

Revista de  
**Direito Econômico e  
Socioambiental**

ISSN 2179-8214

Licenciado sob uma Licença Creative Commons



# **REVISTA DE DIREITO ECONÔMICO E SOCIOAMBIENTAL**

vol. 14 | n. 3 | setembro/dezembro 2023 | ISSN 2179-8214  
Periodicidade quadrimestral | [www.pucpr.br/direitoeconomico](http://www.pucpr.br/direitoeconomico)  
Curitiba | Programa de Pós-Graduação em Direito da PUCPR



## Os serviços de utilidade pública no Brasil: um paradoxo entre dois modelos

*Public utilities services in Brazil: a paradox between two models*

**Amaury Patrick Gremaud\***

Universidade de São Paulo (Ribeirão Preto - SP, Brasil)

agremaud@usp.br

<https://orcid.org/0000-0002-2197-4168>

**Alexandre Ganan de Brites Figueiredo\*\***

Universidade de São Paulo (São Paulo - SP, Brasil)

alexandre.figueiredo@usp.br

<https://orcid.org/0000-0003-1171-1353>

**Maria Paula Vieira Cicogna\*\*\***

Faculdades de Campinas (Campinas - SP, Brasil)

mazinhacicogna@yahoo.com.br

<https://orcid.org/0000-0002-2025-3115>

Como citar este artigo/*How to cite this article*: GREMAUD, Amaury Patrick; FIGUEIREIDO, Alexandre Ganan de Brites; CICOGNA, Maria Paula Vieira; TONETO JÚNIOR, Rudinei. Os serviços de utilidade pública no Brasil: um paradoxo entre dois modelos. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 14, n. 3, e245, set./dez. 2023. doi: 10.7213/revdireconsoc.v14i3.29570

\* Professor Doutor no Departamento de Economia da Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo – FEA-RP/USP (Ribeirão Preto-SP, Brasil). Doutor, Mestre e graduado em Economia pela USP. Também leciona no Programa de Pós-Graduação em Integração da América Latina da Universidade de São Paulo (PROLAM-USP) e no Mestrado em Gestão de Organizações de Saúde da Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto (USP).

\*\* Professor no Programa de Pós-Graduação em Integração da América Latina da Universidade de São Paulo – PROLAM-USP (São Paulo-SP, Brasil). Pós-doutorando em Economia na FEA-RP/USP. Doutor e Mestre pelo PROLAM-USP. Possui graduação em História (FFLCH-USP) e Direito (FD-USP).

\*\*\* Professora nas Faculdades de Campinas – FACAMP (Campinas-SP, Brasil). Doutora em Economia da Produção e Engenharia Financeira pela Escola Politécnica da Universidade de São Paulo e pelo Departamento de Economia da University of Illinois. Possui Mestrado em Economia e graduação em Ciências Econômicas, ambos pela FEA-RP/USP

**Rudinei Toneto Júnior\*\*\*\***

Universidade de São Paulo (Ribeirão Preto - SP, Brasil)

رتونeto@usp.br

<https://orcid.org/0000-0002-4498-4078>

Recebido: 02/08/2022

Aprovado: 29/10/2023

Received: 08/02/2022

Approved: 10/29/2023

## Resumo

Esse artigo analisa a relação entre a Economia e o Direito na construção dos modelos regulatórios dos serviços públicos no Brasil, recorrendo também ao estudo de duas experiências nacionais: a do setor ferroviário e do setor elétrico. Não se trata propriamente de uma história da regulação dos serviços públicos no país, mas de uma análise histórica e econômica do problema da construção de modelos de provisão que se adequassem a cada etapa da construção do Estado brasileiro. Sustenta-se aqui a existência de uma espécie de paradoxo de um Estado que opta por dado modelo de provisão enquanto a legislação em vigor caminha no sentido inverso. Opções em aberto, disputas, vozes silenciadas, circunstâncias específicas são elementos que uma análise de longo prazo tende a não abordar. Contudo, a proposta aqui apresentada para a periodização dos modelos de provisão dos serviços públicos no Brasil pode ser útil à medida em que permite a observação do paradoxo que, ao fim, é o objeto do presente artigo.

