

The background of the entire page is a blue-tinted photograph of high-voltage power lines and transmission towers. The image is overlaid with large, dark blue, semi-transparent geometric shapes, including a large diagonal bar on the left and a grid pattern at the bottom.

**As origens e os compromissos das figuras
do equilíbrio econômico-financeiro na
concessão de serviços públicos e da justa
remuneração do capital empregado nas
atividades de utilidade pública**

Ficha Técnica

FGV CERI

Diretora

Joisa Dutra

Equipe Técnica

Gustavo Kaercher Loureiro¹

¹ Doutor em Direito. Ex-professor de Direito Administrativo da Universidade de Brasília (UnB). Coordenador jurídico do Monitor Regulatório do Centro de Estudos em Regulação e Infraestrutura da Fundação Getúlio Vargas – FGV, Rio de Janeiro. Email: luiz.loureiro@fgv.br.

Resumo

No presente estudo, são apresentadas as origens, os pressupostos e as principais características de dois modos distintos de conceber a disciplina jurídica do regime econômico-financeiro de certas atividades econômicas tidas, na França, como serviços públicos, e como serviços de utilidade pública nos Estados Unidos. Em particular, procura-se demonstrar as diferenças marcantes entre a ideia de “equilíbrio econômico-financeiro”, própria da tradição francesa, e aquela de “justa remuneração”, própria da tradição norte-americana. Essas diferentes tradições jurídicas estiveram presentes em nossa história constitucional e em nosso direito administrativo.

Palavras-chave: equilíbrio econômico-financeiro; justa remuneração; concessão de serviço público; regulação; serviço público; serviço de utilidade pública.

Introdução

Em estudos anteriores, sustentei algo semelhante a uma heresia¹: a inexistência de um *princípio constitucional do equilíbrio econômico-financeiro das concessões de serviços públicos*² na Carta de 1988. Sugerir ainda que, no lugar desse “falso mandamento”, nossas Constituições anteriores (à exceção, em parte, daquela de 1967) tinham positivado um outro princípio, o da *justa remuneração do capital empregado em concessões de serviços públicos*. E aponte que “equilíbrio econômico-financeiro de contrato” e “justa remuneração de capital” seriam noções diferentes. Para marcar a distância entre uma coisa e outra, associei essas duas noções a duas tradições jurídicas, a francesa, da *concession de service public*, e a norte-americana, da *regulation of public utilities*.

No presente artigo, aprofundo o exame dessas duas tradições³ para justificar tais assertivas um tanto polêmicas e também para lançar uma outra “provocação”: em estudo vindouro, pretendo mostrar que nossa doutrina mais antiga – e parte

daquela mais recente –, ao acolher a ideia de equilíbrio econômico-financeiro *malgré les Constitutions*, (des)configurou-a em relação à sua formulação original, em favor de uma mais ampla proteção do concessionário, notadamente no que diz respeito às consequências da imprevisão e à caracterização do Fato do Príncipe. O modo como nossa doutrina e nosso direito positivo infraconstitucional acolheram e elaboraram a construção francesa do equilíbrio econômico-financeiro simplificou demasiado uma figura que é intrinsecamente dinâmica e fruto de constantes ajustes (que só a jurisprudência é capaz de proporcionar). Está-se aqui diante de uma específica manifestação de fenômeno mais abrangente, identificado por Fernando Dias Menezes de Almeida, relativamente à importação da categoria de contrato administrativo do Direito francês⁴.

Estabelecidas essas justificativas externas ao presente artigo, atente o leitor para o seu longo e complicado título. Ele se fez necessário para

chamar atenção, desde logo, para três pares de contraposições que marcam as duas tradições aqui tratadas. O primeiro par separa “contrato” e “capital”, como âncoras de dois conceitos distintos que formam o segundo par, formado por “equilíbrio econômico-financeiro” (ancorado no contrato) e “justa remuneração” (referenciada ao capital). Esses dois pares estão, por seu turno, intimamente associados ao contraste entre “serviços públicos” e “serviços de utilidade pública”.

Em resumo: de um lado, temos “contrato”, “equilíbrio econômico-financeiro” e “serviço público”. De outro lado, “justa remuneração”, “capital (ou “empresa”, cf. adiante)” e “serviço de utilidade pública”. O *droit administratif* francês organiza os três elementos do primeiro grupo. A *regulation* norte-americana, os três do segundo.

Nesses três pares de opostos ligados a duas tradições jurídicas, muitas coisas estão ditas de modo hermético. E mais: não se manifestam neles apenas duas diferentes formas de disciplinar o regime econômico-financeiro de certas atividades empresariais que nasceram privadas e que logo chamaram a atenção do Estado. Na verdade, tal regime é o último elo de uma cadeia que pressupõe uma tomada de posição – de modo mais ou menos explícito – acerca da natureza jurídica de determinadas atividades econômicas⁵ e, por fim, acerca do papel do Estado na economia (ou papel do Estado *tout court*). As ideias de equilíbrio econômico de contratos de concessão de serviços públicos e de justa remuneração do capital empregado em atividades de utilidade pública não nasceram no vácuo, mas estão engastadas numa moldura mais

ampla que, como vimos em outra ocasião, nosso ecletismo constitucional não observou.

Em razão dessa cadeia que une *regime econômico-financeiro - natureza jurídica da atividade econômica - papel do Estado na ordem econômica*, é conveniente que, antes de passarmos à disciplina dos aspectos econômico-financeiros, dediquemos algumas linhas aos elementos mais gerais das duas tradições jurídicas assinaladas. Com esse intuito, busca-se, na primeira parte do artigo, compreender como os direitos francês e norte-americano conceberam atividades econômicas originalmente privadas que passaram a ser qualificadas, respectivamente, como *services publics* e *public utilities*.

Antes de ir adiante, uma advertência sumamente importante: a exposição que segue reconstrói de modo *deliberadamente idealizado* as duas tradições jurídicas – a francesa e a norte-americana. Específicos traços de cada uma são exagerados, e eventuais incongruências e contradições, minimizadas. O direito positivo dos dois países não se formou como um bloco monolítico de soluções e categorias prontas, dedutivamente extraídas, *more geometrico*, dos princípios que encontraremos. Essas tradições constituíram-se no tempo, não de um jato, e passaram por marchas e contramarchas, sequer permanecendo “puras”. Além disso, em muitos pontos as soluções oferecidas por ambas as tradições, ou suas consequências práticas, foram semelhantes, quando não idênticas. Em defesa do que diremos a seguir, esclareça-se que, muito embora idealizada, a apresentação reflete, sim, uma efetiva e poderosa tendência tanto de produção quanto, e sobretudo, de interpretação do direito positivo dos dois países tomados como

referência. Nessa medida, há na exposição não apenas algo de verdadeiro, mas algo de histórico.

Em todo caso, mais importante do que o valor histórico é o valor heurístico que uma idealização assim possui. A construção dos *tipos ideais* “equilíbrio econômico-financeiro do contrato” e “justa remuneração” colhe pressupostos, compromissos, ênfases e características de cada tradição de modo particularmente direto, limpo e visível, e é exatamente essa possibilidade que tenho em vista em um estudo que serve de apoio a reflexões sobre o direito brasileiro, constitucional e administrativo. A exposição das tradições é instrumental: no Brasil da primeira metade do século XX, nossa doutrina também fez essa idealização e ficou como que “fascinada”

por esses dois modelos, que endereçavam um problema que era – e segue sendo – da maior importância para os países de onde vieram e para nós: como lidar com determinadas atividades econômicas empresariais (em sentido empírico) que possuem relevância social acentuada? Falávamos no “Modelo Francês”, que as tinha por “serviços públicos”, *services publics*, e que empregava nelas o regime da *concession* (daí: *concession de service public*). E no “Modelo Norte-Americano”, que as tinha por “serviços de utilidade pública”, *public utilities*, e que empregava nelas o regime da *regulation* (daí: *regulation of public utilities*). Tivemos até uma autêntica polarização entre os partidários de um e outro modelo⁶. E isso se refletiu, como vimos, diretamente em nossas Constituições.

A natureza jurídica da atividade e seu regime de execução: Service Public vs. Public Utility – Concession vs. Regulation

○ Service Public e a Concession

Ao longo de sua história, a França experimentou e admitiu, em muito maior grau do que os Estados Unidos, a publicização de parcelas da vida social. O modo como o direito administrativo francês lidou com certas atividades econômicas empresariais, por meio da figura da concessão de serviço público, testemunha e ao mesmo tempo manifesta essa tendência, que vem de séculos de proximidade entre Estado e ordem econômica⁷.

A construção francesa não se fez de um só golpe, por um *fiat* legislativo. Ela é fruto de um longo trabalho da jurisprudência do Conselho de Estado, de normas esparsas na legislação (bastante lacônica) e, principalmente, da doutrina

de direito administrativo, em particular, da reflexão dos juristas que se filiaram à *École du Service Public* (Duguit e Jèze *in primis*, cf. adiante).

Essa construção convocou e combinou, de maneira original, duas noções jurídicas que, embora relacionadas à ação estatal, tinham origens, feições e finalidades muito distintas. Uma era mais recente e própria dos novos tempos (final do século XIX); outra, mais antiga, reminiscência reformada do Antigo Regime: *service public* e *concession*, respectivamente. A *concession* não nasceu com o *service public*, e este dela não dependia.

A expressão francesa “*service public*” é polissêmica⁸, e expressões muito semelhantes ocorrem em outras línguas (inclusive nos Estados Unidos⁹). A mera existência do mesmo termo, porém, não obriga a que estejamos na presença do mesmo objeto ou instituto jurídico¹⁰. No sentido que nos interessa, ela designou, no direito público francês do final do século XIX, um conjunto de atividades tipicamente estatais (segundo, inicialmente, o ideário liberal), realizadas pelo poder público em regime de (absoluta) exclusividade e sob uma disciplina jurídica marcada pela autoridade e unilateralidade, ou seja, o *droit public*. Essas tarefas definiam o Estado e eram facilmente caracterizadas por três notas harmônicas que vinham de mãos dadas: a.) a essencialidade, para a constituição e manutenção da convivência social); b.) a realização, necessariamente, pelo aparato estatal; c.) o regime exorbitante e autoritário de realização. Nessa acepção, os *services publics* seriam, basicamente, a *police*, a *justice*, *législation*, *securité interne et externe*.

Como logo veremos, essa noção estava destinada a se expandir e a fazer fortuna (ainda que, para isso, tivesse de baralhar seus nítidos traços originários). Pelo trabalho da jurisprudência do Conselho de Estado e pelas reflexões teóricas de Maurice Hauriou e Léon Duguit, o *service public* logo se transformaria na pedra-de-toque do novo direito administrativo que estava sendo gestado, e mesmo, para a Escola do Serviço Público, na pedra-de-toque de toda a construção estatal (em substituição à noção de soberania, fazendo o Estado-Polícia dar lugar ao Estado-Prestador ou *Etat Collaborateur*¹¹).

Também a expressão “concession” é polissêmica e vaga, mas num grau menor. Em seu contexto de uso original, indicava uma grande gama de contratos celebrados pelo poder público no *Ancien Régime* nos quais estava envolvida a transferência de alguma prerrogativa, utilidade ou poder público para um particular. Concessões havia de “monopólios régios” para fins rentistas, de uso de bens do domínio público, de direitos arrecadatários, e muitas outras¹².

Ao longo do século XIX e no início do século XX, a figura foi se alterando, modernizando¹³: acabou sendo intensamente utilizada para significar a contratação da realização, por particulares, de obras públicas, assegurando-lhes, como remuneração pela empreitada, o direito de explorar o bem resultante da obra por um prazo determinado (o exemplo típico é a concessão de obras públicas para construção e exploração de ferrovias). É importante perceber que, em seus primórdios, a atividade realizada por meio da exploração da obra pública era considerada a paga privada, submetida à vontade e à habilidade empresarial do concessionário, que a geria com autonomia¹⁴. O objeto público era apenas e tão somente a obra.

Em todas as suas variantes, a concessão foi inicialmente tida como um contrato submetido à rígida disciplina do *Code Civil* e, de consequência, era considerada uma manifestação de *direito privado* do Estado – um *acte de gestion* –, que, por isso, atuava sujeito à jurisdição ordinária (civil). A ideia de um “contrato de direito administrativo”, com as notas típicas que hoje conhecemos, a ser apreciado pela jurisdição administrativa, não existia. Aliás, o contrato administrativo seria construído, exatamente, a partir das

metamorfoses pelas quais passaria a concessão de obras públicas e, muito especialmente, a sua criação, a concessão de serviços públicos.

Concessão e serviço público, mesmo partindo de bases distintas, estavam destinados a se encontrar.

Por convicção ideológica, por disputa de poder entre cortes judiciais e tribunais administrativos, ou por simples pressão dos fatos, a noção primitiva de serviço público alargou-se e passou a ser usada para qualificar não apenas as tradicionais e originárias tarefas estatais, mas também aquelas atividades empresariais que, conquanto fossem de natureza privada em seu nascedouro, eram sentidas como especialmente importantes para a coletividade (o critério ou a régua da importância, bem como a sua consagração jurídico-formal, seriam, obviamente, objeto de intensos debates)¹⁵.

Assim, ao lado do núcleo originário, que passou a ser referido pela expressão *grands services publics*, passou a existir – por meio de um laborioso e complexo processo histórico-jurídico que envolveu legislação, jurisprudência e doutrina – uma nova espécie, posteriormente indicada com a expressão *Services Publics Industriels et Commerciaux* (SPICs)¹⁶. O traço diferencial dessa espécie estava na sua aptidão para assumir organização empresarial e na possibilidade de se reconhecer um papel relevante aos particulares no desempenho do serviço, ao contrário do que se passava com os grandes serviços públicos. Apesar disso, o regime jurídico viria a ser marcado por forte presença das normas de direito público (ainda que com parciais derrogações para acolher elementos do direito privado)¹⁷.

Por seu turno, a concessão, como mencionado, modernizou-se, “espiritualizou-se”, por assim dizer. Paulatinamente, a obra material, que configurava seu objeto, passou a segundo plano¹⁸. Em seu lugar, a menos tangível atividade que ela propiciava ganhou protagonismo e tornou-se algo de interesse público, mais precisamente, um *serviço público*. Não seria mais realizada no exclusivo interesse e sob o exclusivo alvedrio do empreiteiro. Em síntese, seu objeto deslocou-se – da obra inicial ao serviço subsequente. A concessão de obra pública passou a ser uma espécie da nova e mais importante concessão, a de serviço público. E, por isso, logo mudou de feição.

Combinando-se os dois movimentos convergentes (o *service public* ia descendo das alturas constitucionais, e a *concession* ia ganhando um mais nobre objeto), tinha-se que um específico tipo de serviço público (SPIC) poderia ser executado por privados, por meio de um contrato também específico:

Quando, para a satisfação de uma necessidade de interesse geral foi criada uma organização pública, um serviço público propriamente dito, coloca-se a questão de saber por quem será realizada a sua exploração, por quem será assegurado o funcionamento do serviço público. O caso cada vez mais frequente é aquele dos serviços públicos industriais: transporte por ferrovias, por ônibus, trens, bondes; distribuição coletiva de água, de gás, de eletricidade etc.

Quando a administração explora diretamente o serviço, quando ela faz funcionar o serviço por seus agentes, diz-se que há exploração *en régie* ou, mais simplesmente, *régie*. Se, ao contrário, a administração encarrega um

indivíduo ou uma sociedade para que faça funcionar o serviço público, para o explorar, diz-se que há uma concessão de serviço público¹⁹.

E logo em seguida Jèze adverte: “a concessão não muda a natureza jurídica do serviço, que segue sendo um serviço público” (ou ainda: “é preciso desfazer-se da ideia de que a concessão de serviço é somente uma empresa privada que, em razão de sua importância, se submete ao controle da administração”)²⁰.

Por motivos que ficarão mais evidentes quando tratarmos do direito norte-americano, convém ressaltar que o Direito francês fazia uma distinção (não simples) entre *serviço público* e *serviço de utilidade pública* (*établissements d'utilité publique*). Jèze, por exemplo, entendia que certas atividades privadas, por sua especial importância, deveriam receber um maior cuidado por parte do poder público (na forma de disciplina jurídica, estímulo, fiscalização etc.). Isso, em todo caso, não as tornava serviços públicos: “el servicio público se distingue netamente de la empresa o establecimiento privado puro y simple y del establecimiento de utilidad pública²¹”.

Voltando à concessão de serviço público, as consequências a que leva a construção francesa são várias e poderosas. Algumas delas: (i.) a concessão tem prazo, ao final do qual o serviço volta ao seu titular juntamente com os bens nela aplicados (reversão como elemento inerente à concessão e propiciador da então sentida como natural *nacionalização* ou *socialização*²²); (ii.) a contraprestação do usuário para fruir do serviço não é um preço, mas uma carga pública (para alguns, inclusive de natureza fiscal²³), modificável pelo concedente²⁴; (iii.) o usuário não é um

“consumidor”, mas um “administrado” que se encontra em situação regulamentar (e não contratual) em face do serviço²⁵; e, ponto que nos interessa, (iv.) o *regime econômico-financeiro da atividade tem bases contratuais*.

