSOCIAÇÃO DE DEFESA DA CIDADANIA E DO CONSUMIDOR - ADECCON/PE

RÉ: TIM NORDESTE TELECOMUNICAÇÕES S/A - TELPE CELULAR

ASSISTENTE: ANATEL - AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES

DECISÃO

1. RELATÓRIO

Cuida-se de ação civil pública, com pedido de antecipação de tutela, proposta pela ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SECCIONAL DE PERNAMBUCO e ASSOCIAÇÃO DE DEFESA DA CIDADANIA E DO CONSUMIDOR - ADECCON/PE, em face da TIM NORDESTE TELECOMUNICAÇÕES S/A

- TELPE CELULAR, ANATEL - AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES e UNIÃO FEDERAL, objetivando obter provimento jurisdicional de ordem a compelir a ré a abster-se de comercializar novas assinaturas ou habilitar novas linhas (ou códigos de acesso), bem como de proceder à implementação de portabilidade de códigos de acesso de outras operadoras, enquanto não comprovar a instalação de equipamentos necessários e suficientes ao atendimento das demandas de seus atuais clientes no Estado de Pernambuco, inclusive quanto à demanda reprimida em função da má prestação do serviço, além da condenação em dano moral coletivo.

Apreciação do pedido de liminar postergada para após a vinda da manifestação prévia das rés originárias, em despacho exarado à fl. 555.

Às fls. 670/674, pedido de antecipação de tutela indeferido, por ora, designando audiência de conciliação, excluindo a União da lide, admitindo a intervenção da Anatel como assistente anômala e requisitando cópia dos autos do Inquérito Civil Público n. 1.26.000.001285/2011-03.

Às fls. 797/978, encartada cópia dos autos do ICP n. 1.26.000.001285/2011-03.

Às fls. 987/988, termo de audiência de conciliação, com ordem para expedição de ofício à Anatel, requisitando relatório de fiscalização, relativo às dificuldades de estabelecimento de chamadas e quedas de chamadas, e determinação para, ato contínuo, irem os autos conclusos para reapreciação do pedido de antecipação de tutela.

Manifestação da ré sobre o pedido de antecipação de tutela às fls. 1001/1008v, instruída com os documentos de fls. 1009/1095.

Juntada de ofício e mídia pela Anatel à fl. 1096/1098v.

Sumariados os atos processuais de relevo, DECIDO.

2. FUNDAMENTAÇÃO

O cerne da controvérsia reside na qualidade de serviço de telefonia móvel celular prestado pela operadora TIM Nordeste. A parte autora alega defeito no serviço oferecido pela empresa ré, notadamente em relação ao tráfego de voz disponibilizado ao consumidor, que se evidencia nas frequentes dificuldades enfrentadas para o estabelecimento de ligações, bem assim nas seguidas interrupções de chamadas suportadas pelos usuários, afirmação contra a qual se insurge a ré, apresentando indicadores de qualidade da Anatel e proposta de expansão de rede para o ano de 2012.

Em uma percepção inicial, este Juízo, não vislumbrando elementos capazes de demonstrar a sustentada ineficiência da operadora de telefonia móvel ré, indeferiu o pedido de antecipação de tutela requestado, sem prejuízo de ulterior reanálise do pleito depois da audiência de conciliação, diante da possibilidade de convencimento em sentido diverso, após a vinda dos documentos requisitados ao Ministério Público Federal - cópia dos autos do Inquérito Civil Público 1.26.000.001285/2011-03.

Instruídos os autos com cópia do aludido ICP, contendo, em especial, a Nota Técnica n. 35, da Câmara de Coordenação e Revisão - Consumidor e Ordem Econômica do Ministério Público Federal, e do Relatório de Fiscalização da Anatel, arcabouço probatório diverso compõe os autos a exigir nova apreciação do pedido de liminar. É o que passo fazer.

Os serviços de telefonia celular são prestados em regime de concessão, sujeitando-se, pois, aos ditames da Lei n.º 8.987/95. Tal diploma estabelece, no art. 6º, I, que toda concessão pressupõe a prestação de serviço adequado, este entendido como o que satisfaz, de forma simultânea, os requisitos da regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia e modicidade nas tarifas.