**Palavras-chave:** serviços públicos; regulação; estradas de ferro; energia; pensamento econômico.

## Abstract

*This article analyzes the relationship between the economy and the law in the construction of regulatory models of public services in Brazil, also using the study of two national experiences: the rail sector and the electricity sector. It is not exactly a history of the regulation of public services, but a historical and economic analysis of the problem of the construction of models of provision that would fit each stage of the construction of the Brazilian State. There is a kind of paradox of a State that opts for a given model of provision while the legislation in force moves in the opposite direction. Open options, disputes, silenced voices, specific circumstances are elements that a long-term analysis tends not to address. However, the proposal presented here for the periodization of the models of provision of public services in Brazil is useful as it allows to observe the paradox, that is the object of this article.*

---

\*\*\*\* Professor Titular no Departamento de Economia da Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo – FEA-RP/USP (Ribeirão Preto-SP, Brasil). Livre-Docente, Doutor, Mestre e Graduado em Economia pela USP.

*Keywords:* public utilities services; regulation; railways; energy; economic thought.

## Sumário

1. Introdução; 2. O alargamento das funções do Estado e o surgimento dos serviços públicos contemporâneos; 3. O problema econômico e jurídico da caracterização dos serviços públicos ou serviços de utilidade pública; 4. Os serviços públicos no Brasil; 4.1. O setor ferroviário; 4.2. O setor elétrico; 5. Considerações finais. Referências.

## 1. Introdução

A Constituição de 1937, do Estado Novo, determinava a elaboração de uma lei geral para estabelecer a fiscalização e revisão das tarifas de serviços públicos no Brasil<sup>1</sup>. Com esse intuito, o Ministério da Justiça formou uma Comissão de juristas encarregada da redação de um anteprojeto. Contudo, os membros encontraram de pronto uma grande dificuldade para seus trabalhos: não havia uma legislação brasileira, em qualquer nível, que pudesse dar base segura à nova lei. Naquele momento, a regulação dos serviços públicos no país remontava praticamente apenas às primeiras concessões para a construção de ferrovias, em meados no século XIX.

Segundo o relator da Comissão, o jurista e político mineiro Odilon Braga: à exceção da “legislação de portos e de estradas de ferro que nos viera do Império, uns poucos acórdãos do Supremo Tribunal Federal (...), alguns contratos típicos de serviços urbanos”, nada havia a fundamentar uma norma que buscava abranger os “serviços públicos da mais variada utilização, tais como os de portos, navegação, vias-férreas, carris-urbanos, barcas, eletricidade, telefones, águas, esgotos, gás, limpeza pública, pompas fúnebres” (BRAGA, 1947, p. 35).

Buscando referências no exterior, a Comissão apresentou, em seu Relatório, dois modelos possíveis embora não reconhecesse ainda, naquele momento, nenhuma legislação que fosse capaz de “descobrir a estrutura econômica e jurídica adaptável a todas as múltiplas modalidades [de serviços públicos]”. Conforme o Relatório:

---

<sup>1</sup> Constituição dos Estados Unidos do Brasil (1937), “Art. 147 - A lei federal regulará a fiscalização e revisão das tarifas dos serviços públicos explorados por concessão para que, no interesse coletivo, delas retire o capital uma retribuição justa ou adequada e sejam atendidas convenientemente as exigências de expansão e melhoramento dos serviços. A lei se aplicará às concessões feitas no regime anterior de tarifas contratualmente estipuladas para todo o tempo de duração do contrato”.

Tem havido, isso sim, tentativas de sistematização doutrinária, notadamente na Europa Continental e nos Estados Unidos da América; nestes, assentadas sobre a jurisprudência nem sempre firme dos tribunais ordinários, e, naquela, mais solidamente erguidas sobre a jurisprudência específica dos tribunais administrativos (BRAGA, 1947, p. 35).

