**Modelo de petição**

Protegido pela Lei nº 9.610, de 19/02/1998 - Lei de Direitos Autorais.

AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE ASSINATURA MENSAL C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO

MERITÍSSIMO JUIZ DE DIREITO DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL DA COMARCA DE (........................)

REQUERENTE, brasileiro, (estado civil), (profissão), portador da carteira de identidade nº (................................), inscrito no CPF sob o nº (..................................), residente e domiciliado na Rua (..........................................), nº (.....), bairro (................), cidade (..................), CEP (..............................), no Estado de (....), por seu procurador infra-assinado, instrumento de mandato anexo (Doc. XX), com escritório profissional situado na Rua (..........................................), nº (....), Bairro (..............), Cidade (..........................), CEP. (....................), no Estado de (.....), onde recebe intimações, vem à presença de V. Excia., propor a presente

AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE ASSINATURA MENSAL C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO [1]

nos termos dos arts. 5º, XXXII e art. 170, V da CR/88; art. 6º, IV, art. 39, I e V, art. 42, 81 e 83 do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990), em face da empresa (....................), inscrita no CNPJ sob o nº (.................), com sede na Rua (........................................), bairro (.................), cidade (...............................), CEP (..............................)no Estado de (....), onde receberá as intimações, pelos fatos e fundamentos que passa a expor:

DOS FATOS

1. O REQUERENTE é assinante de serviços de telefonia fixa fornecidos pela empresa REQUERIDA, concessionária de serviços de telecomunicações;

2. Este mesmo REQUERENTE é titular do direito de uso da linha telefônica nº (XXXX-XXXX), conforme demonstram os documentos acostados conjuntamente à presente inicial (Doc. XX);

3. A mencionada linha foi instalada no endereço residencial do REQUERENTE na data de (.... /...../.........) (Doc................);

4. É certo que, a cada mês, desde a instalação da supracitada linha telefônica, a empresa REQUERIDA cobra do REQUERENTE, através das contas de serviços das telecomunicações, valores a título de "assinatura mensal";

5. Desde que iniciou o uso dos serviços fornecidos pela empresa REQUERIDA, vê-se que o REQUERENTE já pagou, a título de "assinatura mensal" o valor de R$ (.............), conforme comprova a memória de cálculo anexa (Doc..........................);

6. Entretanto, o REQUERENTE entende indevida a cobrança das parcelas mensais definidas pela empresa REQUERIDA como "assinatura mensal", no que busca providências judiciais para ver agasalhado seu direito, nos termos que se seguem.

DO DIREITO

1. Da Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor

Pelos fatos elencados acima, conclui-se que o REQUERENTE se enquadra no conceito de consumidor inscrito no art. 2º do CDC, assim como a REQUERIDA se identifica com o conceito de fornecedor trazido no art. 3º do mesmo texto normativo, formando ambos uma relação de consumo no contrato apontado, vínculo este que é disciplinado não só pelo Código de Defesa do Consumidor como também (e principalmente) pela própria Constituição da República, que, sobretudo em seus artigos 5º, XXXII e 170, V, cuidam detidamente da defesa do consumidor.

A legislação cosumerista, a respeito, fixa que:

"Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire e utiliza produtos ou serviço como destinatário final”.

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

§ 1º - Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º - Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salva as decorrentes das relações de caráter trabalhista."

Pelo exposto, prescindíveis maiores argumentações para se constatar haver uma relação de consumo entre REQUERENTE e REQUERIDA.

2. Do princípio da legalidade nos serviços públicos

No ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da legalidade, no âmbito administrativo, está contido no caput do artigo 37, da Constituição Federal:

"Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, obedecerá aos princípios de LEGALIDADE, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:...”.

Os serviços prestados pela empresa REQUERIDA são serviços públicos, e, em se considerando que à vontade da Administração Pública é – necessariamente – a vontade decorrente da lei, tais serviços estão subordinados à Lei nº 9.472/97, que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações.

A douta escritora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, em sua obra "Direito Administrativo", 18ª edição, Editora Atlas, pág. 68, define que:

"Segundo o princípio da legalidade, a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite. No âmbito das relações entre particulares, o princípio aplicável é o da autonomia da vontade, que lhes permite fazer tudo o que a lei não proíbe...”.

