SENTENÇAS

CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO — TELEFONE — AÇÃO DO USUÁRIO — FÔRÇA MAIOR — RESPONSABILIDADE DA EMPRÊSA CONCESSIONÁRIA PELA DEFICIÊNCIA DO SERVIÇO

— Sendo a concessão instituída a benefício da coletividade, não se podem interpretar as cláusulas do contrato contra os interêsses dessa mesma coletividade.

— O usuário de serviço público concedido tem ação para fazer valer os seus direitos, quando relegados.

— Cabe ação cominatória contra a concessionária do serviço telefônico para obrigá-la a instalar aparelhos dentro do prazo estipulado, sob pena de multa.

JUÍZO DE DIREITO DA COMARCA DE SÃO PAULO

SENTENÇA

Vistos.

I — O Dr. Aristeu Dias Leme propôs esta ação cominatória contra a Cia. Telefônica Brasileira, a fim de compeli-la a instalar um aparelho telefônico em sua residência, à rua Santo Amaro número 252, apartamento 72, nesta Capital, alegando, em suma: que em fins

de 1949 solicitou da ré a instalação do aludido aparelho, não tendo sido atendido até 27 de agôsto de 1950, quando renovou o pedido, por carta que mereceu resposta da destinatária confirmando a inscrição do seu nome dentre os que seriam oportunamente atendidos; que aguardou a instalação até 7 de dezembro do ano passado, e como não fôra feita pela ré notificou-a de que esperava a ligação do aparelho até 25 do mesmo mês; que exauridos os meios amigáveis para a obtenção do aparelho, ajuizou esta ação, com fundamento no art. 302, inciso XII, do Código de Processo Civil, tendo em vista a obrigação assumida pela concessionária na cláusula 8.ª, letra *k*, do contrato a que se refere a lei municipal n.º 2.965, de 15 de abril de 1926, revigorada pelo "Têrmo de Acôrdo", firmado em 25 de agôsto de 1941, pela qual se obrigara a efetuar as ligações de aparelhos telefônicos dentro de vinte dias do pedido formulado pelo interessado; que estando em condições de igualdade com os demais munícipes que se utilizam do serviço público por ela explorado nesta Capital, tem direito ao aparelho solicitado, e, desatendido, dispõe da presente ação para obrigá-la a instalar o telefone pretendido, dentro de dez dias, sob pena de incorrer na multa de Cr$ 500,00 por dia, enquanto perdurar a sua recusa, além de ser condenada nas custas do processo. Pediu, ainda, o autor fôsse citada a Municipalidade de São Paulo para intervir na ação, se se considerasse interessada.

Procedidas as citações, a Prefeitura se declarou desinteressada na demanda, por visar, exclusivamente, o acertamento de direitos entre o usuário e a concessionária do serviço público de que é concedente.

A ré, Cia. Telefônica Brasileira, contestou o pedido em todos os seus têrmos, argüindo, preliminarmente, carência da ação proposta, sob o fundamento de que o autor não é parte no contrato de concessão, e como terceiro estranho ao ajuste firmado entre ela e o poder concedente — Prefeitura Municipal de São Paulo — não pode exigir judicialmente o cumprimento de qualquer cláusula estabelecida naquele instrumento; que como simples pretendente do serviço telefônico de que ela é concessionária, não dispõe o munícipe de qualquer ação para coagi-la a prestar o serviço, cuja execução só pode ser exigida pela Municipalidade. No mérito, contrabateu a pretensão do autor, argumentando que a invocada cláusula 8.ª não confere ao munícipe o direito de exigir instalação de telefone dentro de prazo certo, enquanto houver falta de capacidade na sua rêde; que, se deixou de atender ao pedido do autor o foi por motivo de fôrça maior, consistente "na deficiência ou falta de capacidade disponível na rêde telefônica da Capital, motivada a princípio pela guerra mundial que retardou e prejudicou o fabrico e a importação de novas centrais telefônicas e depois pelos efeitos da mesma guerra, isto é, a vagarosa transformação das indústrias de guerra para os fins pacíficos; prioridade de fornecimento de materiais telefônicos às companhias telefônicas dos próprios países onde se localizam as fábricas produtoras; falta de financiamento para ampliações de grande vulto em serviços públicos; e a isso tudo, somado, o impressionante crescimento de nossa Capital, superando todos os cálculos estatísticos mais arrojados e otimistas, fazendo com que a nossa Capital seja uma das cidades de desenvolvimento mais rápido no mundo inteiro!!!" (Contestação, fls. 27, item VIII); que reconhecendo essa realidade a Prefeitura Municipal de São Paulo tem tolerado a insuficiência do serviço telefônico desta Capital, renunciando a qualquer procedimento administrativo ou judicial, pela demora da concessionária em atender aos novos pedidos de instalação de telefones; que, finalmente, impugna a cominação fixada pelo autor, por considerá-la exagerada, em confronto com a taxa que seria cobrada pelo aparelho telefônico pretendido; que, nessas condições, deve a ação ser julgada improcedente, se antes não se reconhecer a sua carência, condenando-se em qualquer dos casos, o autor nas

custas do processo intentado. No prazo próprio a parte adversa manifestou-se sôbre a preliminar levantada na contestação, a qual, por entrosar-se com o mérito, ficou relegada para apreciação final, conforme se esclareceu no despacho saneador de fls. 70/71. Tomou-se o depoimento do autor e de um dos representantes da ré (fls. 80 e 81), oficiou-se à Prefeitura Municipal no sentido de obter-se informações sôbre o modo pelo qual vêm sendo executados os serviços de que se incumbiu a concessionária, e, obtida resposta (fôlhas 84/86), concluiu-se a instrução com o debate das partes, cujos argumentos estão consubstanciados nos memoriais de fls. 93/106 e 108/119, e serão apreciados e respondidos no decorrer desta sentença. Assim, vieram-me os autos para decisão.