Essas duas “tentativas de sistematização doutrinária” são hoje reconhecidas como dois modelos ideais para a provisão de serviços públicos, o “norte-americano” e o “europeu”. O debate sobre qual seria o mais adequado ao Brasil envolveu, ao longo da história, tanto o pensamento jurídico (bem como o esforço legislativo) como o econômico. Na verdade, a compreensão do problema e a própria definição dos serviços públicos dependeu da relação entre as duas esferas de tal forma que o modelo de provisão adotado em cada caso – e a legislação que o sustenta – foram e são orientados por conceitos econômicos.

Esse artigo analisa essa relação na construção dos modelos regulatórios dos serviços públicos no Brasil, recorrendo também ao estudo de duas experiências: o setor ferroviário e o elétrico, com atenção especial ao período que vai do seu surgimento até as mudanças trazidas pelo ciclo desenvolvimentista. Não se trata propriamente de uma história da regulação dos serviços públicos no país, mas de uma análise histórica e econômica do problema da construção de modelos de provisão que se adequassem a cada etapa da construção do Estado brasileiro. Sustenta-se aqui a existência de uma espécie de paradoxo de um Estado que opta por dado modelo de provisão enquanto a legislação em vigor caminha no sentido inverso. Evidentemente, trata-se de uma análise em estado “puro” frente a circunstâncias históricas em si muito mais complexas que a redução em modelos pode representar. Opções em aberto, disputas, vozes silenciadas, são elementos que uma análise de longo prazo tende a não abordar. Contudo, a proposta aqui apresentada para a periodização dos modelos de provisão dos serviços públicos no Brasil pode ser útil à medida em que permite a observação do paradoxo que, ao fim, é o objeto do presente artigo.

O artigo está dividido em três tópicos, além desta introdução e das considerações finais. No primeiro, discute-se o surgimento do conceito de serviços públicos como derivação do momento histórico de expansão da

atividade econômica e das funções do Estado contemporâneo. Já no segundo, trataremos da formulação da teoria econômica sobre os serviços públicos, notadamente nos EUA, e das propostas dos dois modelos de provisão concorrentes, além de seu debate regulatório. Por fim, no terceiro tópico abordaremos essa construção histórica e conceitual no Brasil a partir dos setores ferroviário e elétrico.

## **2. O alargamento das funções do Estado e o surgimento dos serviços públicos contemporâneos**

Uma das formas pelas quais é possível analisar o amplo processo de transformações e crescimento econômico aberto pela Revolução Industrial, especialmente nos últimos 200 anos, é a do alargamento das funções do Estado. Se capitalismo e Estado possuem desde a época Moderna um desenvolvimento paralelo e associado (BRAUDEL, 1987), as funções desse Estado ganharam dimensões novas e maiores no esteio das grandes mudanças trazidas pelo processo que a historiografia econômica convencionou denominar como “Grande Divergência” (POMERANZ, 2000), ainda que Braudel questionasse, na sua conceituação de capitalismo, o caráter de fato disruptivo da Revolução Industrial. Os saltos constantes de produtividade, a industrialização, a urbanização, o surgimento de uma sociedade de massas e a luta política organizada em prol de direitos e prestações do Estado à sociedade tem início no centro, mas se espraiam pela periferia.

Por outro lado, a ideia de direitos fundamentais que ganha corpo teórico e jurídico no processo das chamadas Revoluções Liberais do século XVIII (HOBBSBAWN, 2002), ou da “Revolução Democrática” (PALMER, 1969), se expande para abarcar a ideia de direitos sociais como prestações devidas pelo Estado à sociedade. Assim, como contrapartida política da expansão econômica e das revoluções, o Estado contemporâneo será demandado como nunca antes na história. Paradoxalmente, foi no auge do liberalismo, consubstanciado nas divisas do padrão-ouro e da intervenção mínima, que surgiram pressões sociais desde baixo por um Estado mais atuante e, sobretudo, garantidor de serviços básicos e também novos, derivados do processo de crescente urbanização e saltos tecnológicos. No Direito, ganhará amplitude o conceito de “Constituição”. De forma pioneira, em 1917 a Constituição Mexicana trará a garantia de direitos sociais. Mais tarde, em

1919, a Constituição alemã “de Weimar” do mesmo modo incluirá entre as suas normas a garantia de direitos fundamentais e sociais, abrindo uma tendência que se afirmará nos dois lados do sistema-mundo. No Brasil, a Constituição de 1934, igualmente produto de um momento de transformações, seguirá esse caminho.