E prossegue a Professora:

"Em decorrência disso, a Administração Pública não pode, por simples ato administrativo, conceder direitos de qualquer espécie, criar obrigações, ou impor vedações aos administrados; para tanto ela depende de lei...”.

Verifica-se que a empresa REQUERIDA vem cobrando desde a instação da linha telefônica do REQUERENTE, um valor referente à "assinatura mensal", estando o consumidor pagando atualmente a importância de R$ (..........) (valor expresso) conforme comprova a inclusa cópia de "Demonstrativos de Despesas (Doc..............)". Conjuntamente à "assinatura mensal", é cobrado valor referente às tarifas, estas, valoradas na proporção e na medida da utilização dos serviços.

A Lei nº 9.472 prevê apenas e tão-somente a cobrança de tarifa pelos pulsos utilizados, não havendo qualquer menção quanto a valores cobrados mensalmente, a título de "assinatura", de forma constante e compulsória, ou seja, valor cobrado de maneira desvinculada e independente da efetiva utilização dos serviços.

Analisando a Lei nº 8.987/95, percebe-se que a instituição de tarifa pela utilização de serviços públicos é limitada por alguns princípios, em especial o da modicidade tarifária e o da justa remuneração, aos quais devem respeito às empresas concessionárias de serviço público, condição jurídica da REQUERIDA.

Não estando prevista na legislação que regula a matéria, a possibilidade da cobrança de um adicional incidente sobre a tarifa, conclui-se que a "assinatura mensal" cobrada e imposta no contrato de adesão de telefonia, por não ter uma natureza tarifária, fere o princípio da legalidade, ao qual devem se submeter os serviços públicos.

3. Do Contrato de Concessão firmado entre a empresa REQUERIDA e a ANATEL

3.1 – Da equiparação da "assinatura mensal" à tributo

O contrato de concessão de serviço público, firmado entre a empresa REQUERIDA e a respectiva agência reguladora governamental – ANATEL (Doc. XX), quando prevê, em sua cláusula XX, a cobrança por parte da concessionária da "assinatura mensal", está claramente a equiparando a um tributo, cobrança esta que mais se assemelha à espécie "taxa", que são cobradas pelo Poder Público ou seus concessionários devido aos serviços prestados ou postos a disposição do contribuinte, como é o caso da utilização dos serviços de água ou esgoto, nas localidades onde não se admite o uso de poços ou fossas.

O assinante (consumidor) paga um valor específico para a habilitação do telefone (R$........,.......), que é suficiente para cobrir todos os custos referentes à instalação. No entanto, também é cobrado pela empresa em um valor mensal denominado "assinatura mensal” , como requisito para a disponibilização do serviço, fazendo com que esta cobrança se assemelhe à taxa.

Tal cobrança só poderia ser feita na exata medida do custo do serviço público efetivamente prestado, não sendo permitido a cobrança até mesmo quando não houvesse a utilização dos serviços, sob pena de gerar o enriquecimento ilícito e sem causa.

3.2 – Da estrita legalidade no Direito Tributário

Um outro ponto fundamental vem de encontro com o princípio da estrita legalidade no Direito Tributário. Segundo tal postulado, apenas uma Lei, que tenha origem no poder competente para editá-la, tem força para criar um tributo, na forma do art. 150, I da CR/88.

“Art. 150 – Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios”:

I – exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça..."

Verifica-se que uma taxa só poderia ser cobrada e exigida pela União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, não podendo ser delegada a terceiros, nem a pessoas jurídicas de direito público e, muito menos a particulares, como é o caso das concessionárias. Portanto, não resta dúvidas de que a ANATEL, que é a agência reguladora do setor de telecomunicações, não possui a capacidade de tributar, ou seja, de instituir mediante um contrato, uma cobrança compulsória, assemelhada a uma taxa.

4. Da Abusividade da prática da REQUERIDA em face do Código de Defesa do Consumidor

As disposições contidas no Código de Defesa do Consumidor demonstram, de forma ainda mais categórica, que o procedimento da REQUERIDA se mostra abusivo e ilegal.

Conforme está prescrito no art. 39, I do CDC, é vedada a limitação quantitativa a maior, que podemos visualizar nos atos da empresa REQUERIDA, no momento em que estabelece uma quantidade mínima de pulsos a serem utilizados, sem se preocupar se seus consumidores necessitam ou não de tal quantidade.

“Art. 39 É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas”:

I - condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos.

