

ASSINATURA NOS SERVIÇOS DE TELEFONIA: ilegalidade

Renato Franco de Almeida
Aline Bayerl Coelho

RESUMO

Demonstram, tanto do ponto de vista do Direito Público quanto do Direito Privado, a ilegalidade da cobrança de assinatura pelas operadoras de telefonia, que se constitui verdadeira taxa, uma vez que o consumidor deverá pagar referido valor de forma compulsória, havendo ou não a utilização do serviço.

Alegam ferir tal assinatura os direitos dos consumidores, beneficiando indevidamente as empresas do setor, pois ao tempo em que apresenta características de taxa, não sofre, no entanto, as limitações próprias dos tributos, estabelecidas por princípios como o da legalidade tributária e da anuidade, entre outros.

Entendem ainda que a referida cobrança encerra desproporcionalidade nas obrigações contratuais e malfere a função social que todo pacto deve ter, bem como o seu equilíbrio econômico-financeiro, tornando-se verdadeiro atentado contra a ordem econômica, se consideradas as dimensões territoriais do serviço ofertado.

PALAVRAS-CHAVE

Direito Tributário; assinatura; serviço de telefonia; taxa; comutatividade contratual; defesa do consumidor; privatização; cláusula leonina.

Utilizando-se de opção aberta pela Constituição, o Estado brasileiro, mediante diversos governos, optou pela prestação de serviço público na forma indireta, ou seja, delegada. Dessarte, as chamadas “privatizações” consubstanciam tão-somente a transferência da execução do serviço público à iniciativa privada, deixando o Estado – por meio da Administração Pública direta ou indireta – de prestá-los, diretamente. Assim, especificamente no tocante aos serviços públicos de telefonia, com a transferência da execução do serviço público específico, as empresas privadas iniciaram suas ações mediante delegações, concedidas ou permitidas, ou seja, restou configurada verdadeira intervenção privada no domínio público, caracterizando a volta ao Estado absentista do liberalismo clássico.

Não obstante, até mesmo porque a titularidade do serviço público continua pertencendo ao Estado, tais empresas deverão obedecer aos princípios que informam a Ordem Econômica e Financeira insculpida na Constituição de 1988.

Com efeito, tem o presente estudo por escopo demonstrar em duas vertentes a violação de princípio de ordem econômica e financeira pelas empresas delegatárias do serviço público de telefonia, particularmente no que concerne à cobrança por ditas delegatárias da chamada “assinatura”, que se constitui, seja sob o aspecto do Direito Público, seja sob o do Direito Privado, anomalia jurídica a malferir o princípio da defesa do consumidor, como se demonstrará na seqüência.

2 NATUREZA JURÍDICA DE TAXA

É corrente o entendimento doutrinário – entre os publicistas – segundo o qual os tributos em geral possuem características que os diferem de meras obrigações civis. Dentre estas podemos arrolar a compulsoriedade no seu pagamento.

Do alto de sua sabedoria, Aliomar Baleeiro¹ assevera: *O CTN adotou a teoria segundo a qual os tributos se caracterizam pelo caráter compulsório, e, para distingui-los das multas e penalidades, inseriu a cláusula ‘que não constitua sanção de ato ilícito’.*

Não são tributos, quer do ponto de vista teórico, quer do jurídico, no Brasil, as prestações de caráter

contratual, como os ‘preços’ (quase privados, públicos e políticos).

Percebe-se, assim, que a distinção primeira existente entre os tributos e as obrigações civis reside exatamente no seu caráter compulsório, sendo essa característica inerente somente aos tributos, como gênero. Dessarte, no que se refere aos pactos (contratos), o princípio da liberdade contratual, mesmo que hodiernamente mitigado sobremaneira, avulta de importância como traço do voluntarismo jurídico kantiano.

Sem embargo, faz-se mister trazer à colação o conceito – mesmo que legal – de um tipo específico de tributo, qual seja, a taxa. Isso porque, como se demonstrará, o cotejo de tal tributo com a famigerada assinatura revelará sua coincidência conceitual e de características, não obstante a ausência de lei formal que a preveja e a falta de qualidade específica do cobrador.