Dessa forma, foi no curso do século XX que se afirmaram os serviços públicos entre as obrigações esperadas do Estado. Particularmente, o impacto das duas guerras mundiais, com a Depressão da década de 1930 entre elas, foi decisivo para sedimentar a construção de um novo modelo. Em um primeiro momento, a própria natureza do conflito – fala-se, pela primeira vez, em “guerra total” – levou toda a sociedade, toda a economia, todo o esforço produtivo, ao atendimento das necessidades do combate, algo sem precedentes. Tal transformação deu-se sob a centralização de competências no Estado, cada vez mais alargado. Após o conflito, a crise então aberta e a necessidade de oferecer caminhos a uma população empobrecida consolidaram um modelo de Estado legitimado como prestador de serviços à coletividade ou, ao menos, garantidor de condições para o usufruto desses serviços.

Nesse contexto, surge a ideia de serviços públicos, hoje tão consolidados que já definidos no campo do Direito brasileiro como “atividade prestacional, em que o poder público propicia algo necessário à vida coletiva, como, por exemplo, água, energia elétrica, transporte urbano” (MEDAUAR, 2011 p. 334). Ou, em outra definição cuja centralidade está no Poder Público:

Toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público - portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais-, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo (BANDEIRA DE MELLO, 2014, p. 695).

Assim, a ideia de serviços públicos, amparados até mesmo por constituições, pressupõe a existência de atividades tão essenciais que justificam a atuação estatal em sua prestação. No Ocidente, como afirmado

inicialmente, foram definidas duas tradições diferentes para o tratamento dessa matéria: uma, na qual o próprio Estado é o titular da prestação dos serviços, podendo permitir a prestação por entes privados mediante concessões públicas, como se depreende das definições apresentadas pelos juristas brasileiros acima mencionados; e outra, diversa, pela qual Estado pauta sua atuação exclusivamente regulando aquelas atividades essenciais, entregues à iniciativa privada, a fim de resguardar tanto sua prestação como a cobrança de tarifas “justas” aos usuários. O primeiro “modelo” é o “francês” ou “europeu” e o segundo é o “norte-americano” (JOHNSON et alli, 1996, TONETO JÚNIOR, 2004). A adoção de um ou outro, bem como de formas híbridas, pelo conjunto dos Estados nessa conjuntura complexa do século XX obedecerá às circunstâncias históricas do desenvolvimento econômico e seus impactos nas estruturas econômico-sociais.

Para o Brasil, esse artigo pretende colocar em questão o fato de que, muito embora a legislação e a doutrina jurídica baseiem sua conceituação no modelo “europeu”, convive-se com formas híbridas ao longo da história nas quais, na maior parte do tempo, a opção econômica e a legislativa foram dissonantes.

### **3. O problema econômico e jurídico da caracterização dos serviços públicos ou serviços de utilidade pública**

O delineamento conceitual dos serviços públicos acompanhou seu surgimento e evolução históricos, quer seja entre economistas, quer seja entre juristas. Dada a natureza dessa atividade, a conceituação a partir de um dos campos do conhecimento dependeu sempre da conceituação elaborada pelo segundo, ou seja, o modelo econômico impactava a solução jurídica adotada. A existência dos dois modelos ideais deriva justamente das duas experiências históricas distintas quanto ao fornecimento de serviços públicos: uma economia com baixa intervenção estatal, como a dos EUA, levou a uma interpretação econômica e a uma institucionalização jurídica distinta das economias nas quais o Estado intervinha diretamente. Por sua vez, no modelo europeu os serviços públicos são definidos como atividades de competência original do Estado, e não da livre-iniciativa, sendo possível, em certas circunstâncias e com regulação por meio de concessões, que o Poder Público permita a atuação privada, por delegação.