II — Profiro-a:

A relevância e complexidade da matéria posta em controvérsia reclamam, para exata apreciação e julgamento, se avivem alguns princípios norteadores da concessão de serviço público, bem assim, a posição do usuário ou utente, em face do contrato que estabelece as condições de execução e utilização dêsse mesmo serviço. Com o eminente professor e desembargador Mário Masagão é de se aceitar que "a natureza jurídica da concessão de serviço público é a de um contrato de direito público oneroso, sinalagmático, comutativo, e realizado *intuitu personne*" (Cf. "Natureza Jurídica da Concessão de Serviço Público", ed. 1933, pág. 101). Conquanto nem todos os autores aceitem essa conceituação, são unânimes em admitir que da concessão nascem direitos para os particulares, em cujo benefício é instituído o serviço. Daí decorre que, de todo contrato de concessão se originam duas ordens de relações distintas: uma, entre o poder concedente e o concessionário; outra, entre o concessionário e o particular interessado na utilização do serviço. Nessas relações do usuário com o concessionário, reabrem-se a controvérsia sôbre a natureza jurídica do ato praticado. Sustentam uns, que se opera verdadeiro *contrato de adesão* (Dereux, "Nature Juridique des Tarifes de Chemins de Fer", 1906; Hauriou "Principes de Droit Public", 1916, pág. 206, e segs.; Vittorio Salandra, "I Contratti di Adesione", *in* "Riv. Dir. Comm." de Sraffa e Vivante, 1928, pág. 518; Aguiar Dias, comentando o Ac. Trib. Just. Fed. *in* "Rev. For.", 131/142); afirmam outros, que as cláusulas insertas no contrato de concessão assumem o caráter de *regulamentoção* ou *ato-condição* (Waline, "Droit Administratif", 1946, pág. 436; Wyman, "Public Services", 1921, vol. 1.º, §§ 331 e segs.; Gabino Fraga, "Derecho Administrativo", 1948, pág. 409; Marcelo Caetano, "Direito Administrativo", 1947, pág. 113); e, por derradeiro vem os que consideram os serviços assegurados ao público, uma *estipulação em favor de terceiros* (Bielsa, "Derecho Administrativo", 1947, vol. 1.º, págs. 369 e 435/436; Planiol, "Droit Civil", vol. II, n.º 1.216, 4.ª ed.; Chironi, "I Contratti a Favore di Terzi", 3.ª ed., pág. 230; Tartufari, "Dei Contratti a Favore di Terzi", § 112; Pipia, "L'Elettricità nel Diritto", pág. 191). Esta, a meu ver, a conceituação exata da situação jurídica que se estabelece entre o concessionário e os particulares beneficiários do serviço público concedido. Como ensina Bielsa, "las cláusulas de la concesión son pactadas tanbien en favor de los usuarios del servicio publico, quienes pueden invocarlas o prevalecerse de ellas, tanto para obtener el servicio público (que es general y uniforme) como para obligar al concesionario a prestar ese servicio en forma regular, continua y según los precios establecidos" (Obr. cit., pág. 369). E apreciando as conseqüências dessa *estipulatio in favore tertii*, sustenta o mesmo tratadista que "el usuario del servicio publico (así se trate de prestaciones continuas o por termino o medida, v. gr. *teléfonos*, aguas corrientes, luz elétrica, etc., o solo de prestaciones sucesivas, transvías, etc.), en caso de funcionamiento deficiente del servicio público, puede ejercer dos clases de recursos: 1.º) uno *judicial*, direto contra el concesionario para el cumplimiento del contrato y para reclamar indemnización