Com efeito, Baleeiro² conceitua a espécie tributária: *Taxa é o tributo cobrado de alguém que se utiliza de serviço público especial e divisível, de caráter administrativo ou jurisdicional, ou o tem à sua disposição, e ainda quando provoca em seu benefício, ou por ato seu, despesa especial dos cofres públicos.*

De seu turno, ao comentar o tormento existente sobre a remuneração dos serviços públicos, seja por meio de taxa, seja de preço público, Coelho³ afirma: *A realidade está em que os serviços públicos de utilidade, específicos e divisíveis, podem ser remunerados por preços (regime contratual) ou por taxas (regime de Direito Público). O dilema resolve-se pela opção do legislador. Se escolher o regime tributário das taxas, ganha a compulsoriedade do tributo, inclusive pela mera disponibilidade do serviço, se prevista a sua utilização compulsória (CTN, art. 79, I, ‘b’), mas fica manietado pelas regras de contenção do poder de tributar (...) Se escolher o regime contratual, perde a compulsoriedade da paga pela mera disponibilidade do serviço, mas ganha elasticidade e imediatez na fixação das tarifas, sistema aceito previamente pelo usuário ao subscrever o contrato de adesão, liberando, assim, o controle congressual e a incidência das regras constitucionais de contenção ao poder de tributar. Ao jurista, cujo objeto primordial é o Direito posto, cabe distinguir a taxa do preço exatamente pelo regime jurídico de cada qual. O preço é contratualmente*

te acordado. A taxa é unilateralmente imposta pela lei. O primeiro parte da autonomia da vontade. A segunda é heterônoma.

A despeito de particularmente não concordarmos em deixar ao puro alvedrio do legislador a opção sobre a espécie de remuneração que a prestação do serviço público ensejará, certo é que, optando por uma ou por outra, deverá arcar com as consequências de sua escolha, visto possuírem características próprias.

De tais características podemos extrair a clara ilegalidade da cobrança de valores a título de assinatura.

De fato, a taxa, como espécie de tributo, será cobrada de forma obrigatória (compulsória), independentemente de haver ou não utilização do serviço pelo destinatário, isto é, pela mera disponibilidade do serviço pelo Poder Público ao contribuinte, o qual terá o direito de receber, a tempo e modo, o respectivo valor previsto em lei (poder de cobrança pela disponibilidade).

Entretanto, a compulsoriedade e a cobrança pela mera disposição, como ocorre com todas as espécies de tributos, deverão vir expressas na lei em sentido estrito, por obediência ao princípio da legalidade tributária, que, sob determinado aspecto, resulta em garantia fundamental do contribuinte.

Ao revés, no tocante aos preços ou tarifas públicos, porque regidos pelas normas e princípios do Direito Privado, concretizados mediante contrato, somente poderão ser cobrados se e quando ocorrer a efetiva utilização do serviço pelo consumidor (tratando-se de relação contratual, não é lícita a denominação de contribuinte, e, sim, de consumidor), não cabendo, como ocorre nas hipóteses de remuneração por meio de taxa, a cobrança pela sua simples disponibilidade. De outra banda, inexistirá nesta seara a compulsoriedade, como já mencionamos, visto tratar-se de acordo de vontades entre as partes, o que, por si só, tornaria, no mínimo, contraditória a aceitação de tal característica tributária.

Portanto, em se tratando de preços ou tarifas públicos, e não de taxa, a relação jurídica estabelecida será de consumo, havendo um fornecedor e um consumidor em cada pólo da referida relação. Via de consequência, impossível se mostra a compulsoriedade da cobrança, bem como o pagamento pelo consumidor em razão de mera disponibili-

Dessume-se (...) que, em se tratando de preços ou tarifas públicos, e não de taxa, a relação jurídica estabelecida será de consumo, havendo um fornecedor e um consumidor em cada pólo da referida relação. Via de consequência, impossível se mostra a compulsoriedade da cobrança, bem como o pagamento pelo consumidor em razão de mera disponibilidade do serviço. Isso porque é cediço que a liberdade contratual se traduz em um dos pilares do sistema capitalista de acumulação de riquezas.

dade do serviço. Isso porque é cediço que a liberdade contratual se traduz em um dos pilares do sistema capitalista de acumulação de riquezas. De efeito, malfero o próprio cerne do referido sistema econômico – malgrado as hipóteses previstas em lei, em virtude do chamado “dirigismo contratual” a que as sociedades de massa estão submetidas – a obrigatoriedade de permanecer contratado ou não.

