PARECERES

PEDÁGIO — EQUILÍBRIO ECONÔMICO E FINANCEIRO DO CONTRATO DE CONCESSÃO

PARECER

1. O Sr. diretor-presidente da Dersa — Desenvolvimento Rodoviário S.A. consulta:

Ao chefe do Poder Executivo é facultado conceder, por decreto, isenção ou redução de pedágio a determinadas categorias de usuários das rodovias que a sociedade explora em regime de concessão?

2. A consulta deriva do requerimento nº (*omissis*).

3. Algumas considerações preliminares devem ser feitas para completa compreensão da resposta. Quando, ensina Marcello Caetano, "quando a pessoa coletiva de direito público em cujas atribuições entra a criação e a exploração com exclusivo de certo serviço público de caráter empresarial não quer assumir o encargo da respectiva gestão poderá, se a lei autorizar, encarregar outra pessoa, geralmente entidade privada, dessa gestão, por conta própria, mediante um ato jurídico pelo qual lhe transfira temporariamente o exercício dos direitos e poderes necessários e imponha as obrigações e deveres correspondentes. Esse ato jurídico é a concessão do serviço público" (*Manual de Direito administrativo* 1. ed. bras., 1970 t. 2, p. 1 016, nº 405).

4. Para Cretella Júnior a "concessão é a transferência, temporária ou resolúvel, por uma pessoa coletiva de direito público, de poderes que lhe competem para outra pessoa singular ou coletiva pública ou privada. a fim de que esta execute serviços por sua conta a risco, mas no interesse geral" (*Tratado de direito administrativo,* vol. 3, p. 121, nº 88).

5. Francisco Morato entender ter essa transferência "o caráter e prerrogativas de contratos, verdadeiros contratos jurídicos entre concedentes e concessionários, sujeitos uns e outros às normas que regem os atos convencionais em geral" (*Miscelânea jurídica.* 1945. v. 1, p. 400). Para concluir: "É um princípio pacífico no direito pátrio, como é pacífico no direito americano, que a concessão legalmente feita de um privilégio exclusivo é um contrato, cujas obrigações não se podem quebrantar nem pela administração que a dá nem por aquele a quem confere a licença ou privilégio. Os direitos ou privilégios exclusivos são havidos como propriedade, que se não pode anular ilegal ou arbitrariamente, por ato de uma das partes" (op. cit. p. 401).

6. Após se reportar à doutrina que considera a concessão ato unilateral do poder concedente e à teoria mista, segundo a qual a concessão se institui por um ato administrativo e por um contrato de

direito privado, conjuntamente, Mário Mazagão ensina: "a concessão é contrato, porque os elementos constitutivos desta figura jurídica nela se integram. Mas esse contrato, por sua finalidade, pelo seu objeto, pela natureza das relações que estabelece, não se subordina às normas de direito privado. Pelo contrário, está submetido à regência integral do direito público". E define: "Pode a concessão ser definida como um contrato de direito público, oneroso, sinalagmático e comutativo, pelo qual a administração transfere à pessoa de direito privado a obrigação de fazer funcionar um serviço público" (*Curso de direito administrativo*. 3. ed. p. 298, nº 480).

7. Celso Antonio Bandeira de Mello ensina que se pode entender 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 sua conta, risco e perigos, remunerando-se pela cobrança de tarifas diretamente dos usuários dos serviços e tendo a garantia de um equilíbrio econômico-financeiro. Para concluir: "A concessão é ato jurídico complexo, composto de um ato regulamentar do Estado que fixa unilateralmente condições de funcionamento, organização e modo de prestação do serviço. isto é, as condições em que será oferecido aos usuários; de um ato-condição, por meio do qual o concessionário voluntariamente se insere debaixo da situação jurídica objetiva estabelecida pelo poder público e de contrato, por cuja via se garante a equação econômico-financeira, resguardando os legítimos objetivos de lucro do concessionário" (*Prestação de serviços públicos e administração indireta*. 1973. p. 35 e 37).

8. É o entendimento do Supremo Tribunal Federal: "Na concessão de serviço público, como ato complexo, meio regulamentar, meio contratual, o concedente pode modificar, por lei, o funcionamento do serviço, alterando o regime dos bens públicos envolvidos e até impondo novos ônus ao cessionário, desde que a este assegure o equilíbrio financeiro, para remuneração e amortização do capital efetivamente investido" (Constituição de 1946, art. 151 e §; Constituição de 1967, art. 160) (hoje, Constituição Emendada, art. 167 e seus §§), (in *Rev. Trim. Jur.*, v. 46, p. 144).

