— Administrativo. Concessão. Telefones. Direito de uso. Proibição da transferência em todo o país. Portaria n.º 209, de 6.8.86, do Ministro das Comunicações. Necessidade de respeitar as situações jurídicas definitivamente constituídas antes da sua promulgação. Ato administrativo. Revogação. Efeito.

I. A administração pode revogar os seus atos praticados em harmonia com a lei, por não mais convir a sua subsistência. Todavia, os particulares não podem ser afetados nos seus legítimos interesses, que se tenham consolidado à sombra de orientação que a administração considerava conveniente ao interesse público. A mudança de critério só pode atingir atos futuros.

II. No caso, tendo editado normas admitindo a transferência de assinaturas de telefones e a sua locação, não pode a administração, ao revogá-las, deixar de respeitar as situações jurídicas constituídas sob a sua égide. Resolução n.º 12, de 12.3.86, do Ministro das Comunicações. Aplicação da Súmula n.º 473 do STF.

TRIBUNAL FEDERAL DE RECURSOS

Mandado de Segurança nº 115.338
Impetrante: Elisabeth Carol Vassimon Siqueira
Impetrado: Sr. Ministro de Estado das Comunicações
Relator: Sr. Ministro PÁDUA RIBEIRO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide o plenário do Tribunal Federal de Recursos, por maioria, deferir o mandado de segurança, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 7 de maio de 1987. — *Armando Rollemberg,* Presidente. *Antônio de Pádua Ribeiro,* Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro: Elisabeth Carol Vassimon Siqueira impetrou mandado de segurança contra ato do Sr. Ministro de Estado das Comunicações, insurgindo-se contra a Portaria nº 209, de 6.8.86, publicada no *Diário Oficial* de 7.8.86, e regulamentada pela Portaria nº 219, de 20 de agosto de 1986, que expressamente proibiram "as transferências do direito de uso de telefones em todo o país". Anexa à exordial prova de ser proprietário do telefone nº 228-4164 (fls. 15) e conclui por pedir lhe seja concedida a segurança, a fim de que possa transferir o direito de uso da referida linha telefônica, nos termos do previsto na Portaria nº 663, de 18.7.79.

Indeferi a liminar (fls. 15) e solicitei as informações, que foram prestadas pela digna autoridade coatora (fls. 21-141).

Oficiando nos autos, manifestou-se a douta Subprocuradoria-Geral da República pela denegação da segurança (fls. 143-157).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro (Relator): A controvérsia é muito conhe-

cida desta Corte. Na espécie, segundo se deduz da documentação que instrui a exordial, a impetração refere-se apenas a uma linha telefônica, bem estava no comércio antes da edição da portaria malsinada.

Reportando-me aos fundamentos do voto anexo, que proferi no MS nº 113.008-DF, concedo a segurança:

MANDADO DE SEGURANÇA
Nº 113.008 DF

QUESTÃO DE ORDEM

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro (Relator): Sr. Presidente, a questão é a seguinte: recebi, hoje, um pedido de liminar, portanto, de uma cautelar que se refere a mandado de segurança, cujo julgamento foi iniciado.

Liminar em mandado de segurança, segundo prevê o Regimento Interno, é medida que deve ser concedida ou negada pelo relator. Mas, no caso, o julgamento já se iniciou. Daí que me parece ser aplicável o art. 33, inciso V, segundo o qual incumbe ao relator:

'submeter ao plenário, à seção ou à turma, nos processos de sua competência, medidas preventivas necessárias à proteção de qualquer direito suscetível de grave dano de incerta reparação, ou ainda destinadas a garantir a eficácia de ulterior decisão da causa.'

Coloco, pois, a questão para que o Tribunal decida se devo apreciar o pedido de liminar, ou se, a esta altura, iniciado o julgamento, com pedido de vista, compete ao pleno decidir a respeito.

O Sr. Ministro Geraldo Sobral, Carlos Thibau, Costa Leite e *Nilson Naves:* De acordo.

O Sr. Ministro Lauro Leitão (Presidente): Pediria um esclarecimento complementar ao eminente ministro relator. Este pedido de liminar foi requerido depois que o caso foi submetido ao julgamento do plenário?

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro (Relator): Sr. Presidente, exato, o processo já teve o julgamento iniciado.

Trata-se daqueles mandados de segurança impetrados por empresas que se destinam à intermediação no comércio de telefone. A interessada é exatamente a primeira empresa a impetrar mandado de segurança. As outras que impetraram segurança muito posteriormente têm conseguido liminar. Eu mesmo já concedi várias liminares e os Ministros Carlos Velloso e Bueno de Souza também, o que, aliás, tem sido uma rotina. No caso, a segurança deveria ter sido julgada logo; em razão das delongas, a parte ficou sem a segurança e sem a liminar. Por isso, entrou com essa petição, dada a superveniência das férias forenses. Alegou que há vários meses não recebe nenhuma arrecadação. Está à beira da insolvência. Do estatuto dela decorre que realmente não tem como operar. Daí a necessidade de decidir-se acerca da competência para apreciar-se o pedido de liminar.

O Sr. Ministro Miguel Ferrante: V. Exa. permite uma observação?

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro (Relator): Pois não.

O Sr. Ministro Miguel Ferrante: Há outros processos em andamento, em que a liminar foi negada.

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro (Relator): *Data venia,* a questão há de ser decidida em concreto. Se foi negada nos outros processos, se a parte requerer, é matéria a ser decidida.

PELA ORDEM

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro (Relator): Sr. Presidente, este é o primeiro caso que foi submetido ao julgamento da Corte. Em razão do decurso de tempo, peço vênia ao plenário para tecer breves considerações sobre a matéria, não obstante seja amplamente conhecida dos eminentes ministros. E assim faço, porque os últimos votos aqui proferidos, brilhantes votos, como os prolatados pelos eminentes Ministros Dias Trindade e Miguel Ferran-

te. foram inspirados, fundamentalmente, nas razões consubstanciadas nas informações, as quais, com brilhantismo, procuraram aprofundar.

Acontece que, no meu voto, adverti para um ponto básico. É que, no tocante ao aspecto doutrinário, não discordo das informações, não divirjo da fundamentação dos referidos votos. Todavia, o importante, em concreto, é não olvidar aspectos ligados à realidade da vida. O juiz tem que decidir sem ignorar a realidade social. E, no caso, o fundamental a considerar-se é que o governo editou portarias. Editou portarias autorizando expressamente o comércio e até a locação de telefones. Em razão dessa legislação, editada pelo próprio governo, as concessionárias passaram a vender telefones e, ao fazê-lo, diziam: 'Telefone é um excelente investimento', 'Comprem telefones', 'É um ótimo negócio comprar telefones!'. Certas concessionárias instituíram, inclusive, bolsas de telefones. E assim tornou-se uma atividade normal comprar e vender telefones. Os grandes jornais do país, diariamente, continham relações imensas de pessoas comprando e vendendo telefones. Essa realidade chegou a ponto tal que a nossa corte maior, o Supremo Tribunal Federal, reconheceu a legalidade da penhora do direito de uso de telefone. Ora, se o Supremo Tribunal Federal reconheceu a legalidade da penhora do direito de uso de telefone é porque tal bem é alienável. Só pode ser penhorado bem alienável. Portanto, o telefone passou a constituir bem integrado ao patrimônio dos indivíduos. E por isso mesmo a minha grande preocupação — é por isso que estou aqui falando — é com os humildes, com os numerosos cidadãos que se encontram espalhados por todo o território nacional que têm telefone. São numerosos os casos em que essas pessoas humildes vendem o direito de uso de telefone para atender a despesas de doença, de um filho no colégio, para inteirar a compra de um carro. É isso que ocorre neste Brasil afora. Não são as pessoas ricas que se preocupam com o direito de uso de telefone. São os pobres, os humildes.

Ora, então podemos, em sã consciência, nós que integramos o Poder Judiciário, permitir que numerosas pessoas humildes sejam logradas por atos da autoridade pública em quem confiaram ao comprar o seu telefone? É esse, a meu ver, o aspecto nuclear.

A colocação feita no meu voto é a seguinte: a portaria questionada é válida porque, da mesma forma que as anteriores, que permitiam a alienação de telefones, está de acordo com a lei. Todavia, os seus efeitos não podem conspurcar situações jurídicas definitivamente constituídas. Citei Marcello Caetano, um grande administrativista, que diz, claramente, em texto que se aplica ao caso concreto, que, 'quando o ato administrativo praticado em harmonia com a lei' (quer dizer, as portarias anteriores, tanto quanto esta agora questionada, foram praticadas de acordo com a lei) 'for revogado apenas por a sua subsistência não convir à administração, ou por se não reputar justo ou oportuno, há que respeitar os efeitos produzidos no intervalo entre os dois momentos, o da prática do ato e o da revogação: os efeitos da revogação produzem-se unicamente *ex tunc*, há revogação extintiva. Na verdade, os particulares não devem ser afetados nos seus legítimos interesses, quando estes tenham sido objeto de atos legais praticados à sombra de uma orientação que a administração considerava nessa ocasião como conveniente ao interesse público.

Se a administração permitia a alienação do direito de uso, é porque entendia, obviamente, que atendia ao interesse público.

Diz ele mais: 'as mudanças de critério só podem afetar atos futuros.

Foi com base exatamente nesse entendimento que o Supremo editou a Súmula nº 473: 'A administração pode anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos, ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade', que é o caso, "respeitados os direitos adquiridos e ressalvada em todos os casos a apreciação judicial."

Portanto, a questão há que ser examinada sob o aspecto da revogação do ato ad-

ministrativo. Há situações definitivamente constituídas, fundadas em atos baixados pelo próprio poder público. O Supremo diz que se trata de direito integrado ao patrimônio dos cidadãos, que pode ser penhorado, pode ser alienado. Em tal contexto, como admitir que simples portaria ministerial tenha o condão de tornar inalienável aquilo que é penhorável?