Feitas as necessárias distinções, conclui-se que a cobrança de valores pelas operadoras do serviço de telefonia, a título de assinatura, constitui verdadeira taxa, uma vez que, independentemente do uso do serviço pelo consumidor/usuário, este deverá pagar compulsoriamente referido valor. Ou seja, pela mera disponibilidade do serviço de telefonia, as operadoras cobram valor certo, líquido e contínuo, sem que haja a efetiva utilização pelo usuário/consumidor. Ademais, mostra-se cristalina a compulsoriedade da cobrança da assinatura no momento em que, não havendo o respectivo pagamento pelo consumidor/usuário, o serviço é peremptoriamente interrompido, isto é, em virtude do inadimplemento, o serviço é cortado por conduta unilateral da operadora de telefonia, não havendo, assim, atitude diversa a ser tomada pelo consumidor/usuário, senão a de realizar o pagamento compulsoriamente.

Entretanto, é forçoso reconhecer que tal conduta não seria ilegal caso houvesse lei *stricto sensu* prevendo sua cobrança (princípio da legalidade tributária) e fosse tal compulsoriedade exercida pelo Poder Público diretamente, e, não, por empresas privadas, meras delegatárias de serviço público.

Então, essas características de compulsoriedade e cobrança pela simples disponibilidade do serviço, próprias das taxas, não poderão compor as tarifas ou preços públicos, que servem de espécie de remuneração pela prestação do serviço de telefonia, sendo certo, como vimos, que aqueles – preços ou tarifas públicos – são regidos pelas normas e princípios do Direito Privado, em que prevalecerá, até determinado limite, a liberdade contratual em seus dois aspectos: a liberdade, em si, de contratar ou não e a liberdade de discussão sobre o conteúdo do contrato⁴.

Destarte, ao cobrar quantias de forma compulsória, devido à simples disponibilidade do serviço pela chamada “assinatura”, as operadoras auferem vantagens duas vezes: uma, porque cobram valores sem que haja a efetiva utilização do serviço pelo consumidor, ou seja, pela mera disponibilidade, como se verdadeira taxa fosse – o que, no caso desse serviço, ensejará enriquecimento sem causa das respectivas operadoras, porquanto efetivamente não prestaram serviço algum; duas, porque não arcam com as agruras próprias das taxas como espécie tributária, quais sejam, previsão e majoração somente por meio de lei em sentido estrito (princípio da legalidade tributária), aumento do valor apenas uma vez ao ano (princípio da anuidade), desembaraço das regras constitucionais limitatórias do poder de tributar (limites ao poder de tributar) etc.

Parece claro, portanto, que tal cobrança, nos moldes realizados hodiernamente pelas operadoras de telefonia, faz exsurgir patente a natureza jurídica de taxa que envolve as assinaturas telefônicas, pela compulsoriedade e pela exigência em razão

da mera disposição do serviço, sem que haja as limitações próprias dos tributos em geral para sua cobrança.

3 A DEFESA DO CONSUMIDOR COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Inicialmente, forçoso asseverar que a própria Constituição possui, em seu texto, normas hierarquicamente superiores a outras, o que se infere do art. 60 e parágrafos da Lei Política, da qual se extrai que, pela distinção existente no processo legislativo, evidencia-se a total rigidez de determinados dispositivos em detrimento de outros, semi-rígidos.

Tal raciocínio tem amparo na melhor doutrina. Dessa forma, como afirma Nunes⁵: *Mas mesmo na Constituição existem normas mais relevantes que outras. Essas, mais importantes, são as que veiculam princípios, verdadeiras diretrizes do ordenamento jurídico.*

O princípio jurídico é um enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos horizontes do sistema jurídico e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam.