9. Está na Constituição Federal (Emenda nº 2):

"Art. 167. A lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais, estabelecendo:

I. obrigação de manter serviço adequado;

II. tarifas que permitam a justa remuneração do capital, o melhoramento e a expansão dos serviços e assegurem o equilíbrio econômico e financeiro do contrato; e

III. fiscalização permanente e revisão periódica das tarifas, ainda que estipuladas em contrato anterior."

10. O ato regulamentar do Estado que fixa unilateralmente as condições de funcionamento, a organização e o modo da prestação do serviço, consubstancia-se no preceito que alude à fiscalização permanente do serviço concedido. O ato-condição, na aceitação, pelo concessionário, da obrigação de manter serviço adequado mediante a cobrança, diretamente aos usuários, de tarifas, periódicamente revistas, que permitam a justa remuneração do capital, o melhoramento e a expansão dos serviços e que assegurem, ainda, o equilíbrio econômico e financeiro avençado por ocasião da concessão.

11. O contrato de concessão deve abranger, por conseguinte, a parte regu-

lamentar do serviço, mutável por ato exclusivo do Estado; e a parte contratual propriamente dita, mutável apenas mediante acordo dos avindos por isso que diz com o equilíbrio econômico-financeiro da avença.

12. A equação econômico-financeira constitui, assim, nas palavras de A.C. Bandeira de Mello, o objeto contratual imutável unilateralmente, a expressão econômica de valor fruível pelo concessionário como resultado da exploração do serviço ao longo da concessão, segundo os termos constituídos à época do ato concessivo (op. cit. p. 38).

13. Há, assim, na concessão, um aspecto contratual que se estrutura em princípios que, em regra, devem permanecer inalterados, sob risco de afetar a obrigação de o concessionário manter serviço adequado. Di-lo a própria Constituição Federal ao se reportar ao "equilíbrio econômico e financeiro *do contrato*" (art. 167, II).

14. Carlos S. de Barros Junior focaliza o assunto: "A atividade do concessionário, retribuída pelos usuários do serviço, é, demais, assegurada pela garantia do equilíbrio do contrato" (*Compêndio de direito administrativo*. 1969. v. 2, p. 98).

15. Plínio A. Branco, explica: "As relações que se estabelecem entre investimento, remuneração do capital, taxa de renovação e despesas de operação das instalações (compreendendo as de custeio dos serviços e as de conservação das instalações) determinam a equação econômica do contrato de concessão" (*Diretrizes modernas para a concessão de serviços de utilidades públicas*". PMSP, 1949. p. 227).

16. Caio Tácito, adverte que "a equação financeira, estipulada de comum acordo entre concedente e concessionário não poderá ser alterada por ato unilateral de nenhum dos dois", para ressaltar: "É esta a parte intangível ou imutável do ato de concessão. Se o poder concedente agrava as obrigações livremente estipuladas pelo concessionário, este tem direito a que se reajuste a equação financeira, de maneira que continue inalterado o equilíbrio inicialmente estabelecido entre os encargos e a remuneração". E, adiante: "Quaisquer modificações unilaterais da situação objetiva do serviço, desde que aumentem os encargos do concessionário, implicam a obrigação para o poder público de adaptar o outro termo da equação, de modo a que se mantenha a mesma relação convencionada entre concedente e concessionário, que somente de comum acordo poderá ser modificada" (*Direito administrativo*. 1975 p. 234).

17. Sempre que por ato próprio do poder concedente a estrutura financeira da concessão for alterada, nasce, portanto, para o concessionário, a exigibilidade do direito ao reequilíbrio da economia do contrato, de modo a subsistir a equivalência entre as prestações, conforme a comum intenção que levou ao ajuste. O equilíbrio financeiro é cláusula fundamental e inequivocamente deve ser respeitado por representar elemento determinante do contrato.

18. Duez e Debeyre elucidam o conteúdo da equação financeira da concessão: "Les obligations réciproques qui figurent dans l'acte de concession n'ont pas une valeur absolue, elles ont une valeur de relation: entre elles s'établit un certain rapport et c'est ce rapport qui droit être maintenu. Ce ne sont les prestation (A, B, C) du concédant qui sont immuables, ni celles (a, b, c) du concessionaire, mais le repport que a été établit entre A, B, C et a-b-c".

19. Péquignot: "L'équilibre du contrat de droit privé est statique et du type a = b. Se l'une des parties à un contrat de droit privé méconnait ses obligations, elle comment une faute, le système con-

tractuel est irrémediablement rompu. L'équilibre du contrat administratif est dynamique et du type $\frac{a}{b} = \frac{a'}{b'}$. Si l'administration substitue une obligation a' à l'obligation originaire, la rémunération de son cocontractant qui était b à l'origine deviendra b', et le système contractuel, ainsi reéquilibré, sera mainténu" (apud Caio Tácito, in O equilíbrio financeiro da concessão de serviço público, *Rev. Dir. Adm.*, v. 63, p. 3 e nota 11).

20. Quando o equilíbrio obrigacional instabilizar-se pela agravação dos encargos iniciais, abre-se por conseguinte, para o concessionário, "un droit à indemnité, ou, plus exactement, le droit de reclamer un supplément de rémuneration", porque é da essência do instituto em causa "la clause capitale, expresse ou tacite, de l'équilibre financier ou équation financière du contrat" (Caio Tácito, op. cit.)