Esses eram alguns aspectos que queria trazer à consideração dos senhores, porque o que me preocupa, no caso concreto, é a situação de milhares de brasileiros, que ficarão prejudicados no seu patrimônio se for convalidado o ato ministerial.

Concedo a palavra ao eminente Ministro Dias Trindade, que queria me apartear.

O Sr. Ministro Dias Trindade: Sr. Presidente, duas considerações apenas. A respeito das portarias que permitiram a transferência dos telefones, quero lembrar a V. Exas. que, no meu voto, faço consignar que o motivo dessas portarias que pretenderam a alienação foi coibir transferências clandestinas que se faziam.

As concessionárias é que deturparam o sentido e objetivo da portaria que permitiu a ampliação das transferências, e para coibir esta deturpação feita pelas concessionárias é que foi baixada a Portaria nº 209, para corrigi-la.

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro (Relator): No caso, quando nada, V. Exa. admite que o governo omitiu-se em fiscalizar as concessionárias, porque essas concessionárias, quando alienavam os telefones, o faziam com ampla publicidade. Não há conceber que aquele que é encarregado de fiscalizá-las não tivessem conhecimento dessa publicidade. Ademais, as portarias anteriores, do próprio ministro das Comunicações, permitiam o comércio de telefones. O que não se pode é deixar de respeitar o direito de quem confiou no governo. Não se pode responsabilizar terceiros por atos de omissão do próprio governo.

O Sr. Ministro Dias Trindade: O governo, que foi omisso, não pode mais fiscalizar, porque se omitiu por algum tempo e não pode mais fiscalizar depois.

O Sr. Ministro Carlos Velloso: O Sr. Ministro Pádua, V. Exa. me permite? Apenas um esclarecimento, aliás está contido em voto que proferi na última sessão. Essas empresas são mistas, são empresas governamentais. Pelo Decreto-lei nº 200, essas concessionárias, que são sociedades de economia mista, estão sob a supervisão do ministério. O ministério é que se omitiu. O Sr. Ministro Dias Trindade admite que as concessionárias tenham, realmente, permitido e estimulado esse estado de coisas; o governo não. Todavia, se se considerar que elas estão sob a supervisão ministerial, é o próprio governo que se omitiu, que estimulou.

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro (Relator): Portanto, quem baixou a portaria autorizando a alienação das linhas telefônicas foi o próprio governo, o próprio ministro que expediu a portaria ora malsinada. Foi com base na regulamentação anterior que as concessionárias passaram a alienar telefones, ensejando o seu comércio. No acórdão do Supremo que mencionei, está esclarecido que, para as concessionárias pouco importa que o direito de uso seja de *X, Y* ou *Z;* o que importa é que *X, Y* ou *Z* adira ao contrato pelo qual ele pode exercer o direito de uso, o contrato de adesão, segundo o acórdão do Supremo. Se a concessionária tem condições técnicas de instalar o telefone, isso é tudo; se não tem, evidentemente que ninguém poderá compeli-la a instalar esse telefone. O acórdão do Supremo diz:

'Não se pode olvidar que a concessionária de serviço público só pode agir nos limites regulamentares editados pelo poder concedente, visando a um interesse público. Assim, qualquer particular que atenda às prescrições legais e regulamentares para utilização dos serviços se investe do direito subjetivo de exigi-los. A concessionária não pode escolher, a seu talante, o usuário dos aparelhos telefônicos, mas há de reconhecer o direito de uso a qualquer particular que adira às normas pertinentes.'

Eram estas as breves observações que queria fazer a respeito da matéria.

VOTO

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro (Relator): De início, cabe examinar a preliminar de cabimento da impetração. O ato impugnado é a Portaria nº 209, de 6.8.86, publicada no *Diário Oficial da União* de 7 subseqüente, nestes termos:

'O Ministro de Estado das Comunicações, no uso de suas atribuições e considerando:

A ação especuladora que vem sendo praticada por intermediários na comercialização do direito de uso de telefone no país;

O desvio da poupança popular para as mãos de tais especuladores, contrariando as medidas antiinflacionárias do governo e os atos de moralização dos serviços públicos;

Que o atual governo, levando em conta os problemas existentes, adotou como uma de suas metas a expansão do serviço telefônico de forma a atender em quatro anos à demanda hoje existente e a que vier a surgir, como única forma de bem servir ao usuário e evitar os malefícios do mercado paralelo;

Que a partir do próximo ano serão colocados à disposição dos usuários, por etapas, terminais telefônicos em quantidade suficiente para atender às necessidades da população.

Resolve:

I — Ficam proibidas as transferências do direito de uso de telefones em todo o país.

II — As mudanças de endereço somente serão atendidas mediante real comprovação de mudança de domicílio do usuário.

III — Todas as constatações de burlas a quaisquer das normas vigentes serão punidas com a perda, pelo infrator, do direito de uso.

IV — Esta portaria entra em vigor na data de sua publicação.

Antônio Carlos Magalhães'

Sobre o cabimento de mandado de segurança contra ato normativo, disse em trabalho publicado na *Revista Brasileira de Direito Processual* (Universidade de Uberaba, *49*:33-50, primeiro trimestre 1986):

'Constitui orientação pacífica aquela no sentido de que não cabe mandado de segurança contra a lei em tese (Súmula nº 266). Daí não caber mandado de segurança contra ato normativo. Todavia, tal entendimento não pode ser, como não é, absoluto. Há casos em que o ato normativo produz efeitos concretos, independentemente de qualquer outro ato da autoridade, senão o de baixá-lo. Em caso recente, de muita repercussão, o plenário do Tribunal Federal de Recursos teve ensejo de enfrentar a questão. Fê-lo no caso de denominado Finsocial. Decidiu, naquele ensejo, que a Portaria Ministerial nº 119, de 22.6.82, que regulamentou o Decreto-lei nº 1.940, de 25.5.82, instituidor daquela contribuição, tornou concreta a sua exigência, independentemente de qualquer atuação da autoridade. Daí ter conhecido, originariamente, do *mandamus* interposto contra o ministro da Fazenda, que editou a citada portaria.

Na AMS nº 89.043-DF, de que fui relator, decidiu a Quarta Turma do TFR, na consonância da seguinte ementa (*DJ*, 13.11.80, p. 9.457):

'Mandado de segurança preventivo. Ato normativo expedido pelo Conselho Federal dos Corretores de Imóveis. Configuração da possibilidade de lesão a direito subjetivo de categoria profissional. Cabimento do *mandamus*.

I — É cabível mandado de segurança contra ato consubstanciado em resolução do Conselho Federal dos Corretores de Imóveis que, ao admitir hipótese de registro de corretores, com possível exorbitância aos limites legais, acarretou ensejo a lesão de direito subjetivo da categoria profissional, representada pelo sindicato impetrante, a ser traduzida na redução do mercado de trabalho a que faz jus, nos termos da lei.

II — Apelação provida.'

Há, também, precedentes do Excelso Pretório. Esta é a ementa do RE nº 81.847-RS, relator o Ministro Leitão de Abreu, decidido pela sua Segunda Turma (*RTJ*, 90.518):

'Mandado de segurança. Seu cabimento para impugnar portaria ministerial que contém, em si mesma, medida coercitiva, podendo, independentemente de ato de aplicação, em concreto, da regra nela expressa, produzir efeito lesivo ao direito do impetrant.e Inaplicabilidade da Súmula nº 266.

Recurso extraordinário não conhecido.

No MS nº 18.428, decidiu o pleno da Suprema Corte que, embora não caiba o remédio heróico contra a lei em tese, tem aquele Tribunal o entendimento de ser o mesmo admissível, quando o ato, por si só, pode produzir ato lesivo ao direito (*RTJ*, 54/71, relator o Ministro Barros Monteiro).

Com apoio nessa linha de entendimento, este plenário, na assentada de 25.9.86, por unanimidade, conheceu do MS nº 110.568-DF, requerida contra a Resolução nº 659/85 do Contran, mantida por despacho do Sr. Ministro da Justiça. O acórdão, então proferido, ficou assim ementado:

'Ementa: Mandado de segurança. Ato normativo. Cabimento, no caso.

Trânsito. Resolução nº 659, de 30.10.85, do Contran. Vícios de incompetência e ilegalidade. Não caracterização.

I — Cabe mandado de segurança contra resolução, baixada pelo Contran, que contém, em si mesma, medida coercitiva, podendo, independentemente de ato de aplicação, em concreto, da regra nela expressa, produzir efeito lesivo ao direito das impetrantes. Inaplicação em tal caso, da Súmula nº 266 do STF. Precedentes.

II — A Resolução nº 659, de 31.10.85, do Contran, que dispõe sobre a identificação dos veículos automotores, não se ressente dos vícios de incompetência, nem de ilegalidade. Lei nº 5.108, de 21.9.68, arts. 5º, com a redação do Decreto-lei nº 237, de 28 de fevereiro de 1967, e 39, parágrafo único. Decreto nº 62.127 de 16.1.68, art. 9º, XVII, e 121, este último com a redação do Decreto nº 92.387, de 6.2.86.

III — Mandado de segurança denegado. Liminar cassada.'

Assinalo, por último, que, na sessão de 16.10.86, também, por unanimidade, em caso idêntico, em que o ato atacado é o mesmo (Portaria nº 209/86) do ministro das Comunicações), este plenário conheceu da segurança (MS nº 113.098-DF, relator o Ministro Costa Lima).

Na verdade, não há negar que, no caso, o ato malsinado, antes transcrito, se ilegítimo, como afirmam as impetrantes, é apto, por si só, independentemente da atuação de qualquer outra autoridade, a causar lesão a direito de que se julgam titulares. Por isso, conheço da segurança.