No caso do Serviço Móvel Pessoal - SMP, a Anatel, como agente regulador do setor, institui, no Plano Geral de Metas de Qualidade para o Serviço Móvel Pessoal - PGMQ-SMP, contemplado como anexo da Resolução da ANATEL n.º 317, de 27 de setembro de 2002, doze indicadores de qualidade, por meio dos quais são definidas metas a serem cumpridas pelas prestadoras, a fim de garantir a satisfação do usuário e, em última análise, a prestação de um serviço adequado, nos moldes preconizados no citado art. 6º, I, da Lei n.º 8.987/95.

Frise-se que em data recente a Anatel aprovou o Regulamento de Gestão da Qualidade da Prestação do Serviço Móvel Pessoal - RGQ-SMP, com a edição da Resolução n.º 575/2011, que entrará em vigor cento e oitenta dias da data de sua publicação, em 28 de outubro de 2011, revogando o PGMQ-SMP.

No que interessa à presente lide, o ainda em vigor PGMQ-SMP institui três indicadores de qualidade, relativamente às principais incidências de reclamação de usuários (dificuldade de completamento de chamadas e quedas de chamadas), o SMP5 (Taxa de Chamadas Originadas Completadas), o SMP6 (Taxa de Estabelecimento de Chamadas) e o SMP7 (Taxa de Queda de Ligação), estabelecendo, quanto a eles, a seguintes metas para as operadoras:

"Art. 8º As tentativas de originar chamadas devem ser completadas em cada Período de

Maior Movimento no mínimo em:

I - 62% (sessenta e dois por cento) dos casos, a partir de 31 de dezembro de 2001; e

II - 67% (sessenta e sete por cento) dos casos, a partir de 31 de dezembro de 2003.

Parágrafo único. As tentativas de originar chamadas podem ser destinadas para Código de Acesso tanto associado à Área de Registro do Usuário quanto fora desta.

Art. 9º As chamadas originadas devem ser estabelecidas em tempo inferior a 10 (dez)

segundos, em cada Período de Maior Movimento, no mínimo em:

I - 90% (noventa por cento) dos casos, a partir de 31 de dezembro de 2001; e

II - 95% (noventa e cinco por cento) dos casos, a partir de 31 de dezembro de 2002.

Parágrafo único. Em nenhum caso, o estabelecimento da chamada deve se dar em mais de 35 (trinta e cinco) segundos.

Art. 10. A quantidade de chamadas interrompidas por queda da ligação na rede da prestadora, em cada Período de Maior Movimento, deve ser inferior a:

I - 2,5% (dois e meio por cento), a partir de 31 de dezembro de 2001; e

II - 2,0% (dois por cento), a partir de 31 de dezembro de 2002. "

Conforme tabela de dados fornecidos pela TIM, constantes do site da Anatel, em relação ao período analisado de janeiro de 2010 a maio de 2011, a operadora de telefonia celular teria atendido de forma satisfatória todas as metas de qualidade, o que induz a conclusão de que a qualidade do serviço seria adequada. Todavia, consoante pondera a subscritora da Nota Técnica n.º 35, 3ª. CCR/MPF, constante de fl. 965, "a percepção generalizada é de que isso, simplesmente, não é o caso."

Em seguida, assinala a perita do MPF: "... se existe uma opinião pública forte de que há problemas na rede de uma prestadora, os indicadores de Qualidade deveriam refletir isso de alguma forma. O fato de estarem todos continuamente dentro da meta de qualidade deveria refletir uma situação de elevada satisfação com os serviços prestados pela TIM, o que não se verifica na prática."

Após proceder ao comparativo entre os dados colhidos pela operadora no Rio Grande do Norte e os obtidos em fiscalização da Anatel no Estado, a perita apurou uma considerável discrepância de resultados, levando a concluir que esta última permite uma análise mais precisa e próxima da situação real.

O Relatório de Fiscalização elaborado pela Anatel, com relação à atuação da TIM no Estado de Pernambuco, por requisição do Ministério Público Federal, portanto, reflete de forma mais fidedigna a qualidade do serviço prestado pela operadora de telefonia celular.

De acordo com os resultados obtidos pelo agente regulador (fl. 1035), com relação ao bloqueio de canal de voz, ou seja, ao congestionamento para estabelecer e completar chamadas, na avaliação por município, constatou-se que 26,1% dos municípios atendidos pela operadora apresentaram Taxa de Bloqueio de Canal de Voz (TBCV) superior a 5% (SMP6), violando o art. 9º, II, do PGMQ-SMP. Isto revela que em 1/4 das localidades atendidas pela TIM os usuários estabelecem ligações com a operadora em tempo superior a 10 segundos em mais de 5% das tentativas de chamada. Situação mais alarmante foi verificada em 13 municípios, em que a TBCV foi superior a 20%, sobretudo no município de Tabira, com taxa de 48%.