Essa solução engenhosa de juntar serviço público e concessão servia a vários propósitos: garantia ao Estado uma maior ingerência na atividade, permitindo-lhe, no limite, tomá-la das mãos do concessionário (pela encampação ou final do prazo); tornava possível instrumentalizá-la para o que hoje chamaríamos de políticas públicas; ao mesmo tempo, não feria demasiado as sensibilidades ainda liberais do final da *Belle Époque*, preservando a ação empresarial privada, mesmo que degradada ou rebaixada à qualidade de “delegada” do poder público; e, ainda, atribuía ao empresário particular os riscos de exploração da atividade.

Ao invocar a ideia de serviço público, o Estado francês não se legitimava a agir apenas como Polícia, em perspectiva preferencialmente reativa e de fiscalização (imposição de limites à liberdade privada), mas atuava para propiciar bem-estar material aos seus cidadãos – que, como antes mencionado, não são tratados como consumidores hipossuficientes diante de fornecedores privados, mas como cidadãos-administrados diante do poder público titular da atividade.

Nada obstante essas ideias – que se desenvolverão com o tempo –, a concessão, em seus primórdios, foi fortemente sentida como um contrato: poderia o concedente dispor como desejasse as condições do serviço para realizar o interesse público (nas cláusulas apensadas ao instrumento concessionário, chamadas de *cahier*

des charges); mas, uma vez feito isso, o concedente restava vinculado. Até que algo mudou. Aliás, foi essa noção de (i)mutabilidade da concessão de serviços públicos que teve decisiva importância na construção da noção de equilíbrio econômico-financeiro, como logo veremos.

Em síntese, a figura da *concession de service public* assenta-se, em sua gênese, numa tensão entre o público (por seu objeto: delegação do exercício de um serviço público) e o privado (por sua natureza de contrato, como *um todo*).

As public utilities e a regulation

O contexto histórico, social e cultural de onde partiu o direito norte-americano é outro: nesse ambiente, que não guarda traços de um Estado forte e empreendedor, toda e qualquer atividade econômica, por mais importante e essencial que seja, é, *prima facie*, privada. Mesmo quando o poder público, por alguma razão, torna-se agente econômico – o que é excepcional e desborda do bom caminho –, não ocorre ao direito norte-americano transformar a natureza da atividade, de privada para pública. Mesmo quando aquilo que ela propicia é algo tido por essencial e destinado ao público em geral, ela permanece a *private business (affected with a public interest)*²⁶. Desse verdadeiro axioma nunca se distanciou a tradição norte-americana.

Tal decidida tomada de posição não significa, entretanto, que todas as atividades empresariais privadas sejam tratadas pelo direito norte-americano de modo igual. Algumas há que merecem o rótulo de *public utilities* (ou *public service companies*, sem que se possa tê-las por competências estatais – o termo *public* referindo-se, nesse caso, à circunstância de que atendem a público indistinto).

As razões para esse rótulo são várias, decididas ao longo dos embates judiciais, de ações de reguladores e de teorizações de juristas e economistas²⁷. Na via média, uma atividade econômica *privada* (e a respectiva propriedade *privada* empregada no serviço) é assim considerada quando possui uma peculiar importância social²⁸ e, ao mesmo tempo – esse o traço notável – não se desenvolve de modo satisfatório num ambiente competitivo, de

mercado. Em princípio, assume-se que a regulação pelo mercado é o melhor modo de disciplinar a atividade, e a mão mais pesada do Estado só se deve fazer presente quando não é possível contar com o livre jogo da oferta/demanda. De qualquer sorte, tanto a aferição da relevância quanto da falha de mercado são, em princípio, *quaestiones facti*²⁹, ainda que com o tempo tenham se estabelecido inventários e generalizações (que permitiram, em alguma medida, considerações mais abstratas³⁰). Grosso modo, há certa coincidência entre o rol de *public utilities* e a lista dos *services publics industriels et commerciaux*.

Uma vez estabelecido que uma determinada atividade consiste em uma *public utility*, incide sobre ela um poder estatal que é velho como o Estado (e como a *Common Law*³¹), o *police power*.

Trata-se, porém, de um poder de polícia reformulado, revigorado e rebatizado com o nome de *regulation of public utilities*. Fundado na máxima *sic utere tuo ut alienum non laedas* (empregada explicitamente no célebre caso *Munn vs. Illinois*³²) e no controle ao abuso de direito³³, a *regulation* teve por fontes a lei e, especialmente, a ação normativa de entidades públicas específicas e especiais, as *regulatory commissions*³⁴, surgidas na segunda metade do sec. XIX³⁵. Esse regime girou em torno de algumas ideias centrais (em parte semelhantes aos princípios ou “leis” do serviço público formuladas por Louis Rolland na França³⁶)³⁷ e desenvolveu-se de modo dialético: de um lado, os avanços da legislação e das agências; de outro, os controles do Judiciário³⁸, instado a manifestar-se, no mais

das vezes, pelos empresários privados, que bradavam contra supostas ingerências indevidas nas sacrossantas liberdades de contrato e de disposição da propriedade, bem como contra violações de elementos do *due process* (cf. adiante).

O poder público intervinha normativamente com o objetivo de emular o mais possível um resultado que teria sido possível obter via mercado. Essa “filosofia regulatória”, por sua vez, determinava importantes consequências jurídicas: a interferência estatal tenderia a ser aquela estritamente necessária (liberdade de ação seria a regra), e os preços cobrados dos usuários não estariam assentados em qualquer poder público, devendo aproximar-se tanto quanto possível daqueles concorrenciais.

Nada mais estranho a esse ambiente do que qualificar a atividade como uma competência

estatal delegável a um empresário privado por meio de um contrato e por tal contrato regulada. Em certos casos, até se fazia necessário um acordo entre o empresário e o poder público, mas esse negócio não tinha por objeto a transferência do exercício de uma competência pública, nem era – ao menos na fase madura da *regulation* – a fonte de disciplina da atividade. *Franchises, grants* e *permits* legitimavam prestador de serviços a usar bens públicos, como as vias e outros terrenos públicos, potenciais hidráulicos ou edificações e instalações de titularidade pública. E só³⁹. A ordenação da atividade – privada – era externa a esses eventuais contratos e não os tinha por pressuposto.

Esses dois modos de conceber a natureza das atividades econômicas teriam profundas consequências nos modos de organizar seus regimes econômico-financeiros, como agora veremos.

O regime econômico: equilíbrio econômico-financeiro de contrato vs. justa remuneração do capital investido na atividade. Visão retrospectiva vs. visão prospectiva

A “equivalência honesta” do direito francês como “equilíbrio econômico-financeiro”. A Teoria das Áleas

No direito francês, como seria de se esperar, o regime econômico das atividades empresariais consideradas serviços públicos industriais e comerciais, delegadas a particulares por meio da respectiva concessão, tem um acentuado cunho *contratual*. A “filosofia” de tal regime é tributária da noção de *pacto*, de *contrato*, tal como se entendia o instituto *antes* da “descoberta” do contrato administrativo. E isso tem enorme

importância, mesmo depois dessa descoberta. A contratualidade está no DNA da ideia de equilíbrio econômico-financeiro. Algo que, como veremos, não ocorre no regime econômico das atividades consideradas *public utilities*, construído sob a ideia de *fair remuneration* estabelecida em base a um real ou hipotético mercado.

Já foi dito antes: quando das primeiras concessões de serviço público, a ideia de imutabilidade do pactuado, do *pacta sunt servanda*, era muito forte, mesmo no direito administrativo (um ramo do direito ainda em plena formação e no qual a ideia de prerrogativas exorbitantes não tinha ainda chegado aos contratos). Diante do dogma da liberdade e da autonomia da vontade, valiam duas ideias: o que quer que fosse pactuado quando da construção e celebração do contrato seria *ipso facto* “justo”, e o que quer que fosse pactuado deveria ser preservado ao longo de todo o prazo do contrato. Em síntese, *qui dit contractuel dit juste*. Não havia espaço para que ideias subversivas como *equivalência material*, *sinlagma substancial*, *justiça comutativa*, *imprevisão* e outras semelhantes suscitasse dúvidas acerca da razoabilidade ou proporcionalidade das prestações recíprocas estipuladas, e também não havia espaço para alterações sucessivas do quanto ajustado. Para o administrativista de hoje essas considerações parecem vindas de outro planeta, mas, nos primórdios da figura da concessão de serviços públicos, de outro planeta é o contrário disso. O que explica o abismo é que, entre esse início e o tempo de hoje, operou a jurisprudência do Conselho de Estado Francês.

A concessão, pois, vinculava as partes, concedente e concessionário (o usuário não entrava, juridicamente, em linha de consideração), em tudo e por tudo: quando de sua celebração, a Administração ditava ao concessionário as condições do serviço nos *cahier des charges*) e fixava as “tarifas máximas” que poderiam ser recolhidas dos usuários. Tinha o poder público a possibilidade de fixar as condições e as tarifas que desejasse. Mas, uma vez aceitas pelo

particular, o concedente não possuía mais qualquer prerrogativa (exorbitante) e, dali para frente, *pactos devem ser cumpridos*⁴⁰.

Para nós, hoje, é intuitivo que essa concepção enfrentaria dificuldades não desprezíveis. Os modernos contratos de concessão são hipercomplexos, de longa duração e envolvem, de direito e não só de fato, múltiplos polos de interesses (concessionário, concedente e usuário). Além disso, vivemos sob uma vertiginosa velocidade de inovações tecnológicas, somos sobressaltados por crises econômicas cíclicas, pandemias, convulsões sociais e outras surpresas que o futuro reserva. Vivemos, enfim, numa sociedade de riscos e de instabilidades. Assim não era no plácido final da *Belle Époque*. Aliás, foi justamente o desaparecimento desse mundo de certezas e de (relativa) simplicidade que desafiou a imobilidade da concessão. A Primeira Guerra Mundial, o advento da inflação e de processos de degradação da moeda e do câmbio, crises econômicas (como a de 1929) e a intensificação dos processos de melhorias técnicas (sem falar nas pressões sociais) foram os motores da mudança.

Ao recordarmos alguns desses momentos, vale reiterar o que dissemos no início deste texto, isto é, que nem de longe pretende-se aqui fazer história, mas sim ilustrar como se formou a ideia, a racionalidade do *equilíbrio econômico-financeiro da concessão*. Em vez de apresentar seus exatos limites e sua nítida configuração, queremos enfatizar o quanto esse instituto é mais nuanceado, dinâmico e complexo do que algumas exposições a esse respeito fazem crer. A ideia de equilíbrio nasceu como a acomodação possível da importante e resistente noção de contrato dentro de um contexto que lhe passara a ser hostil (hostil

pela superveniência desses eventos qualitativamente novos e, também, pela afirmação dos princípios do serviço público, como continuidade, mutabilidade, prevalência do interesse público etc.).

Nossa primeira parada é em 1910⁴¹. Nesse ano, o Conselho de Estado deparou-se com um problema que hoje considerariamos como de “atualidade das técnicas” do serviço público, a demandar uma “alteração unilateral do contrato” a bem do “interesse público”. No caso *Ministre des Travaux Publics c. Compagnie Générale Française des Tramways*, discutiu o órgão máximo da jurisdição administrativa francesa a possibilidade de o concedente introduzir alterações nos *cahier des charges* da concessão ferroviária, com vistas à melhoria do serviço.

Não era essa uma pretensão trivial, dado o pano de fundo contratual antes esboçado. Solução: a concessão de serviços públicos seria, na verdade, por causa de seu objeto (determinado *service public*), um contrato *sui generis*. Diferenciava-se dos contratos “do regime geral” em razão da peculiaridade de permitir ao concedente que, diante das exigências do interesse público (consubstanciado na adequação do serviço), alterasse as condições originais da avença, relativas às condições do serviço⁴². **Mas, como contrapartida – e esse é o ponto que nos interessa –, deveria o titular do serviço preservar, em favor do concessionário, a “equivalência honesta”, que teria se estabelecido quando da celebração do contrato.**

Esse julgado é fundamental por uma série de motivos. Ele coloca um dos primeiros, senão o primeiro tijolo na construção moderna do “contrato administrativo”, como um ajuste

marcado pela essencial desigualdade/desequilíbrio *jurídico* das partes (em razão do reconhecimento das prerrogativas do concedente e das cláusulas exorbitantes); ele suscita infundáveis discussões e engenhosas construções acerca da “natureza jurídica” da concessão (contrato, ato misto *mezzo* contrato *mezzo* ato unilateral, ato-regra etc⁴³); ele ajuda a identificar os “princípios do serviço público” (as “Leis de Rolland”, como continuidade, atualidade, universalização etc.).

Para além disso tudo, o julgado em questão formula – ainda que de modo vago – a ideia de um *equilíbrio econômico-financeiro*. O trecho abaixo, da lavra do Conselheiro Léon Blum, fez escola no direito administrativo francês e também no nosso:

É da essência de todo e qualquer contrato de concessão buscar realizar, na medida do possível, uma igualdade entre as vantagens atribuídas ao concessionário e as cargas que lhe são impostas (...). Essas vantagens e cargas devem se equilibrar, de modo a formar a contrapartida dos benefícios prováveis e das perdas previstas. Em todo contrato de concessão está implicado, como um cálculo, a equivalência honesta entre o que é conferido ao concessionário e o que dele se exige (...). É o que se chama de ‘equivalência financeira e comercial’, a equação financeira do contrato de concessão. (...)”⁴⁴.

A recém-reconhecida desigualdade jurídica de fundo foi compensada por uma igualdade econômica, e a noção ampla de contrato foi aí confinada. A partir desse julgado, ideias análogas generalizaram-se. Vale pontuar seus elementos principais (alguns dos quais agregados posteriormente, por outros julgados):

- Reconhece-se ao poder concedente a possibilidade de alterar as condições do serviço público, em atendimento ao interesse público (melhor serviço à coletividade de usuários). Originalmente, essa possibilidade foi reconhecida como prerrogativa de alterar unilateralmente as cláusulas que dispunham sobre condições do serviço – à diferença das chamadas cláusulas econômico-financeiras. Essa prerrogativa foi logo reformulada, passando-se a reconhecer ao concedente ampla margem para realizar *quaisquer alterações unilaterais do contrato* – inclusive aquelas relativas a tarifas. O contrato de concessão é, assim, intrinsecamente *desequilibrado* do ponto de vista jurídico, normativo.
- Esse poder de instabilização do vínculo tem como contrapartida – não limite – algo menos palpável do que uma cláusula: justamente a preservação do “*equilíbrio original do contrato*”, o seu sinalagma estabelecido quando da celebração da concessão. Como a equivalência de posições jurídicas tinha acabado de ser rompida, o equilíbrio possível da concessão foi compreendido como de *natureza econômico-financeira*.
- Essa equação original não pode ser alterada por atos do concedente. Assim, se o concedente modificar a forma de atuação do concessionário, e se essa modificação quebrar a equação original, deverá ele *recompô-la integralmente* – nos primeiros casos, os remédios foram

indenizações, e não aumentos de tarifa, eis que se a tinha por não alterável.

- Essa equação econômico-financeira é representada como uma “conta” indicada de modo genérico entre “o que entra” e “o que sai”. Trata-se de uma “conta dinâmica”, que pressupunha a possibilidade de mudança das grandezas concretas, a bem da preservação de uma *certa proporção*.
- Essa construção tem caráter *retrospectivo e protetivo*, ao determinar a preservação de um estado de coisas original – justamente a equação econômico-financeira que fixada pelas partes, qualquer que seja ela – em face de uma “agressão” ao contrato promovida pelo poder concedente.

Não é difícil constatar, mesmo diante dessa magra síntese, que a solução encontrada pelo Conselho de Estado tem nítidos compromissos com a ideia – modificada nesse novo ambiente – de *pacta sunt servanda*. Como dissemos antes, é uma solução que dá pouca atenção a considerações extracontratuais, tais como as condições de remuneração “a valor de mercado”, o “justo preço”, ou outras. Essas noções podem ter tido alguma função quando da celebração do negócio, mas não servem para regulá-lo ao longo de seu prazo.

Ao fornecer essa solução para o problema que tinha diante de si, o Conselho de Estado deu um passo decisivo para o reconhecimento da existência de um risco específico e muito próprio risco inerente à concessão, de uma muito peculiar *álea extraordinária* (extraordinária porque, efetivamente, não típica de contratos e porque

não previsível em sua origem), qual seja, a possibilidade de superveniência de uma alteração unilateral do contrato.