II

No mérito, consiste a questão em saber se a Portaria nº 209, de 6.8.86, do Sr. Ministro das Comunicações, que proibiu a transferência do direito de uso de telefones em todo o país, lesa, ou não, direito adquirido das impetrantes de continuar a exercer as suas atividades de intermediação e corretagem na compra, troca, venda e locação de telefones.

Conforme reconhecem as informações da ilustre autoridade coatora, a transferência dc direito de uso dos telefones, inicialmente vedada, passou a ser admitida, primeiramente, pela Resolução nº 12, de 12.3.68, do Contel (publicado no *DO* de 23.3.68), alcançando apenas as áreas de concessão da Companhia Telefônica Brasileira — CTB — e da Companhia Estadual de Telefones — Cetel — que compreendiam, basicamente, o Rio de Janeiro e os estados do Rio e São Paulo. Posteriormente, já instalado o Ministério das Comunicações, foi baixada a Portaria nº 351, de 26.6.72 (*DO* de 3.7.72), que revogou a citada resolução e aprovou a norma sobre transferência de assinaturas do Serviço Telefônico Público Urbano, de aplicação geral, para todas as concessionárias do país. Finalmente, a referida portaria foi substituída pela Portaria nº 663, de 18.7.79 (publicada no *DO* de 24.7.79), que aprovou a Norma nº 5/79 — Prestação do Serviço Telefônico Público — que, nos itens 13 a 16, regulou a transferência de assinaturas e, nos itens 17 e 18, a sua locação. Essa a situação, quando foi editada a Portaria nº 209, deste ano, que, conforme assinalado, proibiu as transferências do direito de uso de telefones em todo o país.

A ilustre autoridade impetrada, após examinar as relações entre o poder concedente e o concessionário, sustenta, em suma, que é da essência do serviço público a sua intransferibilidade, sendo o único direito do usuário o de haver a prestação do serviço, enquanto satisfizer as suas obrigações junto ao concessionário.

Tal colocação, sob o aspecto doutrinário e, portanto, abstrato, é correta. Todavia, no tocante ao direito de uso de telefones, como esclarecido, foi a própria autoridade pública que estabeleceu as regras sobre a sua transferência e locação. Isso constitui fato incontroverso nos autos. As regras editadas nesse sentido foram amplamente aplicadas em todo o país. Adquirir telefones passou a ser excelente investimento, segundo amplamente divulgado pelas concessionárias, o que é do conhecimento geral. A fls. 159-61, lê-se, a respeito, algumas propagandas feitas pela Telesp:

'Pesando bem as coisas, o telefone vale bem mais do que custa.'

'Telefone, o investimento que mais valorizou, nem parece investimento.'

Aqui mesmo, nesta capital, tenho conhecimento de propaganda recente da Telebrasília, com este texto: 'Ligue 144. Bolsa de telefones. Compra. Venda. Troca. Negócio com segurança. Telebrasília. Empresa do Sistema Telebrás. Ministério das Comunicações. Governo José Sarney.'

Em outro prospecto, da mesma Telebrasília, lê-se:

'Ligue 144 e faça negócio através da bolsa de telefones.'

Em conseqüência à livre iniciativa, nada mais natural que exista um mercado paralelo de telefones. Mas, mesmo sendo livre e legal, muitas vezes o comércio entre particulares não oferece todas as garantias para quem quer vender, comprar ou trocar um telefone. Por isso, a Telebrasília colocou na linha a Bolsa de Telefones, um serviço para evitar possíveis problemas nas contas atrasadas, débitos e falta de condições técnicas para a instalação.

144. O número da Bolsa.

Com a Bolsa de Telefones, a Telebrasília aproxima os interessados, agiliza os entendimentos e dá mais segurança na hora de fechar negócio. É só ligar 144 e dizer o que quer. Não custa nada e você tem todas as garantias da Telebrasília, uma empresa que está sempre ligada na comunidade a que serve.

Bolsa de Telefones. 144. Negócio com segurança.'

Nesse contexto, se ocorreu desvio na prestação dos serviços telefônicos, a distorção decorrente não pode ser atribuída aos usuários. Resulta de atos cuja legalidade foi amplamente defendida pela autoridade impetrada, inclusive quanto à sua competência para praticá-los.

Feito tal esclarecimento, cabe acentuar que o direito de uso de telefone, anteriormente à portaria impugnada, é reconhecido por pacífico entendimento pretoriano, respaldado pela Suprema Corte.

Na assentada do último dia 16, o ilustre Ministro Costa Lima, em voto proferido, teve ensejo de invocar o acórdão do Supremo Tribunal Federal, prolatado no RE nº 86.172-6-MG, assim ementado (*RTJ*, 88/969):

'Telefone. O seu direito de uso é penhorável.

Se a própria empresa concessionária de serviço público é penhorável (Código de Processo Civil, art. 678), não faz sentido pretender excluir-se do ato de constrição judicial direito de uso, decorrente de contrato celebrado com terceiro, de bem àquela pertencente.

Ademais, a alienação do direito ao uso em leilão não acarreta nenhum obstáculo à sua aquisição, vez que o adquirente estará ciente de que haverá de aderir às normas disciplinadoras daquele direito e, em aderindo, não se lhe poderá negar o uso.

RE conhecido, mas improvido.'

Naquele ensejo, tive a satisfação de ver acolhido pelo eminente relator, Ministro Cordeiro Guerra, parecer que proferi, há cerca de dois lustros, no alegre tempo em que exerci o cargo de procurador da República, em que disse:

'A nosso ver, não há como conceber qualquer ofensa ao invocado preceito constitucional.' (Tratava-se do art. 8º, XV, letra *a*, da Constituição.) 'Com efeito, se a própria empresa concessionária de serviço público pode ser penhorada (Código de Processo Civil, art. 678), não faz sentido pretender excluir-se do ato de constrição judicial direito de uso, decorrente de contrato celebrado com terceiro, de bem àquela pertencente.

Ademais, consoante ressaltado a fls. 67-9, a substituição subjetiva nos negócios jurídicos bilaterais, através atuação dos órgãos jurisdicionais, é freqüente (como na adjudicação ou arrematação), sendo que, na espécie, a alienação do direito ao uso, em leilão, não acarretará nenhum obstáculo à sua aquisição, vez que o adquirente estará ciente de que haverá de aderir às normas disciplinadoras daquele direito e, em aderindo, não se lhe poderá negar o uso.

Não se pode olvidar que a concessionária de serviço público só pode agir nos limites regulamentares ditados pelo poder concedente, visando a um interesse público. Assim, qualquer particular que atenda às prescrições legais e regulamentares para utilização dos serviços se investe do direito subjetivo de exigi-los. A concessionária não pode escolher, a seu talante, o usuário dos aparelhos telefônicos, mas há de reconhecer o direito de uso a qualquer particular que adira às normas pertinentes.'

O ilustre relator, no seu douto voto, aduziu:

'Conheço do recurso nos termos do despacho que o admitiu, porém lhe nego provimento.

A concessionária não é senhora ou possuidora de direito de uso do aparelho telefônico, mas somente deste. O direito de uso pertence ao assinante, em virtude do contrato de adesão regulamentado pelo poder público. Posto que esse contrato tem um valor econômico, como reconheceu o acórdão, incorpora-se ao patrimônio do usuário e conseqüentemente responde por suas dívidas.

Não pode a concessionária recusar, por lei ou por contrato, o uso do telefone por quem adirá ao contrato; assim, admissível é alienação forçada que se realiza pela justiça.

O acórdão, da lavra do ilustre Ministro José Néry da Silveira, bem fundamentado, resiste à crítica que lhe é feita, como ressalta do parecer da Procuradoria-Geral da República.

Nego provimento ao recurso.'

Nessas condições, não havendo como ser posta em dúvida a legalidade dos atos administrativos anteriores, que admitiam o comércio do direito de uso de telefones, direito esse reconhecido pela própria Suprema Corte, ao admitir a sua penhorabilidade (só pode ser penhorado bem alienável), penso que a Portaria nº 209/86, malsinada nesta impetração, há de ser considerada válida, desde que respeite as situações já definitivamente constituídas. Isso porque configura simplesmente ato revogatório da sistemática anterior. A propósito, é elucidativo este trecho de Marcello Caetano, ao versar sobre os efeitos da revogação:

'Quando o ato administrativo praticado de harmonia com a lei seja revogado apenas por a sua subsistência não convir à administração, ou por se não reputar justo ou oportuno, há que respeitar os efeitos produzidos no intervalo entre os dois momentos — o da prática do ato e o da revogação: os efeitos da revogação produzem-se unicamente *ex nunc*, há revogação extintiva. Na verdade, os particulares não devem ser afetados nos seus legítimos interesses, quando estes tenham sido objeto de atos legais praticados à sombra de uma orientação que a administração considerava nessa ocasião como conveniente ao interesse público. As mudanças de critério só podem afetar atos futuros' (*Manual de direito administrativo*. Forense, 1970. t. 1, p. 494-5).

A respeito, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula nº 473, merecendo destaque a parte final do respectivo verbete:

'A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os

tornam ilegais, porque deles não se originam direitos, ou *revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.'*

III

Examinada a questão posta nos autos sob o ponto de vista estritamente jurídico, cabe fazer breves considerações sobre aspectos atinentes à realidade da vida, que são cediços e, por isso, o juiz não pode desconhecê-los. A alienação do direito de uso de telefone ocupa, há longos anos, parte das páginas de anúncios dos principais jornais do país (*Jornal do Brasil, Correio Braziliense, Estado de São Paulo, Estado de Minas,* dentre outros). Trata-se de meio a que recorrem numerosos cidadãos para, de maneira imediata, obter numerário, a fim de atender certas despesas, algumas previsíveis, outras imprevisíveis: tratamento de doenças, casamento, formatura, viagens, estudos, complementação de verba para compra de veículos ou imóveis e numerosas outras hipóteses. Diante de tal situação, admitir a validade da questionada portaria, quanto aos telefones adquiridos das concessionárias anteriormente à sua promulgação, significa dar acolhida a que seja lesado o patrimônio de milhões de pessoas, que compraram os aparelhos, muitas delas estimuladas pela própria propaganda das concessionárias, fundada nos textos então em vigor, no sentido de que a referida aquisição seria excelente negócio, por versar sobre bem de grande solvabilidade. Todavia, não pode o Judiciário permitir que tantas pessoas sejam logradas por ato do poder público.