Com relação à avaliação da queda de chamadas por município, a fiscalização apurou que a Taxa de Queda de Chamada (TQC), em 57 municípios ou 42,5% das localidades atendidas pela TIM, foi superior a 2%, em desconformidade com o art. 10, II, do PGMQ-SMP. Significa dizer que em quase

metade dos municípios de atuação da operadora os usuários têm experimentado interrupções bruscas de suas ligações em mais de 2% de suas chamadas.

Tais resultados retratam, pois, um quadro bastante preocupante, ao comprovarem que usuários de diversos municípios estão sendo afetados diretamente, com sérias dificuldades para realizar chamadas e para mantê-las após completadas. Ademais, com base no relatório da Anatel, é possível concluir que a operadora vem repassando ao usuário, indevidamente, um custo adicional de novas chamadas, depois de interrompidas, obtendo, em contrapartida, uma fonte extra de receita, sem previsão contratual, configurando hipótese de enriquecimento sem causa.

Resta patente, diante de tal quadro, que a TIM não vem prestando adequadamente o serviço de telefonia móvel em diversos municípios de Pernambuco, causando transtornos aos seus usuários e malferindo os princípios da regularidade, da continuidade e da eficiência do serviço público.

Nessa senda, fica evidente que são necessárias melhorias na rede da TIM, a fim de tornar o serviço prestado pela operadora compatível com as metas de qualidade estabelecidas no Plano Geral de Metas da Anatel.

Observo, por outro lado, que a TIM, às fls. 1001/1008, apresentou um Plano de Ampliação de Rede para o ano de 2012, com a projeção de um acréscimo da ordem de 25% dos elementos de rede (TRX) instalados no Estado de Pernambuco, o que corresponde a um aumento de 2.500 TRX no decorrer do corrente ano. Imperioso registrar, contudo, que em 2011 houve um acréscimo de 66% da capacidade rede instalada, com a implantação de 3.833 novos elementos de rede.

Com base nesses dados, constata-se que o plano de ampliação atual é bem aquém do anterior. Demais disso, consoante expectativa da própria operadora, haverá um aumento do tráfego mensal estimado em 20% (fl. 1017), pelo que se conclui que, se o Plano anterior já não foi suficiente para solucionar os graves defeitos na prestação do serviço da TIM, o Plano de Ampliação de 2012, deveras mais contido, não atenderá o padrão de qualidade exigido no PGMQ-SMP e não reduzirá o "número excessivo de reclamações" dos usuários, reconhecido pela prestadora à fl. 1005.

Isso porque o arrojado plano de expansão do ano de 2011 serviu apenas para minimizar a taxa de congestionamento gerado pelo brusco aumento da base de cliente da prestadora com a comercialização de planos de serviço com tarifação por chamada - "os planos infinity". Esta, sim, a causa imediata pelo excesso de tráfego de rede da TIM.

À luz de tais considerações, a intervenção judicial, in casu, é medida que se faz necessária.

Nesse caso, a única solução que penso se afigurar eficaz é obrigar a prestadora, com a adoção de medida proibitiva à comercialização de novas linhas, a apresentar Plano de Ampliação mais condizente com o que requer o quadro de congestionamento verificado e a implantá-lo de imediato, de modo a tornar possível, de fato, o escoamento do tráfego de voz atualmente existente.

Não se vislumbra, nessa hipótese, qualquer mácula aos princípios da livre concorrência e da livre iniciativa, posto que estes devem coexistir, de forma harmônica, com o postulado da defesa do consumidor, igualmente previsto no art. 170, da Constituição Federal. Aqueles não são absolutos e

devem, em situações excepcionais, como me parece se tratar o caso despontado dos autos, ser relativizados, de modo a assegurar o respeito pleno aos direitos dos usuários.