É inegável que o consumidor tem a prestação de serviços condicionada a limites quantitativos, ou seja, ainda que não utilize, efetivamente, dos serviços de telefonia, está obrigado a pagar uma "tarifa mínima", correspondente a 100 (cem) pulsos, sob pena de ser obstado seu acesso ao serviço público em comento.

Outro abuso cometido pela concessionária de serviços de telecomunicações, REQUERIDA na presente ação, é o fato de não permitirem a acumulação dos pulsos que não são utilizados pelos clientes em um determinado mês, fazendo com que estes percam definitivamente o direito de utilizá-los posteriormente. Dessa forma, alguns consumidores se sentem até mesmo obrigados a utilizar o serviço mesmo sem necessidade para não serem prejudicados, sendo que outros acabam por permitir um enriquecimento indevido da concessionária, que recebem valores destinados a custear um serviço específico que, todavia, não é prestado.

No inciso V do art. 39 do CDC, é vedado também que se exija do consumidor vantagem manifestamente excessiva; o que mais uma vez é claramente percebido nesta imposição, pois a cobrança da assinatura mensal, na forma em que é imposta pelas concessionárias de telefonia, gera, sem dúvida nenhuma, um quadro de onerosidade excessiva em face do consumidor, desequilibrando, por completo, a relação existente entre as partes.

No que se refere à interpretação das cláusulas contratuais, o art. 47 do CDC estabelece que:

"Art. 47. As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor”.

As cláusulas abusivas acima mencionadas devem, de acordo com o art. 51, IV e seu § 1º, III, ser declaradas nulas de pleno direito.

“Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que”:

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a eqüidade;

§ 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que:

III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso;

O renomeado jurista Nelson Nery Junior, na obra sobre o "Código de Defesa do Consumidor" comentado pelos autores do anteprojeto, 4ª edição, Forense Univ., 1.996, pág. 341, afirma que:

"O rol elencado no art. 51 do Código de Defesa do Consumidor não é exaustivo, podendo o juiz, diante das circunstâncias do caso concreto, entender ser abusiva e, portanto nula, determinada cláusula contratual", concluindo que esta autorização está contida no caput do art. 51 do CDC, ao dizer serem nulas "entre outras", as cláusulas que menciona, fazendo também referência ao contido no inciso XV para reafirmar sua certeza de que ao juiz é dada a liberdade de identificar cláusulas abusivas fora do rol expressamente descrito no mencionado artigo.

5. Da Repetição do Indébito em dobro

No presente caso, não resta dúvidas de que a cobrança da "assinatura mensal" de telefonia é ilegal, e, que aquele que recebeu o que não devia deve restituir àquele que pagou. Pelo fato de a relação existente ser uma relação de consumo, cabe perfeitamente a aplicação do art. 42, parágrafo único do CDC:

"O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável”.

Portanto é obrigação da empresa concessionária de telefonia devolver em dobro, tudo o que cobrou indevidamente do REQUERENTE, pelo período de utilização da linha telefônica, desde a data da primeira cobrança comprovada nos presentes autos, não devendo ser considerada nenhuma forma de prescrição, por se tratar de uma nulidade absoluta e, como tal imprescritível.

6. Da Tutela Antecipada

A Lei n. º 8.952, de 13 de dezembro de 1994, ao dar nova redação ao art. 273 do Código de Processo Civil, possibilitou a antecipação dos efeitos da tutela pretendida no pleito inicial.

Trata o instituto da tutela antecipada da realização imediata do direito, já que dá ao autor o bem por ele pleiteado, antes mesmo do desfecho da lide posta em juízo. Dessa forma, desde que presentes a prova inequívoca e a verossimilhança da alegação, a prestação jurisdicional será adiantada sempre que haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

As condições para que o magistrado conceda a tutela antecipada, são:

a) verossimilhança da alegação;

b) fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação

Comentando tais requisitos, o Juiz Federal Teori Albino Zavascki pondera que:

“Atento, certamente, à gravidade do ato que opera restrição a direitos fundamentais, estabeleceu o legislador, como pressupostos genéricos, indispensáveis a qualquer das espécies de antecipação da tutela, que haja (a) prova inequívoca e (b) verossimilhança da alegação. O fumus boni iuris deverá estar, portanto, especialmente qualificado: exige-se que os fatos, examinados com base na prova já carreada, possam ser tidos como fatos certos. Em outras palavras: diferentemente do que ocorre no processo cautelar (onde há juízo de plausibilidade quanto ao direito e de probabilidade quanto aos fatos alegados), a antecipação da tutela de mérito supõe verossimilhança quanto ao fundamento de direito, que decorre de (relativa) certeza quanto à verdade dos fatos. Sob esse aspecto, não há como deixar de identificar os pressupostos da antecipação da tutela de mérito, do art. 273, com os da liminar em mandado de segurança: nos dois casos, além da relevância dos fundamentos (de direito), supõe-se”. provada nos autos a matéria fática. (...) Assim, o que a lei exige não é, certamente, prova de verdade absoluta, que sempre será relativa, mesmo quando concluída a instrução, mas uma prova robusta, que, embora no âmbito de cognição sumária, aproxime, em segura medida, o juízo de probabilidade do juízo de verdade" (Antecipação da Tutela, Editora Saraiva, São Paulo, 1997, fls. 75-76).

É induvidoso que, no caso em tela, os requisitos exigidos pelo diploma processual para o deferimento da tutela antecipada encontram-se devidamente preenchidos.

A existência do fumus boni iuris mostra-se clara, considerando a documentação ora acostada, bem como a inobservância de diversos princípios constitucionais fundamentais da defesa do consumidor além da inobservância de diversas normas legais.

A urgência, ou periculum in mora, resta caracterizada na medida em que a cobrança indevida da assinatura mensal, por mais tempo do que aquele que já vem sendo cobrada pela empresa REQUERIDA, só lhe trará mais custos, do que os já demonstrados nesta peça vestibular.

Assim, presentes os requisitos necessários à concessão da tutela antecipada, pretende o REQUERENTE o seu deferimento, inaudita altera parte, objetivando a urgente interrupção da cobrança.

Requer-se ainda, para o caso de descumprimento da ordem judicial, a cominação de multa diária em valor a ser estipulado por Vossa Excelência, atitude necessária para que se tenha um eficiente meio de pressão sobre a REQUERIDA, com o fito de que seja compelida a cumprir a decisão proferida.

Dessa forma e com base nos argumentos jurídicos ora apresentados, vem o REQUERENTE apresentar-se ao Judiciário na expectativa de ver feita justiça quanto aos seus direitos, os quais, como se pôde demonstrar, vem sendo sistematicamente violados pela REQUERIDA.

DOS PEDIDOS

Diante de todos os fatos e fundamentos anteriormente dispostos, REQUER:

I. A citação da empresa REQUERIDA no endereço já mencionado para responder à presente em todos os seus termos até o final, contestando se quiser, sob pena de confissão acaso reste revel (artigos 285, 300, 302 e 319 do CPC, c/c art. 20 da Lei 9.099/95);

2. Que, em sendo julgada a procedência da ação, seja declarada a ilegalidade da "assinatura mensal" e, via de conseqüência, a nulidade das cláusulas contratuais por adesão que obrigam o REQUERENTE, usuário da telefonia fixa, a pagar à REQUERIDA, concessionária desses serviços, a quantia denominada de "assinatura mensal";

3.Seja deferida tutela antecipada no sentido de se determinar à REQUERIDA que interrompa, initio litis, a cobrança da "assinatura mensal" nas faturas vindouras, fixando Vossa Excelência multa diária por descumprimento desta decisão, no montante que entender razoável, a fim de tornar a medida jurisdicional efetiva;

4. Que seja determinada a repetição dos valores pagos indevidamente, em dobro e atualizados monetariamente, acrescidos de juros de mora desde a data do efetivo vencimento de cada parcela;

5. Seja o requerido condenado a pagar as despesas, custas e honorários advocatícios na fixação máxima de 20%, com fulcro no art. 20 § 3º do CPC.

6. Seja deferida ao REQUERENTE da presente demanda assistência judiciária gratuita, com fulcro no art. 5º, LXXIV da Constituição da República e na Lei nº 1.060/50, por se tratar de pessoa pobre na acepção da lei, de forma que o valor das custas irá onerar em muito seu orçamento mensal, uma vez comprovado a insuficiência de recursos.

7. A produção de todas as provas em direito admitidas, pareceres técnicos, vistorias, juntadas de outros documentos, etc.

Dá-se à causa o valor de R$ (.............) (valor expresso).

Termos que

Pede deferimento.

(Local data e ano).

(Nome e assinatura do advogado).