Sabe-se das distorções que a falta de telefones provoca. Tais distorções decorrem de fatores diversos, muitos dos quais derivados da má administração de algumas concessionárias, que, ao invés de investirem na prestação de serviços públicos, se preocuparam em construir prédios luxuosos para as suas sedes e em desvirtuar a sua atuação, com a prática de operações destoantes da sua finalidade (*open,* por exemplo). Não há negar que essas falhas devem ser corrigidas pelo governo, que, aliás, para evitar a especulação, promulgou a combatida portaria. Todavia, como reconhece a própria autoridade impetrada, a solução do problema só ocorrerá com o aumento da oferta de aparelhos pelas concessionárias. Enquanto isso não ocorrer, o problema existirá, assumindo aspectos diversos. Por isso mesmo, outra alternativa não há conceber senão a de proteger a situação jurídica daqueles, atuais proprietários, fazendo-se respeitar o seu direito de uso consolidado diante de regras ditadas pela própria administração.

IV

À vista do exposto, em conclusão, concedo, em parte, a segurança, isto é, para assegurar às impetrantes o direito de comercializar os telefones que tenham sido adquiridos por elas, ou por terceiros, das concessionárias de serviço telefônico, anteriormente à promulgação do ato malsinado neste *mandamus.*

VOTO (VENCIDO)

O Sr. Ministro Costa Lima: Denego a segurança com fundamento nos votos que proferi nos Mandados de Segurança n.os 113.008 e 113.008.

VOTO

O Sr. Ministro Jesus Costa Lima: Srs. Ministros, parece não haver dúvida quanto à evidente possibilidade de a administração pública revogar seus próprios atos por razões de conveniência e oportunidade.

Já no referente à existência de direito adquirido, com a devida vênia do ilustre Ministro Pádua Ribeiro, assim não me parece.

Disse S. Exa. que a referida portaria, por trazer em seu bojo mera revogação da sistemática anterior, não poderia atingir o direito adquirido dos usuários do serviço de telefonia, resguardado pelas normas an-

teriores, ou seja, em se tratando de revogação do ato administrativo, seus efeitos vigorariam para o futuro tão-somente.

Tal afirmação, no que toca aos efeitos da revogação, operando efeitos *ex nunc*, é acertada.

Contudo, e ainda que assim o seja, não vislumbro na espécie a existência de direito adquirido à transferência do direito de uso de assinatura de linha telefônica.

Como é de sabença correntia, estamos em face a uma concessão de serviço público, ou seja, no dizer de Bandeira de Mello:

'O ato complexo através do qual o Estado atribui a alguém o exercício de um serviço público e este aceita prestá-lo em nome do poder público sob condições fixadas e *alteráveis unilateralmente pelo Estado*, mas por conta, risco e perigos, remunerando-se pela cobrança de tarifas diretamente dos usuários do serviço e tendo a garantia de um equilíbrio econômico-financeiro' (*Prestação de serviços públicos e administração indireta*. p. 35. grifei).

Como visto — e de tal conceito não discrepam os autores pátrios e mesmo os alienígenas — tratando-se de serviço público e privativo do Estado, tem este a faculdade de alterar, unilateralmente, e a qualquer tempo, dita concessão.

Aliás, ao Estado cabe, sempre e sempre, modificar ou suprimir a concessão do serviço público delegado em razão mesmo do interesse coletivo, maior.

Assim, em princípio, a primeira indagação que nos toma de assalto diz com a existência de direito adquirido da concessionária do serviço público. Teria esta direito adquirido a prestar seus serviços quando retomados, antes do final do contrato de concessão?

A resposta é por demais evidente: logicamente não.

E isso em função da precariedade da relação jurídica em que se encontra.

É evidente que lhe assiste o direito de buscar possível indenização em razão de tal retomada. Contudo, nenhum direito adquirido há no sentido da continuidade de sua atividade.

É o mesmo Bandeira de Mello que reafirma:

'Ao Estado assistem todas as garantias necessárias à obtenção de seu desiderato. Por esta razão pode dispor livremente sobre as condições de prestação do serviço e modificá-las sempre que o interesse público o reclamar, assim como retomá-lo sem que caiba oposição do concessionário(...). Em suma: o Estado dispõe com plena liberdade e do modo que entender mais convenientemente para o interesse público, sobre a parte regulamentar do serviço(...). Faz parte do aspecto regulamentar tudo o que diz com o modo de prestação do serviço e fruição dele pelos usuários (...) (op. cit., p. 37-8).

Resulta daí, de forma incontestável, a legitimidade de o Estado regulamentar, unilateralmente, a forma de fruição dos direitos do usuário. Repito: direito de uso de assinatura da linha telefônica, que nada tem a ver com o direito de uso das normas privadas. Aqui, o uso tem a significação apenas de fruição, ou seja, tem o usuário *direito ao serviço*, que lhe não poderá negar ou interromper o concessionário.

Dessa forma, o único direito adquirido que tem o usuário é o de utilizar-se do serviço de telefonia, desde que preenchidas as exigências legais e regulamentares. Aí não se encontra presente o direito de dispor da coisa, o direito de transferência à revelia das disposições regulamentares.

Dir-se-á, em sustentação à tese do direito adquirido, que anteriormente à edição do ato administrativo referido, o poder público permitia a transação comercial dos direitos do usuário da linha telefônica.

É correto tal pensar, contudo não nos esqueçamos que se tratava de mera liberalidade administrativa, daí não advindo a constituição de qualquer direito, pois, como já afirmamos, ao poder público compete regrar o uso dos serviços prestados pelo concessionário.

E, evidentemente, se este não detém o direito à continuidade da prestação do serviço, quando retomado pelo concedente,

antes do expiramento do prazo contratual, razão maior subsiste para afirmar-se da inexistência de direito à transferência do direito de uso.

Veja-se um exemplo elucidativo:

Autoriza-se alguém a caçar, facultando-lhe o uso de determinado tipo de arma. Posteriormente, a lei determina que aquela arma, cujo uso se autorizara, passa a ser de porte proibido e, portanto, vedada sua utilização.

Indagamos, então: teria o titular de tal arma (ainda que dela fosse proprietário, com registro e tudo o mais) direito adquirido a portá-la e usá-la, à invocação de que anteriormente ao regramento restritivo era-lhe permitido tal comportamento?

A resposta, também, evidentemente é negativa.

Isto em função de que ao poder público caberia disciplinar o uso de tal artefato, inoponível aí a regra do direito adquirido.

Na hipótese dos telefones o mesmo ocorre.

Não transferiu o poder público, nem à concessionária e nem esta poderia fazê-lo ao usuário, o direito de propriedade da linha telefônica.

Facultou-se ao usuário, exclusivamente, o direito de *fruir* de um serviço público delegado ao particular.

Daí não poder ser dito que tinha o usuário direito adquirido, pois o direito adquirido impede que se perca o que se adquiriu, e o *direito* à transferência jamais foi adquirido por quem quer que seja, visto encontrar-se enfeixado na esfera de regulamentação e disponibilidade do poder público.

Reconhecer-se a existência de tal direito seria atribuir ao usuário direitos maiores que os conferidos à própria concessionária, que, como esclarecido, não pode opô-los em face ao poder concedente.

Destaco, por derradeiro, que a concessão tem por escopo o interesse público, disciplinado por normas de ordem pública, cogentes e, como tal, infensas à invocação do direito adquirido.

Assim, *data venia* do entendimento do ilustre ministro relator, por quem tenho a maior admiração e apreço, denego a segurança, reafirmando os argumentos expendidos quando do julgamento do MS nº 113.098-DF.

É o voto."

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 113.098-DF (7938063)

Impetrante: Waldemar Zuchi Junior
Impetrado:: Ministro de Estado das Comunicações

Ementa:: Mandado de segurança. Administrativo. Concessão. Serviço Telefônico. Portaria nº 209/86. Competência do Ministro de Estado das Comunicações. Legalidade da suspensão de venda de assinatura de telefone. Direitos do cessionário e usuário.

1. Compete à União Federal explorar, diretamente ou mediante autorização ou concessão, os serviços de telecomunicações (art. 8º, XV, *a*, da Constituição) aí incluído o de telefonia.

2. Compete ao ministro de Estado das Comunicações disciplinar o serviço público de telefonia, expedindo instruções e baixando as normas necessárias para o cumprimento de leis e regulamentos.

3. O concessionário submete-se à organização, funcionamento e exigências do serviço, que são modificáveis a qualquer tempo de acordo com o interesse da coletividade, assegurando-se-lhe o equilíbrio financeiro. Portanto maior direito não tem o usuário do serviço público.

4. O valor econômico que se atribui à assinatura de telefone, em favor do usuário, que não tem mais direitos do que o cessionário, pode sofrer alterações no interesse coletivo, feitas unilateralmente pelo poder concedente, sem ofensa a direito líquido e certo do usuário.

5. Legalidade da Portaria nº 209/86, baixada no uso da competência conferida ao ministro de Estado das Comunicações, com vistas a salvaguardar o interesse da coleti-

vidade, sem ofensa a direito líquido e certo do assinante do serviço telefônico.

VOTO (MÉRITO)

O Sr. Ministro Costa Lima (Relator): O Rio de Janeiro, então capital do país, teve o privilégio da instalação do primeiro serviço telefônico.