si la suspensión o ejecución deficiente le causa um daño; entonces domina el principio de la responsabilidad común; éste es un recurso individual que se deduce cuando el incumplimiento de la obligación del servicio es individual; 2.º) otro contencioso-administrativo, contra el concedente si ante la reclamación motivada por la prestación general deficiente del servicio publico, no se constringe al concesionario a prestarlo regularmente. La inercia de la Administración publica importa la lesión de un derecho objetivo y de un interés legitimo del usuario" (Obr. cit., pág. 434). E remata afirmando que "Los administrados que tienen derecho a exigir la prestación del servicio publico, por ejemplo conexión de cañería de agua corriente, o *instalación del teléfono*, etc., pueden recurri a la autoridad administrativa concedente para que esta ordene al concesionario la prestación del servicio, y pueden también promover recurso jurisdiccional (contencioso-administrativo o judicial según el régimen) fundándose *en el mismo contrato de concesión*, que obliga al concesionario a prestar servicio a los administrados, mediante retribución fijada en la tarifa. A este respecto el contrato de concesión es una estipulación por terceros; y si éstos aceptan, pueden, según el propio derecho civil, exigir el cumplimiento" (Obr. cit., pág. 435). No mesmo sentido é a lição de Jacques Alibert, oportunamente invocado pelo autor, e em cuja obra deparei com a afirmativa de que "la demande par l'usager du bénéfice des prestacions du service apparaite comme l'acceptation de la stipulation pour autre contenue dans l'acte de concession, de regre, elle faite naître un droit direct, une créance precise ayant pour object une obligation de faire, c'est-á-dire la conclusion d'une contrat, l'établissement d'une bien juridique que assurera à l'usager le bénefice effectif des prestations du service" (Cf. "Obligations et responsabilités des distributeurs d'energie életrique", pág. 222). Vem a talho, ainda, êste comentário de Huc a um julgado da Côrte de Cassação da Bélgica, de 21 de julho de 1888, em caso assemelhado ao dêstes autos: "En cas de contestation l'autorité communale a qualité pour faire reconnaître en principe les droits qui, pour les habitants, resultent de cette convention, mais les habitants, *individuellement* ont seuls le droit d'exigir de l'adjudicataire ou pérmissionaire, l'execution des stipulations faites á leur profit" ("Cód. Civil Fr.", VII/67). Com mais objetividade, em acurado estudo sôbre a matéria, em obra especializada, Salvatore Pugliese ensina que "Ottenere la prestazione telefonica è diritto del"utente; questo diritto è un diritto soggetivo público rientrante nella categoria dei diritti civici. E questo diritto constituisce giuridicamente la figura dell'utente; l'utente è il titolare di questo diritto". E linhas adiante reafirma: "Il concessionário è obbligato verso l'utente a provvedere alla prestazione telefonica appunto perchè questo è l'obligo fondamentale che ha assunto quando lo Stato gli ha concesso l'esercizio del suo diritto" (Cf. "Compendio di Diritto Telefonico", 1936, pág. 164 e segs.). No direito pátrio vigem os mesmos princípios. Daí o afirmar o emérito professor Francisco Morato que "Se é certo que os particulares não podem se dizer credores de serviços públicos não organizados, para criação dos quais não dispõem de outro meio senão as diligências políticas ou administrativas, certíssimo é que, relativamente aos já organizados, êles se acham em uma certa situação jurídica, com direito de compartilhar das vantagens e benefícios que redundam para a coletividade em geral, *podendo, para isso, invocar os remédios judiciários, em tôda a sua amplitude e conseqüências*" ("Miscelânea Jurídica", pág. 385). Na mesma ordem de idéias reconhece o Ministro Filadelfo Azevedo um direito do particular, beneficiário do serviço público, paralelo ao do poder concedente: "Em verdade, na concessão se conjugam preceitos de finalidade diversa: os que se limitam a compor o ajuste de interêsses entre o Estado e o concessionário e os que tendem a regular as relações entre êstes e os beneficiários do serviço, incertos e

anônimos. Não interessa discutir, para tal efeito, se a concessão tem feitio unilateral, como querem alguns, ou se apresenta feição contratual, como preferem outros, pois, de qualquer maneira será irrecusável a coexistência dessas duas séries de regras, tendendo, embora, à unidade econômica e jurídica" (parecer *in* "Rev. For.", vol. 91, págs. 84/88). Mais não será preciso argumentar, para que se evidencie a legitimidade da ação proposta, cuja titulariedade não se pode negar ao usuário do serviço telefônico. Inanes seriam todos os seus direitos de beneficiário da prestação a que se obrigou a concessionária, se desprovidos de ação para os fazer valer, quando relegados. Recusar-se a possibilidade de o particular demandar a concessionária para a obtenção do serviço, na parte que lhe é devida, seria a violação do preceito legal de que "a todo direito corresponde uma ação, que o assegura" (Código Civil, art. 75). Nem se objete a aplicação de normas de direito privado nas relações emanadas de contrato de direito público. A tal objeção já deu cabal resposta a autoridade de Bielsa, em clássica monografia dedicada ao assunto, onde explica que "en la esfera del Derecho Administrativo, o sea en la actividad jurídica de la Administración Pública, producense situaciones idénticas a las del derecho civil, o sea, entre sujetos de derecho privado; y nada se opone, sino al contrario, que esas reglas se apliquen en ciertas relaciones entre uno particular y una entidad administrativa, o entre dos entidades administrativas" (Cf. "Relaciones del Código Civil con el Derecho Administrativo", 1923, pág. 15, e segs.). Em face dêsses princípios, e tendo em vista a cláusula 8.ª, letra *k* do contrato de concessão, que estipula expressamente a obrigação de a Cia. Telefônica Brasileira efetuar qualquer ligação de novo assinante ou mudança de aparelho de um edifício para outro, *no prazo máximo de vinte dias*, contados da entrega do pedido escrito do interessado, reconheço o cabimento da ação proposta, bem como a legitimidade das partes que se vincularam à demanda. Isto porque, como titular do direito à obtenção do serviço concedido, pode o usuário demandar a concessionária pela prestação que lhe é devida. E, decorrendo êsse direito de estipulação contratual, com prazo determinado para a prestação do fato, dispõe o usuário de ação cominatória (Código de Processo Civil, art. 302, n. XII), para obtê-la nas mesmas condições em que é prestado aos demais beneficiários do serviço público. Rejeito, assim, a preliminar de carência da ação, argüida pela contestante.