Segundo a Constituição Federal, em seu art. 5º, XXXII, é dever do Estado fomentar a defesa do consumidor, na forma da lei. Tratando-se de norma que encerra um direito fundamental, conectado ao supremo princípio da dignidade humana, obviamente sobrepor-se-á a dispositivo também constitucional que não possua a mesma natureza, pois, às escâncaras, não se traduz este último em princípio fundamental do Estado democrático de Direito, inaugurado em 5 de outubro de 1988. Via de consequência, não faz parte do núcleo rígido constitucional.

No entanto, trata-se de norma de eficácia limitada à edição de lei para que sua aplicabilidade não seja comprometida. Contudo, somente obedecendo às sérias restrições contidas no corpo da Lei Maior, o legislador ordinário poderá realizar o trabalho de sua complementação. Assim, por força do art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, não será qualquer lei ordinária que satisfará a necessidade de preenchimento do vácuo legal previsto no texto da Constituição. Nessa esteira, faz-se mister a complementação via código – como efetivamente ocorreu com a edição da Lei n. 8.078/90, Có-

digo de Defesa do Consumidor – que, embora possua invólucro de lei ordinária, com esta não se confunde em virtude da sistematização de suas normas, bem como da posse de princípios inerentes que regem sua interpretação.

Daí asseverar Gilmar Ferreira Mendes tratar-se de restrição imediata, *verbis*⁶: *Os direitos individuais enquanto direitos de hierarquia constitucional somente podem ser limitados por expressa disposição constitucional (restrição imediata) ou mediante lei ordinária promulgada com fundamento imediato na própria Constituição (restrição mediata).*

Além de exigir uma restrição imediata, o preceptivo insculpido no art. 5º, XXXII, da CF/88 pressupõe uma reserva legal qualificada, nas palavras de Mendes⁷: *Tem-se uma reserva legal ou restrição legal qualificada (qualifizierter Gesetzesvorbehalt) quando a Constituição não se limita a exigir que eventual restrição ao âmbito de proteção de determinado direito seja prevista em lei, estabelecendo, também, as condições especiais, os fins a serem perseguidos ou os meios a serem utilizados.*

Assim, como se extrai da simples leitura do dispositivo constitucional referente à defesa do consumidor, a legislação infraconstitucional deverá seguir as vinculações estabelecidas pelo legislador constituinte originário no sentido de promover somente aquela defesa, sob pena de inconstitucionalidade.

Dessarte, qualquer manifestação do Estado – seja administrativa, legislativa ou jurisdicional – deverá ter por escopo a promoção da defesa do consumidor. Outros fins deverão ser considerados inconstitucionais, em razão de incompatibilidade vertical com o direcionamento ofertado pelo preceptivo da Constituição da República.

Vislumbra-se, ademais, ser correta a afirmação segundo a qual, em matéria constitucional de defesa do consumidor, sua complementação somente se dará – sem que seja evitada de inconstitucionalidade – se estiver inserida em código, norma jurídica que encerra sistematização entre seus preceitos e possui princípios regentes próprios. Via de consequência, mera lei ordinária que trate de relações de consumo – independentemente do teor de seu conteúdo – revelará inconstitucionalidade formal, à mingua da necessária obediência ao princípio da reserva legal qualificada.

Sem embargo, forçoso admitir que a livre-iniciativa, à semelhança do que ocorre com a defesa do consumidor, encerra um valor constitucionalmente protegido, consoante dispõe o art. 5º, *caput*, da CF/88, o que, em princípio, legitimaria a cobrança da malfadada assinatura, como expressão desse valor em uma economia de mercado.

No entanto, trata-se, em verdade, de hipótese de colisão de direitos fundamentais que leva o intérprete a obtemperar sobre os interesses contrapostos. Isso porque, não obstante previsão legal expressa (art. 4º, *caput*, CDC), a harmonia nas relações consumeristas cogitada encerra cinica utopia em se tratando de sociedade composta de classes díspares – como ocorre em todas as sociedades capitalistas – e, em sede constitucional, avulta de importância a adequação dos princípios, sem que se esvaziem totalmente quaisquer deles.