21. A álea ordinária da exploração industrial fica, assim, ao inteiro cargo do concessionário. Na ocorrência, porém, de um ônus imprevisível, ou da atribuição unilateral de novos serviços ou encargos quais, na hipótese, isenção ou redução das tarifas de pedágio a determinados utentes — ao Estado cumpre absorver ou partilhar dessa álea extraordinária, como diz Caio Tácito, "não somente por um princípio de eqüidade, como pelo interesse público na manutenção do serviço, dependente da estabilidade financeira do concessionário (op. cit. p. 2). É que a exigência de uma prestação superior à da convenção inicial importa forçar um dos termos de "cette équation financière qu'est, en un sens, toute concession".

22. Daí a afirmação de Celso Antonio Bandeira de Mello: "Os direitos e obrigações do concessionário, que o poder concedente não pode modificar unilateralmente são os direitos e obrigações de ordem pecuniária conquanto em tudo o mais o Estado pode dispor, modificar, alterar, determinar, segundo a conveniência do interesse público".

23. Manoel Gonçalves Ferreira Filho enfoca o tríplice aspecto a ser considerado na fixação da tarifa, indispensável à manutenção do equilíbrio econômico e financeiro do contrato. Diz: "O texto vigente encara o problema das tarifas com maior serenidade e estabelece um tríplice critério para a fixação da tarifa. Em primeiro lugar, a tarifa deve atender à justa remuneração do capital; em segundo lugar, deve permitir o melhoramento e a expansão do serviço; e, em terceiro lugar, deve sempre assegurar o equilíbrio econômico e financeiro do contrato" (*Comentários à Constituição brasileira* v. 3, p. 201).

24. A Constituição do Estado (Emenda nº 2), também trata da concessão de serviço público, abrangendo a parte regulamentar e a parte contratual, ao dispor:

"Art. 68. Os serviços concedidos, permitidos ou autorizados ficarão sempre sujeitos à regulamentação do poder público e poderão ser retomados quando não atendam satisfatoriamente às suas finalidades ou às condições do contrato.

Art. 69. Os serviços públicos, sempre que possível, serão remunerados por tarifa fixada pelo órgão executivo competente, na forma que a lei estabelecer.

Art. 70. Os serviços públicos de natureza industrial ou domiciliar, sempre que possível, serão prestados aos usuários pelo método da empresa privada, visando maior eficiência e redução dos custos operacionais."

25. A fim de ensejar, através dos métodos da empresa privada, a exploração de serviço público de natureza industrial, o Decreto-lei nº 5, de 6.3.69, dispõe:

"Art. 1º O Poder Executivo promoverá a constituição e a organização de uma

sociedade por ações de capital autorizado com a participação do Departamento de Estradas de Rodagem (DER), sob a denominação de Dersa — Desenvolvimento Rodoviário S.A."

26. De seu turno, o decreto de 18 de setembro do mesmo ano, estatuiu:

"Art. 1º Fica outorgada à Dersa — Desenvolvimento Rodoviário S.A. — concessão para exploração industrial, nos termos dos arts. 70 e 71 da Constituição do Estado (de 13.5.67), e do Decreto-lei nº 5. de 6.3.69, do uso das rodovias denominadas Via Anchieta e Rodovia dos Imigrantes, esta a ser construída para interligar São Paulo e os municípios da região de Santos."

27. O contrato de concessão que o DER firmou com a Dersa em 30.9.69 (Termo nº 2288/69), dentre outras coisas, inclusive quanto ao poder regulamentar, estatui:

"Cláusula 1ª A exploração do uso da Via Anchieta e da Rodovia dos Imigrantes, esta a ser construída para interligar São Paulo e os municípios da região de Santos, será executada sob a forma de concessão, nos termos dos arts. 70 e 71 da Constituição do Estado (de 1967), do Decreto-lei nº 5, de 6.3.69, e do presente contrato, pela concessionária, em caráter de exclusividade", e, adiante:

"Cláusula 19. A concessionária será remunerada através das tarifas de pedágio, que, nos termos do art. 7º do Decreto-lei nº 5, de 6.3.69, e deste contrato, está autorizada a cobrar dos respectivos usuários, na Via Anchieta e na Rodovia dos Imigrantes, nesta, a partir do momento em que, no todo ou em parte, for franqueada ao uso público.

§ 1º As tabelas das tarifas de pedágio serão propostas pela concessionária, com base nos custos do empreendimento e do serviço, do tipo de veículo e do percurso, de acordo com os padrões intercionais adotados para auto-estradas semelhantes.

§ 2º (*omissis*)."

28. É a Dersa, por conseguinte, uma sociedade mercantil. Uma sociedade por ações. Ressalte-se que a sociedade por ações é sempre sociedade mercantil. O Decreto-lei nº 2 627, de 26.9.40, é expresso: "Qualquer que seja o objeto, a sociedade anônima ou companhia é mercantil e rege-se pelas leis e usos do comércio" (parágrafo único do art. 2º).