Recolho do parecer do ilustrado subprocurador-geral da República, Dr. Paulo Sollberger, este histórico:

'26. O primeiro contrato de concessão foi firmado em 13 de novembro de 1897, ogo substituído pelo de 17 de janeiro de 1899. Este, por sua vez, sofreu modificações mediante autorização dada pelo Decreto nº 2.560, de 29 de dezembro de 1921 (cópias anexas).

27. O contrato firmado em 1899 era pródigo no disciplinar os direitos e obrigações da concessionária, mas, no que respeita ao assinante, a única referência encontra-se na cláusula 21.ª, que trata do preço da assinatura.

28. A essa época, a assinatura era tido como intransferível. O decreto de 1921, ao tratar da cláusula 21.ª, modificada, referente a preços das assinaturas, fala em 'transferência da responsabilidade da assinatura a terceiros antes de expirado o prazo respectivo' (inciso III, letra *c*). No entanto, em lugar algum se prevê a possibilidade dessa transferência.

29. Em 22.12.22, foi celebrado novo contrato, consolidando os anteriores, sem qualquer menção no entanto, a transferências.

Somente em 1947, através da Resolução n° 19, de 7.8.47 (cópia anexa), ficou claro o que se entendia por transferência de assinatura, que passou a ser autorizada, dentro de certos limites.

30. A citada resolução dispunha sobre prioridades, mudanças de endereços e novas instalações.

31. No art. 2.° ao tratar da mudança de aparelho domiciliar, exigia provas dessa mudança (§ 2.°).

32. A transferência era disciplinada nos arts. 3º e 4º, onde se vê que só era admitida para pessoas da família no caso de falecimento do assinante, quando o telefone fosse residencial, e para firma sucessora quando telefone comercial.

33. Asim, a transferência *ad negotia* continuava vedada.

34. Novo contrato foi celebrado em 26.9.53, com base na Lei nº 778, de 12.9.53 (cópia anexa). Nele, como novidade, vê-se a cláusula XV *(uso do serviço),* em que se estabelece que o uso do telefone é privativo do respectivo assinante, sua família e prepostos. Nada se acrescentou sobre transferências.

35. No entanto, no regulamento que se encontra ao pé do contrato e da Lei nº 778/53, na cópia anexa, vê-se, no item 9, que a transferência continuava sendo permitida somente nos casos já vistos, tratados pela já citada Resolução nº 19, de 7.8.47.

36. Em 12.3.68, já no regime da Constituição de 1967, pelo qual os serviços de telefonia passaram a ser explorados mediante concessão da União, sobreveio a Resolução nº 12, do extinto Conselho Nacional de Telecomunicações (Contel), autorizando a transferência de assinatura de telefones de um assinante para um candidato quando formulado por ambos os interessados (*DO* de 28.3.68, p. 2.565).

37. A autorização alcançava apenas as áreas de concessão da Companhia Telefônica Brasileira (CTB) e da Companhia Estadual de Telefones (Cetel), que compreendiam, basicamente, a cidade do Rio de Janeiro e os estados do Rio e de São Paulo.

38. Posteriormente com a criação do Ministério das Comunicações, cuja competência passou a abranger toda a área de telecomunicação, veio a lume a Portaria nº 351 de 26.6.72 (*DO* de 3.7.72) que diante dos problemas suscitados pela demanda reprimida e as transferências clandestinas, aprovou a Norma sobre Transferência de Assinatura de Serviço Telefônico Público Urbano, de aplicação geral, para todas as concessionárias do país.

39. A transferência de assinatura continuou autorizada pela Portaria nº 663 de 18.7.79 (*DO* de 24.7.79), que, substituindo a

de nº 351/72, aprovou a Norma nº 5/79 — Prestação de Serviço Telefônico Público.

40. Essa era a regra vigente quando sobreveio a Portaria nº 209/86 impugnada neste *writ*, proibindo as transferências, a qualquer título.

41. Esclareça-se, contudo, que ato posterior — a Portaria nº 219, de 20.8.86 (*DO* de 21.8.86) — veio estabelecer algumas exceções à proibição (fls. 88-91).

Antônio Chaves, em verbete constante da *Enciclopédia Saraiva do direito* (v. 72, p. 167-84), faz a seguinte análise da expansão dos serviços telefônicos no Brasil:

Sem embargo de sua grande importância e interesse público, os serviços de telefonia, até há dois decênios, eram entregues mediante concessão do poder público, a empresas particulares funcionando sob regime de fiscalização. A rápida expansão dos grandes centros passou a exigir melhores serviços, tornando imperiosa a rápida comunicação recíproca e com o estrangeiro. Por serem poucas, no entanto, as empresas que haviam conseguido vencer as barreiras da estagnação em que se viam mergulhadas por questões políticas, decidiu o governo federal, em 1960, adquirir a mais importante delas, a Companhia Telefônica Brasileira (CTB), representando mais de 60% da telefonia pátria. Contando com os serviços dos melhores especialistas da Embratel, cuidou o então Ministro Hygino Corsetti de reformulá-la, especialmente nas áreas técnicas, elevando em dois anos de 26 para quase 800 engenheiros. Verificando que até 1972 ainda era grande o déficit telefônico, reconheceu-se a necessidade de uma empresa que, sem interesse imediato, procurasse planejar e coordenar as atividades relativas às telecomunicações, obtendo recursos necessários à implantação de sistemas e serviços. Iniciados em 1971 os estudos para a implantação de uma empresa *holding*, destinada a unificar as numerosas concessionárias existentes no âmbito inicial, estaria ,em nível nacional, coordenando planos e traçando diretrizes a Telecomunicações Brasileiras S.A. (Telebrás), empresa de economia mista com participação majoritária da União e finalidade de disciplinar o desenvolvimento dos serviços públicos de telecomunicações e de supervisionar a telefonia, o telex, a telegrafia, os serviços especiais e as comunicações internacionais, o que ocorreu em 1972. Depois de 17 meses, congregava 22 subsidiárias ou associadas na maioria das unidades, desmembradas da CTB. Estava prevista a instalação de mais de cinco milhões de aparelhos até 1979 e mais 10 milhões até 1986, calculando o II PND o investimento de 50 milhões de cruzeiros para consolidação e expansão do sistema de comunicações do país, incluindo modernização do sistema de comunicações telefônicas urbanas, interurbanas e rurais' (fls. 170-1).

Discorrendo sobre os princípios aplicáveis às concessões e às relações do usuário com o concessionário ou com o poder concedente, escreve a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República:

'18. Até quase o fim do século XIX prevaleceu a corrente doutrinária que considera as relações entre o usuário e o serviço público como de natureza contratual, regida pelo direito privado. Com efeito, obrigando-se o concessionário, perante o usuário, a prestar serviço e o usuário a pagar a tarifa correspondente, entende-se configurado 'um contrato de locação de serviços, contrato sinalagmático, comutativo, a título oneroso (apud Basavilbaso, Villegas. *Derecho administrativo* Buenos Aires, Editora Argentina 1951 v. 3 p. 196).

19. Outros juristas, entretanto, atentos à objeção de que o fundamento clássico do contrato o acordo livre de vontades iguais — jamais é encontrado nos contratos entre usuários e concessionários de serviço público, estimam que a situação jurídica do usuário é uma situação contratual especial, enquadrando-se as respectivas relações, não na figura tradicional do contrato romano-civilista, mas na figura do contrato de adesão (id. ib., p. 200-5).

20. A maioria dos publicistas não aceita nem a teoria clássica do contrato nem a teoria do contrato de adesão. Os atos de adesão, afirma-se, nada têm de contratual a não ser o nome; são adesões a disposições de natureza legal ou regulamentar. No entender de Duguit Jèze e Hauriou, o usuário de um serviço público encontra-se, perante o serviço, numa situação geral, impessoal, não em situação individual ou contratual. A sua adesão tem o efeito de investi-lo nesse *status* geral, impessoal e objetivo, adesão que, uma vez realizada, desaparece e não tem mais influência em suas relações com o concessionário. A situação do usuário é, assim, puramente legal e regulamentar, ficando o mesmo, por conseguinte, *sujeito à lei do serviço,* modificável a qualquer tempo, no interesse do serviço (id. ib., p. 205-6).

21. Mesmo os publicistas que não aceitam integralmente, com todas as suas conseqüências, a teoria da situação regulamentar, entre os quais Laroque e Basavilbaso, admitem que a relação jufídica entre o usuário e serviço público é regida, fundamentalmente, pela lei ou regulamento do serviço, disciplinando-se, entretanto, pelas normas atinentes aos contratos, as cláusulas que não constituam simples repetição de disposições legais ou regulamentares, e que, por isso, são consideradas cláusulas contratuais (id. ib., p. 207-12).

12. No Brasil, esta orientação não tem aplicação prática, porque, entre nós, o instrumento jurídico pelo qual se estabelece o vínculo entre concessionário e usuário jamais contém cláusulas que não constituam simples repetição de disposição de lei ou de regulamento emanado da autoridade administrativa (fls. 85-7).

Mário Masagão defende a teoria segundo a qual a concessão é contrato de direito público, dizendo:

'Buscamos primeiramente demonstrar:

a) que a concessão não tem por objeto coisa fora do comércio;

b) que, para sua perfeição, é indispensável a anuência do concessionário;

c) que essa anuência não é simples pressuposto ou condição, nem negócio unilateral, e sim manifestação de vontade que contratualmente se funde com a do concedente;

d) que a falta de discussão das cláusulas não impede o aparecimento do contrato.

Por essa forma ficarão repelidas as teorias unilaterais existentes no assunto.

Passando para o campo contratual, mostraremos:

a) que a disciplina da concessão escapa às normas do direito privado;

b) que não existe contrato de direito misto;

c) que a concessão não se desdobra em ato e contrato;

d) que o contrato não é figura peculiar ao direito privado, e existe também no campo do direito público' (*Natureza jurídica da concessão de serviço público.* p. 59-60).