Em consequência, mister fazer coro com Mendes⁸, quando afirma: *Embora o texto constitucional brasileiro não tenha privilegiado especificamente determinado direito, na fixação das cláusulas pétreas (CF, art. 60, § 4º), não há dúvida de que, também entre nós, os valores vinculados ao princípio da dignidade da pessoa humana assumem peculiar relevo (CF, art. 1º, III).*

Infere-se de tais escólios que, na existência de colisão entre este direito fundamental (defesa do consumidor) e determinados valores constitucionalmente protegidos (no particular, a livre iniciativa), predominará aquele direito em detrimento desses valores, uma vez que se situa – o direito fundamental – estreitamente ligado ao princípio da dignidade humana, na sua face de homem-consumidor.

Nesse sentido, já decidiu o Supremo Tribunal Federal no RE n. 153.531, Rel. Ministro Marco Aurélio, como revela, ainda, Mendes⁹: *Na discussão sobre a legitimidade das disposições reguladoras do preço de mensalidades escolares, reconheceu o Supremo Tribunal Federal que, com objetivo de conciliar os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência e os da defesa do consumidor e da redução das desigualdades sociais, em conformidade com os ditames da justiça social, 'pode o Estado, por via legislativa, regular a política de preços de bens e serviços, abusivo que é o poder econômico que visa ao aumento arbitrário dos lucros.'*

É patente a prevalência – na hipótese de colisão entre direitos fundamentais ou entre estes e valores constitucionalmente protegidos – do princípio da dignidade humana, que se desdobra em outros direitos, dentre os quais, a defesa do consumidor.

Em compêndio, força é admitir que, à luz da Constituição Federal e de sua hermenêutica mais moderna, sobrepuja a importância da defesa do consumidor quando em conflito com o valor da livre-iniciativa, por encerrar princípio de maior peso, qual seja, o da dignidade humana.

4 COMUTATIVIDADE NO CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO TELEFÔNICO

Ademais, ao sopesar os interesses em jogo – quando da cobrança da assinatura –, é inevitável admitir que deverão preponderar os interesses consumeristas aí inseridos. Isso porque, fazendo abstração do fato de estar o princípio da defesa do consumidor inserto no da dignidade humana, mesmo que se pense tão-somente no âmbito do direito privatístico contratual, chega-se à conclusão de que a cobrança dessa verdadeira taxa malfez a função social que todo pacto deve ter, assim como o seu equilíbrio econômico-financeiro.

Afirma Betti¹⁰, no que concerne à função social, que todo contrato, mesmo que presente a autonomia de vontades – como é normal –, deve subsumir-se à função que a sociedade dele espera como fator de distribuição de riquezas, *verbis*: *Conteúdo do negócio é – como dissemos (§ 16) – não uma 'vontade' qualquer, expressão vazia e incolor do capricho individual, mas um preceito da autonomia privada, com o qual as partes pretendem regular os seus interesses, nas relações entre elas ou com terceiros, em vista de escopos práticos de caráter típico, socialmente valoráveis pela sua constância e regularidade na vida de relações corrente. Quem promete, dispõe, renuncia, aceita, não pretende, pura e simplesmente, obrigar-se, despojar-se de um bem, transmiti-lo, adquiri-lo sem outro fim, não procura fazer tudo isso só pelo prazer de praticar um ato que seja fim em si mesmo. Mas procura sempre atingir um dos escopos práticos típicos que governam a circulação dos bens e a prestação dos serviços, na interferência entre as várias esferas de interesse que entram em*

(...) se a equivalência entre as cláusulas contratuais não precisa ser rigorosa, vislumbra-se que sua presença é *conditio sine qua non* para que haja verdadeiro pacto entre os contratantes, sob pena de existir, em verdade, desigualdade material e formal, a ensejar enriquecimento de um em detrimento do outro, impondo-se a concentração de renda nas mãos dos mais fortes economicamente.