29. A definição da lei é clara e mais clara ficará com as palavras de Trajano de Miranda Valverde, quando, ao apresentar ao ministro da Justiça o anteprojeto da atual Lei das Sociedades por Ações (Decreto-lei nº 2 627/40), de sua autoria, explicou, na exposição de motivos: "Fixei a natureza mercantil da sociedade anônima, pois a forma jurídica só é, na verdade, adaptável às empresas de fins econômicos, em que o objetivo do lucro predomina. Risquei, portanto, o anacrônico art. 1 364 do Código Civil. A forma jurídica basta para imprimir cunho mercantil à empresa" (*Sociedades por ações*. 3. ed. v. 3, p. 279).

30. Ruy Carneiro Guimarães: "A forma jurídica basta para imprimir cunho mercantil" (Sociedades por ações. v. 1, p. 38, nº 18).

Gudesteu Pires salienta: "A sociedade anônima é sociedade comercial, por força de lei, pouco importando a sua finalidade, na qual, entretanto, fica sempre implícito o intuito de lucro" (*Manual das sociedades anônimas*. p. 21). Aloysio Lopes Pontes, não diverge: as sociedades anônimas "são sempre comerciais, desde que elas exercem sempre atos de comércio, isto é, ato cujo característico principal é o intuito de lucro" (*Sociedades anônimas*. 4. ed. v. 1, p. 49, nº 27). Miranda Valverde comenta que a lei "declara que a forma

anônima imprime cunho mercantil à sociedade, qualquer que seja o seu objeto de exploração" (op. cit. v. 1, nº 36, p. 82). Cunha Peixoto: "No tocante às sociedades anônimas, as legislações são unânimes em considerá-las comerciais, qualquer que seja seu objeto e, no Brasil, já em 1929, se restabelecia tal princípio" (*Sociedades por ações*. v. 1, p. 192 nº 22).

31. Como sociedade por ações de capital autorizado, rege-se a Dersa, quanto a este aspecto, pela Lei federal nº 4 728 (arts. 45 a 48), e, no mais, pelo Decreto-lei federal nº 2 627, de 1940 e leis posteriores. As leis estaduais que dispõem sobre a sociedade (Decreto-lei complementar nº 7, de 6.11.69; Decreto-lei nº 5, de 6.3.69, alterado pela Lei nº 95, de 27.12.72), são leis locais de direito administrativo voltadas ao erário público e à conduta do Estado. Apenas ao Estado obrigam. Não, à empresa, diretamente. Esta, como tal, fica sujeita à lei comercial, que lei local, de direito administrativo, não pode derrogar. Apenas à União cabe, com efeito, legislar — e a competência aí é privativa — sobre direito comercial (Constituição Federal, art. 8, XVII, *b*). Sobre o assunto os estados-membros sequer podem dispor supletivamente (idem, parágrafo único).

32. Por isso, na empresa, ressaltamos em estudo anterior: "Estado-membro e município atuarão com a força de acionista (Seabra Fagunes, parecer in *RF* 146/89; Themístocles Brandão Cavalcanti, *Princípios gerais de direito administrativo*. p. 355, nº 323), porque, diferentemente do que ocorre com a União (Constituição Federal, art. 170, § 2º, combinado com o art. 8, XVII, letra *b*), não podem derrogar o direito comum; tão-só, respeitados, dentre outros princípios estabelecidos nesta Constituição (art. 13 da Const. do Brasil), inclusive, é óbvio, a competência privativa da União para legislar sobre direito comercial (do que a Lei das Sociedades por Ações é expressão) — dispor sobre direito administrativo local (art. 13 da Constituição Federal) e o mais que lhes é facultado (Cf. Constituição Federal, art. 8º, parágrafo único; art. 15, item, II, letras *a* e *b*, etc.)"; e, adiante: "Normas de direito administrativo e normas de direito comercial ajustar-se-ão, assim, na perseguição do desiderato, procedendo cada entidade política da Nação (União, estados e municípios) conforme a respectiva competência legislativa e estrutura organizacional" (*Rev. Proc. Ger. Estado*. v. 5, p. 93, nº 28. e p. 106, nº 60).

33. A inclusão do DER como acionista majoritário da Dersa (art. 2. III do Decreto-lei complementar nº 7, de 1969; art. 5º do Decreto-lei nº 5, de 1969) não publiciza a sociedade. A autarquia é que se privativa para, despojando-se dos seus atributos estatais, assumir a feição de particular. Com efeito: "O fato de o estado-membro ser o maior acionista não modifica a natureza da sociedade, que continuará sociedade de direito privado, tal como, em relação à sociedade de economia mista, ocorre na esfera federal" (cf. Estatuto — Acionista — Normas de regulamento — Cláusulas estatutárias, in *Rev. Dir. Adm.*, v. 112, p. 469; e *Rev. Dir. Púb.*, v. 23, p. 124).