Como agora veremos, a essa álea “recém-descoberta” (ou melhor, chancelada) outras se juntariam de forma casuística e diferenciada em seus pressupostos e efeitos, para dar forma a uma Teoria da Álea que nos acompanha até hoje.

Para tanto, vamos nos mover agora para 1916, em plena Primeira Guerra Mundial. O problema então ocorrido foi de outra natureza. E a solução encontrada foi parcialmente diferente daquela adotada em 1910. Em sua base, não estava a ideia de equilíbrio econômico-financeiro do contrato, mas de continuidade do serviço público. E isso teve consequências importantes e distintas daquelas que decorreram do reconhecimento da álea relativa à alteração unilateral do contrato.

No caso da *Compagnie Générale d'Éclairage de Bordeaux*, de 30 de março de 1916, o Conselho de Estado teve de lidar com um tipo de aflição que é típica de nossos dias: a ocorrência do imponderável. Com a eclosão da Grande Guerra, o preço do principal insumo de um concessionário para seu serviço de iluminação pública *quintuplicou*, contrariando qualquer expectativa que pudesse ser nutrida pelas partes quando da celebração, anos antes, da concessão. Já se vê: a dificuldade aqui não está em saber como tratar uma determinada atitude tomada por um dos contratantes, mas em decidir como tratar eventos completamente independentes da vontade das partes, estranhos ao contrato, imprevisíveis e de grande magnitude, os quais afetam severamente as condições econômicas da operação do concessionário, tornando-a excessivamente onerosa, ainda que não impossível.

Mais uma vez, o Conselho de Estado flexibilizou os princípios contratuais rígidos do direito privado, dando nascimento à famosíssima Teoria da Imprevisão (depois aproximada à cláusula medieval *rebus sic stantibus*, com a qual não se confunde). Sua solução foi: *repartam* o concedente e o concessionário os *prejuízos*; receba este último um aporte de recursos do primeiro, de tal sorte que possa continuar prestando o serviço – que não deve parar, sob pena de restar prejudicada a coletividade.

Não há, no julgado, invocação de um suposto equilíbrio econômico-financeiro do contrato ou exigência de uma providência reparadora do sinalagma original. Tal reparação ao estado anterior não é o que se tem em vista, mas sim a partilha dos prejuízos. E isso a bem do serviço, não da remuneração do concessionário: a remuneração corresponderá ao quanto necessário para que a atividade siga em frente. Ou seja: em sua feição original, a solução não foi pensada como uma medida de justiça comutativa, como no caso anterior. A aproximação dos casos e a referência ao equilíbrio econômico-financeiro deram-se por reflexão teórica posterior.

De forma resumida, esses são os traços do que viria a ser Teoria da Imprevisão:

- Seu fundamento não é qualquer dever de recompor a “equivalência honesta” descoberta em 1910. É o interesse público, consubstanciado na necessidade de assegurar uma outra exigência do serviço público que começava a ganhar relevância: a *continuidade*.
- De consequência, o aporte do poder público – mais uma vez, não se majorava a

tarifa – não tinha por finalidade restabelecer a equação original, mas se destinava a permitir ao concessionário seguir prestando o serviço.

- Relacionada com essa anterior premissa estava outra: exigia-se um verdadeiro abalo substancial (*bouleversement*) da economia do contrato, e não simplesmente a ocorrência de eventos que, embora imprevisíveis ou de consequências não calculáveis, tivessem por efeito menores sobressaltos.
- O evento em questão deveria ser estranho à vontade das partes e deveria possuir certas qualidades – que depois foram e vem sendo infindavelmente detalhadas, analisadas e discutidas –, tais como *imprevisibilidade, anormalidade, dimensão relevante, não controlabilidade* etc.
- O efeito desse evento deveria ser temporário (nesse ponto ele não se confundiria com o caso fortuito ou a força maior, ligados à impossibilidade de prestação, na tradição civilista).

Assim como se passou com a ideia do equilíbrio econômico-financeiro esboçada no julgado de 1910, as bases da imprevisão lançadas pelo caso de 1916 foram desenvolvidas ulteriormente e, assim como o evento de 1910 deu origem a uma espécie de *álea extraordinária*, também o julgado de 1916 impulsionou a constituição de uma outra categoria do mesmo gênero: a *álea econômica extraordinária*, por oposição à *álea econômica ordinária*, a ser suportada exclusivamente pelo concessionário.

Como integrantes da mesma classe (*álea extraordinária*), a alteração unilateral do contrato e a *álea econômica extraordinária* ensejavam a revisão do contrato. Distinguiam-se, porém, como espécies, não apenas pela natureza dos acontecimentos, mas pelos diferentes efeitos que provocavam: uma, em atendimento à exigência de justiça comutativa, impunha a reparação integral do abalo provocado pelas medidas tomadas pelo poder público; a outra, em atendimento à exigência de continuidade do serviço público, impunha a indenização do *quantum satis* para o prosseguimento do serviço público. Coisas bem diferentes que, no entanto, como veremos em outro estudo, parte de nossa doutrina baralhou em favor de garantir proteção integral ao contratante privado.

A esses problemas, muitos outros se sucederam. Novas espécies de *áleas extraordinárias* foram criadas (e aperfeiçoaram a grande dicotomia *álea extraordinária vs. álea ordinária*); as notas características de cada tipo foram identificadas e elencadas com mais apuro, e seus efeitos foram mais detalhadamente estabelecidos.

Antes de concluir e passar ao exame dos princípios que guiam a configuração do regime econômico-financeiro das *public utilities*, vamos tratar muito superficialmente de mais uma categoria que viria a ser uma ulterior espécie do gênero da *álea extraordinária*: o Fato do Príncipe. Para além de sua importância prática, a evolução da figura mostra o quão rica em nuances foi a sua construção⁴⁵. O Fato do Príncipe esteve como que a meio caminho entre a alteração unilateral do contrato (que comportava uma recomposição integral da equação econômico-financeira) e a *álea econômica extraordinária*

(que comportava apenas o alcance de quanto necessário para a preservação da atividade).

Um dos primeiros julgados a tratar de uma instância do que viria a ser reconduzido à noção de *Fait du Prince* envolveu o pleito indenizatório de um contratante do Estado francês em razão da edição, por este último, de uma lei que majorava substancialmente alguns itens de custo do objeto da prestação a que o particular estava obrigado⁴⁶. Ao decidir o pleito em favor de uma indenização ampla para o contratante, o Conselho de Estado fez notar, explicitamente, que *in casu* não se estava diante de uma imprevisão – a qual somente daria lugar a uma compensação parcial, e isso apenas em caso de significativa alteração da situação econômica do contrato. Estava-se, na verdade, diante de um “fato da administração” co-contratante, que, apenas, não agia como parte do negócio, mas como poder público *tout court* (*fait de l’administration donnant droit à une indemnité équitable*). De consequência, a obrigação de reparar deveria ser *integral*, como na hipótese do julgado de 1910.

Ao longo do tempo, vários elementos relacionados a essa intervenção indireta dos poderes públicos na economia do contrato foram objeto de dúvidas e discussões. A respeito, a jurisprudência firmou as seguintes posições, entre outras:

- A proveniência do ato estatal que afeta o contrato: o entendimento que acabou por se firmar foi o de que apenas atos emanados do poder público contratante (concedente) é que configurariam Fato do Príncipe. Eventuais medidas tomadas por outras esferas de poder – municipalidades em contratos celebrados com o Estado;

Estado em contratos celebrados com municipalidades etc. – poderiam ser enquadradas como “fatos imprevistos” (Teoria da Imprevisão), se atendidas outras condições, e ensejariam apenas a recomposição parcial do prejuízo (entre nós, esclareça-se, a caracterização de *Fait du Prince* independe da proveniência ou do Ente Federativo de onde provenha o ato e enseja reparação integral).

- A natureza da intervenção: ainda que não se exigisse uma ação direta no contrato, bastando que a medida produzisse reflexos nele, não seria qualquer medida com reflexos no contrato que seria capaz de ensejar o dever de recomposição das coisas ao *status quo ante*. Discutiram-se diferentes tipos de impactos indiretos, sendo que nem todos abriam a via da reparação.

São inumeráveis os julgados que se ocuparam deste ou daquele aspecto da equação econômico-financeira, desta ou daquela álea e deste ou daquele remédio reparador. O quanto visto acima, porém, permite um rápido sumário dos principais elementos do regime econômico-financeiro das concessões de serviço público no sistema francês:

- É inegável o pano de fundo contratual, sobretudo na hipótese estrita do equilíbrio econômico-financeiro (álea de alteração unilateral do contrato). Ao postular a manutenção de um estado de coisas originário, a teoria assume um aspecto *retrospectivo*.

- Por outro lado, a *ratio* original da Teoria da Imprevisão (que lida com a álea econômica extraordinária) é a necessidade de continuidade ou prosseguimento do serviço público, o que não enseja a recomposição da equação econômico-financeira original.
- A álea Fato do Príncipe, para configurar-se, necessita de certas condições específicas, como a identidade entre poder público contratante e poder público causador do impacto (indireto) no contrato. Do contrário, a ação pública será reconduzida a fato imprevisto, com as consequências que daí se seguem.
- Esse tipo de construção, centrado na ideia de um contrato (de concessão), é propício à formação de uma “Teoria da Álea”, que reparte os eventos futuros em “áleas ordinárias” e “áleas extraordinárias”, segundo várias características que possuam.
- Essa construção, de origem jurisprudencial, foi paulatina, tendo estado sempre submetida a idas e vindas. Em seu país de origem, não recebeu por muito tempo reconhecimento legislativo geral e abrangente, muito menos abrigo constitucional.

A propósito de desenvolvimento paulatino, e para concluir a seção com uma nota prospectiva, é

A “fair remuneration” do capital empregado na atividade de utilidade pública

Convém fazer uma breve recapitulação do quanto visto até aqui acerca do modo como o

interessante notar que, ao longo do tempo, verificou-se mais e mais em muitos serviços públicos uma espécie de simbiose econômica entre o concedente e o concessionário, o que fez com que o poder público assumisse muitas vezes a posição de investidor e de sócio do contratante privado⁴⁷. No limite, essa tendência – e o escoamento dos prazos dos contratos – deu origem às nacionalizações que se intensificaram a partir da segunda metade do século XX na França. Pode-se dizer – seguindo a arguta percepção de Valladão⁴⁸ – que a *nacionalização* era o ponto de chegada natural do regime da concessão de serviços públicos, inclusive à vista da inerência da cláusula de reversão. O concedente passaria de delegante a executor, em própria pessoa, de uma competência sua.

Nada disso ocorreu nos EUA. Não por acaso, fez, nesse país, movimento em outra direção: a *municipalisation* (propriedade pública da empresa), como técnica de gestão e regulação de atividades econômicas⁴⁹, tentada inicialmente como experimento, foi logo abandonada em favor do reforço das competências de regulação do Estado sobre empresas particulares. Iguamente, não foi uma casualidade que tenha começado na América do Norte a impulsão para a adoção da competição, sempre que possível, no âmbito das *public utilities* (e desse âmbito, por força da influência natural que o direito do país hegemônico exerce num mundo globalizado, para a seara dos *services publics* na França e Europa).

direito norte-americano tratou o que na França era considerado *service public*.

Em primeiro lugar, não se está diante de uma competência pública – de cunho material e econômico, como são os *SPICs* – que possa ser delegada pelo Estado a um particular. Está-se diante de uma *atividade e propriedade privadas*: os “serviços de utilidade pública” ou *public utilities*.

Se assim é, e em segundo lugar, não existe um contrato de delegação do exercício de competência pública em que figurem o Estado e um empresário privado. Não há, de consequência, um contrato no qual estribar, seja a disciplina da atividade (como ocorria com o *cahier des charges*), seja o seu regime econômico-financeiro. Inexiste uma *equação econômico-financeira primordial* pactuada quando da celebração do ajuste, a ser preservada em face da ocorrência de áleas extraordinárias (diga-se de passagem que reflexões sobre as áleas tiveram um papel menor no direito norte-americano. Elas perpassam alguns elementos da regulação, mas não são um ponto de referência essencial na construção do sistema). Contratos com o poder público poderão existir (*franchises, grants, permits*), mas eles são mais “insumos” que viabilizam a atividade (que necessita ocupar bens públicos) do que a premissa fundamental legitimadora da execução da atividade, ou o *locus* da disciplina do serviço. Por outro lado, é possível falar-se de “equilíbrio”, mas ele estará relacionado não a um negócio jurídico (para fins de *pacta sunt servanda*), mas à empresa ou à atividade, para fins de verificação de sua *performance* (o que é muito diferente).

Em não sendo pública a tarefa econômica, a eventual incidência de normas limitadoras das clássicas liberdades de ofício e profissão, contrato e propriedade será justificada mediante a

invocação aos poderes de polícia. Esse é o terceiro ponto a rememorar.

Trata-se, todavia, de uma atividade privada peculiar, pelos motivos antes indicados. Admite-se uma maior intervenção do poder público em âmbito que, em princípio, não é seu (a ordem econômica). Nesses casos, a tarefa é qualificada como *public utility*, e incide sobre ela uma especial manifestação do poder de polícia, a *regulation*. Em sua feição consolidada, a *regulation* tem por fontes uma lei-quadro e os atos das *regulatory commissions*. Esse vem a ser o quarto e último ponto.

Nesse contexto, que feição assume o regime econômico-financeiro das *public utilities*?

Os traços mais básicos – nessa confessada simplificação que ora fazemos – foram estabelecidos num julgado clássico da Suprema Corte Americana:

We hold, however, that the basis of all calculations as to the reasonableness of rates to be charged by a corporation maintaining a highway under legislative sanction must be the fair value of the property being used by it for the convenience of the public. And, in order to ascertain that value, the original cost of construction, the amount expended in permanent improvements, the amount and market value of its bonds and stock, the present as compared with the original cost of construction, the probable earning capacity of the property under particular rates prescribed by statute, and the sum required to meet operating expenses, are all matters for consideration, and are to be given such weight as may be just and right in each case. We do not say that there may not be others matters to be regarded in estimating the value of the property. What the company is entitled

to ask is a fair return upon the value of that which it employs for the public convenience. On the other hand, the public is entitled to demand is that no more be exacted from it for the use of a public highway than the services rendered by it are reasonably worth.⁵⁰

Cuida-se do *leading case* *Smith vs. Ames*, julgado em 1898. Discutia-se nesse processo a constitucionalidade de uma lei estadual (Nebraska) que fixava os preços de transporte de um serviço ferroviário regional. Ao decidir o litígio, a Suprema Corte entendeu que a lei em questão feria a 14^a Emenda, ao privar o empresário de sua propriedade sem o devido processo⁵¹. Esse julgado cunhou a expressão que, por muito tempo, foi a senha para referir o modelo norte-americano, *fair return* (a “justa remuneração” encontrada nas Constituições brasileiras).

O trecho acima permite colher com facilidade alguns dos principais traços da regulação econômica das *public utilities*.

Perceba-se, para começar, que o enquadramento e a solução do problema foram feitos à luz de uma tensão que não se estabelece, como no direito francês, entre um contratante e um contratado, mas sim entre um empresário, titular da atividade e dos bens nela empregados, e o “público” (poderíamos hoje dizer os “consumidores”). O empresário defende seus direitos e suas liberdades econômicas (poderíamos hoje dizer *direitos fundamentais* de livre contratação, livre uso da propriedade); ele não pugna pela preservação de um *status quo ante*; os consumidores, por sua vez, não admitem o abuso desses direitos. O que há é um compromisso:

Our social system rests largely upon the basis of private property, and that community which seeks to alter this will soon discover its error in the disaster which follows. The slight gain to the consumer, which he would obtain from a reduction in the rates charged by a public service corporation is as nothing compared with his share in the ruin of which would be brought about by denying to private property its just reward, thus unsettling values and destroying confidence⁵².

O ponto de equilíbrio entre o direito e seu abuso é a vaga expressão *fair return*, aplicada à também vaga ideia de um *fair value* da propriedade privada empregada na indústria⁵³. *Fair return on fair value*, na expressão de um autor norte-americano muito conhecido de nossos administrativistas mais antigos (John Bauer)⁵⁴.

É sintomático da perspectiva flexível, dinâmica e prospectiva em que se situa o regime econômico-financeiro das *public utilities* na tradição norte-americana a indicação exemplificativa dos critérios que podem ser usados, *segundo as circunstâncias*, para aferir a justa remuneração. Sem pretender exaustão, a Corte menciona um rol a ser expandido, restringido e modulado, conforme as circunstâncias.

A base da invalidação da lei estadual também informa muito sobre o ambiente em que se está. Os limites à ação das leis e dos atos das *regulatory commissions* estão relacionados com a ofensa a direitos constitucionais clássicos: *due process*, proibição de confisco, razoabilidade e proporcionalidade (aliás, a expressão *reasonably worth* evoca a muito usada *reasonable rates*, também encontrada no início da citação)⁵⁵.