No mérito, procede o pedido da inicial, como passo a demonstrar.

Na conformidade do contrato de concessão aprovado pela lei municipal número 2.965, de 15 de abril de 1926 (fôlhas 33/34), revisto em 25 de agôsto de 1941 (fls. 44/49), está a ré — Cia. Telefônica Brasileira — na obrigação de atender aos pedidos de instalação de aparelhos telefônicos, nesta Capital, dentro de vinte dias da manifestação escrita do interessado (Cláusula 8.ª, letra *k*, do contrato de 1926 revigorada pelo "Acôrdo" de 1941). A ré não desconhece, nem contesta essa obrigação. Limita-se a invocar motivos de fôrça maior, impedientes do fiel cumprimento das obrigações assumidas. E dentre êstes, invoca as conseqüências da última guerra mundial; a falta de financiamento para a execução das obras necessárias à ampliação de suas rêdes; e, "o impressionante crescimento de nossa Capital" (Contestação de fls. 27, item VIII). Nenhum dêsses motivos, entretanto, se enquadra no conceito jurídico de *fôrça maior*, que, segundo o nosso direito, é o fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir (Código Civil, art. 1.058, parágrafo único). Caracteriza-a, pois, a inevitabilidade, aliada à imprevisibilidade do evento impediente da obrigação assumida. Previsto, previsível, ou evitável o fato, ou ainda remediáveis as suas conseqüências, descaracteriza-se o motivo de fôrça maior. Não dissentem dêsse entendimento os juristas pátrios e alienígenas (Cf. Clóvis, Com. ao art. 1.058 do C. Civil. M. I. Carvalho de Men-

donça, "Obrigações", vol. II, n. 463; Espínola, "Sistema", vol. II, pág. 359; Lacerda de Almeida, "Obrigações", § 36; Carvalho Santos, "Cód. Civ. Int.", vol. XIV, pág. 243; Arnoldo Medeiros da Fonseca, "Caso Fortuito e Teoria da Imprevidência", n. 18; J. X. Carvalho de Mendonça "Trat. Dir. Com., vol. VI, p. I, ns. 406/410; Cunha Gonçalves, "Da Compra e Venda no Dir. Bras.", n. 119; Planiol et Ripert, "Traité", vol. II, pág. 90; Huc, "Commentaire", pág. 201; Baudry-Lacantinerie & Barde, "Tratado Dir. Civ.', vol. XII, pág. 505; Chironi, "Colpa Contratuale", pág. 669). No caso em tela, porém, não se verificou a intercorrência de qualquer fato novo, imprevisto e imprevisível, de conseqüências inevitáveis e irremovíveis pela concessionária. Obteve ela a revisão de seu contrato de 1926, em 25 de agôsto de 1941, vale dizer, *em pleno período de guerra*. Nessa revisão cuidou de elevar as suas tarifas, sob promessa formal de "ampliação da rêde de serviços telefônicos da Capital" (Cf. Têrmo de Acôrdo, de fls. 45/49), fazendo consignar expressamente que "Continua em vigor o atual contrato de concessão" (Item VI, do Têrmo de Acôrdo, de 1941). Conclui-se daí, que, revendo o contrato inicial *durante a última guerra* e o ratificando nas cláusulas não alteradas, reobrigou-se a concessionária a cumpri-lo fielmente, a despeito da situação internacional da qual tinha pleno conhecimento quando firmou com o poder concedente a revisão em aprêço. Dentre as cláusulas inalteradas do contrato de 1926, permaneceu a que lhe impõe a obrigação de efetuar as novas ligações de aparelhos telefônicos, dentro de vinte dias, a contar do pedido do interessado (Cláusula 8.ª, letra *k*). Ora, tendo a concessionária mantido essa obrigação durante o período de guerra, não lhe é lícito invocar essa mesma guerra, como fato imprevisto e imprevisível, isto é, como motivo de fôrça maior, impediente da prestação do fato a que se obrigou. De mais a mais, a elevação das tarifas foi concedida, exatamente, para a melhoria do serviço e ampliação das rêdes telefônicas, como vem expresso no mencionado têrmo revisional. Obtida a majoração das tarifas, esqueceu-se a concessionária de que o usuário tem direito de ver cumpridas as suas promessas de melhoria do serviço público, em cujo benefício é instituído e só no seu interêsse pode ser explorado. Não se pode aceitar, assim, a defesa da ré, de que foi surpreendida com as conseqüências e restrições decorrentes da última guerra. Nem a doutrina, nem a jurisprudência tem admitido tal justificativa. E' o que informa Planiol et Ripert, comentando a jurisprudência francesa que se formou por ocasião da primeira conflagração mundial: "Le bouleversement apporté pour la guerre de 1944 aux relations économiques a amené de telles difficultés d'execution des contrats conclus anterieurement, que les débiteurs ont essayé de se liberer en evocant la force majeure. Mais la jurisprudence a refusé d'admetre que l'état de guerre puisse por lui même constituer en cas de force majeure et elle a exigé avec raison que le débiteur établisse s'être trouver par la suite de la guerre dans l'impossibilité absolue d'executer. Or, le plus souvent il y a simplement difficulté d'execution et non impossibilité. Cette difficulté d'execution due à la rarefaction de matières premières aux manque de main-d'oeuvre, aux mesures légales gênant la prodution ou le transport, ne peut être considerée comme un cas de force majeure. A plus fort raison, le débiteur ne peut-il invoquer l'impossibilité ou il trouverait d'executer le marché moyennant le prix ou de la depretiation de la monnaie. Ce bouleversement de contrat aurait-il été imprevisible n'entraine pas imposibilité matériel d'execution" ("Traité", II, pág. 90, n. 232). Com referência aos encargos financeiros agravados com a superveniência da guerra, a jurisprudência francesa não tem hesitado na afirmação de que devem ser suportados pelo concessionário, sem prejuízo do serviço a que se obrigou realizar com exclusividade. E' o que sustentou a "Cour de Cassation", em 1919, contra a pretensão de "Societé du gaz et l'eletricité de Ni-