Concessão, segundo parecer de Francisco Campos, 'é a outorga ou a delegação de prerrogativa do poder público e somente pode configurar-se no caso em que o exercício da atividade ou a prestação do serviço foi reservado, como privilégio ou prerrogativa, à atividade pública (União, estado ou município); o particular só poderá exercer aquela atividade ou prestar aquele serviço por investidura ou outorga especial da entidade pública, ou mediante concessão ou como delegado dessa entidade' (fls. 161).

(...)

Malgrado o peso das autoridades em contrário, pensamos que a concessão de serviço público se dissocia em dois elementos: há, de um lado, o caráter público do serviço e, por conseguinte, a obrigação para o Estado de prestá-lo nas melhores condições econômicas e técnicas, o que impede que o ato de concessão possa significar qualquer alienação do serviço, ainda que temporaria, subsistindo no Estado, ao menos de modo potencial, o poder de influir sobre a administração indireta, mediante concessão, para o fim de modificar as normas ou os pa-

drões do serviço, de acordo com as necessidades do público ou com novos processos técnicos ou econômicos que facultem o melhoramento do serviço ou a sua prestação em condições mais razoáveis ou vantajosas; de outro lado, o interesse do concessionário, cujas compensações, previstas no contrato, não podem ser diminuídas ou frustradas cabendo-lhe não só as vantagens contratualmente estipuladas pela exploração normal do serviço, como as indenizações correspondentes às novas exigências que o poder público venha a lhe fazer no sentido de melhorar os *standards* de serviço, previstos no contrato, na conformidade das transformações de caráter técnico que se hajam operado nos processos de produção da utilidade pública que constitui objeto da concessão. Em resumo: é lícito ao poder público, em qualquer momento, modificar as condições do serviço, exigir a ampliação das suas instalações e o alargamento da sua área de incidência, para melhor atender ao crescimento verificado nas exigências do público não só quanto à qualidade, como à quantidade do serviço, assim como, a qualquer momento, poderá retomar o serviço ou chamá-lo à sua gestão direta ou à sua imediata administração, com a única ressalva, fundada nos princípios de boa-fé e do enriquecimento sem causa, de que não se altere a equação econômica do contrato, a qual serviu de base à convergência de vontades do concedente e do concessionário ou que neste determinou ou motivou a decisão de prestar ao poder público a sua colaboração financeira e técnica. O único limite que a concessão de serviço público cria ao poder concedente é a equação econômica ou financeira do contrato, isto é, as prestações que o poder concedente se obrigou a fazer ao concessionário, como remuneração ao trabalho, ao capital ou à propriedade com que ele concorre ao concorreu para o funcionamento do serviço, de acordo com os *standards* contratuais ou com outros *standards* que posteriormente, à vista das transformações técnicas ou da evolução nos costumes e nas exigências culturais do público, o poder concedente venha, a exigir do concessionário (Jèze, G., *Contrats de droit administratif*. v. 2, p. 249 e segs:; Pequignot. *Théorie générale du contrat administratif*. Paris, 1945. p. 370 e segs.). De acordo com esse conceito da concessão de serviço público, o poder concedente é o único juiz da oportunidade e da conveniência de fazer operar a reversão de um serviço público concedido à sua administração direta, com a única condição de que indenize o concessionário das vantagens representadas pelas prestações a que o poder concedente se obrigou no ato da concessão, durante a parte do prazo que ainda não havia decorrido. Para que o poder concedente possa em qualquer tempo encampar ou resgatar a concessão não é necessário que a encampação ou o resgate tenha sido previsto no contrato ou no ato da concessão. Evidentemente, o contrato pode autorizar a encampação antes do decurso do prazo. Se, porém, o contrato é omisso quanto à faculdade de encampação ou de resgate, o poder concedente, nem por isto, deixa de possuir a prerrogativa, que lhe é inerente, de dar ao serviço público a organização que lhe pareça mais oportuna ou mais conveniente, e resolva, portanto, que um serviço concedido reverta, antes do decurso do prazo contratual, à sua gestão direta (*Direito administrativo*. v. 2, p. 49-51).

Insiste o mestre, lembrando ainda ensinamento de Pequinot e Jèze que 'o poder discricionário da administração de modificar a todo tempo os contratos administrativos só encontra por limite a obrigação de não alterar a equação financeira do contrato' (fls. 56).

E conclui:

'Dada a estrutura do contrato administrativo, no qual a administração se determina, por motivo de interesse público, e o particular, por motivo de interesse puramente privado e de caráter estritamente econômico, não pode haver dúvida de que na execução do contrato, assim como na sua dissolução, o poder administrativo tem sempre o direito de agir no interesse do serviço, seja modificando as condições da sua pro-

dução, funcionamento e distribuição, seja, de modo mais radical, dando ao serviço organização diferente, fazendo com que, se concedido, volte à sua gestão direta, desde que, pela modificação ou pela dissolução do contrato, assegure ao particular ou, no caso, ao concessionário, as vantagens econômicas, que constituíram o único motivo determinante de haver colocado as suas aptidões técnicas, o seu capital ou a sua propriedade ao serviço dos fins públicos visados pela administração. Outro interesse não tem o concessionário na concessão. Nela, o seu direito é apenas o de haver os ingressos taxados no contrato como contraprestação correspondente aos encargos técnicos e financeiros resultantes do fato de haver aceito a concessão' (p. 57-8).

Celso Antônio Bandeira de Mello, em excelente dissertação sobre prestação de serviços públicos e administração indireta, após analisar o que é *serviço público*, afirma entender-se por *concessão de serviço público* 'o ato complexo através do qual o Estado atribui a alguém o exercício de um serviço público e este aceita prestá-lo em nome do poder público sob condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Estado mas por conta, risco e perigos, remunerando-se pela cobrança de tarifas diretamente dos usuários do serviço e tendo a garantia de um equilíbrio econômico-financeiro' (p. 35).

Conseqüentemente, por ser público e privativo do Estado — acrescenta — 'é *res extra comercium*, inamovivelmente sediabo na esfera pública, razão por que não há transferência da titularidade do serviço para o particular' (p. 36).

Para o concessionário, a prestação do serviço é um meio através do qual obtém o fim que almeja: o lucro. Reversamente, para o Estado, o lucro, que propicia ao concessionário, é meio por cuja via busca sua finalidade, que é a boa prestação do serviço' (p. 37).

(...)

'Ao Estado assistem todas as garantias necessárias à obtenção de seu desiderato. Por esta razão pode dispor livremente sobre as condições de prestação do serviço e modificá-las sempre que o interesse público o reclamar, assim como retomá-lo sem que caiba oposição do concessionário. A este, por seu turno, caberão todas as garantias atinentes à mantença do equilíbrio econômico-financeiro avençado por ocasião da concessão, pois foi o que através dela buscou. Daí que, embora o Estado possa modificar unilateralmente as condições do serviço, deverá preservar o equilíbrio econômico quando as alterações que introduzir agravarem a situação do concessionário. Em suma: o Estado dispõe com plena liberdade e do modo que entender mais conveniente para o interesse público, sobre a parte regulamentar do serviço e está peiado no que concerne ao elemento verdadeiramente contratual da concessão, que é o equilíbrio econômico-financeiro. Faz parte do aspecto regulamentar tudo o que diz com o modo de prestação do serviço e fruição dele pelos usuários. Em conseqüência, integram-no as disposições relativas ao prazo da concessão, à organização, ao funcionamento do serviço e às tarifas que serão cobradas; esta é a parte mutável na concessão por ato exclusivo do Estado (p. 37-8).

E acrescenta:

Resulta daí que tem, permanentemente, sobre o serviço prestado pelo concessionário, plena disponibilidade, que se traduz na titularidade dos seguintes poderes:

a) poder de inspeção e fiscalização, que o autoriza a manter-se permanentemente informado sobre todo o comportamento do concessionário relacionado com o desempenho do serviço. Com isto poderá verificar, como d seu dever, se o concessionário está atendendo de modo satisfatório e desejável às obrigações assumidas, ao acompanhar, mesmo no interior da vida da empresa, inclusive através do exame de livros, registros e assentamentos desta, as providências tomadas e a lisura delas para implemento dos encargos da concessão;

b) Poder unilateral de alterar as cláusulas regulamentares, isto é, concernentes às con-

dições do funcionamento do serviço. Por isso pode impor modificações relativas à organização dele, a seu funcionamento e desfrute pelos usuários, o que inclui, evidente, as tarifas ou taxas a serem cobradas' (p. 39-40).

'(...)

c) poder de extinguir a concessão antes de findo o prazo inicialmente estatuído. Tendo em vista que a concessão, conforme reiteradamente se vem lembrando, não é senão uma técnica, através da qual o poder público visa a obter o melhor serviço possível no interesse dos administrados, compreende-se que a este caiba o poder de retomar o serviço sempre que o interesse público o aconselhar' (p. 40)

Os usuários, ainda no dizer de Celso Antônio Bandeira de Mello, 'atendidas as condições relativas à prestação do serviço e dentro das possibilidades normais dele, têm direito ao serviço. O concessionário não lhes poderá negar ou interromper a prestação, salvo, é claro, nas hipóteses previstas nas próprias cláusulas regulamentares. Cumpridas pelo usuário as exigências estatuídas, o concessionário está constituído na obrigação de oferecer, de modo contínuo e regular, o serviço cuja prestação lhe incumbe. Não é apenas o poder concedente que tem o direito de fiscalizar e impor ao concessionário o correto desempenho do serviço. As regras concernentes à prestação dele são instituídas não apenas em benefício da coletividade, concebida em abstrato, mas dos usuários, individualmente considerados, isto é, daqueles que arcarão com o pagamento das taxas ou tarifas a fim de serem servidos'. ('Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta — 2ª edição — pág. 48)

Mário Masagão (op. cit., nº 93, p. 62-3) adverte:

'Na concessão não se alienam bens públicos, nem sobre eles se contrata. Aparecerá, na concessão, certo uso de bens públicos. E alguns autores já sustentaram que a incomerciabilidade daqueles bens não compreende a do respectivo uso. Mas nem alienação de uso se verifica. Se o bem público é de uso comum, como tal permanecerá. Acontece apenas que, em relação ao serviço realizado, o uso comum deverá ser retribuído. E nada impede que a administração destine os competentes réditos à remuneração do concessionário. Se o uso do bem público é especial, conserva esse caráter quando atinente ao serviço concedido.