contato na vida social(...) Em qualquer negócio, analisado no seu conteúdo, pode distinguir-se, logicamente, um regulamento de interesses nas relações privadas e, concretizada nele – quando, como é normal, não se tenha desfeito (§ 24) – uma razão prática típica que lhe é imanente, uma ‘causa’, um interesse social objetivo e socialmente verificável, a que ele deve corresponder. Causa, bem entendido, não em sentido fenomenológico, mas teleológico e deontológico, atinente à exigência da sociabilidade que preside à função ordenadora do Direito. Tal como os direitos subjetivos, também os poderes de autonomia, efetivamente, não devem ser exercidos em oposição com a função social a que são destinados: o instrumento da autonomia privada, colocado à disposição dos indivíduos, não deve ser desviado do seu destino.

Em outras palavras, porém em raciocínio convergente, assevera Grau¹¹, a respeito de valores que fundamentam a economia capitalista, quais sejam, propriedade privada dos bens de produção e liberdade contratual, bem como sobre a intervenção do Estado nesta seara: (...) *a assertiva de que não há institutos jurídicos cuja análise seja monopólio dos cultores de um determinado ramo do Direito: os contratos, enquanto realidade jurídica, não são objeto de um privilégio de consideração pelos civilistas; para que os possamos compreender, impõe-se a sua detida consideração também desde a visão do Direito Econômico.* E conclui:

A verdade, no entanto, é que tais valores não estão dispostos em situação simétrica, sendo mais correto observar que a liberdade de contratar não é senão um corolário da

propriedade privada dos bens de produção. Isso porque a liberdade de contratar tem o sentido precípuo de viabilizar a realização dos efeitos e virtualidades da propriedade individual dos bens de produção. Em outros termos: o princípio da liberdade de contratar é instrumental do princípio da propriedade privada dos bens de produção. A atuação do Estado sobre o domínio econômico, por isso mesmo, impacta de modo extremamente sensível sobre o regime jurídico dos contratos¹².

Sendo certo, como afirma o ilustre Ministro do Supremo Tribunal Federal, que a liberdade de contratar é uma consequência natural da propriedade privada dos bens de produção e, por outro lado, sendo certo ainda que o Estado, por intervenção legislativa, determina que todo contrato deverá seguir sua função social, vislumbra-se que qualquer anomalia nele inserida ou efetivamente praticada importará em óbice àquela função, desdobrando-se em desequilíbrios econômico-financeiros que poderão gerar consequências nefastas para toda a sociedade.

Percebe-se, a despeito de outras esdruxularias que possam ocorrer no texto de qualquer contrato, que o malferimento de sua comutatividade ensejará ao próprio contrato desequilíbrios internos e sociais irreversíveis, em se tratando de contratos de massas.

Com efeito, o saudoso doutrinador Caio Mário da Silva Pereira, em escólios, assevera¹³: *São comutativos os contratos em que as prestações de ambas as partes são de antemão conhecidas, e guardam entre si uma relativa equivalência de valores. Não se exige a igualdade rigorosa destes, porque os bens que*

são objeto dos contratos não têm valoração precisa.

Nessa esteira, se a equivalência entre as cláusulas contratuais não precisa ser rigorosa, vislumbra-se que sua presença é *conditio sine qua non* para que haja verdadeiro pacto entre os contratantes, sob pena de existir, em verdade, desigualdade material e formal, a ensejar enriquecimento de um em detrimento do outro, impondo-se a concentração de renda nas mãos dos mais fortes economicamente.

É de fácil percepção a inexistência de comutatividade no contrato de prestação de serviços de telefonia – equilíbrio nas obrigações recíprocas – quando um dos parceiros (operadoras de telefonia) recebe valores correspondentes a pagamento – assinatura – que não esteja vinculado a uma obrigação sua que venha a equilibrar as partes no tocante às suas obrigações, restando configurada cláusula leonina que, como já frisado, causará anomalia interna ao contrato e/ou má-distribuição de renda na sociedade de massa.