ce", deixando julgado que "le concessionnaire que assume seul, à l'exclusion de l'autorité concédante, les risques financiers du service public doit supporter, en totalité, le déficit qui s'en produit en temps anormal" ("Rev. Droit Public", 1920, pág. 75). No mesmo sentido é a opinião dos tratadistas que se ocuparam do assunto (Cf. Capitant et Gueullett, "Effets Juridiques de la Guerre sur les Contrats: Raduant, "Du Cas Fortuit e de Force Majeure"; Jèze, "La Guerre et les Concessionnaires de Service Public", *in* "Rev. Droit Public", 1916, pág. 206 e segs.). Se assim é em relação aos contratos firmados antes da guerra, com mais razão se há de recusar a exoneração dos contratantes que se obrigaram em pleno período de guerra, como é o caso dêstes autos. Nesse sentido é a orientação dos nossos tribunais, capitaneada pelo Colendo Supremo Tribunal Federal que sustentou que "A guerra, com todo o cortejo de perturbações que acarreta, não pode ser considerada como motivo de fôrça maior para a inexecução dos contratos concluídos quando ela já perdurava" (*In* "Rev. dos Tribs.", 106/322). E o Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu: "O advento da guerra européia em 1939, com a alteração da situação do mercado e conseqüente alta do preço não é motivo de fôrça maior que autorize o vendedor a não cumprir a compra e venda contratada" (*in* "Rev. dos Tribs.", 129/657) e mais, que "Assume os riscos da entrega, não podendo alegar fôrça maior, aquêle que vendeu mercadoria em plena guerra, e assim podia perfeitamente prever as dificuldades da execução do contrato"(*in* "Rev. dos Tribs.", 149/668). No caso da ré, Cia. Telefônica Brasileira, seu contrato foi revisto em pleno período de guerra, 1941, vale dizer, com pleno conhecimento das restrições impostas ao mercado mundial de matérias-primas e produtos manufaturados úteis a esfôrço bélico, das deficiências de transporte, das dificuldades de importação, enfim, de "todo o cortejo de perturbações" próprios da conflagração que lavrava na Europa, com reflexos em todo o mundo civilizado. Quem se obrigou em tal situação, como é o caso da contestante, assumiu os riscos previstos e previsíveis das restrições que já se anunciavam em todos os setôres econômicos. Para êstes contratantes não houve surprêsa alguma, mas dificuldades que surgiram para a execução do avençado. Não podem, pois, invocá-las, como motivos de fôrça maior. De mais a mais, a simples dificuldade não caracteriza a *vis major*, liberatória do devedor. O que a tipifica é a "impossibilidade absoluta" (Arnoldo Medeiros da Fonseca, Obr. cit., pág. 43), ou, na síntese de Huc, "le fait d'un tiers que a crée à la execution da l obligation un obstacle que la bonne volonté du débiteur *n'a pu surmonter*" (obr. cit., pág. 201). Nessa doutrina, assentou-se a jurisprudência do Supremo: "O caso fortuito ou de fôrça maior consiste em hipóteses que se não podem prever nem impedir, e quando previstas não se podem evitar" (*in* "Rev. Supr. Trib. Fed", 29/129) e mais: "O fato que, sem impedir a execução da obrigação a torna mais difícil, criando impossibilidade relativa, ou mais pròpriamente, simples dificuldade, não constitui fôrça maior" (*in* "D. J." Fed. de 1-9-42, pág. 2.396). Consoante êstes princípios, legais (Código Civil, art. 1.058, parágrafo único), doutrinários e jurisprudenciais, que se analisou até aqui, fica arredada a invocação de fôrça maior feita pela ré, e que decorreria do estado de guerra iniciado em 1939. Tal invocação é inacolhível como motivo de fôrça maior, visto que mesmo durante a guerra não houve impossibilidade absoluta para o cumprimento de suas obrigações: a importação continuou, embora em menor escala; não houve paralisação da indústria nacional; não se extinguiu a mão de obra; não faltaram recursos financeiros aos particulares; não se estagnou o comércio nacional ou internacional. Ao revés, tornou-se notório o desenvolvimento industrial e mercantil interno, o que supriu, em boa parte a carência do produto estrangeiro. As dificuldades decorrentes da guerra, eram, pois, perfeitamente superáveis se houvesse "la bon-

ne volonté du débiteur" — para o cumprimento de sua obrigação.