Em resumo, em comparação ao que se passa na França, há nos Estados Unidos um deslocamento

absoluto dos termos que enquadram e depois definem o regime econômico-financeiro. Sobretudo: em não havendo um contrato a proteger, a regulação econômica assume uma feição de futuro (“olha para a frente”) e propositiva (“propõe melhorias”), ao invés de retrospectiva (“olha para trás”) e reativa (“atua para reparar”).

Muitos litígios, experimentos e arranjos regulatórios sucederam-se a esse *leading case*, e seria sem propósito, como já se disse, pretender acompanhar a riquíssima história – ainda em curso – da *regulation* norte-americana. Apenas um outro ponto deve reter nossa atenção, antes de encerrarmos este artigo com um breve *excursus* relativo aos rumos de nosso direito.

A expressão mais eloquente desse modo de conceber o regime econômico-financeiro é a ideia do *serviço pelo custo*⁵⁶. É na *cost service regulation* que desaguam e tomam corpo considerações vagas e fórmulas de efeito. É por meio dela que o empreendedor privado obterá o seu *fair return*.

Esse método de fixação de preços é simples de enunciar em suas linhas mestras e difícil de implementar em seus detalhes. Ele preconiza que o preço cobrado dos usuários⁵⁷ deve ser tal que permita ao empresário privado não apenas cobrir os *custos prudentes* (*prudent costs*) incorridos para a prestação do serviço⁵⁸, como, ainda, recuperar o seu investimento⁵⁹ e auferir uma *justa remuneração* pelo capital empregado na atividade⁶⁰. As expressões *prudent costs*⁶¹ e *fair return*⁶² sugerem uma perspectiva normativa, regulativa, da determinação dos custos e da remuneração, e resumem muito bem os objetivos buscados pela *regulation*.

Especificamente com relação à justa remuneração, as operações de determinação do ganho do empresário podem ser reduzidas a duas: (i.) identificação da base (*fair value*) de retorno, que, por sua vez, importa em (i.1.) definir o que se deve entender conceitualmente por “propriedade” afetada à indústria, e (i.2.) quantificar a propriedade, previamente definida; (ii.) fixação da taxa de retorno adequada (*fair return*) que incidirá sobre a propriedade. A partir de uma base corretamente avaliada^{63,64}, aplica-se uma remuneração adequada (para a tutela da propriedade).

Com relação ao primeiro ponto – qual é a propriedade? –, houve acirradas disputas. De um lado estavam, *grosso modo*, os partidários da propriedade-investimento de capital, enquanto de outro lado estavam os que defendiam a propriedade-equipamentos (no Brasil, nossas Constituições, combinando o método da justa remuneração com o instituto da concessão, tiveram os bens empregados no serviço como públicos e, portanto, identificaram a propriedade do concessionário com o seu investimento nesses bens).

Com relação à taxa de remuneração⁶⁵:

What annual rate will constitute just compensation depends upon many circumstances, and must be determined by the exercise of a fair and enlightened judgment, having regard to all relevant facts. A public utility is entitled to such rates as will permit it to earn a return on the value of the property which it employs for the convenience of the public equal to that generally being made at the same time and in the same general part of the country on investments in other business undertakings which are at-

tended by corresponding, risks and uncertainties; but it has no constitutional right to profits such as are realized or anticipated in highly profitable enterprises or speculative ventures. The return should be reasonably sufficient to assure confidence in the financial soundness of the utility and should be adequate, under efficient and economical management, to maintain and support its credit and enable it to raise the money necessary for the proper discharge of its public duties. A rate of return may be reasonable at one time and become too high or too low by changes affecting opportunities for investment, the money market and business conditions generally⁶⁶.

Como se disse, não há no direito norte-americano uma Teoria da Álea que reproduza as sofisticações e categorias da tradição francesa, próprias de um contexto contratual. Por outro lado, é certo que o tema “risco” comparece nas reflexões e preocupações dos sujeitos envolvidos com a regulação das atividades de utilidade pública⁶⁷.

A dimensão prospectiva do *rate making*, desvinculado das peias de um contrato, permite que periodicamente – e não apenas à vista de

áleas excepcionais – tenham-se em conta as condições da empresa ou da atividade para verificar se a remuneração está sendo “justa” segundo as condições do momento em que se faz o exame, e não segundo condições passadas. (Permita-se a referência fora do tempo e do espaço: as nossas tão incompreendidas *revisões tarifárias periódicas* dos contratos de distribuição de energia elétrica têm exatamente essa filiação e pouco ou nada devem às revisões extraordinárias, fundadas nas áleas, típicas do regime francês. Nesse ponto, como em muitos outros, misturamos, bem ou mal, as coisas, como já tive oportunidade de salientar em estudo específico⁶⁸).

Para além dessa ideia geral, reinava a discórdia, como seria de se esperar. Engalinharam-se reguladores, legisladores, tribunais⁶⁹, usuários e empresários, em torno de itens de custo, modos de os aferir, periodicidade dessa aferição, métodos e critérios de remuneração da propriedade empregada no serviço, entre mil outros temas. Como o leitor já sabe, não é nossa intenção descrever esse processo ou fazer narrativa histórica. Estamos interessados apenas em colher a *ratio* de modelos simplificados.

A modo de provocação: o que recebemos?

No início deste texto, dissemos que ele serviria para justificar a afirmação feita em outro estudo, acerca da adoção, por nossas Constituições, de determinados regimes econômico-financeiros aplicáveis a certas atividades econômicas. Também dissemos que este breve percurso serviria como ponto de partida para outra investigação, voltada a mostrar que, ao longo do

tempo, parte de nossa doutrina não apenas adotou a noção de equilíbrio econômico-financeiro – misturando-a com a ideia de justa remuneração num regime de concessões *sui generis* – como a simplificou em demasia, de modo a proteger o concessionário mais intensamente do que o fazia o direito francês.

Essas duas posições – origem constitucional e feição hiperprotetiva – estão bem manifestadas na seguinte passagem do *Curso de Celso Antônio Bandeira de Mello. Comparando o direito brasileiro com o francês, o autor assevera:*

Certamente, cabe invocar as teorias mencionadas, mas com algumas adaptações. É que não se pode extrapolar integralmente para o Direito Brasileiro as soluções francesas, pois não se ajustam de modo completo a nosso Direito Positivo. Este, como se verá, a seguir, orientou-se de maneira a oferecer ao concessionário uma garantia mais ampla do que a que lhe é dispensada na França.

É que no Direito Francês a *álea ordinária*, isto é, o risco a ser enfrentado pelo concessionário sem socorro do Poder Público, envolve não só os casos em que este, por ineficiência, negligência ou incapacidade, sofre prejuízos, mas também as hipóteses em que sua deterioração patrimonial advém de oscilações normais dos preços de mercado, insuficiente afluxo de usuários, ou promana da adoção de medidas gerais, exaradas pelo Poder Público, que afetem indiscriminadamente toda a coletividade, sem repercussão especial sobre o concessionário e sem lhe tornar ruínosa a exploração do serviço.

Entre nós, todavia, a noção de *álea ordinária* – ou seja, do risco que o concessionário deve suportar – é mais restrita, de sorte que se beneficia de uma proteção maior. De outro lado, no que se refere à *álea econômica*, quando invocável a teoria da imprevisão, o resguardo do concessionário é completo, e não apenas parcial, como no Direito Francês.

Em suma: no Brasil a noção de equilíbrio econômico-financeiro da concessão e da

proteção que se lhe deve conferir é mais generosa para o concessionário.

Com efeito, entende-se como excluída da *álea ordinária* (isto é, dos riscos que o concessionário deve suportar) a variação nos preços dos insumos componentes da tarifa, pois esta intelecção é que se coaduna com a proteção ampla decorrente dos precitados arts. 9º, § 2º, 18, VIII e 23, IV, impositivos de revisão e/ou reajuste. Da *álea ordinária* também se excluem os agravos econômicos oriundos de medidas gerais do Poder Público que tenham impacto gravoso sobre o preço tarifário, ainda que não se trate de providências especificamente incidentes sobre a concessão, pois, como visto, o art. 9º § 3º determina revisão de tarifa até mesmo em face da sobrevivência de tributos (salvo os de imposto de renda) ou encargos legais que comprovadamente repercutam sobre ela. De outro lado, nas hipóteses em que caiba a teoria da imprevisão, a qual é acolhida sem o extremo rigorismo do Direito francês, os prejuízos do concessionário são inteiramente acobertados e não – como ocorre na França – partilhados pelo concedente.

Tais soluções são obrigatórias em face de nosso Direito Positivo, visto que o art. 37, XXI, da Lei Magna do país estatui que as obras e serviços (tanto compras e alienações) serão contratados ‘com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta.’⁷⁰.

Aí parece estar, em toda a sua extensão, o “artigo de fé” a que se referia o autor paulista em outra citação de sua obra. O desafio, agora, é traçar o percurso por meio do qual as duas tradições foram baralhadas e pelo qual todas as *áleas extraordinárias* restaram semelhantes em seus efeitos jurídicos: a integral proteção do

concessionário. Por que, quando, onde e como chegamos a esse resultado? Esse será o tema de um próximo estudo.

¹ Nunca é demais lembrar a expressão de Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem a proteção ao equilíbrio econômico-financeiro das concessões é um “artigo de fé”: “[n]a teoria do contrato administrativo, a manutenção deste equilíbrio – não sem razão – é aceita como verdadeiro ‘artigo de fé’. Doutrina e jurisprudência brasileiras, em sintonia com o pensamento alienígena, assentaram-se pacificamente em que, neste tipo de avença, o contratado goza de sólida proteção e garantia no que concerne ao ângulo patrimonial do vínculo (...)”. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Concessão de serviço público e sua equação econômico-financeira*, 2012, p. 253. A esse artigo de fé se poderia acrescentar – como mesmo faz Bandeira de Mello – outro, o da consagração constitucional dessa “sólida proteção e garantia” de que fala o autor.

² Não se afirma a inexistência, no direito positivo brasileiro, de mecanismos de proteção econômica ao concessionário diante de atos concedente e de determinados eventos supervenientes. A afirmação deve ser bem compreendida: nega-se a existência de uma norma com natureza de princípio no texto da Carta de 1988 que determine essa proteção. Ainda mais, nega-se que de tal suposta norma saia, pronto e acabado, um inteiro regime jurídico do equilíbrio econômico-financeiro, tal como o concebe boa parte da doutrina administrativista que se dedica ao tema.

³ Tenho me ocupado da influência dessa dualidade de matrizes normativas especificamente no setor elétrico, desde o ano 2000: KAERCHER LOUREIRO, Gustavo, *Considerações Jurídicas sobre os Aspectos Econômicos dos Contratos de Concessão de Distribuição de Energia Elétrica*, *Revista Jurídica*, v. 276, 2000; KAERCHER LOUREIRO, Gustavo, *Revisão Tarifária Periódica - sua Introdução no Ordenamento Jurídico Brasileiro e o Papel do Direito em sua Construção pelo Regulador*, in: DA ROCHA, Fabio Amorim (Org.), **Temas relevantes no direito de energia elétrica (vol. III)**, Rio de Janeiro: Synergia, 2014; KAERCHER LOUREIRO, Gustavo, **A Indústria Elétrica e o Código de Águas – O Regime Jurídico das Empresas de Energia entre a Concession de Service Public e a Regulation of Public Utilities**, Porto Alegre: Fabris, 2007.

⁴ *Contrato Administrativo no Brasil – Aspectos Críticos da Teoria e da Prática*, in *RCP*, n. 1, 2012, p. 02: “Em breve síntese, pode-se apontar que a teoria do contrato administrativo surgiu no contexto institucional francês, com o sentido de sistematizar elementos da prática jurídica lá adotada, progressivamente, a partir de decisões do Conselho de Estado, as quais, por sua própria natureza, são mais sujeitas a mudanças decorrentes da necessidade de se oferecerem soluções adaptadas a cada um dos casos concretos, em diversos momentos históricos.

Porém, o tratamento dogmático dado à teoria do contrato administrativo — quando transposta ao Brasil e mesmo em sua evolução na França — acabou por lhe impor uma redução simplificador e empobrecedora da construção original.”

⁵ Tomo o termo em seu sentido empírico, puramente descritivo e sem qualquer conotação jurídica. Em especial, não confundir com o sentido que empresta à expressão GRAU, Eros Roberto, *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*, São Paulo: Malheiros, 2007.

⁶ O melhor testemunho disso é o longo estudo de Odilon Braga, que dá conta dos trabalhos de uma comissão de juristas encarregada de propor um projeto de lei orgânica dos serviços públicos concedidos, em atendimento ao art. 147 da Constituição de 1937. Nessa comissão houve uma bem marcada disputa doutrinária e ideológica travada entre partidários de um ou outro modelo, BRAGA, Odilon, *Serviços Públicos Concedidos*, *Revista de Direito Administrativo*, v. 7, 8, 9, 1947. Como se sabe, uma “lei orgânica” dos serviços públicos só veio a ser editada em 1995 (Lei 8.987).

⁷ A acolhida que o Estado-Providência recebeu na história francesa deve não pouco ao Antigo Regime e ao Estado Mercantil. O mercantilismo, o colbertismo e outras manifestações intervencionistas do ancien Régime marcaram profundamente os hábitos do poder público e o direito que o regularia, mesmo depois da Revolução Francesa. CHEVALLIER, Jacques. *Le Service Public*. Paris: PUF, 1997. p. 77.

⁸ “La notion de service public relève, à première vue, de l'ordre de l'évidence: (...). Nulle part ailleurs qu'en France, elle n'a cependant pris une telle importance, en étant érigée à l'hauter d'un véritable mythe (...). Derrière les mots, c'est toute une conception du statut de l'État, et par delà du lien social, qui est mobilisée; (...). Le service public est d'abord une entité sociale: il englobe les diverses activités et structures placées sous la dépendance des collectivités publiques; relevant de la 'sphère publique', les services publics présentent un ensemble de singularités qui interdisent toute assimilation aux entreprises privées. Mais le service public est aussi une notion juridique: il entraîne l'application de règles de droit spécifiques et dérogoires au droit commun; le 'régime de service public' condense et résume ce qui fait le particularisme du droit administratif. Enfin, et plus profondément, le service public est un opérateur idéologique: il sculpte le mythe d'un État généreux, bienveillant, uniquement soucieux du bien-être de tous; (...). La notion de service public apparaît ainsi en France comme la pièce maîtresse, la véritable clef de voûte de la construction étatique [...]. Chevallier, Jacques. *La fin des écoles? Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, n.3, p.679-700, mai./juin. 1997 p. 684

⁹ A expressão consta, inclusive, dos títulos de obras importantes sobre nosso tema: WYMAN, Bruce. *The Special Law Governing Public Service Corporations*. Washington: Beardbooks, 1911. *Current Public Opinion and the Public Service Corporations*, Morris Llewellyn. *Public Utility Regulation*. Nova Iorque: The Ronald Press, 1924

¹⁰ O ponto é bem colhido por Odilon Braga, ao analisar o sentido da palavra “público” nesse contexto: “O vocábulo ‘público’ presta-se a confusões. Pode significar o que é próprio do ‘público’, isto é, de uma clientela mais ou menos extensa e indistinta; e pode significar o que é próprio do poder preposto à administração dos interesses coletivos locais ou gerais.” *Ibid.*, p. 39.

¹¹ “La notion de service public remplace le concept de souveraineté comme fondement du droit public. Assurément cette notion n'est pas nouvelle. Du jour même où s'est formée la distinction entre gouvernants et gouvernés, la notion de service public est née dans l'esprit des hommes. En effet, dès ce moment on a compris que certaines obligations s'imposaient aux gouvernants envers les gouvernés et que l'accomplissement de ces devoirs était à la fois la conséquence et la justification de leur plus grande force. Cela est essentiellement la notion de service public. Ce qui est nouveau, c'est la place éminente que cette notion occupe aujourd'hui dans le domaine du droit; c'est la transformation profonde qui par là se produit dans le droit moderne.” DUGUIT, Léon. *Les Transformations du Droit Public*. Paris: Armand Colin, 1913. p. 33-34. Em outra passagem, mais incisivo: “Le service public est le fondement et la limite du pouvoir gouvernemental. Et par là ma théorie de l'État se trouve achevée.” (DUGUIT, Léon. *Les Transformations du Droit Public*. Paris: Armand Colin, 1913. p. 62).