Esse “modelo europeu” é o produto histórico das circunstâncias nas quais foram consolidados os Estados modernos ou, em outras palavras, remete ao pensamento soberanista próprio do absolutismo. Como propõe Loureiro, se, na França, a ideia de serviço público surge no século XIX, a de concessão é uma reformulação de instituto jurídico cuja origem remota é o Antigo Regime (LOUREIRO, 2020, p. 4). As condições históricas e materiais do continente europeu levaram ao desenvolvimento de um modelo centrado na prestação estatal de certos serviços que, por sua importância e impacto, são considerados essenciais. As duas guerras mundiais e seu saldo de destruição reafirmaram a necessidade da ação estatal tanto na reconstrução econômica em si, como no provimento desses serviços públicos.

Por sua vez, nos Estados Unidos, os “serviços de utilidade pública” (*public utilities*) foram compreendidos como atividades tão importantes para a sociedade e para o próprio desenvolvimento econômico que não poderiam ser deixadas sob a vigência do livre-mercado. Por isso, juridicamente, não se trata, nesse caso, de estabelecer a forma de prestação estatal de um serviço, mas sim de definir a intensidade da intervenção do Estado em uma atividade econômica que, a rigor, é privada. Ou, em outras palavras, a questão era estabelecer tanto o porquê de a sociedade decidir regular essas atividades específicas, como a forma dessa regulação, tendo sempre como ponto de partida um conceito econômico para as “*utilities*”: o de “monopólio natural” (NOWOTNY, 1989)<sup>2</sup>. É a partir dessa definição fundamental que o modelo “norte-americano” evoluirá para formas de maior ou menor intervenção regulatória desde o final do século XIX. Sendo um monopólio e, portanto, uma disfunção do mercado, a regulação se justifica por tratar de estabelecer meios para evitar a prática de altos preços pelas empresas prestadoras, que poderiam se beneficiar de sua condição monopolística. Toda uma literatura em torno da ideia de “preço justo” como objetivo final da regulação é desenvolvida a partir da tradição “norte-americana” (BOYD, 2018), com repercussões também no Brasil.

O “preço justo” seria, assim, aquele que existiria em um ambiente concorrencial, ou seja, caso não se tratasse de um “monopólio natural”.

---

<sup>2</sup> “Monopólio natural” se refere a uma situação em que o custo de produção do bem ou serviço tende a se reduzir conforme se amplia a quantidade produzida. Corresponde a atividades que tendem a possuir elevados custos fixos e reduzidos custos variáveis, o que tende a se verificar em grande parte dos setores de infraestrutura e aqueles que se caracterizam como economias de rede, como os casos da energia elétrica (transmissão e distribuição), da distribuição de água e coleta e afastamento de esgoto, ferrovias, entre outros.

Desde o início da regulação, o esforço jurídico se deu no estabelecimento tanto do conceito de “monopólio natural” como de normas que levassem àquele “justo preço”. Especialmente na década de 1920, quando ganhou força nos EUA o movimento em prol de uma regulação federal das holdings interestaduais que controlavam a geração e o fornecimento de energia elétrica, o delineamento da teoria da regulação avançou. Nash (1925) utilizou o conceito de monopólios naturais para caracterizar a especificidade dos serviços de utilidade pública enquanto Clark (1928) defendeu que a liberdade de mercado deveria ser cerceada em benefício dos consumidores. Na década seguinte, a eleição de Franklin D. Roosevelt à presidência dos EUA foi também a vitória dessa interpretação do papel da regulação, tendo no *Public Utility Holding Act*, de 1935, sua consubstanciação legislativa<sup>3</sup>.