Portanto, cabe lembrar com Cláudia Lima Marques¹⁴ que: *as características básicas da lesão ou da cláusula leonina identificadas, nos contratos comutativos, seriam, em uma análise, a desproporcionalidade das prestações daí resultante, no que diz respeito aos valores das prestações previstas, e o dolo de aproveitamento ocorrido, representado pelo abuso da inexperiência e da necessidade premente sentida pelo outro contraente em concluir aquele negócio.*

Apreciando demanda na qual existia cláusula leonina, os tribunais pátrios já se manifestaram no sentido da doutrina transcrita, ratificando a necessidade de manter-se a comutatividade contratual mesmo que por vias judiciais:

CONTRATO DE ADESÃO – FORNECIMENTO DE GASOLINA E DERIVADOS DE PETRÓLEO – PEDIDO DE RESCISÃO DO CONTRATO CUMULADO COM COBRANÇA DE MULTA COMPENSATÓRIA E DEVOLUÇÃO DE EQUIPAMENTOS DADOS EM COMODATO – CLÁUSULA PENAL LEONINA E ABUSIVA – ENRIQUECIMENTO ILÍCITO.

As cláusulas padrão, leoninas e abusivas que são inseridas em contrato de adesão para fornecimento de gasolina e derivados de petróleo, estabelecendo prazo contratual demasiadamente longo (onze anos), cota mínima mensal para aquisição de derivados de petróleo superestimada e ainda impondo multa compensató-

ria em elevado percentual a incidir sobre o total dos produtos que não forem adquiridos pela revendedora no prazo estabelecido para a duração da avença, fere a comutatividade das prestações e a igualdade das partes perante o pacto, razão pela qual devem ser consideradas nulas. Recurso conhecido e improvido¹⁵.

Ausente, pois, a comutatividade nos contatos bilaterais de telefonia no tocante à cobrança de assinatura, impõe-se o reequilíbrio contratual ante a patente ilegalidade que enseja, a cada mês, o enriquecimento ilícito das operadoras de telefonia por todo o País, visto não prestarem efetivamente serviço, apesar do recebimento dos valores fixados de forma compulsória.

Cabe, ainda, uma última argumentação em prol da ilegalidade da referida cobrança. Quanto a saber se a cobrança de assinatura encerra desproporcionalidade nas obrigações contratuais – desequilíbrio econômico-financeiro –, visto que enseja pagamento sem contraprestação efetiva de serviço, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que não incidirá ICMS (Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços) sobre os valores cobrados a título de assinatura, exatamente porque tais valores não constituem prestação de serviços ao consumidor. Transcreve-se, pois, a ementa do aresto:

TRIBUTÁRIO – ICMS – “SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO” – CONCEITO – INCIDÊNCIA – AMPLIAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO – CLÁUSULA PRIMEIRA DO CONVÊNIO 69/98.

Há “serviço de comunicação” quando um terceiro, mediante prestação negocial-onerosa, mantém interlocutores (emissor/receptor) em contato “por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza”. Os meios necessários à consecução deste fim não estão ao alcance da incidência do ICMS-comunicação.

A hipótese de incidência do ICMS-comunicação (LC 87/96; art. 2º, III) não permite a exigência do tributo com relação a atividades meramente preparatórias ao ‘serviço de comunicação’ propriamente dito, como são aquelas constantes na Cláusula Primeira do Convênio ICMS 69/98.

No Direito Tributário, em homenagem ao Princípio da Tipicidade Fechada, a interpretação sempre deve ser estrita, tanto para a concessão de benefícios fiscais, quanto para exigên-

cia de tributos. À míngua de Lei não é lícita a dilatação da base de cálculo do ICMS-comunicação implementada pelo Convênio ICMS 69/98 (art. 97, § 1º, do CTN). Recurso provido.

Extraí-se, ainda, do voto do Relator:

A Cláusula Primeira do Convênio ICMS 69/98 diz que “os signatários firmam entendimento no sentido de que se incluem na base de cálculo do ICMS incidente sobre prestações de serviços de comunicação os valores cobrados a título de acesso, adesão, ativação, habilitação, disponibilidade, assinatura e utilização dos serviços, bem assim aqueles relativos a serviços suplementares e facilidades adicionais que otimizem ou apliquem o processo de comunicação, independentemente da denominação que lhes seja dada.”