Nesse sentido, colaciona-se julgado do TRF5:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO DO CONSUMIDOR. SUSPENSÃO DA COMERCIALIZAÇÃO DE SERVIÇOS DE TELEFONIA MÓVEL. QUALIDADE DEFICIENTE. AGRAVO IMPROVIDO. 1. A decisão vergastada determinou que a agravante se abstenha de comercializar novas assinaturas ou habilitar novas linhas ou códigos de acesso, bem como de proceder à implementação de portabilidades de códigos de acesso de outras operadoras para si, até que comprove a instalação e perfeito funcionamento dos equipamentos necessários e suficientes para atender às demandas de seus consumidores, inclusive quanto à demanda reprimida em razão da má prestação do serviço. 2. In casu, a ação foi proposta com a finalidade de garantir um serviço de telefonia móvel de qualidade, o que não vem sendo oferecido pela agravante, conforme demonstram as provas trazidas nos autos. Estar-se-á protegendo inclusive o potencial consumidor do serviço. 3. O direito de concorrência suscitado pela agravante não pode ser compreendido como absoluto. O princípio da "livre concorrência" é apenas um dos vários outros previstos nos incisos do art. 170 da Constituição Federal, entre eles o da "defesa do consumidor". 4. Quanto à natureza jurídica do serviço de telefonia móvel, a decisão agravada não mencionou que seria serviço público prestado mediante concessão. Tal afirmação foi feita na petição inicial, mas não foi utilizada pelo magistrado. Não obstante, é verdade que o serviço é prestado no regime privado (art. 3º do Decreto n. 6.654, de 20 de novembro de 2008 c/c art. 126 e ss. da Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997), todavia, a própria Lei Geral de Telecomunicações (Lei n. 9.472/97) caminha no sentido de que a prestação do serviço de telecomunicações no regime privado não pode se distanciar do respeito incondicionado aos direitos dos consumidores. 5. Fica demonstrado o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, uma vez que os consumidores lesados encontram-se submetidos à prestação de um serviço deficiente que, atualmente, afigura-se essencial. 6. Quanto à multa fixada, conquanto elevada, não deve ser temida, porquanto sua finalidade é mesmo inibir o descumprimento da decisão. 7. Agravo de instrumento não provido." (AG 112863, TRF5, Quarta Turma, Rel. Desembargador Federal Edilson Nobre, DJE 30/06/2011)

Saliente-se, ainda, que a atuação combativa dos órgãos de defesa da cidadania contra a concessionária ré, ante a manifesta falha da prestação de serviço público, deve ser vista antes como o prenúncio de um maior controle na higidez do setor de telecomunicações, com a perspectiva de extensão às demais operadoras que não estejam a prestar um serviço adequado, e não como um ato isolado visando beneficiar as demais concorrentes do mercado.

Do exposto, conclui-se pela presença de prova inequívoca da verossimilhança das alegações de graves defeitos no serviço prestado pela operadora de telefonia celular TIM.

O periculum in mora patenteia-se na premente necessidade de cessar a lesão que vem sendo causada aos milhares de munícipes do Estado de Pernambuco, co falha na prestação do serviço de telefonia móvel, atualmente considerado essencial, além do demonstrado dano econômico que vem

se perpetuando com a cobrança indevida dos usuários pela realização forçosa de ligações interrompidas de forma brusca, por defeito na rede de transmissão.

3. DISPOSITIVO

Posto isso, defiro o pedido de antecipação de tutela requestado na exordial, para determinar que a ré se abstenha de comercializar novas assinaturas ou habilitar novas linhas ou códigos de acesso, assim como de proceder à implementação de portabilidades de códigos de acesso de outras operadoras para sua rede, pelo prazo mínimo de 30 (trinta) dias, até que comprove a instalação e perfeito funcionamento de equipamentos necessários e suficientes para atender às demandas de seus consumidores no Estado de Pernambuco, inclusive quanto à demanda reprimida em razão da má prestação do serviço, sujeitando a ré à multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) por cada nova linha, código de acesso ou assinatura comercializados ou nova portabilidade realizada e R\$ 100.000,00 (cem mil reais) por dia de descumprimento.

Instalados os novos elementos de rede necessários à regularização da prestação do serviço de telefonia móvel da ré, deverá a ANATEL elaborar novo relatório de fiscalização, informando se houve melhorias efetivas nas operações da TIM, mencionando se a prestadora está cumprindo as metas de qualidade estabelecidas no PGMQ-SMP, só após o que examinarei a suspensão da presente medida.

Não deverá surtir efeito esta decisão nos municípios de Betânia, Capoeiras, Dormentes, Gameleira, Inajá, Mirandiba, Orobó, Orocó, Parnamirim, Primavera, Sairé, Santa Cruz, Santa Filomena, Tupanating, Tuparetama, Verdejante e Vertentes, atendidos exclusivamente pela TIM (fl. 1011), a fim de preservar o direito de pleno acesso ao serviço de telefonia móvel dos munícipes dessas localidades.

Publique-se. Intimem-se.

Recife, 23 de fevereiro de 2012.

CLAUDIO KITNER

Juiz Federal Substituto