Na sua esteira, Jèze, já incorporando outros (novos) serviços públicos: “El fin del Estado es organizar y hacer funcionar los servicios públicos: justicia, policía, instrucción pública, defensa nacional, comunicaciones, caminos, ferrocarriles, canales, correos telégrafos, teléfonos, asistencia, higiene etc. Los agentes públicos tienen por única misión hacer funcionar los servicios públicos.” Em tom semelhante: “El derecho administrativo de un país determinado está dominado por las ideas políticas que prevalecen en determinada época. Para Francia, en la actualidad, es la idea de que el Estado constituye un conjunto de servicios públicos, abandonada ya la teoría de que es el poder de un hombre o de una clase. Este principio objetivo es la piedra angular del derecho administrativo francés, habiendo sido desentrañado recientemente. Aunque no se lo ha insertado en ningún texto legal, inspira toda la doctrina y toda la jurisprudencia administrativa contemporáneas.” (JÈZE, Gaston. *Principios Generales del Derecho Administrativo*. Trad. Julio Almagro. Buenos Aires: Depalma, 1950. t. 2, p. 02).

¹² Como, p.ex., a exploração dos direitos rentáveis do Estado por súditos, que os exerciam titulados por contratos de locação (*fermes du Roi* e, posteriormente, *baux administratifs* e *marchés*), negócios regidos originariamente pelo direito privado.

¹³ A feição clássica da concessão de serviço público – o contrato administrativo por excelência – estabilizou-se nas primeiras décadas do século XX, como ponto culminante de uma longa reflexão jurídica sobre os diversos acordos que celebra o Estado com os particulares, construídos em bases empíricas (não legislativas) e casuísticas.

O seu conceito emerge de um constante esforço de abstração que colhe, da multiplicidade desses arranjos, algumas notas características consideradas pela jurisprudência e sobretudo pela doutrina como essenciais, recorrentes, as quais são agrupadas e justificam a aplicação de um determinado regime jurídico, construído *pari passu* com a figura (mesmo no âmbito da delegação de serviço público, o direito administrativo francês conhecia e conhece, além da concessão, outros tipos negociais: *affermage*, *mandat*, *gérance*, *régie intéressée*, *marche d'entreprise de service public*, para citar os mais notórios).

O papel da legislação, nesse âmbito, é negligenciável, principalmente no período de que se trata (o direito francês ressentia-se da ausência de qualquer definição normativa da concessão de serviços públicos). O primeiro texto a consignar expressamente o termo parece ter sido o Decreto de 31 de maio de 1910, relativo à organização da competência do Conselho de Estado, período em que já se encontravam avançados os estudos sobre o tema. De qualquer sorte, apesar de mencionada, a concessão de serviços públicos não foi definida nem nesse diploma nem, aparentemente, em qualquer outro que se lhe tenha seguido.

¹⁴ Cingindo-se, apenas, à concessão de trabalhos públicos – origem imediata da concessão de serviços públicos –, tinha-se-a por um ajuste entre um construtor, privado, e o Estado, cujo objeto era a realização, pelo primeiro, de um bem material. Inicialmente, viabilizou a construção de pontes, canais e estradas. Depois, foi o veículo jurídico da construção das ferrovias, os mais importantes trabalhos públicos do século XIX (não é simples coincidência que as ferrovias, nos EUA, também estão na base do sistema jurídico de controle de atividades econômicas socialmente relevantes, com *Munn vs. Illinois*, como veremos). A remuneração do empreiteiro consistia na exploração do resultado de sua atividade, a obra, por um período determinado. Cobrava-se dos usuários pelo uso do bem público.

Nesse período – meados do século XIX –, não havia ainda a convicção de que a atividade que a obra propiciava seria de titularidade estatal, autonomamente considerada em face do objeto material, e que, por isso, enquanto exercida pelo particular, ser-lhe-ia apenas delegada. Mesmo no tempo em que há verdadeira explosão do uso do instituto para construção das ferrovias nacionais na França, considera-se que o transporte ferroviário é tarefa (exclusivamente) privada, feita no interesse do construtor.

¹⁵ *Grosso modo*, dois critérios foram usados ampliar o alcance dos serviços públicos, ao ponto de colher também essas atividades empresariais.

O primeiro, de tipo substancial, fundado na essencialidade da atividade e sustentado por Duguit: “la notion fondamentale, qui est au fond de tout service public, est celle d'une obligation juridique s'imposant aux gouvernants d'assurer l'accomplissement ininterrompu d'une certaine activité, qui est d'une importance capitale pour la vie sociale parce que, étant donnés les moeurs, les tendances, les besoins d'une époque, il n'est pas un des membres de la société que n'ait besoin que cette activité soit réalisée.” DUGUIT, Léon. *Traité de Droit Constitutionnel*. Paris: E. de Boccard, 1927-1928. t. 2, p. 70.

O segundo, de tipo formal e de cunho mais técnico, está em identificar a “intenção do legislador”, amplamente interpretada, quando se trata de decidir se se está, ou não, diante de uma atividade qualificada como serviço público. Essa é a posição de Jèze. Não dispondo a Lei expressamente acerca da natureza da atividade, cumpre ao intérprete extrair do texto a intenção do legislador. Essa intenção de criar um serviço público manifesta-se por certos indícios normativos. Dotando o legislador a atividade de certas normas e procedimentos, desejou alçá-la à categoria de serviço público. Mas quais são essas normas e procedimentos? “Cómo se reconocerá que la voluntad de los gobernantes ha sido la de satisfacer a una necesidad de interés general por el procedimiento del servicio público? Imposible dar un criterio único, pues en esto juega un conjunto de circunstancias, cada una de las cuales no es por sí sola bastante para que se revele con exactitud la voluntad de organizar un servicio público. [...] Los tribunales tienen amplios poderes de apreciación.” (JÈZE, Gaston. *Principios Generales del Derecho Administrativo*. Trad. Julio Almagro. Buenos Aires: Depalma, 1950. t. 2, p. 22). Os signos da vontade do legislador são variados, e se constituem em aspectos de um todo maior (o “regime” de serviço público, que pode estar como que “latente”, por omissão legislativa): (i.) instituição de cargas especiais

para os administrados em face da atividade (serviços administrativos, uso de terrenos particulares, enfim, privilégios para o realizador da atividade); (ii.) instituição, pela lei, de exploração em regime de monopólio; (iii.) criação da atividade pela própria Administração Pública; (iv.) retribuição por meio de imposto ou taxa, dentre outras. Ao contrário, segundo esse autor, não são indícios de serviço público: (i.) exigência de autorização administrativa para o funcionamento da empresa ou de aprovação dos estatutos pela Administração Pública; (ii.) fiscalização administrativa quanto à contabilidade e cumprimento de metas; (iii.) existência de representantes da Administração Pública na direção do empreendimento; (iv.) exigência de aprovação dos atos da empresa, dentre outros.

¹⁶ “Em todos esses serviços modernos que tomam cada dia maior extensão, como a instrução, assistência, obras públicas, iluminação, correios, telégrafos, telefones, ferrovias etc., há uma intervenção estatal que deve ser submetida ao direito, regulada e disciplinada por um sistema de direito público.” DUGUIT, Léon. *Les Transformations du Droit Public*. Paris: Armand Colin, 1913. p. 32.

¹⁷ “Decir que, en determinada hipótesis, existe servicio público, equivale a afirmar que los agentes públicos, para dar satisfacción regular y continua a cierta categoría de necesidades de interés general, pueden aplicar los procedimientos del derecho público, es decir, un régimen jurídico especial, y que las leyes y reglamentos pueden modificar en cualquier momento la organización del servicio público, sin que pueda oponerse a ello ningún obstáculo insuperable de orden jurídico.” (JÈZE, Gaston. *Principios Generales del Derecho Administrativo*. Trad. Julio Almagro. Buenos Aires: Depalma, 1950. t. 2, p. 04.)

Em sua obra mais sucinta, de mesmo nome, Jèze faz afirmação semelhante: “Decir que en un determinado caso existe un servicio público, es decir, que para dar satisfacción regular y continua a cierta categoría de necesidades de interés general existe un regime jurídico especial y que este régimen puede ser en todo instante modificado por las leyes y reglamentos”. (JÈZE, Gaston. *Los Principios Generales del Derecho Administrativo*. Trad. Carlos Oviedo Garcia. Madri: Reus, 1928.

¹⁸ Apenas quando a instalação da malha ferroviária já se encontra completada e a atividade, então, assume grande relevância social e econômica, é que começará a se autonomizar o aspecto do serviço. Sua prestação passará a ser vista não mais como um direito do construtor, mas como um dever e necessidade pública. “Bien plus, les contrats de concession firent de l'exploitation du chemin de fer une obligation pour le concessionnaire, au même titre que la construction de la ligne et ils imposèrent aux compagnies toute une série de règles pour cette exploitation. Ces règles soumettent l'exploitation des chemins de fer, considérés à l'origine comme une entreprise de nature privée, aux principes qui caractérisent les services publics: principes de la continuité (art. 40 du cahier des charges de 1858) de la régularité, de l'égalité des usagers (art. 48 et 49).” (BLONDEAU, Ange. *La Concession de Service Public*. 2. ed. Paris: Dalloz, 1933. p. 22).

De modo mais geral, Hauriou: “Dans la concession dite de service public, qui lui succède, et dont la concession dite de travaux publics n'est plus désormais qu'une variété, la gestion du service apparait à un titre nouveau: sans doute, elle continue à intéresser la rémunération du concessionnaire, mais elle devient le bût même de la concession: l'organisation et la gestion d'un service public remplacent, comme élément essentiel de la concession, l'élément 'obligation imposée au concessionnaire', c'est maintenant la gestion d'un service public. La concession est un mode de gestion des services publics.” (HAURIOU, Maurice. *Précis Élémentaire de Droit Administratif*. Paris: Sirey, 1925. p. 367).

Nada obstante isso, havia quem se mantinha fiel às concepções anteriores: BLAEVOLET, Charles. *Modifications apportées au Régime des Distributions d'Énergie Électrique par la Loi du 27 Février 1925*. *Révue du Droit Public*, 1926. 37 e segs.

¹⁹ “Lorsque, por la satisfaction d'un besoin d'intérêt général, il a été créé une organisation publique, un service public proprement dit, la question se pose de savoir par qui sera faite l'exploitation, par qui sera assuré le fonctionnement du service public. Le cas, de plus en plus fréquent, est celui des services publics industriels: transports par chemin de fer, par omnibus, tramways, autobus; distribution collective d'eau, de gaz, d'électricité etc. Lorsque l'administration exploite elle-même le service, lorsqu'elle fait fonctionner le service par ses agents, on dit qu'il y a exploitation en régie, ou plus simplement, régie. Si, au contraire, l'administration charge un individu, une société de faire fonctionner le service public, de l'exploiter, on dit qu'il y a concession de service public.” JÈZE, Gaston. *Les Contrats Administratifs*. Paris: Marcel Giard, 1927. t. 1, p. 55.

²⁰ JÈZE, Gaston. *Les Contrats Administratifs*. Paris: Marcel Giard, 1927. p. 326-27.

²¹ JÈZE, Gaston. *Principios Generales del Derecho Administrativo*. Trad. Julio Almagro. Buenos Aires: Depalma, 1950. t. 2, p. 71.

Veja-se ainda: “El servicio público se distingue netamente de la empresa o establecimiento privado puro y simple y del establecimiento de utilidad pública. Hay un punto sobre el cual conviene fijar la atención: el servicio público no simple es atendido por los agentes públicos; hay un caso especial de gestión de los servicios públicos: la concesión de servicio público. [...] Además de los ferrocarriles del Estado, que constiuyen un servicio público prestado de modo directo, existen grandes compañías concesionarias de ferrocarriles. En las localidades (departamentos, municipios), un sinnúmero de servicios públicos se prestan también por el procedimiento de la concesión; tramvías, ómnibus, distribución de agua, del gas, de la electricidad, mercados, consumos etc.” (JÈZE, Gaston. *Principios Generales del Derecho Administrativo*. Trad. Julio Almagro. Buenos Aires: Depalma, 1950. t. 2, p. 71.).

²² Essa ideia de reversão ao cabo do período, indicada por Valladão como “socialização” foi muito importante na construção do modelo jurídico do Código de Águas, como vimos no artigo anterior.

²³ “De plus, comme concessionnaire d'une taxe publique, il perçoit sur le public un péage. Il ne faut pas s'y tromper, en effet, le prix payé pour un transport en chemin de fer, en tramway etc. représente bien pour partie le prix d'un service rendu, tel que ce prix pourrait être débattu dans des relations purement commerciales, mais pour partie aussi, il représente une taxe publique, parce que, par le fait de la concession, il a été constitué un monopole au profit du concessionnaire.” HAURIOU, Maurice. *Précis Élémentaire de Droit Administratif*. Paris: Sirey, 1925. p. 369.

²⁴ Ao contrário do que poderia parecer à primeira vista, a tarifa não é aspecto contratual, mas regulamentar (ou legal). O concedente pode alterá-la, para mais ou para menos, sempre que o interesse público o exigir; poderá diminuí-la, para garantir acesso mais amplo a usuários de baixo poder aquisitivo; poderá mantê-la, mesmo depois de comprovado agravamento da situação econômica do concessionário por ato

seu. Seu compromisso com o concessionário não é com a manutenção ou variação da tarifa, mas com a permanência do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, do qual a tarifa é um elemento. Veremos isso em detalhes adiante.

²⁵ “Les usagers sont, vis-à-vis des services publics, dans une situation juridique légale et réglementaire, et non pas dans une situation juridique individuelle.” JÉZE, Gaston. *Les Contrats Administratifs*. Paris: Marcel Giard, 1927. t. 2, p. 395.

²⁶ “It has been appreciated that in dealing with a public service company the State is really dealing with a private business concern, however many the obligations may be which it owes to the public.” WYMAN, Bruce. *The Special Law Governing Public Service Corporations*. Washington: Beardbooks, 1911. p. xiv. Notar o uso da expressão “public service”, que possui sentido bem distinto do que se atribuiu à mesma expressão em língua francesa.

²⁷ Assim como se passa com a identificação dos SPICs na França, a qualificação de uma “property vested with a public interest” é submetida a intenso debate. Resumidamente, essa qualificação girava em torno das seguintes características: (i.) existência de monopólio, de fato ou de direito; (ii.) existência de um ato de vontade do proprietário/empresário, de devotar a propriedade privada ao uso do público; (iii.) elevada importância econômica ou social da atividade; (iv.) existência de alguma delegação de poder público, tal como o poder de desapropriar, de valer-se de terrenos públicos etc.

Bruce Wyman oferece uma análise da questão ao mesmo tempo padrão e detalhada. Para ele, o traço distintivo da *public utility* vem resumido no que chama de *public calling*. E o *public calling* é estabelecido a partir de dois elementos: a.) a importância da atividade e b.) a insuficiência da competição para regulá-la.

A preocupação maior do autor concentrava-se no segundo elemento: inadequação da competição para garantir o acesso universal e igualitário, o serviço adequado e a preços razoáveis. Trata-se de situação que, no limite, constitui-se como monopólio, e isto, como já referido, por qualquer motivo, não apenas o econômico típico (monopólio natural). Sempre que o público estiver dependente de um prestador que não se encontra submetido à competição em sua atividade, aí há de se ver espaço para a *regulation* que deverá fazer as vezes de mercado: “The demand is for freer trade where competition prevails and stricter regulation where monopoly is found.” (WYMAN, Bruce. *The Special Law Governing Public Service Corporations*. Washington: Beardbooks, 1911. p. ix.); “And the rule will generally hold true that the more the natural laws of competition regulate service and price, the less the State need interfere in these respects; but conversely when competition ceases to act efficiently State control becomes necessary.” (WYMAN, Bruce. *The Special Law Governing Public Service Corporations*. Washington: Beardbooks, 1911. p. 15).

“The basic justification for rigid public regulation of municipal public service corporations is that they are essentially natural monopolies, and hence subject to no other regulative force.” (KING, Clyde Lyndon. *The Regulation of Municipal Utilities*. Nova Iorque: D. Appleton, 1912. p. 10).

Dentre os corolários dessa concepção que vê no aspecto econômico a maior justificação para a *regulation* está aquele que assevera que a existência de favores legais tais como *exclusive franchise*, *right of eminent domain*, empréstimos públicos etc. não é a causa da natureza diversificada da atividade, mas consequência dessa característica, cfe. WYMAN, Bruce. *The Special Law Governing Public Service Corporations*. Washington: Beardbooks, 1911. p. 68. No mesmo sentido, BAUER, Jonh. *Effective Regulation of Public Utilities*. Nova Iorque: The Macmillan Company, 1925. p. 05: “The correct line of causation is not that the special rights rendered the street railways and other concerns public utilities, but rather that the extraordinary privileges could not be granted to corporations other than public utilities. Consequently, the argument is, wherever the condition of monopoly obtains, a special public interest is created, justifying regulation to provide the protection that is otherwise afforded the public under competition.” WYMAN, Bruce. *The Special Law Governing Public Service Corporations*. Washington: Beardbooks, 1911. p. 49, chega a dizer que “If it is attempted to give eminent domain for businesses essentially private, such as sugar factories, or paper mills, the grant is held unconstitutional.”