Como segundo motivo, invoca a contestante a "falta de financiamento para ampliações de grande vulto em serviço público" (Cf. Contestação, item VIII, fls. 27). Essa alegação é de todo em todo despicienda, já porque constitui problema interno da emprêsa, já porque, para atender à ampliação de seus serviços obtivera na revisão de 1941, *aumento de suas tarifas* (Cf. Têrmo de Acôrdo de fls. 45/49). Se faltou-lhe numerário, se o capital da companhia é insuficiente, tais fatos só podem ser carregados à negligência ou inépcia de sua administração, nunca, porém, a efeitos imprevistos e imprevisíveis, de causas estranhas à sua ação, ou ligadas à situação internacional. Êste ponto, aliás, já foi objeto de discussão entre a ré e a Municipalidade de São Paulo, e mereceu cabal resposta do poder concedente, através de seu procurador, o Prof. José Horácio Meireles Teixeira, que, em luminoso parecer refutou vantajosamente as alegações da Companhia, esclarecendo que "ainda que em regime deficitário, correria à concessionária a obrigação de prestar serviço adequado, isto é, condizente com as necessidades do público, da qual se constituiu servidora, ao substituir-se à Municipalidade na sua execução, salvo o direito a posterior indenização, uma vez que os prejuízos tivessem sido determinados por circunstâncias anormais e imprevisíveis por ocasião de celebrar-se o contrato. De maneira alguma, porém, se poderia reconhecer aos concessionários a faculdade de interromperem o serviço, ou de deixarem de prestá-lo de forma adequada, máxime em casos como o presente, em que se pode, com muita procedência, duvidar até de que os lucros da Companhia não sejam os que razoàvelmente lhe devam ser concedidos, dadas as diversas circunstâncias já mencionadas e a ausência de tomada de contas nos exercícios de 1936-1938" (Cf. "Revisão das Tarifas do Serviço Telefônico", páginas 97 e segs. — "O Problema das Tarifas nos Serviços Públicos Concedidos", págs. 497 e segs.). E o mesmo procurador remata a sua argumentação fornecendo dados concretos sôbre a situação financeira da ré, com base nos quais salienta "que a Companhia não se encontra, absolutamente, em situação deficitária. Muito ao contrário, mesmo tomando-se por base as taxas cambiais dos últimos anos, altamente desfavoráveis à nossa moeda, a Companhia obteve remuneração - dólares de 1,29%, 3,009%, 2,941%, sôbre o capital-dólares, respectivamente em 1933, 1934 e 1935 (V. anexo fls. 139, vol. II, da "Tomada de Contas" de 1936). — (Cf. "Revisão das Tarifas do Serviço Telefônico", pág. 102). E, examinando as contas de três exercícios subseqüentes (1936, 1937 e 1938), concluiu o mesmo autor, que "em se tratando, por exemplo, do serviço telefônico local, já tivemos oportunidade de verificar que, para um aumento de 70% no capital remunerável, houve um aumento de 170% na renda líquida anual. O capital da Companhia que era de 5.875,603 dólares em 1926, importava em 10.032.456, em 1938. A renda líquida, que era de Cr$ 2.779.595,30 em 1926, atingiu, entretanto, a Cr$ 7.512.595,00 em 1938. Longe, portanto, de estarem decrescendo as rendas da concessionária — que aliás, se recusa a melhorar ou ampliar o serviço, alegando insuficiência de renda — o que se verifica é que esta cresceu em proporção quase três vêzes superior à do aumento do capital remunerável. (Cf. "O Problema das Tarifas nos Serviços Públicos Concedidos", 1941, pág. 508). Idênticas são as conclusões a que chegou o engenheiro Mário Lopes Leão, incumbido do mesmo estudo, pela Municipalidade de São Paulo (Cf. "Revisão das Tarifas do Serviço Telefônico da Cidade de São Paulo", 1941, pág. 181). Note-se que êstes dados foram fornecidos pela própria escrituração da concessionária, nem sempre bem desvendada à Administração Pública, como já observou judiciosamente o Prof. Bilac Pinto, ao propugnar por um contrôle mais direto na contabilidade dos serviços concedidos (Cf. "Regulamentação Efetiva dos Serviços de Utilidade Pú-

blica", 1941, págs. 26 e 203). Rejeito, assim, a escusa da Companhia-ré consistente em falta de recursos econômicos para a melhoria de seus serviços.