Aliás, a incomerciabiidade dos bens em questão impede as relações jurídicas que venham contrariar o destino da coisa; mas não impede aquelas que aumentem a utilidade do mesmo destino.'

E conclui:

'O serviço não é *alienado* pela *concessão*. Pelo contrário, esta é apenas uma forma pela qual a administração executa aquele: a forma do exercício indireto' (p. 65).

Carlos S. de Barros Jr., referindo-se sobre o tema, adverte:

'Admite-se hoje que a concessão tem uma dupla natureza. Certas cláusulas que a compõem têm natureza regulamentar, outras, natureza contratual.

(...)

Faz-se preciso, pois, distinguir as cláusulas regulamentares das cláusulas contratuais. As primeiras são as que concernem à organização e funcionamento do serviço e exigências de sua adaptação às necessidades públicas. Sob este aspecto, a situação é legal ou regulamentar, modificável em vista da necessidade de adaptação do serviço às exigências do interesse coletivo.

(...)

Assim, admite-se hoje, de modo generalizado, a possibilidade, por parte do concedente, de alterar uniateralmente as condições da concessão, relativas ao serviço público, quando o exijam as necessidades coletivas, desde que assegurado ao concessionário o equilíbrio financeiro, no tocante ao

negócio que realizou' (Enciclopédia Saraiva do direito. v. 17, p. 64-5).

De toda esta exposição se extrai a conclusão de que a competência concedida à União pelo art. 8º, inciso XV, alínea *a* ('explorar, diretamente ou mediante autorização ou concessão, os serviços de telecomunicações') refere-se a um serviço público e que o relacionamento estabelecido entre o concedente, o concessionário e o usuário se faz segundo regras do direito administrativo. A relação estabelecida entre o concessionário e o usuário (assinante da linha telefônica), como é óbvio, conserva a prevalência do interesse público, coletivo, sobre o individual, incorporando as normas legais e regulamentares, inclusive de sua alteração ou extinção, enquanto satisfizer as obrigações contraídas perante o concessionário.

A tal respeito, esclarece a autoridade:

'Vê-se, assim, que a transferência de assinatura foi proibida durante longos anos e, após, foi facultada, dentro de certas regras em razão de motivos determinados, sempre com vistas ao bom desempenho do serviço público e à satisfação dos assinantes, ou seja, em atenção ao interesse coletivo. Não se vislumbra, porém, nessa faculdade de transferência, nenhuma idéia de permitir especulação, de se criarem empresas de intermediação para essas transferências, ou seja, de implantar, à margem das concessionárias, um verdadeiro *comércio de telefones*. Nem seria possível que isso ocorresse, pois em função da própria característica do instituto da concessão, integralmente incluído na área do direito público, é inadmissível que terceiros substituam a concessionária na tarefa de oferecer o serviço que é dela, para com isso obter lucro.

Tem-se argumentado que a transferência do direito de uso do serviço telefônico é legítima, tendo em vista que ele tem valor econômico. Isso precisa ser melhor examinado. Na realidade, o propalado valor econômico somente existe em razão da transferibilidade do direito de uso e da demanda reprimida. Se os concessionários tivessem linhas disponíveis para atender a todos os pretendentes ao serviço telefônico, nenhum valor teriam as linhas telefônicas, o mesmo ocorrendo se o uso for intransferível. Então, o chamado valor econômico é fruto exclusivamente da possibilidade da transferência do uso do serviço e da escassez deste. Ora, a escassez de um serviço público não pode ser motivo jurídico para, desnaturando a essência do instituto da concessão de serviço público, admitir que seu uso seja objeto de comercialização à margem da concessionária, que se transforme em um bem sujeito a especulação. Seria o caso de admitir que, tornando-se escassos os serviços de água e energia elétrica, passasse o uso desses serviços a adquirir valor econômico e, assim, sujeitar-se a intermediação e especulação. O fato de o serviço telefônico possuir uma maior facilidade de mudança de local, embora relativa, não altera em nada a situação jurídica. Todos eles, o serviço telefônico, o de água e o de energia elétrica são serviços públicos concedidos, subordinados exclusivamente ao direito público, e o chamado *direito de uso* do direito privado nada tem a ver com eles, pois, repita-se, o direito do usuário de um servidor público resume-se em usufruir o serviço.

Verifica-se, assim, que a escassez do serviço não é, em si mesma, o elemento fundamental da atribuição de valor econômico ao chamado direito de uso do telefone, mas sim a faculdade de sua transferência a terceiros, como vinha ocorrendo por liberalidade da norma regulamentar vigente, que, como já se demonstrou, violenta o instituto da concessão de serviço público. Por outro lado, as decisões de nossos tribunais reconhecendo a possibilidade de *penhora* e *arrematação* do direito de uso de telefone não servem de base para confirmar a tese de que o direito de uso é livremente transferível. A hipótese é precisamente outra: os tribunais têm reconhecido a possibilidade de penhora e arrematação precisamente porque a regulamentação previa a dispo-

nibilidade, a transferibilidade desse direito, para concluir que o que é transferível é penhorável, e, em conseqüência, suscetível de arrematação. Um outro argumento que merece ser examinado é o que diz respeito ao autofinanciamento, cujo nome técnico é participação financeira de promitentes-assinantes nos investimentos das empresas concessionárias de serviço público de telefonia.

Esse instituto, nascido da carência de recursos para a expansão dos referidos serviços, prevê que o pretendente ao serviço participe do capital da *holding* do setor, a Telecomunicações Brasileiras S.A. — Telebrás — como condição para tornar-se assinante do serviço telefônico. O pagamento feito para tornar-se acionista da Telebrás tem gerado confusão, no sentido de se afirmar que o assinante compra o telefone. Isso, mesmo no tempo em que as próprias concessionárias emitiam as ações, não correspondia à verdade. Hoje, vigente a Norma nº 8/76, aprovada pela Portaria nº 1.361, de 15.12.76 (publicada no *DO* de 23.12.76), mais se evidencia o equívoco. Isso porque o pretendente ao serviço torna-se acionista da Telebrás, a ela pagando o valor das ações, e recebe a prestação de serviço, por exemplo, da Telesp, da Telerj, da Telebrasília, etc., que colocam à disposição do assinante o uso do telefone, recebendo, por isso, apenas a tarifa do serviço. Assim, a colocação do serviço à disposição do usuário, pela concessionária, é gratuita, não sendo lícito falar-se em compra' (fls. 49-52).

Agora, é chegado o instante de examinar-se a contestada competência do ministro de Estado para expedir o ato.

Dispõe a Constituição:

'Art. 85. Compete ao ministro de Estado, além das atribuições que a Constituição e as leis estabelecerem:

I — (...)

II — expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos;

III — (...)

IV — praticar os atos pertinentes às atribuições que lhe forem outorgadas ou delegadas pelo presidente da República.

O art. 20 e parágrafo único do Decreto-lei nº 200, de 25.2.67, repete essas disposições para, no art. 35, criar o Ministério das Comunicações e fixar-lhe a área de competência subdividida em telecomunicação e serviços postais. O Contel, criado através da Lei nº 4.117, de 27.8.62, com a instituição do Ministério das Comunicações passou a integrá-lo, de acordo com o art. 1º do Decreto nº 70.568, de 18.5.72, e, pelo art. 4º, foi transformado em *Conselho Nacional de Comunicação — Contel,* tendo por objetivo assessorar diretamente o ministro de Estado em assuntos relativos aos serviços de telecomunicação e postais. Logo, o ministro das Comunicações tem competência específica para disciplinar os serviços de telefonia em todo o país, porquanto é este um processo de telecomunicação 'destinado à transmissão da palavra falada ou de sons', a ser empregado por duas ou mais pessoas.

Afirma o impetrante que a portaria infringiu o disposto no § 2º do art. 153 da Constituição. O equívoco é evidente. O vocábulo *lei* consta daquele texto no sentido *material* e não *formal,* pelo que todo ato normativo legítimo expedido pela autoridade originariamente *competente* pode determinar uma obrigação de fazer ou deixar de fazer. Por outro lado, adverte a Subprocuradoria-Geral da República, 'não se deve esquecer que a transferência de assinatura foi autorizada, não por lei no sentido formal, mas através de resolução e portarias, o que significa que autorização e proibição emanaram de atos da *mesma hierarquia*' (fls. 91).

O impetrante também diz que o § 3º do art. 153 da Constituição foi violentado.

Engana-se, outrossim. A transferência de assinatura do serviço telefônico, consoan-

te amplamente demonstrado, sempre constituiu objeto de regulamentos (resolução, norma de serviço, portaria, etc.), indo da proibição ampla para a autorização restrita, novamente ampla, proibição, proibição excepcionada e proibição, mas, sempre, tendo por finalidade o bom desempenho do serviço público de telefones, o qual, se diga a bem da verdade, melhorou sensivelmente ao curso do recente passado.

Os ensinamentos doutrinários que transcrevi anteriormente mostram que o poder concedente, a qualquer tempo, pode alterar unilateralmente, visando ao interesse público, as normas regulamentares da concessão e, como é óbvio, aí incluídos o usuário, quer dizer, o modo pelo qual pode usufruir do serviço. De conseguinte, a multicitada Portaria nº 209/86 não feriu direito algum do impetrante, menos líquido e certo.

O autor ainda aponta mais violações da Lei Maior, pois sustenta que o livre exercício profissional e o direito de propriedade foram eliminados com o ato ministerial.