34. Apesar da participação majoritária do DER no capital social da Dersa ela não perde, portanto, a fisionomia de genuína sociedade anônima regida pelo direito comum.

35. Registre-se, contudo, que sociedade de economia mista e sociedade por ações são entidades distintas, conquanto muito possuam de comum (nosso O patrimônio acionário do estado e o estatuto do estado acionista, in *Rev. Proc. Ger. do Estado*, v. 5, p. 87 e segs; *Administra-*

ção Paulista. 1975. v. 24, p. 91; *Anais do V Congresso Nacional de Procuradores de Estado.* v. 2, p. 113)

36. Como concessionária, a Dersa, nos termos das Constituições Federal e Estadual, das leis estaduais que dispõem sobre sua organização e instituição, e do contrato de concessão, tem direito, portanto, à intocabilidade da receita proveniente do pedágio, que, sob a forma de preço público ou tarifa, cobra dos usuários das rodovias submetidas a sua jurisdição administrativa. A Lei nº 95, de 29.12.72, que altera o Decreto-lei nº 5, de 1969, confirma: "A Dersa será remunerada mediante a cobrança de pedágio aos usuários das rodovias abrangidas pela concessão" (art. 1º, V).

37. Receita assim auferida não pode, em princípio, conforme ficou dito, ser alterada por ato unilateral do Poder Executivo. No tocante ao detalhe, Celso Antonio Bandeira de Mello enfatiza nada poder a administração alterar por ato unilateral por constituir a única parte verdadeiramente contratual da concessão. São palavras suas: "Os direitos e obrigações que (o concessionário) possui, por via de contrato, isto é, aqueles que a administração não pode modificar unilateralmente, são os direitos e obrigações de ordem pecuniária"; para concluir: "Fora da equação financeira, única parte contratual da concessão, em tudo o mais o Estado dispõe, modifica, altera, determina, segundo a conveniência do interesse público" (*Rev. Dir. Púb.*, v. 4, p. 71; *Prestação de serviços públicos e administração indireta.* p. 37).

38. Vem a pêlo a advertência de Miguel Reale: "A tarifa de pedágio é o preço público insuscetível de ser fixado arbitrariamente" (*Direito administrativo.* p. 83, nº 13), assertiva que mais se robustece com a observação de Francisco Campos: "As questões relativas a tarifas de serviços públicos são questões eminentemente técnicas em todos os seus aspectos, envolvem elementos de especialização de vários domínios, do econômico, do tecnológico geral e, especialmente, da tecnologia própria a cada ramo de serviço, e, ainda, problemas de administração especializada" (*Direito Administrativo.* p. 129).

39. Compreende-se que assim seja porque, segundo explica Celso Antonio Bandeira de Mello: "O exercício da atividade pública para o concessionário é um meio e o lucro é o seu fim. Para o poder público, permitir aquele lucro é o meio para alcançar o bom exercício de atividade que é o seu fim" (*Rev. Dir. Púb.*, v. 4, p. 60; *Prestação de Serviços Públicos,* p. 37).

40. Será petição de princípio pretender-se concessão de serviço público destinada a exploração gratuita ou abaixo dos seus custos. Assim, na lição de Caio Tácito, "se o poder concedente agrava a situação do concessionário, este tem direito a que se reajuste a equação financeira, de maneira que continue inalterado o equilíbrio inicialmente estabelecido entre os encargos e a remuneração". Quisesse de outro modo, o Estado, através do DER, custeado pelos impostos gerais, executaria diretamente o serviço público, sem nada cobrar dos usuários, como ainda ocorre em relação a grande parte do sistema rodoviário estadual.

41. À Dersa foi confiada a incumbência de, em regime de concessão, que pressupõe remuneração, explorar as rodovias indicadas em decreto do Poder Executivo (Lei nº 95, art. 1º, V). Como está no Decreto-lei nº 5, de 1969, com a redação dada pela lei nº 95, referida.

"Art. 1º (*omissis*).

Parágrafo único. A sociedade referida neste art. terá como objeto explorar, mediante concessão, em consonância com os

art. 68, 69 e 70 da Constituição do Estado (Emenda nº 2), o uso das rodovias que forem indicadas em decreto do Poder Executivo."

42. No mesmo diploma legal, lê-se:

Art. 7º A Dersa será remunerada mediante a cobrança de pedágio aos usuários das rodovias abrangidas pela concessão a partir do momento em que, no todo ou em parte, forem franqueadas ao uso público.

§ 1º As tarifas de pedágio serão propostas pela Dersa com base nos custos do empreendimento e do serviço, do tipo de veículo e do percurso, de acordo com os padrões internacionais adotados para autoestradas semelhantes.

§ 2º A proposta será apresentada ao secretário dos Transportes, vigorando as tarifas depois de aprovadas por decreto.