A Lei faz incidir o ICMS sobre ‘serviços de comunicação’, em cujo conceito se inserem os de telecomunicações. A interpretação do art. 2º, III, da LC 87/96, indica que só há incidência de ICMS aos serviços de comunicação stricto sensu, onde não se incluem os serviços meramente acessórios ou preparatórios à comunicação propriamente dita (g.n.)¹⁶.

Na esteira do raciocínio colacionado, se não incide ICMS sobre os valores cobrados a título de assinatura, em razão de não constituírem serviço de comunicação stricto sensu, não podem as operadoras de telefonia cobrar tais valores, simplesmente por não haver a prestação de serviço de telefonia stricto sensu, ou seja, ocorre claramente a cobrança de valores dos consumidores sem a necessária contraprestação de serviço, como reiteradamente afirmado.

5 CONCLUSÃO

Assevera-se que, seja sob a visão do Direito Público, seja sob a do Direito Privado – hoje cada vez mais público –, a cobrança de assinatura nos serviços de telefonia encerra uma anomalia jurídica, travestindo-se, no primeiro aspecto, de tributo sem que as garantias constitucionais do contribuinte sejam respeitadas, não se podendo olvidar ser o agente econômico cobrador inopetente para tanto. No segundo aspecto, essa anomalia enseja desequilíbrio econômico-financeiro no contrato entabulado, sendo justo afirmar que, em razão das dimensões territoriais do serviço, ofertado em todo o País, traduz-se em verdadeiro atentado con-

tra a ordem econômica, a desrespeitar o princípio da defesa do consumidor, chegando mesmo às raias da esdruxularia jurígena.

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1 BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário brasileiro*. 10. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 62.
- 2 Idem, p. 324.
- 3 COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 801.
- 4 GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 85.
- 5 NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito material (arts. 1º ao 54)*. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 1, p. 2-3.
- 6 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 227.
- 7 Idem, p. 236.
- 8 Idem, p. 299.
- 9 Idem, p. 299.
- 10 BETTI, Emílio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Trad. de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003. t. 1, p. 248.
- 11 GRAU, *op. cit.*, p. 83.
- 12 Idem, p. 83.
- 13 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1992. v. 1. p. 47.
- 14 MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 772.
- 15 Apelação Cível n. 0305595-0/2000, 4ª Câmara Cível do TAMG, Luz, Rel. Juiz Paulo César Dias, j. 24/05/2000, unânime.
- 16 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 402047/ME, 1ª T, relator Min. Humberto Gomes de Barros. Recorrente: Telebrasil – Telecomunicação de Brasília S/A.

BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTAR

- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 755.
- PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica filosófica e constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. 206 p.

Artigo recebido em 17/8/2004.

ABSTRACT

The authors show, both from the viewpoints of Public and Private Law, the illegality of the collection of subscription carried out by telephone companies, which is a real tax, since the consumer will have to pay such amount in a compulsory way, whether the service is or is not used.

They claim that such subscription has caused damage to the consumers' rights, by

improperly benefiting the companies of the sector, because at the same time it has features of tax, it does not submit, however, to the characteristic restraints of taxes established by such principles as tax legality and annuity, among others.

They also understand that the above mentioned collection holds disproportion towards contractual obligations and it harms mortally the social function that every agreement should have, as well as its economic-financial balance, becoming a real transgression against the economic order, considering the vast territorial extension where this service is rendered.

KEYWORDS – Tax Law; subscription; telephone service; tax; contractual commutation; consumer's defense; privatization; inequitable clause.

Renato Franco de Almeida é Promotor de Justiça em Belo Horizonte, especialista em Direito Público, Professor em Direito do Consumidor e Econômico do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

Aline Bayerl Coelho é Advogada, especialista em Direito Processual pela PUC-BH e membro da Comissão de Defesa do Consumidor – OAB/MG.