Outras opiniões, entretanto, invertem o condicional: se e somente se há favores públicos outorgados pelo Estado, a atividade será considerada própria para a *regulation*. Essa é, por exemplo, a opinião dos Justices Strong e Field, que apresentaram voto dissidente em *Munn vs. Illinois* (e, no mesmo sentido, MUNRO, William Bennet. *Municipal Government and Administration*. Nova Iorque: The Macmillan Company, 1930. p. 398). Para estes Justices, a tese de que bastaria, para caracterizar uma atividade como *vested with a public interest*, um elemento de fato (importância social ou existência do que se poderia chamar tecnicamente de “posição dominante”) deve ser terminantemente rejeitada, pois ela terminaria por colocar toda e qualquer propriedade que possuía alguma projeção externa (vínculo de serviço com o público) à mercê da legislação – o que frustraria as garantias constitucionais da livre fruição da propriedade. Contra a doutrina majoritária, Field sustenta que apenas aquela propriedade que possui algum privilégio outorgado pelo Estado pode sofrer restrições especiais, além do normal poder de polícia: “If this be sound law” – refere-se ele à tese vencedora do Justice Waite no caso em comento – “if there be no protection, either in the principles upon which our republican government is founded, or in the prohibitions of the Constitution against such invasion of private rights, all property and all business in the State are held at the mercy of a majority of its legislature. The public has no greater interest in the use of buildings for the storage of grain than it has in the use of buildings for the residences of families, nor, indeed, any thing like so great an interest; and, according to the doctrine announced the legislature may fix the rent of all tenements used for residences, without reference to the cost of their erection. If the owner does not like the rates prescribed, he may cease renting his houses. He has granted to the public, says the court, an interest in the use of the buildings, and ‘he may withdraw his grant by discontinuing the use; but, so long as he maintains the use, he must submit to the control.’ The public is interested in the manufacture of cotton, woollen, and silken fabrics, in the construction of machinery, in the printing and publication of books and periodicals, and in the making of utensils of every variety, useful and ornamental; indeed, there is hardly an enterprise or business engaging the attention and labor of any considerable portion of the community, in which the public has not an interest in the sense in which that term is used by the court in its opinion; and the doctrine which allows the legislature to interfere with and regulate the charges which the owners of property thus employed shall make for its use, that is, the rates at which all these different kinds of business shall be carried on, has never before been asserted, so far as I am aware, by any judicial tribunal in the United States.” E conclui: “No prerogative or privilege of the crown to establish warehouses was ever asserted at the common law. The business of a warehouseman was, at common law, a private business, and is so in its nature. It has no special privileges connected with it, nor did the law ever extend to it any greater protection than it extended to all other private business. No reason can be assigned to justify legislation interfering with the legitimate profits of that business, that would not equally justify an intermeddling with the business of every man in the community, so soon, at least, as his business became generally useful.” O mesmo argumento é repetido pelo Justice Field em seu voto dissidente nos *Slaughter Cases*.

Em geral, porém, a existência de favores públicos para o empresário era apenas um indício de que a atividade era de natureza especial. A esse respeito convém salientar que o direito norte-americano não distingue um tipo especial de favor do poder público que fosse essencialmente diferente de medidas meramente facilitadoras da atividade, também atribuídas pelo Estado a particulares (fomento). Por essa razão entravam em linha de consideração, indiferentemente, desde simples financiamentos favorecidos, favores fiscais, até a outorga do poder de desapropriação e de exclusividade no uso do solo etc.

Para finalizar esse inventário de opiniões, alguns autores ancoram-se também no abuso de direito para identificar uma atividade como *public utility*. Segundo John Bauer, além de importantes e (tendencialmente) monopolistas, as atividades submetidas à regulação deveriam ser geridas de forma tão contrária aos interesses da comunidade que seria o próprio abuso de direito que teria legitimado a intervenção, por força da opinião pública, cfe. Bauer [1925], pg. 09. Ainda sobre isso, veja-se interessante artigo de Charles Merriam e Harold Lasswell sobre o papel que a opinião pública desempenha na *regulation*: “Current Public Opinion and the Public Service Corporations”, em COOKE, Morris Llewellyn. *Public Utility Regulation*. Nova Iorque: The Ronald Press, 1924. p. 276 e segs. Wyman também reconhece que a classe dos serviços afetados pelo interesse público é mutável e muito sujeita às concepções da opinião pública. (WYMAN, Bruce. *The Special Law Governing Public Service Corporations*. Washington, 1911. p. 18)

²⁸ “Property does become clothed with a public interest when used in a manner to make it of public consequence, and affect the community at large. When, therefore, one devotes his property to a use in which the public has an interest, he, in effect, grants to the public an interest in that use, and must submit to be controlled by the public for the common good, to the extent of the interest he has thus created. He may withdraw his grant by discontinuing the use; but, so long as he maintains the use, he must submit to the control.” *Munn vs. Illinois*, 94 U.S. 113.

²⁹ “The circumstances of its alleged change from the status of a private business and its freedom from regulation into one in which the public have come to have an interest are always a subject of judicial inquiry.” (262 U.S. 522). Da mesma forma, asseverava o Justice Field em seu voto dissidente, em *Munn vs. Illinois*: “The declaration of the Constitution of 1870, that private buildings used for private purposes shall be deemed public institutions, does not make them so.” De parecer diverso é o *Justice Holmes* 273 U.S. 418, 446: “Coming down to the case before us I think, as I intimated in *Adkins v. Children’s Hospital*, 261 U.S. 525, 569, 43 S. Ct. 394, 24 A. L. R. 1238, that the notion that a business is clothed with a public interest and has been devoted to the public use is little more than a fiction intended to beautify what is disagreeable to the sufferers. The truth seems to me to be that, subject to compensation when compensation is due, the Legislature may forbid or restrict any business when it has a sufficient force of public opinion behind it.” Em se tratando de enfrentar as novas situações trazidas pelo desenvolvimento capitalista, mormente no âmbito municipal (os melhoramentos urbanos), procederam a Corte e as legislaturas de modo empírico, casuístico, sem deixar-se levar demasiado por classificações, generalizações ou apriorismos, flexíveis e atentas às exigências da hora: “That is, the rule is fundamental that in any case of public employment the evidence of profession to serve the public and the proof that the business is public in character must both be sufficient to carry conviction. For whether there has been profession enough in the particular instance and whether the business is sufficiently public in its general character is in each instance in analysis a question of fact.” (WYMAN, Bruce. *The Special Law Governing Public Service Corporations*. Washington, 1911. p. 168).

Duas atividades materialmente idênticas poderiam ser, inclusive, classificadas de modo diferente, sem contradição, se uma característica do contexto em que operavam as empresas fosse relevante e estivesse presente em um caso e ausente em outro (WYMAN, Bruce. *The Special Law Governing Public Service Corporations*. Washington, 1911. p. 202 e segs.).

Dado o modo como procediam as Cortes, houve, durante largo período, razoável indeterminação e insegurança. Trévoux, autor francês que fez um apanhado dos julgados da Suprema Corte dos EUA até a década de 30 do século passado (adiante), renuncia a qualquer critério ou conjunto deles, asseverando, em tom pessimista, que a questão era ideológica, determinada com maior ou menor rigor e extensão segundo as inclinações e preferências dos diferentes *justices* que julgam o caso trazido à apreciação.

³⁰ O Justice Taft, em 262 U.S. 522, um desses elencos: “Businesses said to be clothed with a public interest justifying some public regulation may be divided into three classes: (1) Those which are carried on under the authority of a public grant of privileges which either expressly or impliedly imposes the affirmative duty of rendering a public service demanded by any member of the public. Such are the railroads, other common carriers and public utilities. (2) Certain occupations, regarded as exceptional, the public interest attaching to which, recognized from earliest times, has survived the period of arbitrary laws by Parliament or colonial Legislatures for regulating all trades and callings. [...] (3) Businesses which, though not public at their inception, may be fairly said to have risen to be such and have become subject in consequence to some government regulation. They have come to hold such a peculiar relation to the public that this is superimposed upon them. In the language of the cases, the owner by devoting his business to the public use, in effect grants the public an interest in that use and subjects himself to public regulation to the extent of that interest although the property continues to belong to its private owner and to be entitled to protection accordingly.”

³¹ Com efeito, a *common law* produziu normas que conformaram a *regulation* em tempos anteriores ao século XIX. Vem dela, inclusive, os princípios que justificam, em *ultima ratio*, a competência estatal e que podem ser resumidos no *sic utere tuo ut alieno non laedas* e na idéia de que todo aquele que voluntariamente emprega a sua propriedade privada em atividade que interessa ao público, atribui a este mesmo público um interesse especial no manejo e uso dessa propriedade.

A lista das atividades tisanadas com a marca do public interest foi relativamente estável durante os períodos anteriores ao advento da revolução industrial. Wyman delas trata: “The surgeon”, pgs. 06-07; “The tailor”, pgs. 07-08; “The smith”, pgs. 08-09; “The victualer”, pgs. 09-10; “The baker”, pgs. 10-11; “The innkeeper”, pgs. 11-12; “The carrier”, pgs. 12-13; “The ferryman”, pgs. 13; “The wharfinger” pgs. 13-14. Os novos tempos teriam trazido, ainda segundo Wyman, novas classes de atividades sujeitas à regulação, em particular aquelas relacionadas com o transporte. São elas: “Highways”, pgs. 19-20; “Toll bridges”, pgs. 20; “Turnpikes”, pgs. 20-21; “Canals”, pgs. 21; “Railways”, pgs. 21-22.

³² “When one becomes a member of society, he necessarily parts with some rights or privileges which, as an individual not affected by his relations to others, he might retain. (...) This does not confer power upon the whole people to control rights which are purely and exclusively private (...); but it does authorize the establishment of laws requiring each citizen to so conduct himself, and so use his own property, as not unnecessarily to injure another. This is the very essence of government, and has found expression in the maxim *sic utere tuo ut alienum non laedas*.

From this source come the police powers, which, as was said by Mr. Chief Justice Taney in the License Cases, 5 How. 583, 'are nothing more or less than the powers of government inherent in every sovereignty, [...] that is to say, the power to govern men and things.' Under these powers the government regulates the conduct of its citizens one towards another, and the manner in which each shall use his own property, when such regulation becomes necessary for the public good. In their exercise it has been customary in England from time immemorial, and in this country from its first colonization, to regulate ferries, common carriers, hackmen, bakers, millers, wharfingers, innkeepers, &c., and in so doing to fix a maximum of charge to be made for services rendered, accommodations furnished, and articles sold. *Munn vs. Illinois*, 94 U.S. 113.7"

Havia quem considerasse as coisas de modo mais radical: "The regulation of public utilities, however, is of a different sort altogether" (em relação ao poder de polícia). "It embraces the right to control the very organization and conduct of the enterprise. It is concerned not only with safety and welfare, but with the rates charged the public and the returns or profits realized by the business, as well as with the products or services furnished." (BAUER, Jonh. *Effective Regulation of Public Utilities*. Nova Iorque: The Macmillan Company, 1925. p. 02).

"All businesses both public and private are subject, to be sure, to that general police power of the State whereby in any civilized society the effort is made to so order things that one may not use his own so as to injure another. But the comparison of the large amount of regulation which it is considered proper for the State to impose in regard to public services with the small amount of regulation which it is considered proper for the State to enforce in regard to private business is in itself significant enough. The difference which is shown is more than one in degree, it becomes one in kind. It is only in public business that the law imposes affirmative duties; generally speaking the duties imposed upon those in private business are negative. The law says to those in public business you must do this for this applicant and you must do it thus. To those in private business it says you must not do this, or if you do this you must do it thus. This is the chief distinction between public calling and private calling." (WYMAN, Bruce. *The Special Law Governing Public Service Corporations*. Washington: Beardbooks, 1911. p. xi)

³³ "The right to regulate public utilities in the interests of the common weal is as old as the common law itself. The one principle that is essential to the most primitive of community life is that no one individual shall use his own as to bring injury and decadence to the many. The second principle, more ancient than the English common law, the basic principle in that law, indeed, is that he who devotes his private property to a public use thereby clothes it with a public interest. That public interest, in the eyes of the law, has ever justified public regulation." WYMAN, Bruce. *The Special Law Governing Public Service Corporations*. Washington: Beardbooks, 1911. p. 284

³⁴ A regulação pela agência é o ponto de chegada de um não linear percurso histórico. Firmou-se por sobre a simples regulação legal (i.e., controle da atividade pelo legislador) e judiciária (atribuição aos tribunais do poder de decidir sobre questões atinentes desde à economia do serviço, até padrões de qualidade) e foi tendo suas competências fiscalizatórias, judicantes e normativas estabelecidas ao longo do tempo, normalmente em um processo dialético no qual contrapunham-se o legislador – normalmente muito pródigo em conferir competências à agência – e o judiciário – provocado pelas empresas, para coartar o que julgavam inconstitucionalidades por excesso de poder na ação das agências.

³⁵ Indubitavelmente, as agências foram a forma mais exitosa e duradoura de regulação das public utilities e são elas que dão uma feição tão característica ao direito público norte-americano.

A primeira comissão foi criada em Rhode Island, em 1839. FRIEDMAN, tem uma opinião não muito lisonjeira das primeiras comissões pois seriam fáceis instrumentos nas mãos dos empresários que deveriam regular. O panorama somente teria começado a mudar com a instituição da comissão de Massachusetts: "A new era began in 1869. In that year, Massachusetts established its own, and stronger commission. [...] The commission had 'general supervision of all railroads', with the right to examine them and keep abreast of the obedience to law. Whenever the commissioners felt that a company was derelict in this regard, or needed to make repairs, or if the commission felt that a 'change in its rate of fares for transporting freight or passengers' or in its 'mode of operating its road and conducting its business' was 'reasonable and expedient', the commissioners were to so inform the company. They were also to make annual reports to the legislature. [...] But they were still able only to suggest and persuade; they had no power to fix rates or make major changes in their own." (FRIEDMAN, Lawrence. *History of American Law*, Nova Iorque: Touchstone Book, 1985. p 447, 450).

Houve comissões municipais, estaduais e federais; conviveram com as franchises, com leis que lhes deram maior ou menor autonomia e poder; passaram por fases diversas de relacionamento com o Poder Judiciário que, ora mais cauteloso, evitava invadir-lhes a esfera de competência (qualquer que ela fosse), ora, mais restritivo, impunha-lhes relativamente detalhados padrões de conduta.

Costumava-se classificar as agências tomando-se por critério a competência que possuíam, dada-lhes pela lei que as criava: "Utility commissions, being created by legislative enactment, have only such powers as the legislative body may care to confer upon them. Two methods of creating utility commissions have been used. In one the legislative body grants only limited and enumerated powers; in the other, the legislative body vests the commission with full and complete power. In accordance with whether the first of the second of these methods are used, utility commissions are either advisory or regulative." (KING, Clyde Lyndon. *The Regulation of Municipal Utilities*. Nova Iorque: D. Appleton, 1912. p. 200).

As comissões suscitaram, por sua própria natureza, fundamentalmente, duas ordens de questões constitucionais: (i.) possibilidade de exercício de poder normativo delegado pelo Parlamento (poder este que produz norma com o mesmo status da norma delegante) e (ii.) a possibilidade e intensidade de exame judiciário de seus atos. Quanto à delegação, a resistência encontra-se ancorada no princípio delegata potestas non potest delegari e na teoria da separação de poderes. O fato, porém, é que essa máxima nunca foi observada com rigor, e a Suprema Corte desenvolveu, ao longo do tempo, várias teorias para admitir, em maior ou menor grau, o exercício de poder normativo.

Nos primeiros casos modernos, a Corte limitou-se a afirmações genéricas que pouco ou nada indicavam acerca dos princípios que deveriam guiar a delegação normativa. Assim em *Field vs. Clark* 143 U.S. 649 (1892), dizia-se que o Executivo (e, por analogia, as comissões) poderia receber poderes para "ascertain and declare the event upon which [the legislative] will was to take effect" (143 U.S. 649), ou, como em *U.S. vs. Grimauld* (220 U.S. 506, 1911), que o legislativo poderia delegar o poder de "to fill up the details", ou que "The Congress may not delegate its purely legislative power to a commission, but, having laid down the general rules of action under which a commission shall proceed, it may require of that commission the application of such rules to particular situations and the investigation of facts, with a view to making orders in a particular matter within the rules laid down by the Congress." (224 U.S. 214). Ou ainda, em termos mais latos: "In determining what it may do in seeking assistance from another branch, the extent and character of that assistance must be fixed according to common sense and the inherent necessities of the governmental co-ordination." (276 U.S. 394, 406)

Para a doutrina em uníssono, essas fórmulas vagas não escondiam a realidade: a agência não estava apenas realizando a atividade de “find facts” ou “filling out the details”. Exercia, em substancial medida, atividade normativa. Gradualmente o foco da análise do Judiciário voltou-se da admissibilidade, em geral, da delegação (admitida), para a suficiência dos padrões procedimentais ou materiais (procedural or material standards) estabelecidos pelo Legislativo para o exercício do poder normativo delegado. O primeiro caso nesse sentido foi *Buttfield vs. Stranahan*, 192 U.S. 470.