Resta examinar o terceiro motivo invocado pela ré e que, segundo as suas próprias palavras, consistiria no impressionante crescimento de nossa Capital, superando todos os cálculos estatísticos mais arrojados e otimistas, fazendo com que a nossa Capital seja uma das cidades de desenvolvimento mais rápido no mundo inteiro" (Cf. Contestação, item VII — fls. 27). Tal alegação, como as demais já apreciadas, não caracteriza motivo de fôrça maior excludente da responsabilidade da concessionária, para com os munícipes, credores de seu serviço telefônico. Certo é que a cidade de São Paulo se vem desenvolvendo em rítmo "impressionante", como diz a ré, mas não em escala imprevista e imprevisível. Desde 1890 as estatísticas apontam a nossa Capital como a urbe de maior desenvolvimento mundial; os recenseamentos decenais vêm revelando o aumento da população; os estudos urbanísticos propalam o número de casas que se constrói por mês; a imprensa estampa, com freqüência, o movimento demográfico da cidade; e até nas ruas o paulistano comenta, em cifras, os índices dêsse progresso. Não é, pois, imprevisto e imprevisível o crescimento da cidade de São Paulo. Não é imprevisto, porque vem de longe o seu desenvolvimento; nem imprevisível, porque há uma constante no seu crescimento. Datando a concessão de 1926, tempo sobrou à Companhia para aparelhar-se convenientemente, de modo a sincronizar o seu desenvolvimento com o da cidade que depende de seus serviços. Se se atrasou no progresso de São Paulo; se seu serviço se tornou deficiente, anacrônico, inadequado, não pode culpar a cidade, mas, sim, ao desaparelhamento da emprêsa. Se é verdade que seu serviço está em atraso, não menos certo é que suas tarifas estão bem atualizadas, com os aumentos pleiteados e obtidos nas revisões de 1941, e de janeiro do corrente ano. Não lhe favorece a alegação de que a Prefeitura Municipal vem tolerando essa situação, chegando mesmo a renunciar à aplicação de qualquer penalidade à concessionária. Se isto ocorreu, só descrédito acarreta para o poder concedente, que está transacionando com o direito do povo, a quem incumbia defender e amparar contra os abusos na exploração de serviço público concedido no interêsse da coletividade e não no da concessionária. Mas, tal renúncia não pode prejudicar o direito individual do munícipe, titular da prestação a que a Companhia-ré se obrigou, e por cuja falta responde perante cada um dos interessados, na parte que lhe toca. A esta altura vem a talho a célebre decisão do Conselho do Estado, de França, em caso idêntico a êste, na demanda de um particular contra a *Union Hydro-Eletrique de L'Ouest Constantinois*, em 1937, em que deixou julgado que "Les convention par lesquelles les concessionnaires du service de la distribuition d'enérgie életrique s'engagent envers des particuliers à effectuer certains installations en vue de la fourniture du courtant, *sont des contrats de droit comum* (Cf. Pierre Souty, "Recueil de Jurisprudence en Matière Administrative", 1946, pág. 118). A tolerância do poder concedente, embora reconhecendo o descumprimento parcial do contrato, como expõe na informação prestada a êste Juízo a fls. 84/86, não tira ao usuário o direito de exigir a sua parte, não cumprida pela concessionária. E pode fazê-lo, como já se demonstrou, pelas vias judiciais regulares, com apoio nas normas do direito comum. De mais a mais, valer-se a ré do descumprimento do contrato tolerado pelo poder concedente, para beneficiar-se perante o interessado na prestação do serviço, raia pela imoralidade e quebranta o princípio universalmente aceito de que ninguém pode tirar proveito da própria falta: *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*. Regra que, no dizer de Ripert, "proíbe a exposição ante o tribunal dum ato vergonhoso pelo qual se queira criar um título" ("A Regra Moral", 1937, pág. 197).

Do que se expôs, ressalta a responsabilidade da ré pela deficiência do serviço de que é concessionária nesta Capital. Não apresentou motivos atendíveis para essa inexecução, nem fêz prova de ter diligenciado para a normalização do serviço. De sua parte tudo ficou em alegações. Faltou, assim, ao dever precípuo de prestar ao público, em cujo benefício se instituiu a concessão, "um serviço adequado", que, segundo Pugliese, deve ser fornecido ao usuário "alle condizione fissate dall'ordinamento vigente e non ad altre e per conseguenza che la sua richiesta sia soddisfatta con assoluta parità di tratamento", visto que "il concessionario è obbligato verso l'utente a provvedere alla prestazione telefonica, appunto perchè questo à l'obbligo fondamentale che ha assunto quando lo Stato gli ha concesso l'esercizio del suo diritto" (Obr. cit., pág. 166). "Entre os deveres do concessionário — escreve Marcello Caetano — figura o de adequar os meios de exploração à evolução da necessidade coletiva e satisfazer de acôrdo com a marca do progresso técnico: é o que se chama o dever de atualização do serviço concedido" ("Manual de Direito Administrativo", Coimbra, 1947, pág. 127). Em pareceres sôbre a matéria, quando a mesma ré pleiteava a elevação de suas tarifas, em 1941, Astolfo Rezende e Alvino Lima, salientaram êsse dever da concessionária em têrmos que merecem transcrição: "Dada a longa duração de um contrato de concessão — escreveu Astolfo Rezende — o concessionário está muito estreitamente prêso ao funcionamento do serviço público. Como muito bem diz Jèze, deve êle, custe o que custar, fazê-lo funcionar, mesmo quando se torna oneroso" ("Apud" Nelson Rodrigues da Silva, "Concessão, Tarifas, Interêsse Público", 1945, página 435). Idênticas são as palavras de Alvino Lima: "Em matéria de serviço telefônico é um direito imcontestável de qualquer cidadão solicitar ligação de aparelho ainda, que não o declare expressamente o contrato; ainda assim êste direito decorre da própria razão de ser da exploração do serviço telefônico, tanto que o novo Código Postal Italiano nada consagrou a respeito, porque, como diz Pugliese: "Tale disposizione di carattere pleonastico non è stata ripetuta". E prossegue o eminente Professor: "Ora, desde que o próprio contrato determina expressamente a obrigação da Companhia de fazer as ligações na forma estabelecida, a inexecução do pedido importa não só em violação contratual, como em ferir substancialmente a própria finalidade da concessão" ("Apud" Nelson Rodrigues da Silva, obr. cit., pág. 419). Mas não é só. Na cláusula 1.ª do contrato de 1926, a Companhia obrigou-se a prestar "um excelente serviço telefônico moderno", para o qual o Prof. José Horácio Meirelles Teixeira, já em 1941, chamava a atenção do poder concedente, no judicioso parecer há pouco referido, do qual destaco êste tópico: "Como se vê, obrigou-se a Companhia à prestação de um *excelente serviço telefônico* — dispositivo aliás dispensável, uma vez que *implícita em tôda concessão está a obrigação do concessionário de prestar serviço adequado* — eficiente, seguro, cômodo, contínuo, sem discriminação entre usuários (V. Bauer, loc. cit., pág. 13; Glaeser, loc. cit., pág. 600; Jones e Bighan, loc. cit., pág. 387 e segs., págs. 428 e segs.; Freund, "Administrative Powers over Persons and Property", pág. 310 e segs.; Decreto federal número 24.643 (Código de Águas), arts. 178 e 179"). — (Cf. "Revisão das Tarifas do Serviço Telefônico", págs. 97 e segs.). Êsses princípios são incontestados nas concessões de serviços públicos, em que o contrato não é mero instrumento de vantagens para o concessionário, nem pode se converter em patente de exploração contrária aos interêsses da coletividade, a quem o poder concedente visou servir (Cf. Jèze, L'Essai d'une thèorie sur l'organization et le fonctionnement des services publics", *in* "Rev. Droit Public", XXIX/37. Loretan, "Droit Public et Droit Privé dans le Service Public", pág. 33; Juan Ramos, "La Concesión de Servicios Públicos", pág. 74; Jacque Alibert, "Obligations et Responsabilités des Distribu-