Aqui, e mais uma vez, dou a palavra ao douto subprocurador-geral da República, Dr. Paulo Sollberger:

'A Carta Magna, ao assegurar o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, refere-se, como é natural, a atividade lícita, ou seja, aquela que se realiza pela prática de atos autorizados pela lei, o que não se verifica com a transferência de assinatura, proibida que está por disposição regulamentar com força de lei. Entender o contrário importaria garantir o 'livre exercício' da profissão de banqueiro de jogos de azar ou restabelecer a atividade dos antigos proprietários das lojas de penhor que floresceram nas grandes cidades do país antes que a lei estabelecesse o monopólio dessa atividade em favor da Caixa Econômica Federal .

A esse propósito, pedimos vênia para transcrever o que pondera, com indiscutível acerto, a digna autoridade coatora em suas informações *verbis*:

'Já se viu que a exploração dos serviços de telecomunicações cabe à União ou a seus concessionários (Constituição, art. 8º, XV, *a*), sendo claro que exploração traz no seu bojo o conceito de obtenção de vantagem (lucro). As concessionárias, na exploração desses serviços, estão adstritas a regras severas, tendo sua remuneração e seu lucro controlados pelo poder concedente. Assim, é lícito admitir que apenas as concessionárias estão autorizadas a se servirem dos lucros propiciados pela atividade que a União lhes delegou de prestarem serviços ao público usuário.

Ou seja, somente as operadoras do serviço (concessionárias) são as pessoas a quem o Estado, solenemente, autoriza viverem de atividade ligada à telefonia.

Isso não se refere apenas à telefonia, porém. É regra igualmente válida para todos os serviços públicos, como água, energia elétrica, transportes, etc.

Recorde-se que a remuneração da concessionária é controlada, sendo feita à base de tarifas fixadas pelo poder concedente, tendo por base o custo do serviço, a remuneração do investimento e a necessidade de expansão, ou de preços, estabelecidos pela própria prestadora, com base nos custos e na remuneração do investimento, mas sob supervisão do poder concedente.

Isso porque, no fundo, tem-se em mira o interesse público e dos usuários em geral.

Daí porque apenas às concessionárias ser lícito desenvolver, profissionalmente, atividades ligadas ao serviço telefônico.

A própria natureza do serviço público concedido determina essa exclusividade, originária da exclusividade constitucional outorgada à União, como já se viu.

Assim, parece insofismável que a exploração de atividade telefônica, com a intermediação de aquisição de linhas telefônicas, é *ilegítima*, porque afronta à própria intenção constituinte, quando exercida por quem não tenha recebido, do poder com-

petente, autorização para viver à custa dela.

Mais não é preciso dizer para que se evidencie que o ato ministerial atacado pela segurança de modo algum poderia contrariar o § 23 do art. 153.'

Finalmente, é impossível falar em ofensa à norma de proteção ao direito de propriedade § 22 do art. 153), quando se sabe que, em matéria de serviço público, não há direito de propriedade em favor de usuário. Ao usuário, já se demonstrou, cabe apenas o direito de usufruir do serviço, nas condições estabelecidas no respectivo regulamento, que pode ser modificado unilateralmente, pelo poder público, a qualquer tempo, no interesse do serviço e dos próprios usuários' (fls. 94-96).

Derradeiramente, tem-se dito que o direito de uso do telefone é penhorável. De fato, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE nº 86.172-6-MG (*RTJ*, 88/969), assim decidiu:

'Telefone. O seu direito de uso é penhorável. Se a própria empresa concessionária de serviço público é penhorável (Código de Processo Civil, art. 678), não faz sentido pretender excluir-se do ato de constrição judicial direito de uso, decorrente de contrato celebrado com terceiro, de bem àquela pertencente.

Ademais, a alienação do direito ao uso em leilão não acarreta nenhum obstáculo à sua aquisição, vez que o adquirente estará ciente de que haverá de aderir às normas disciplinadoras daquele direito e, em aderindo, não se lhe poderá negar o uso.

RE conhecido, mas improvido.'

Naquela oportunidade, a Procuradoria-Geral da República, em parecer da lavra do Dr. Antônio de Pádua Ribeiro, hoje eminente colega que ilustra esta casa da Justiça, acentuou:

Não se pode olvidar que a concessionária de serviço público só pode agir nos limites regulamentares ditados pelo poder concedente, visando a um interesse público. Assim, qualquer particular que atenda às prescrições legais e regulamentares para utilização dos serviços se investe do direito subjetivo de exigi-los. A concessionária não pode escolher, a seu talante, o usuário dos aparelhos telefônicos, mas há de reconhecer o direito de uso a qualquer particular que dira às normas pertinentes' (*RTJ* 88/971).

E o relator, o eminente Ministro Cordeiro Guerra disse:

'A concessionária não é senhora ou possuidora do direito de uso do aparelho telefônico, mas somente deste. O direito de uso pertence ao assinante, em virtude do contrato de adesão regulamentado pelo poder público. Posto que esse contrato tem um valor econômico, como reconheceu o acórdão, incorpora-se ao patrimônio do usuário e conseqüentemente responde por suas dívidas.

Não pode a concessionária recusar por lei ou por contrato o uso do telefone por quem adira ao contrato, assim, admissível é alienação forçada que se realiza pela Justiça.

O acórdão da lavra do ilustre Ministro José Néry da Silveira, bem fundamentado, resiste à crítica que lhe é feita, como ressalta do parecer da Procuradoria-Geral da República' (*RTJ*, 88/971).

Isso, a meu entender, não significa que ocorreu transferência de propriedade, ou que o direito de uso assume característica de propriedade. Primeiro, porque os bens públicos são *res extra commercium*, o que significa dizer que são inalienáveis. A inalienabilidade, adverte Mário Masagão, decorre, já do fato de ser a coisa inapropriável, já de uma norma jurídica que a estatua. Assim é que o Código Civil Brasileiro, art. 69, dispõe: 'São coisas fora do comércio as insuscetíveis de apropriações e as legalmente inalienáveis' (op. cit., nº 91).

Ainda aqui, tem cabida a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, quando escreve sobre retomada de serviço público dado em concessão (*Revista dos Tribunais*, 603 9-22):

'2.1 Este é um ponto importantíssimo: serviço público e função pública são *res extra commercium*, inegociáveis, o que é indiscutido e indiscutível. É certo que o Estado pode prestar tais serviços diretamente ou através de pessoa que compartilha da natureza pública (autarquias), como poderá cometê-los a terceiros, pessoas de direito privado. Nesta última hipótese, contudo, não haverá — por impossível — transferência da titularidade, sobre o serviço dos poderes inerentes à sua detença ou regulamentação, mas tão-só do desempenho material deles e da habilitação necessária para a prática dos atos jurídicos indispensáveis à sua execução.

(...)

Deveras, o concessionário só pode ter o exercício da atividade, nunca, porém, a titularidade, a senhoria, sobre ela. Daí que o concedente pode retomá-lo, a qualquer tempo, como coisa sua que é, para atender aos interesses públicos dos quais é o guardião — qualidade, esta, da qual nem que queira pode se despedir.

2.2 Eis aí a razão pela qual afirmamos que o concessionário exerce o serviço concedido se, quando, como e enquanto o poder público o desejar.

Deveras, precisamente porque este tipo de serviço satisfaz uma necessidade pública, configura um interesse público. Ora, o interesse público é algo que está axiomaticamente internado na esfera estatal, como um bem jurídico indisponível, inegociável e sobre que o Estado não pode transigir ou transacionar. Disto procede a impossibilidade absoluta de *aliená-lo*, de despojar-se das responsabilidades que sobre ele tem, o que ocorreria se trasladasse a entidades privadas poderes para a retenção do serviço ou para sua regulamentação, abrindo mão de sua competência para retomá-lo ou modificar-lhe as condições de desempenho (p. 10-1).

Segundo, o usuário, conforme amplamente demonstrado, tem direito ao serviço dentro das possibilidades e condições regulamentadas. Isso significa que ele tem o direito de uso da assinatura do telefone, enquanto cumprir o disciplinamento competente, inclusive de exigir que a concessionária lhe preste o serviço. Esse direito de uso da assinatura pode ser objeto de transferência ou não, segundo o interesse público determinar. Ora, se o cessionário não é o titular do serviço, não pode retê-lo em suas mãos contra o interesse público, com maior razão o usuário não pode querer geri-lo ou dispor dele a seu gosto.

À vista do exposto, conheço da impetração, mas para denegá-la, uma vez que não há direito líquido e certo ameaçado ou violado através da malsinada Portaria nº 209/86 do Sr. Ministro de Estado das Comunicações.

Nesse sentido é o meu voto."

EXTRATO DA ATA

MS nº 115.338-DF (9521739) — Relator: Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Impetrante: Elisabeth Carol Vassimon Siqueira. Impetrado: Sr. Ministro de Estado das Comunicações. Advogados: Dr. Célio Silva Costa e Outros (Impte).

Decisão: o plenário, por maioria, deferiu o mandado de segurança, vencidos os Srs. Ministros Costa Lima, Eduardo Ribeiro, Dias Trindade, William Paterson e Miguel Ferrante. Plenário, 7.5.87.

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Flaquer Scartezzini, Geraldo Sobral, Carlos Thibau, Nilson Naves, Ilmar Galvão, Assis Toledo, José Dantas, Torreão Braz, Carlos Velloso, Otto Rocha, Sebastião Reis, Pedro Acioli, Costa Lima, Eduardo Ribeiro, Dias Trindade, William Patterson e Miguel Ferrante. Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Gueiros Leite, Washington Bolívar, Bueno de Souza, José Cândido, Américo Luz, Costa Leite, José de Jesus. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro Armando Rollemberg na ausência justificado o Exmo. Sr. Ministro Lauro Leitão, Presidente.