Tratou-se de saber, então, o que se haveria de entender por sufficient standards. Depois de um período de maior restrição e controle sobre tais exigências, a Corte passou a uma postura liberal mas de modo algum deixou resolvida a questão. É digno de nota que em vários casos a Corte considerou standards expressões absolutamente vagas tais como “just and reasonable” (280 U.S. 420, 1930); “public interest” (287 U.S. 12, 1932); “public convenience, interest or necessity” (289 U.S. 266, 1933); “unfair methods of competition” (253 U.S. 421, 1920) etc. Em outros, até, “compensou” a ausência de material standards com a existência de procedural standards, admitindo a delegação sempre que a norma a ser produzida pela agência fosse cercada de cuidados procedimentais, dentre eles, a publicidade e a participação dos interessados.

O certo é que muito raramente a Suprema Corte bloqueou iniciativas legislativas que forneciam às agências amplos poderes normativos.

³⁶ ROLLAND, Louis. *Précis de Droit Administratif*. 9. ed. Paris: Dalloz, 1947.

³⁷ Our courts now hold that all corporations, firms and individuals engaged in municipal utilities are charged with the following legal duties: (i.) to perform all reasonable duties prescribed by the statutes; (ii.) to perform the following common law duties: a.) serve all who apply; b.) provide safe and adequate facilities; c.) charge just and reasonable rates; d.) make no discriminations. KING, Clyde Lyndon. *The Regulation of Municipal Utilities*. Nova Iorque: D. Appleton, 1912. p. 10

The duty placed upon every one exercising a public calling is primarily a duty to serve every man who is a member of his public. Implicit in this primary duty, necessarily involved in its full performance are various requirements. Not only must all be served, they must have adequate service; not only must they not be charged extortionate rates, but there must be no discrimination practiced. In such an elaborate statement there is no more than the plain recital of the present recognition of different aspects of public duty. WYMAN, Bruce. *The Special Law Governing Public Service Corporations*. Washington: Beardbooks, 1911. p. 284

³⁸ Tiveram as cortes, em especial a Suprema Corte, papel fundamental na conformação desse poder de intervenção do Estado no domínio econômico. Por suas próprias características, o Judiciário atuou sempre por sobre disputas provocadas pelo choque entre algum esforço normativo (limitador, por excelência) e uma resistência privada.

Com efeito, foram as cortes que indicaram, através da *judicial review*, os limites dessa competência (nem sempre nítidos, é certo) e encorajaram ou desestimularam avanços do Legislador e das agências. Atuaram nos mais variados quadrantes, desde o controle de preços das utilidades e análise das exigências feitas pelo poder público quanto à qualidade dos serviços regulados, até intrincadas intersecções de competências no âmbito do estado federal. Avulta aqui a contribuição que as disputas sobre a constitucionalidade de dispositivos interventores deram para a construção do conteúdo do *Fourteenth Amendment*, em particular, a tutela da propriedade privada e a liberdade de contrato.

Uma opinião difundida acerca do papel das cortes é aquela apresentada por Bauer. Para esse autor, o Judiciário teria, tanto em face do Legislativo ou da *commission* (se fosse o caso de delegação), uma função meramente negativa, limitadora, quando avultasse, de forma cabal e clara, violação aos princípios constitucionais de tutela dos direitos individuais. Ao Judiciário só caberia rejeitar a *regulation* caso se apresentasse, fora de qualquer dúvida, confisco da propriedade ou supressão do devido processo legal. Não poderia adentrar em outras questões, como, por exemplo, a correção da escolha metodológica feita pelo poder competente, do caráter de *public utility* da atividade, da razoabilidade da tarifa ou a qualidade da atividade. Não poderia sequer, no âmbito que lhe estaria atribuído, enveredar por análises “obscuras” ou “demasiado sutis”. (BAUER, John. *Effective Regulation of Public Utilities*. Nova Iorque: The Macmillan Company, 1925. p. 51).

³⁹ “A franchise is the contract by virtue of which private individuals and corporations exercise their right to use the city’s streets in distributing to consumers given services and commodities. [...] In the early days of public utility development a franchise was a short and simple document; it frequently gave the right to operate without restrictions. [...] Standard of service did not exist, rate-making as a science was unknown.” KING, Clyde Lyndon. *The Regulation of Municipal Utilities*. Nova Iorque: D. Appleton, 1912. p. 75-76.

Disso era bem ciente nossa doutrina especializada: “Nos Estados Unidos da América, dispensou-se a ‘regulação contratual’ porque naquele país não é o ‘serviço’ que se faz objeto da concessão. Não é sequer a sua ‘exploração’. O objeto da concessão (*franchise*) é ali o gozo de certas prerrogativas inerentes ao poder público, especialmentes de ocupação permanente da via pública e de desapropriação (...).” BRAGA, Odilon, *Serviços Públicos Concedidos*, cit., RDA 7, p. 45.

⁴⁰ Essa visão contratualista ortodoxa teve muita difusão no Brasil, especialmente pela influência de Lafayette, Rui Barbosa e Carvalho de Mendonça, como veremos em próximo estudo.

⁴¹ Questão semelhante já fora apreciada no *affaire Compagnie Nouvelle du Gaz de Deville-lès-Rouen*, CE 10.01.1902, mas sem a clareza e o alcance desse julgado posterior.

⁴² Nesse princípio fazia-se uma distinção que depois desapareceu ou perdeu importância, entre “cláusulas de serviço” estabelecidas no *cahier des charges*, e as “cláusulas econômicas”. Dizia-se que essas últimas não poderiam ser alteradas. Logo em seguida, diante da impossibilidade ou dificuldade de se distinguir entre essas duas espécies de disposições, a imutabilidade passou a repousar não em uma cláusula determinada mas, exatamente, na equação econômico-financeira, ou seja, o resultado de equilíbrio entre a expressão econômica de várias e diferentes cláusulas.

⁴³ “El concesionario de servicio público se halla en múltiples situaciones jurídicas. Ante todo, se compromete a hacer funcionar determinado servicio público no solamente en las condiciones previstas en el pliego de condiciones, sino también en las condiciones que prescribirá la Administración, en nombre del interés general. El contenido de su obligación de hacer, en lo relativo al funcionamiento del servicio público, no se determina, pues, contractualmente, sino que se establece legal y reglamentariamente. Desde este punto de vista, el concesionario se halla en situación jurídica general e impersonal, legal y reglamentaria, asemejándose a un agente público propiamente dicho.” JÈZE, Gaston. *Les*

Contrats Administratifs. Paris: Marcel Giard, 1927. t. 4, p. 336. Em outra obra: “Le plus souvent, le cahier des charges de la concession contient des dispositions relatives au pouvoir de contrôle de l’administration sur le concessionnaire. On serait donc tenté de voir dans ces clauses la base juridique de ce pouvoir de contrôle. Il n’en est rien. Ces clauses organisent le fonctionnement du contrôle. Elles ne confèrent pas à l’administration un pouvoir qui, sans ces clauses, n’existerait pas. Le pouvoir de contrôle existe par cela seul qu’il y a service public. C’est donc la nature juridique du service public qui est le fondement juridique du pouvoir de contrôle.” JÈZE, Gaston. *Les Contrats Administratifs*. Paris: Marcel Giard, 1927. t. 2, p. 366.

⁴⁴ Ainda do mesmo julgado, extra-se: “Il est évident que les besoins auxquels un service public de cette nature doit satisfaire et, par suite, les nécessités de son exploitation, n’ont pas un caractère invariable (...) L’État ne peut pas se désintéresser du service public du transport une fois concédé (...) Il interviendra donc nécessairement pour imposer, le cas échéant, au concessionnaire, une prestation supérieure à celle qui était prévue strictement (...) en usant non plus des pouvoirs que lui confère la convention, mais du pouvoir qui lui appartient en tant que puissance publique”. Les modifications ne peuvent porter que sur les conditions du service : les clauses financières ne sauraient être touchées. En outre, ce pouvoir de modification unilatérale, dans l’intérêt du service, comporte une contrepartie pour le concessionnaire, qui prend la forme d’une indemnité si les obligations nouvelles excèdent les prévisions initiales du contrat, de façon à en rétablir l’équilibre financier initial.”

⁴⁵ O que segue tem por base, dentre outros julgados, *Conseil d’État 28 décembre 1924 Tanti*; *Conseil d’État Compagnie Marseillaise de Navigation à Vapeur Fraissinet*, 1934; *Conseil d’État 4 mai 1949 Ville de Toulon*; *Conseil d’État 28 avril 1939 Cie des Chemins de Fer de l’Ouest*; *Conseil d’État 10 février 1943 Aurran*; *Conseil d’État 26 janvier 1938 Barre*.

⁴⁶ *Conseil d’État 28 décembre 1924 Tanti*: Recueil Lebon p. 940.

⁴⁷ Essa é uma das circunstâncias que está na origem da decadência da técnica da concessão como meio de assegurar um serviço público. Paulatinamente, o Estado, de puro concedente, passou a “associado” do concessionário privado, e, no final, acabou por publicar o próprio ente realizador do serviço, dando origem às empresas públicas e sociedades de economia mista. Veja-se JÈZE, Gaston. *Les Contrats Administratifs*. Paris: Marcel Giard, 1927. t. 3, p. 171 e segs.

⁴⁸ Lembre-se do trecho de autoria do jurista, quando da apresentação do projeto de Código de Águas: “Sem querer, como organizador do Projeto, chegar imediatamente à completa socialização da indústria hidro-elétrica, estabeleci o sistema da concessão como caminho para a socialização [...] i.e., concessão pelo prazo máximo de 30 anos, com reversão das instalações para o concedente [...] sem indenização; e podendo em certos casos a União, Estado ou município explorá-la diretamente ou em cooperação com as empresas. No regular essa concessão, convenci-me cada vez mais de que era indispensável adotar no projeto, em tudo que com a mesma fosse compatível, aquele controle que se exerce nos Estados Unidos sobre as empresas hidro-elétricas e de que em parte eu já havia dado notícia no meu trabalho “Direito das Águas”, ao referir-me à Federal Power Commission. Isto é, controle pela Comissão Administrativa com função imperativa. Era mister, para aquele fim, que eu aprofundasse ainda mais os meus estudos sobre o assunto quase por completo desconhecido em nosso país, pondo-me a par, como procurei fazer, da vastíssima, opulenta e brilhante literatura dos Estados Unidos a respeito (...). E isto era mister não somente quanto às normas da regulação específica das empresas hidroelétricas, senão ainda quanto às normas da regulamentação das empresas de utilidade pública em geral, às quais deviam obedecer aquelas mesmas empresas.” VALLADÃO, Alfredo. *Regime Jurídico das Águas e da Indústria Elétrica*. São Paulo, [s.ed.], 1941. p. 25.

⁴⁹ A municipalização não era vista com bons olhos e, quando existente, era considerada como não mais que uma estratégia regulatória, e não como uma ideologia ou *modus operandi* do Estado: “Two ways can be found to exercise such control. One way, that advocate by the most radical statesmen, is the government ownership and operation of these services. The other way, which is in fact the conservative method of dealing with the problem, is the control of the rates and practices of the utilities for public good.” MUNRO, William Bennet. *Municipal Government and Administration*. Nova Iorque: The Macmillan Company, 1930. p. 397.

“The issue” – propriedade pública ou privada – “is merely one of deciding what is most expedient to do under certain circumstances, not what is best to do under all circumstances. In every large community there are certain public needs which must be met and there are alternative ways of meeting them. Which of these alternatives is likely to prove the better depends upon the existing conditions in each particular case.” WYMAN, Bruce. *The Special Law Governing Public Service Corporations*. Washington: Beardbooks, 1911. pg. ix.

“We have come to the conclusion that municipal ownership of public utilities should not be extended to revenue-producing industries which do not involve the public health, the public safety, public transportation or the permanent occupation of public streets or grounds, and that municipal operation should not be undertaken solely for profit.” KING, Clyde Lyndon. *The Regulation of Municipal Utilities*. Nova Iorque: D. Appleton, 1912. p. 97.

⁵⁰ 169 U.S. 466, 546-547

⁵¹ A questão envolve a constitucionalidade, à luz do *Fourteenth Amendment*, da lei estadual de 1893 que tinha por objetivo “regular as ferrovias, classificar as cargas e fixar tarifas máximas razoáveis (*reasonable maximum rates*) a serem cobradas pelo transporte das cargas”.

A análise da corte é estruturada a partir das seguintes questões: se é possível ao Legislativo estadual fixar o valor a ser cobrado pelo empresário dos usuários; se o Judiciário tem competência para aferir a constitucionalidade dessa legislação, ou seja, analisar as tarifas e, por fim, quais os princípios a serem observados em tal controle, tendo em vista.

A corte, com o voto condutor do *Justice Harlan* respondeu afirmativamente às duas primeiras questões: um Estado da Federação pode regular as tarifas de um trajeto que se contenha todo dentro de seu território. Se, porém, tais tarifas forem tão baixas a ponto de provocar confisco ou tiverem sido elaboradas sem o devido processo legal, a lei é passível de exame e reprovação pelo Judiciário. Além disso, o voto condutor fixou alguns princípios cuja observância considerava necessária para o correto estabelecimento de tarifas, dentre os quais: (a.) o Estado não pode exigir que a companhia transporte de graça; (b.) o Estado não pode criar, com as tarifas que fixou, uma situação equivalente àquela que “in law amounts to the taking of private property for public use without just compensation or without due process of law.” Situação assim seria a fixação de tarifas sumamente baixas, que não permitissem remunerar adequadamente o proprietário (privando-o de um dos poderes inerentes ao domínio, qual seja, o de empregá-lo produtivamente); (c.) o Estado não pode tratar diferentemente companhias em situação

análoga (regular uma e não regular outra *public utility*, p. ex.). Essa decisão foi contrastada de modo decisivo em 1944, em *Federal Power Commission v. Hope Natural Gas Co.*, 320 U.S. 591.

⁵² WYMAN, Bruce. *The Special Law Governing Public Service Corporations*. Washington: Beardbooks, 1911. p. xv.

⁵³ Essa ideia foi depois repetida em vários julgados. Em 134 U.S. 418, 458, foi dito que: "If the company is deprived of the power of charging reasonable rates for the use of its property, and such deprivation takes place in the absence of an investigation by judicial machinery, it is deprived of the lawful use of its property, and thus, in substance and effect, of the property itself, without due process of law, and in violation of the constitution of the United States; and, in so far as it is thus deprived, while other persons are permitted to receive reasonable profits upon their invested capital, the company is deprived of the equal protection of the laws."

Em 154 U.S. 362, 399 encontramos um apanhado de diversas opiniões da Suprema Corte: "While it is not the province of the courts to enter upon the merely administrative duty of framing a tariff of rates for carriage, it is within the scope of judicial power, and a part of judicial duty, to restrain anything which, in the form of a regulation of rates, operates to deny to the owners of property invested in the business of transportation that equal protection which is the constitutional right of all owners of other property. There is nothing new or strange in this. It has always been a part of the judicial function to determine whether the act of one party (whether that party be a single individual, an organized body, or the public as a whole) operates to divest the other party of any rights of person or property. In *Railway Co. v. Gill*, 156 U.S. 649, 657, 15 Sup. Ct. 484 it was said that 'there is a remedy in the courts for relief against legislation establishing a tariff of rates which is so unreasonable as to practically destroy the value of property of companies engaged in the carrying business, and that especially may the courts of the United States treat such a question as a judicial one, and hold such acts of legislation to be in conflict with the constitution of the United States, as depriving the companies of their property without due process of law, and as depriving them of the equal protection of the laws.' In *Road Co. v. Sandford*, 164 U.S. 578, 584, 594 S., 595, 597, 17 Sup. Ct. 198, which involved the validity of a state enactment prescribing rates of toll on a turnpike road, the court said: 'A statute which, by its necessary operation, compels a turnpike company, when charging only such tolls as are just to the public, to submit to such further reduction of rates as will prevent it from keeping its road in proper repair, and from earning any dividends whatever for stockholders, is as obnoxious to the constitution of the United States'."

⁵⁴ Comentando *Smith vs. Ames*, afirma Bauer: "As to principle, there has been only the statement that the investors are entitled to a 'fair return on the fair value' of the property. What constitutes fair return or fair value has never been defined." BAUER, Jonh. *Effective Regulation of Public Utilities*. Nova Iorque: The Macmillan Company, 1925. p. 43.

Outro exemplo de asserção genérica é a seguinte: "From the investor or company point of view it is important that there be enough revenue not only for operating expenses but also for the capital costs of the business. These include service on the debt and dividends on the stock (...). By that standard the return to the equity owner should be commensurate with returns on investments in other enterprises having corresponding risks. That return, moreover, should be sufficient to assure confidence in the financial integrity of the enterprise, so as to maintain its credit and to attract capital."