Particularmente crítico dessa visão foi Schumpeter que, em sua *History of Economic Analysis*, obra póstuma publicada em 1954, criticou o caráter tautológico de uma regulação que, ao mesmo tempo em que reconhece o caráter “natural” da existência de monopólios para os serviços de utilidade pública, pretende estabelecer um preço para as tarifas que reproduza artificialmente um valor que existira caso aqueles serviços não fossem naturalmente monopólios. Na sua visão, os trabalhos produzidos nos Estados Unidos na primeira metade do século XX eram meramente descritivos, desprovidos da cientificidade que caracterizaria o que ele chamou de “*economic analysis*”. A regulação do setor teria produzido apenas construções jurídicas “ilógicas”. Nas suas palavras:

The various ‘theories’ of valuation for indemnity, taxation, and rate-regulation purposes that the legal mind produced offer curious examples of logical muddle. Many economists did useful work in trying to clear it up and seem, for example, after efforts extending over more than half a century, to have convinced lawyers that the attempt to define a ‘reasonable’ rate of return with reference to the value of a property that is itself derived from expected returns, involves circular reasoning. But

---

<sup>3</sup> O *Public Utility Holding Act* determinava que o preço das tarifas de energia elétrica seria estabelecido apenas com aprovação da *Federal Power Commission* e ainda estabelecia que as holdings deveriam atuar apenas em um estado ou, no máximo, em estados contíguos, o que levou ao desmembramento dessas grandes corporações. Assim, o Estado trouxe para si a prerrogativa de definir a política tarifária, tal qual defendido pelos teóricos da regulação naquele momento (EMMONS, 2009, p. 900-901).

this suffices in itself to characterize the level of this branch of economic analysis (SCHUMPETER, 1986, p. 917).<sup>4</sup>

A teoria econômica da regulação avançou nessa crítica e caminhou para a defesa da desregulamentação. A partir da década de 1970, seguindo uma tendência geral de reafirmação das teses neoclássicas em contraposição a um período de predomínio de políticas de cunho keynesiano, surgiram novas interpretações. Nesse novo momento, defendia-se que seria possível introduzir a concorrência no âmbito da prestação de serviços de utilidade pública, relativizando os efeitos nocivos dos “monopólios naturais”, quando não o próprio conceito. Há uma revolução teórica que questiona, então, a própria necessidade de regulação do setor, ou, em uma abordagem menos radical, propõe diminuí-la ao mínimo. Em síntese, nesse novo contexto sustentou-se que as “*public utilities*” poderiam ser abertas à concorrência e, portanto, “regulados” pelo próprio mercado, a despeito da ideia de “monopólio natural”.

A teoria da concorrência de Harold Demsetz (1968) defendia a desnecessidade da regulação alegando que, se a competição era inviável na exploração da atividade econômica em si, ela seria sim possível na disputa pela entrada no mercado. Licitações, leilões, dentre outros, são formas jurídicas que partem da tese de Demsetz: concorrência pelo mercado, e não no mercado (TONETO JÚNIOR, 2004). Por outro lado, William J. Baumol (1988) vai além e propõe a invalidade do próprio conceito de “monopólio natural”. Sua teoria dos mercados contestáveis propunha que uma atividade excessivamente lucrativa atrairia necessariamente competidores que, por sua vez, pressionariam pela entrada no setor. Assim, se uma prestadora de serviços públicos cobrasse tarifas excessivas e majorasse seu lucro com aplicação de preços indevidamente elevados nas tarifas, acabaria atraindo competidores que poderiam romper o monopólio e derrubar os lucros. Os efeitos da concorrência, portanto, seriam sentidos mesmo em ambiente de monopólios naturais, sendo desnecessária a intervenção regulatória do Estado, segundo Baumol.