§ 3º As tarifas poderão ser atualizadas anualmente, de acordo com os índices de correção monetária estabelecidos pelo órgão federal competente, desprezadas, para efeito de cobrança, as parcelas inferiores a Cr$ 1,00, as quais, no entanto, serão consideradas nas correções subseqüentes."

43. Funciona a Dersa, como se vê, em regime de empresa, fato que traz ínsita a idéia de atividade econômica. Essa circunstância afasta, salvo a introdução de adequado mecanismo de compensação, a possibilidade jurídica de a sociedade, por imposição do Estado, prestar serviços gratuitos ou inferiores a seus custos.

44. Do Decreto-lei complementar nº 7, de 6.11.69, que abrange a Dersa ao aludir às empresas "em cujo capital o Estado tenha participação majoritária, pela sua administração centralizada ou descentralizada" (art. 2º, II), consta o seguinte mandamento:

"Art. 24. É vedada a concessão de quaisquer isenções que impliquem a redução das receitas das entidades descentralizadas."

45. Apesar de ser uma sociedade anônima de capital autorizado (Cf. Decreto-lei nº 5/69, art. 1º, *caput*), e de funcionar segundo os métodos da empresa privada, (art. 70 da Constituição Estadual) a Dersa é órgão da administração indireta (que a lei paulista chama de descentralizada). É uma empresa governamental, enquadrada no que estabelece o Decreto-lei complementar nº 7, de 1969 (que dispõe sobre entidades descentralizadas), quando preceitua:

"Art. 2º A descentralização se efetivará mediante a constituição de:

I. autarquias;

II. empresas públicas e empresas em cujo capital o Estado tenha participação majoritária, pela sua administração centralizada ou descentralizada;

III. fundações."

46. Nessa conformidade, isenção ou redução de pedágio ainda que ditada em caráter transitório, pelo Poder Executivo, só poderá ocorrer se o Estado, autorizado por lei (art. 57, I e II da Constituição Federal; art. 22, I e II da Constituição Estadual), e lei de iniciativa privativa do chefe do Executivo porque aumenta a despesa pública, assumir a responsabilidade de, à custa dos cofres públicos, repor a receita que, por ato unilateral, subtrair à Dersa.

47. Ao tratar dos direitos e faculdades do concessionário, Renato Alessi se reporta, com efeito, ao "derecho de obtener beneficios económicos por la gestión del servicio, beneficios que se derivam fundamentalmente de lo que los consumidores pagan como contraprestación del servicio y cuyo importe total puede venir adicionado o disminuido", para dizer: "Viene adicionado cuando el interés público exige que el servicio se preste a un precio y condiciones no remuneradoras,

em cuyo caso es evidente que la administración, al imponer al concesionario la prestación de un servicio no rentable, se obligue a satisfacer una cantidad a titulo de subvención" (*Sistema istituzionale di diritto administrativo,* trad. da 3. ed. italina por Buenaventura Pellisé Prats. Bosch, t. 1. p. 171).

48. Essa obrigação de "satisfacer una cantidad a titulo de subvención" vem consignada, no Estado, no Decreto-lei complementar nº 7, de 1969, que dispõe:

"Art. 21. As empresas (governamentais) só poderão receber subvenções do Estado, nos seguintes casos:

I. para cobrir custo de serviços ou linhas de produção econômica não rentáveis, que a lei declare de relevante interesse social;

II. para cobrir despesas ou encargos adicionais, criados por lei estadual, não extensíveis a entidades particulares que atuem em regime de concorrência com a beneficiada."

49. Portanto, se o Estado impuser à Dersa encargos adicionais deve, paralelamente, adotar as necessárias medidas destinadas a reequilibrar a equação financeira do contrato. Isso é imposição da Constituição e da lei.

50. Do latim medieval *pedaticum* (provençal: *pedatge*), direito de pôr o pé, de passar (*Grande dicionário etimológico-prosódico da língua portuguesa*), o pedágio, outrora denominado rodágio (Decreto estadual nº 16 546, de 26.12.46, art. 17, letra *c*; Lei estadual nº 13, de 22.11.47, art. 25), "dazio che si paga per passare da qualquer lougo" (Pontes de Miranda), devido, na esfera federal. "pelos condutores de veículos automotores que utilizem vias públicas, integrantes do Sistema Rodoviário Federal (Decreto-lei federal nº 791, de 27.8.69), e, na esfera estadual, pelos usuários das rodovias submetidas à jurisdição administrativa da Dersa (Lei nº 95, de 29.12.72, art. 1º, V), representa renda industrial de serviço público. Não é imposto. Não é taxa. É preço público, também denominado tarifa. Se, nos primórdios, revestiu-se das características de imposto e chegou até a constituir "um dos principais direitos regalianos, reconhecidos aos reis ou senhores feudais" (Aliomar Baleeiro, *Direito tributário brasileiro,* 7. ed. 1975. p. 295, item VIII), transmudando-se, depois, em taxa (cf. sentença de José Frederico Marques, in *Rev. Dir Adm.,* v. 19, p. 155). Evoluiu, nos dias modernos, como ocorre no caso específico da Dersa, para a categoria de preço público. (Pareceres de Arnold Wald, Orlando Carlos Gandolfo, Hely Lopes Meirelles, Pontes de Miranda e Seabra Fagundes. in: *O pedágio, constitucionalidade e legalidade.* Imprensa Oficial, 1971).