⁵⁵ A postura da Suprema Corte, quanto à extensão de seu controle, foi cheia de ambiguidades e oscilações que se refletiram sobremaneira no direito brasileiro. De início, praticou o *self restraint* e apenas timidamente aceitou debruçar-se sobre a atividade do Legislativo ou das *commissions*. Exemplos dessa atitude são os votos dissidentes de Bradley, Gray e Lammar em 134 U.S. 418. Quando o Legislativo define qual é a tarifa e determina que tal tarifa é razoável, não haveria exame judicial possível quanto a isto. Ainda nessa linha, a Corte lançou mão da tese segundo a qual somente a inconstitucionalidade manifesta ou "claríssima" é pronunciada, o que, em âmbito tarifário significa que somente será anulada a lei (ou ato da *commission*) que estipular uma tarifa "evidentemente confiscatória". Foi praticada em 212 U.S. 1 e contou, como visto, com a adesão de Bauer, para o qual somente ensejam *judicial review* os casos claros de confisco e de gritante falta de *due process*. Exemplo dessa postura está no seguinte julgado, ilustrado pelo voto condutor: "The rates must be plainly unreasonable to the extent that their enforcement would be equivalent to the taking of property for public use without such compensation as, under the circumstances, it just both to the owner and the public. (...). The case must be a clear one before the courts ought to be asked to interfere with state legislation upon the subject of rates, especially before there has been any actual experience of the practical result of such rates. (...). Of course, there may be cases where the rate is so low, upon any reasonable basis of valuation, that there can be no just doubt as to its confiscatory nature; and, in that event, there should be no hesitation in so deciding and in enjoining its enforcement without waiting for the damage which must inevitably accompany the operation of the business under the objectionable rate. But, where the rate complained of shows, in any event, a very narrow line of division between possible confiscation and proper regulation, as based upon the value of the property found by the court below, and the division depends upon opinions as to value, which differ considerably among the witnesses, and also upon the results in the future of operating under the rate objected to, so that the material fact of value is left in much doubt, a court of equity ought not to interfere by injunction before a fair trial has been made of continuing the business under that rate, and thus eliminating, as far as is possible, the doubt arising from opinions as opposed to facts."

Em outros casos, como em 280 U.S. 234, a Corte foi além e aceitou discutir o caráter confiscatório da tarifa em base à sua "razoabilidade", invalidando, inclusive, metodologias que, segundo ela, seriam inadequadas, independentemente do resultado a que levassem. Essa, porém, não foi, afinal, a postura da Suprema Corte.

O *due process* também não faltou: "If the company is deprived of the power of charging reasonable rates for the use of its property, and such deprivation takes place in the absence of an investigation by judicial machinery, it is deprived of the lawful use of its property, and thus, in substance and effect, of the property itself, without due process of law, and in violation of the constitution of the United States; and, in so far as it is thus deprived, while other persons are permitted to receive reasonable profits upon their invested capital, the company is deprived of the equal protection of the laws." 134 U.S. 418, 458.

⁵⁶ Devo esse insight a Iteberê Rodrigues, que, com sua fina sensibilidade e domínio dos conceitos do direito administrativo, brasileiro e não só, chamou a atenção para a essencial vinculação da *service cost* com as premissas da *regulation of public utilities* e sua incompatibilidade, ao menos *prima facie*, com a ideia de equilíbrio econômico-financeiro do contrato (e sua compatibilidade com a ideia de um equilíbrio *da empresa* ou do *negócio*).

⁵⁷ E aqui, diferentemente do direito francês, os remédios são sempre voltados a variações dos preços e não permitem cogitações acerca de aportes de auxílio ou indenizações compensatórias de um (inexistente) contratante.

⁵⁸ O custo era tomado de forma ampla (incluindo a depreciação e certos valores imateriais, como o valor da *franchise* e da empresa, *working capital e going value*).

Quanto à *franchise*, era considerada uma *property* do empresário, na medida em que dotada de valor econômico (148 U.S. 312), e, portanto, impunha-se a sua consideração para fins de cálculo da tarifa, sobretudo quando onerosa. Em 218 U.S. 180, o voto do *Justice Lurton* determinou a inclusão de substancial quantia a título de valor da *franchise*, para que não ficasse a avaliação do investimento remunerável limitada a meros elementos físicos. Não se poderia, segundo *Lurton* “limit the value to the bare bones of the plant, its physical properties, such as its lands, its machinery, its water pipes or settling reservatoires, nor to what it would take to reproduce each of its physical features. The value in equity and justice must include whatever is contributed by the fact of the connection of the items making a complete and operating plant. The difference between a dead plant and a live one is a real value (...)” 218 U.S. 180, 183.

De modo mais geral, a não limitação da avaliação aos *bare bones* da planta constituía o que a doutrina norte-americana denominava de *going value* ou *going concern*: “The decisions of the courts have also compelled the commissions to take into consideration in valuing the property of utilities not merely the value of the separate items of physical property, but also the value of the physical property linked together and operation as a going concern, that is, a plant in operation. They should be included and usually are included in any proper set-up of either original cost or reproduction cost.” COOKE, Morris Llewellyn. *Public Utility Regulation*. Nova lorque: The Ronald Press, 1924. p. 60; Consulte-se também KING, Clyde Lyndon. *The Regulation of Municipal Utilities*. Nova lorque: D. Appleton, 1912. p. 302 e segs., para a distinção entre *going value* e *going concern*.

O *going concern* não se confunde, por outro lado, com o *good will*.

Os métodos para a obtenção da primeira grandeza são indicados por Bauer: a.) comparação da diferença entre o custo de reprodução dos ativos da companhia, sem e com um mercado estabelecido; b.) estimativa do que um eventual comprador pagaria pela empresa sem e com mercado ou c.) consideração da história financeira da companhia e os custos específicos em que incorreu para obter seu mercado. BAUER, Jonh. *Effective Regulation of Public Utilities*. Nova lorque: The Macmillan Company, 1925. p. 215 e segs.

O *good will*, por sua vez, “represents the value of a business in excess of the monetary investment, due to the profitableness of the enterprise. It represents the fair market of the selling value of the business as a whole, due to the existing costumers, the various commercial connections, superior management, advantage of location etc. which together have produced a capital value in excess of the investment.” BAUER, Jonh. *Effective Regulation of Public Utilities*. Nova lorque: The Macmillan Company, 1925. p. 207-208. Ele seria o aumento do valor da propriedade devido a um desempenho superior da empresa (capitalização do poder adicional de ganho).

⁵⁹ No cálculo do item de custo “depreciação” deve-se fazer com que o investidor tenha garantida a reposição da propriedade empregada no serviço que se desgasta física e tecnologicamente durante o ano de operação. Essas perdas de valor da propriedade cobertas pela depreciação, por outro lado, têm por efeito diminuir a base do investimento a ser remunerado. Em termos contábeis, isso se traduz na transferência periódica de valores, da conta “ativo imobilizado em serviço” para a rubrica “despesas operacionais”, de tal sorte que o custo total de um equipamento deve ser alocado, gradualmente e durante sua vida útil: “ (...) the accounts will show the amount of the net investment that has been maintained in the properties for the public service. As stated above, the property accounts will show the original cost of all the properties used in the public service, while the depreciation reserve will show the amount of such cost that has been charged off to past operation. The difference represents the net investment in properties applicable to future operation.” BAUER, Jonh. *Effective Regulation of Public Utilities*. Nova lorque: The Macmillan Company, 1925. p. 147-148. v. tb. pgs. 187-188, para maiores esclarecimentos sobre o uso desse fundo de depreciação. O maior problema relativo à depreciação está em se estimar a chamada vida útil do equipamento, i.e., o período dentro do qual deve estar concluída a transferência de valores entre as duas contas. A vida econômica da propriedade não é determinada apenas em função da durabilidade física do equipamento. Trata-se, também, de considerar outros itens, tais como obsolescência, inadequação superveniente e o que Bauer qualifica como “shift in demand” (BAUER, Jonh. *Effective Regulation of Public Utilities*. Nova lorque: The Macmillan Company, 1925. p. 140-141). No que respeita à forma de calcular a depreciação, enfrentam-se os defensores do custo histórico e aqueles que propugnam o custo de reposição.

⁶⁰ “All legitimate expenses of the operating company must obviously be provided out of the revenue obtained from the rates, and the rates should raise only enough revenue to meet these expenses, provided the word ‘expenses’ is used comprehensively so as to include return on the investment. The expenses may be grouped as administrative (general), operating, current repairs, renewals (depreciation etc.), taxes and return on the investment. The last item is sometimes referred to as ‘interest’ and sometimes as ‘interest and profit’. In the latter phrasing I presume that the interest referred to must be taken at current rates for secured investments, and that any additional return required to support the solvency of projects referred to in the third and fourth of the above mentioned general principles, may be called the ‘profit’. A reasonable standing surplus is needed as a reservoir to maintain a parity of conditions from year to year, and if this has been drawn down it must be replenished as earnings warrants.” KING, Clyde Lyndon. *The Regulation of Municipal Utilities*. Nova lorque: D. Appleton, 1912. p. 231.

⁶¹ “We must also consider that the expenses have to be reasonable and actually incurred in behalf of the public service. If there has been extravagance or mismanagement, the excessive cost cannot be charged to the consumers, but rest upon the companies responsible for efficient operation. Moreover, there may be expenses incurred which have nothing to do with the public service and should not be included in cost.” BAUER, Jonh. *Effective Regulation of Public Utilities*. Nova lorque: The Macmillan Company, 1925. p. 41.

⁶² “Qu’est-ce qui constitue en effet une juste rémunération ? L’introduction par les Commissions et Tribunaux des mots: juste, raisonnable, équitable, normal, retire à la conception rémunération du capital son sens strictement économique, et aboutit à lui substituer une signification légale et éthique, analogue à la conception des Pères de l’Eglise, comme nous avons déjà remarqué pour la valeur.” TRÉVOUX, François. *Le Développement et la Réglementation de l’Industrie Électrique aux Etats-Unis*. Paris: Marcel Giard, 1933. p. 298.

⁶³ Quanto ao primeiro passo (determinação da “propriedade”) a ser remunerada, a questão era: não definindo a cláusula do Fourteenth Amendment o termo “property”, cumpria saber, no caso específico das empresas elétricas (e das *public utilities* em geral), se tal seria o investimento efetivamente feito pelos empresários ou se o valor dos ativos com ele (investimento) adquiridos. O decurso do tempo punha distância entre uma coisa e outra e dava margem a interpretações divergentes, representadas na doutrina do custo histórico, no primeiro caso e no custo de reprodução, no segundo, desconsiderando-se casos discrepantes. A Suprema Corte pareceu, no período, pender para a adoção do custo de reprodução (prudentemente entendido), mais em consonância com a idéia de que a propriedade afetada ao serviço é privada. O voto seguinte ilustra o ponto e reitera o compromisso da *regulation* com pressupostos típicos do direito privado: “The property is held in private ownership, and it is that property, and not the original cost of it, of which the owner may not be deprived without due process of law. But still it is property employed in a public calling, subject to governmental regulation, and while, under the guise of such regulation, it may not be confiscated, it is equally true that there is attached to its use the condition that charges to the public shall not be unreasonable (...).” 230 U.S. 352, 454

“Rates which are not sufficient to yield a reasonable return on the value of the property used at the time it is being used to render the service are unjust, unreasonable and confiscatory, and their enforcement deprives the public utility company of its property in violation of the Fourteenth Amendment. ‘What the company is entitled to ask is a fair return upon the value of that which it employs for the public convenience.’ *Smyth v. Ames* (1898) 169 U.S. 467, 547, 18 S. Sup. Ct. 418, 434 (42 L. Ed. 819). And we concur with the court below in holding that the value of the property is to be determined as of the time when the inquiry is made regarding the rates.” 262 U.S. 679.

⁶⁴ Qualquer que fosse o método, a Corte tinha o cuidado de não permitir uma “inflação” da propriedade empregada no serviço (*over investment*): “The term ‘prudent investment’ is not used in a critical sense. There should not be excluded, from the finding of the base, investments which, under ordinary circumstances, would be deemed reasonable. The term is applied for the purpose of excluding what might be found to be dishonest or obviously wasteful or imprudent expenditures. Every investment may be assumed to have been made in the exercise of reasonable judgment, unless the contrary is shown.” (262 U.S. 276, 289).

⁶⁵ A taxa de remuneração é o último passo a ser dado e consiste, como já referido, em encontrar-se um percentual que incidirá sobre a base determinada. Novamente aqui reproduz-se a polêmica, havendo aqueles que advogam uma taxa de retorno pelo custo histórico e outros que sustentam a fixação dela considerando as exigências do mercado no momento em que é feita a análise tarifária. O tratamento que a Suprema Corte dá à questão não foge à regra: caráter empírico da fixação e emprego de termos vagos e genéricos (o caso clássico para o tema é 212 U.S. 19, *Wilcox v. Consolidated Gas. Co.*, julgado em 1909).

De todo o modo, e atendo-se à via média, três são os elementos que devem ser considerados para a fixação da taxa de retorno: (i.) a necessidade de remuneração do capital tomado (os juros a que tem direito o investidor); (ii.) um prêmio para os riscos (inclusive regulatórios) corridos na atividade (a parte do “empreendedor”) e (iii.) o proveito a ser retirado pelos *managers*.

A maioria dos autores – seguida pela Suprema Corte – sustenta posição não prescritiva: a taxa de retorno será aquela exigida pelo mercado (investidor) para empregar sua propriedade no negócio, no tempo em que se fizer a fixação do preço (ou sua revisão). Só assim se estaria garantindo a continuidade do fluxo de capital para a indústria. Em posição diversa e minoritária estão aqueles que, reconhecendo em maior ou menor medida as imposições do mercado, tratam de corrigi-las, preferindo, então, determinar impositivamente o percentual a ser praticado, dado que a contrapartida para esta “arbitrariedade” estaria na segurança proporcionada pelo negócio regulado.

⁶⁶ 262 U.S. 679. Em sentido semelhante: “There is no particular rate of compensation which must, in all cases and in all parts of the country, be regarded as sufficient for capital invested in business enterprises. Such compensation must depend greatly upon circumstances and locality; among other things, the amount of risk in the business is a most important factor, as well as the locality where the business is conducted, and the rate expected and usually realized there upon investments of a somewhat similar nature with regard to the risk attending them.” 212 U.S. 19, 48-49.

⁶⁷ “Parmi les risques que trop souvent affectent les taux d’interêt et, par là même, arrivent à nuire indirectement au public, il faut mentionner spécialement les risques provenant des incertitudes de la réglementation elle-même, d’une instabilité qui la fait passer alternativement d’une attitude libérale à une tendance oppressive, et vice-versa, de méthodes non raisonnables d’évaluation, d’impôts élevés, de mesures inutiles ou vexatoires etc.” (TRÉVOUX, François. *Le Développement et la Réglementation de l’Industrie Électrique aux Etats-Unis*. Paris: Marcel Giard, 1933. p. 301).

O que se poderia conformar como álea econômica extraordinária também foi objeto de reflexão e pronunciamento das cortes. Em 250 U.S. 256, a Suprema Corte teve em conta as vicissitudes da I Guerra para apreciar o que seria, naquele momento, uma tarifa justa e adequada. Ao que parece, o tempo da revisão seria aquele em que a tarifa não mais fosse “justa”, para o usuário ou para o empresário: “It is a matter of common knowledge that, owing principally to the World War, the costs of labor and supplies of every kind have greatly advanced since the ordinance was adopted, and largely since this cause was last heard in the court below. And it is equally well known that annual returns upon capital and enterprise the world over have materially increased, so that what would have been a proper rate of return for capital invested in gas plants and similar public utilities a few years ago furnishes no safe criterion for the present or for the future.” 250 U.S. 256, 268.

⁶⁸ KAERCHER LOUREIRO, Revisão Tarifária Periódica - sua Introdução no Ordenamento Jurídico Brasileiro e o Papel do Direito em sua Construção pelo Regulador., cit.

⁶⁹ Um sumário dos casos importantes: *Munn vs. Illinois* (1890); *Smith vs. Ames* (1898); *Wilcox vs. Consolidated Gas. Co.* (1909); *Minnesota rate cases* (1913); *Southwestern Bell Telephone Co. v. Public Service Comm. of Mo.* (1923); *Georgia Railway and Power Company v. Railroad Commissions of Georgia* (1923), *Galveston Electric Railway Co. v. City of Galveston* (1922). Este último é particularmente importante porque é o primeiro caso que chega à Corte e suscita os aumentos de preços ocorridos em função da I Guerra Mundial. Além disso, ele enfrenta, de forma clara, a distinção entre custo histórico e custo de reprodução.

⁷⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celson Antônio, *Curso de Direito Administrativo*, 32 ed., 2015, São Paulo: Malheiros, p. 765-766.