---

<sup>4</sup> “As várias ‘teorias’ de valoração para fins de indenização, tributação e regulação tarifária que a mente jurídica produziu oferecem exemplos curiosos de confusão lógica. Muitos economistas fizeram um trabalho útil ao tentar esclarecê-los e parecem, após esforços que se estenderam por mais de meio século, ter convencido os advogados de que a tentativa de definir uma taxa de retorno “razoável” com referência ao valor de uma propriedade que é ela própria derivada de retornos previstos, envolve um raciocínio circular. Mas isso basta por si só para caracterizar o nível desse ramo da análise econômica” (tradução livre).

Outra contribuição de impacto nesse contexto político contrário à atuação estatal no setor, ainda que apenas na condição de regulamentador, foi a “teoria da captura” de Georg Stigler (1971). Na verdade, a contribuição de Stigler é mais ampla, já que se credita a ele o início do tratamento propriamente científico das *public utilities*. Contudo, importa destacar aqui a teoria da captura pelo que ela impacta na crítica ao modelo regulatório a partir do questionamento de sua eficácia. O cerne de sua proposta era aplicar a racionalidade do comportamento econômico também na ação política. Stigler afirma que, ao buscar maximizar os resultados, os grupos de interesse se organizariam e cooptariam agentes políticos (os reguladores) que, por sua vez, também atuariam buscando resultados melhores para si próprios. Assim, aqueles grupos de pressão que conseguissem se organizar melhor e com menos custo de mobilização seriam mais bem sucedidos do que os menos organizados e com mais custo. Em outras palavras, os poucos dotados de mais recursos venceriam os muitos dotados de poucos recursos. As instituições reguladoras acabariam “capturadas” e a regulação seria definida no interesse dos regulados e não dos consumidores. Stigler, então, questionava o pilar do entendimento sobre os serviços de utilidade pública ao afirmar que a regulação, em geral vista como benéfica para a coletividade, era na verdade instrumento dos próprios regulados.

Assim, os conceitos econômicos que fundamentam a teoria da regulação foram desenvolvidos nos marcos do modelo “norte-americano” ao longo do século XX, oscilando entre a defesa da maior ou menor intervenção estatal. Essa história circular da regulação dos serviços de utilidade pública nos EUA se inicia com décadas de quase nenhuma ou baixa intervenção estatal (final do século XIX), seguida por um movimento de regulação cada vez mais abrangente definida durante a Depressão e nos marcos do *New Deal*, e chegando até o imediato pós II Guerra. Na sequência, desde a década de 1970 vem um forte questionamento de cunho liberal que atuou no sentido de eliminar as instituições reguladoras. Como se viu acima, tanto em um como no outro momento, os economistas ofereceram os argumentos que sustentaram a opção adotada pela legislação.

Troesnken apresenta quatro elementos que procuram explicar essa circularidade: i) a inovação tecnológica levaria a formatos diferentes de regulação; ii) a orientação ideológica predominante, mais ou menos voltada para o livre-mercado, alteraria o modelo; iii) as transições seriam necessárias para romper a estagnação econômica e incrementar as operações de

mercado; e, por fim, iv) sua própria tese segundo a qual a inevitável corrupção provocaria as alterações à medida em que elas seriam necessárias para afastar os prejuízos trazidos quando as práticas corruptas atingissem um limite economicamente insustentável (TROESKEN, 2006, p. 259-260).

De todo modo, a ideia de “monopólio natural” como elemento definidor dos serviços públicos foi crucial para o tratamento do setor nos dois modelos ideais aqui considerados: o norte-americano e o europeu. Nesse segundo, no qual o Estado presta o serviço, a discussão sobre uma atividade regulatória que defina preços justos para tarifas pode ser inócua, já que, em tese, o Estado não visa o lucro, mas sim o bem da coletividade. Contudo, como há a previsão excepcional de concessão da prestação dos serviços a entes privados, cuja motivação é sim o lucro, a teoria da regulação, nas suas várias formulações, pode ser aplicada também no “modelo europeu”.