51. Conforme resulta da própria natureza jurídica do ingresso, trata-se de preço público voluntariamente pago pelo usuário. Invocando o magistério de Ruy Barbosa Nogueira, já ressaltamos: "O preço público é facultativo, ele decorre de uma relação jurídica contratual. É uma obrigação *ex-voluntate,* não é *ex-lege*" (*Rev. da Proc. Ger. do Est.,* v. 7, p. 319, nº 29). Com efeito, na cobrança do pedágio/preço público a relação jurídica firma-se no caso, entre a Dersa e o usuário. Não, entre Estado e o utente. Inexiste, aí, relação Fisco-contribuinte.

52. O pedágio cobrado pela Dersa é, pois, renda originária, de natureza industrial, e não se impõe senão por motivo de um serviço pedido. Caio Tácito: "Os preços públicos equivalem a serviços facultativos e não se impõem senão em virtude de ato direto de uso ou aquisição" (cf. parecer *in Rev. Dir. Adm.,* v. 44. p. 528).

53. É por essa razão que o Decreto nº 52 745, de 25.5.71, que fixa as tabelas das tarifas de pedágio devidas à Dersa, e

os posteriores (Decretos nºs 3 220, de 14.1.74 e 6 216, de 26.5.75), nenhuma isenção ou redução estabelecem para os usuários do Sistema Rodoviário Anchieta—Imigrantes, sejam os veículos particulares ou oficiais.

54. Apenas os veículos pertencentes às Forças Armadas gozam de livre trânsito. Gozam os veículos militares de livre trânsisto em virtude das finalidades précipuas das Forças Armadas. Seria injurídico exigir-se dos veículos militares, que não se confundem com os veículos oficiais, pagamento de pedágio.

55. Quanto ao detalhe, ressaltamos em estudo anterior (Parecer JDR 79/71):

"1. O Regulamento do Código Nacional de Trânsito preceitua:

Os veículos militares são identificados pelo respectivo distintivo e sistema de registro (art. 93, § 2º).

2. Não se confundem, pois, pelo sistema próprio de identificação, com os veículos oficiais (Cf. RCNT, art. 94. § 1º).

3. Gozam os veículos militares em geral de livre trânsito em virtude das finalidades precípuas das Forças Armadas, 'essenciais à execução da política de segurança nacional', destinadas, ainda, 'à defesa da Pátria e à garantia dos poderes constituídos, da lei e da ordem' (art. 91 da Constituição do Brasil).

4. Seria injurídico exigir-se que os veículos das Forças Armadas, todos empregados, direta ou indiretamente, na segurança nacional, na defesa da Pátria e da garantia dos poderes constituídos, pagassem pedágio.

5. Igual tratamento é dispensado aos veículos das polícias militares, 'instituídas para a manutenção da ordem pública nos estados, nos territórios e no Distrito Federal, consideradas, do seu turno, "forças auxiliares, reserva do Exército" (art. 13, § 4º, da Constituição do Brasil), posto que: *ubi eadem ratio, eadem legis dispositio.*

6. Não há confundir, assim, veículos militares com veículos simplesmente oficiais (cf. RCNT, arts. 77, III, letra *a* e 94, § 1º). Estes, ainda quando pertencentes à Polícia Civil, estão sujeitos ao pedágio, por força do que dispõe o Decreto-lei complementar (estadual) nº 7, de 11.11.69 (arts. 20 e 24); aqueles, não em virtude da natureza jurídica dos veículos considerados equipamentos militares, identificados pelos respectivos distintivos e sistemas de registro (RCNT, arts. 93, § 2º e 18, § 3º), dirigidos, em razão disso, por praças "das Forças Armadas e Auxiliares" (RCNT, art. 145)."

56. Em se tratando de veículo oficial, o pedágio é custeado pelo erário público. Não é pago, pessoalmente, pelo servidor público que conduz o veículo. Aliás, a tarifa-pedágio, quando desembolsada, por motivo de serviço público, por servidor público, deve ser adiantada ou reembolsada na forma da rotina administrativa pelo erário público, correndo a despesa pela dotação própria do orçamento.