teurs d'Energie Életrique", pág. 222 e segs.; Simoncelli, "Concezione Governativa", *in* "Nuovo Dig. It.', III/528; Bielza, "Derecho Administrativo", I/433 e segs.; Laroque, "Les usagers des services publics industriels", pág. 177; Pugliese, "Compendio di Diritto Telefonico", págs. 164 e segs.).

Resta examinar uma última objeção da contestante, segundo a qual não estaria obrigada *ainda* a ter normalizado o seu serviço telefônico. Escuda-se, para tanto, na parte final da cláusula 8.ª letra *k*, do contrato de 1926, que a dispensava de atender aos pedidos de instalação de aparelhos telefônicos, dentro do prazo fixado de vinte dias (parte 1.ª da disposição em aprêço), enquanto houvesse "falta de capacidade disponível na rêde". Mas esquece-se a concessionária de que tal liberação ficou condicionada a que a Companhia regularizasse essas ligações "com a maior brevidade possível". Ora, o conceito de "brevidade" não pode abranger um período de *vinte e cinco anos*, como pretende a ré. A admitir-se a sua interpretação ficaria a concessionária exonerada de fazer ligações em prazo certo, durante todo o transcorrer da sua exploração dos serviços telefônicos desta cidade. E' manifesto que tal adminículo à cláusula 8ª., letra *k*, tinha vigência temporária. Nem se compreende que o poder concedente, depois de determinar um prazo para a efetivação das ligações (20 dias), o renunciasse no período seguinte, para deixar ao alvedrio da concessionária a feitura das instalações de novos aparelhos. De mais a mais, não provou a ré que haja efetivamente falta de capacidade na sua rêde, nem que haja diligenciado para sanar as suas deficiências, como é de seu dever. Sendo a concessão, como já se viu, instituída a benefício da coletividade não se pode interpretar as cláusulas do contrato, contra os interêsses dessa mesma coletividade. Se, na aplicação da lei, o Juiz deve atender aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum (Lei de Intr. ao Cód. Civil, art. 5.º), na interpretação dos contratos de concessão de serviço público, em que prepondera o interêsse coletivo, deve-se aplicar o mesmo princípio.

Procedente a ação, descabe razão à ré de impugnar o "quantum" da cominação estipulada pelo autor, por julgá-lo excessivo em relação à importância da taxa do aparelho pretendido. A cominação não visa cobrir prejuízos. Sua função é coagir o devedor do fato a prestá-lo no prazo fixado. Deve, por isso mesmo ser elevada, de modo a cumprir sua missão coativa, pesando como uma ameaça ao patrimônio do vencido. Admito-a, pois, na base fixada na inicial.

III — Pelos fundamentos expostos e tudo o mais que dos autos consta, julgo procedente a ação, tendo em vista a obrigação assumida pela ré — Companhia Telefônica Brasileira — no contrato de concessão e revisões subseqüentes, para condená-la como a condeno, a instalar o aparelho telefônico solicitado pelo autor, dentro de dez dias, ficando cominada a multa de Cr$ 500,00 (quinhentos cruzeiros) por dia, em que incidirá a partir do término do decêndio em que fôr citada para a prestação do fato (Cód. Proc. Civil, art. 302, n. XII e art. 998 e segs.).

Condeno ainda a ré nas custas integrais da ação exonerando-a do pagamento de honorários de advogado, por não pedidos na inicial.

Dactilografei para ser lida e publicada em audiência para hoje designada.

São Paulo, 12 de junho de 1951. — *Hely Lopes Meirelles* — Juiz de Direito.