57. Demais, revestindo-se dos aspectos de preços públicos, não há acenar à imunidade tributária, descabendo, por isso, invocação ao disposto no art. 19, III, letra *a*, da Constituição Federal, que preceitua ser vedado à União, aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios, instituir imposto sobre o patrimônio, a renda ou os serviços uns dos outros. Na cobrança do pedágio pela Dersa, não há tributo senão preço público. E, quanto a estes, as entidades de direito público interno estão sujeitas a pagamento, como acontece, por exemplo, com as tarifas de energia elétrica, água, telefone, gás, etc. Em todas essas hipóteses, cuida-se na mesma figura jurídica que caracteriza o pedágio cobrado pela Dersa: preço público.

58. Tenha-se presente, aqui, a lição ainda válida de Themístocles Brandão Cavalcanti: "A quem compete cobrar o pedágio? Ao proprietário da estrada, que pode ser a União, o estado, o município, ou aquele a quem qualquer dessas entidades delegou a exploração ou a construção da estrada. Não me parece possível negar-se esse direito a qualquer uma dessas entidades públicas em face da largueza do texto constitucional" (*A Constituição Federal comentada.* 3. ed. 1956. v. 1. p. 339).

59. Invocando Martin G. Glaeser (*Outlines of public utility economics*), Plinio A. Branco aponta, com a responsabilidade de engenheiro-chefe da Divisão de Controle Econômico e Tarifas do Departamento de Serviços Municipais, entre os fatores que podem comprometer a receita operacional das concessionárias, a exigência de prestação de serviços gratuitos, para salientar ser esse um dos fatores que prejudicam a equação financeira do contrato, e comenta: "A experiência de São Paulo neste particular é bem triste. As administrações públicas federal, estadual e mesmo municipal não têm noção correta das obrigações e deveres que cabem aos seus funcionários perante as empresas de serviços públicos". E, mais adiante: "A CMTC, nem bem começou a funcionar, já a sua diretoria se via em apuros para repelir as tentativas feitas por diversas repartições públicas no sentido de obter a gratuidade da passagem para seus funcionários, muitos dos quais nem sequer tinham serviços externos. E tais pedidos já eram formulados com indisfarçáveis tentativas de intimidação" (*Diretrizes modernas para a concessão de serviços de utilidade pública.* PMSP. 1949. p. 235-6).

60. Outrossim, não haverá coação para seguir pelo Sistema Anchieta—Imigrantes se, por motivo de segurança rodoviária, o DER interditar, para conserto, o Caminho Velho do Mar, que continua sob sua supervisão administrativa, porque "o usuário, perdendo, é verdade, a fruição das vantagens próprias de auto-estradas (no caso, a Via Anchieta e a Rodovia dos Imigrantes), poderá utilizar gratuitamente a rede viária do estado. Aliás, esclarece o chefe da Divisão de Pedágio: "Os dois pontos referidos (São Paulo—Santos) continuarão interligados através da rede viária do estado" (nosso parecer in *Rev. Proc. Ger. Est.*, v. 7, p. 319, nº 32). Em verdade, segundo obtemperamos nesse trabalho: "A cobrança do pedágio, sob a forma de preço público, independe da existência de estrada do uso gratuito para servir como alternativa ao usuário" (id. ib. p. 314, nº 2).

61. Considere-se, contudo, que, para o usuário, o pedágio, pela poupança geral que acarreta, é fator de economia ainda quando à primeira vista, em virtude do desembolso que obriga, possa o contrário parecer, eis todas as obras e melhoramentos introduzidos na rodovia revertem em seu benefício. Simples estudos econométricos revelam essa realidade.

62. Isenção ou redução de pedágio ditada de modo discriminatório, revela-se também, quando mais não fosse, de duvidosa constitucionalidade, máxime se se considerar que está na Lei Maior:

"Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança, e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 1º Todos são iguais perante à Lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas."

63. Em conclusão: por não se compadecer com o disposto na Constituição Federal (art. 167, I, II e III); na Constituição Estadual (arts. 68, 69 e 70); no Decreto-lei complementar nº 7, de 6 de

novembro de 1969 (art. 20); no Decreto-lei nº 5, de 6.3.69, e, finalmente, no Contrato de Concessão (Clásula 19 e seus parágrafos), o Poder Executivo não pode, em princípio, isentar ou reduzir, por ato unilateral, as tarifas de pedágio que a Dersa cobra dos usuários das rodovias que explora em regime de concessão, posto que, na forma do magistério de Caio Tácito:

"I. O equilíbrio financeiro é condição essencial de legalidade na concessão de serviço público, cabendo ao Estado o dever de sua preservação.

II. Sempre que o Estado modificar, unilateralmente, os encargos do concessionário (regra de mutabilidade do contrato administrativo), é obrigado a compensar, mediante revisão da tarifa ou sob forma de contribuição financeira direta, o abalo da parte econômica da concessão" (*Rev. Dir. Adm.*, v. 65, p. 19).

É o que pensamos, SMJ.

São Paulo, 18 de agosto de 1976.

Orlando Carlos Gandolfo, Assessor Jurídico da diretoria, Procurador-Subchefe do Estado de São Paulo em exercício junto à Dersa.