#### **4. Os serviços públicos no Brasil**

A prestação de serviços públicos no Brasil recebeu influência dos dois modelos ideais, havendo em alguns momentos, inclusive, disputas em torno de qual seria o mais adequado (LOUREIRO, 2020, p. 4). De forma geral, é possível dizer que o país realizou também uma trajetória circular, a exemplo dos EUA. Os serviços públicos têm um início como atividade predominantemente privada. Contudo, na primeira metade do século XX, paulatinamente o Estado assumiu a prestação direta, aproximando-se do “modelo europeu”. Depois, acompanhando o mesmo movimento liberalizante que nos EUA levou à desregulamentação do setor, a iniciativa privada volta a atuar, em uma trajetória que encontrou seu auge na década de 1990. Essa evolução, contudo, foi marcada por um descompasso entre a opção material, prática, por um determinado modelo e a legislação que deveria sustentá-lo.

Até 1930, o Brasil era um Estado que, a poucas décadas da abolição da escravidão e do regime republicano, herdava ainda as características do Antigo Regime. O Império fora construído e apresentado como um bastião “civilizador” e legitimista cercado pelas repúblicas de todo o restante do continente americano. Foi esse Estado, regido por uma elite escravocrata, que se incorporou à divisão internacional do trabalho em uma condição periférica, como fornecedor de produtos básicos (FURTADO, 2007). As contradições do predomínio do liberalismo econômico como ideologia da

elite brasileira naquele momento são objeto de rico debate acadêmico que não cabe aqui abordar em minúcias, mas essa contradição latente produziu também uma desconexão entre a estrutura econômica e a forma do Estado no que tange aos serviços públicos.

Assim, a etapa de predomínio do modelo “norte-americano” ou conviverá com estatizações (é o caso das ferrovias) ou com monopólios praticamente sem regulação efetiva (como na eletricidade), afastando-se do modelo por força de peculiaridades próprias de uma economia primário-exportadora, com um Estado fraco diante de pressões internacionais. Por sua vez, quando, a partir dos anos 30, gira a roda da História e vigora a opção pela prestação dos serviços diretamente pelo Estado – modelo “europeu” – a legislação aprovada trazia normas para concessões mais próximas do tipo ideal “norte-americano”. Na sequência, apresentaremos essa evolução em dois setores chave e exemplares, o ferroviário, primeiro a surgir, e o elétrico.

#### **4.1. O setor ferroviário**

Ao longo do século XIX, duas grandes transformações impulsionaram a economia, ambas contribuindo para a aceleração dos transportes e ambas derivadas da máquina a vapor: os navios a vapor e as ferrovias. Em 1850, havia 37 mil km de estradas de ferro no mundo, praticamente todos na Europa, enquanto em 1870 já eram 185 mil km, metade deles nos EUA (BÉRTOLA & OCAMPO, p. 87-88). No Brasil, onde a expansão da economia primário-exportadora dependia do acesso às terras do interior e sua ligação com os portos, as ferrovias eram essenciais. O desenvolvimento econômico, nos termos em que ele se colocava naquele contexto, dependia da construção das estradas de ferro e o Estado muito cedo chamou para si a responsabilidade por estimular esse serviço estratégico.

No Brasil, há um dos primeiros elementos que diferenciam a experiência local das economias centrais. Na Europa ocidental e nos Estados Unidos, o capital investido nas linhas férreas era principalmente local, bem como o próprio desenvolvimento técnico. No Brasil, a primeira dificuldade encontrada veio justamente do financiamento das ferrovias, sendo que a solução predominante foi o recurso ao capital privado e, particularmente, estrangeiro. Era um momento em que o Estado ainda não havia se consolidado e enfrentava desafios para garantir seu próprio financiamento,

quase todo vindo das receitas aduaneiras<sup>5</sup>. Assim, o primeiro setor dos serviços públicos foi oferecido à iniciativa privada (modelo “norte-americano”) em um momento no qual a necessidade pragmática e o liberalismo econômico estavam de acordo.

Durante a Regência de Diogo Antonio Feijó, foi promulgada a Lei 101 de 1835, autorizando a criação de empresas para a construção de ferrovias que ligassem o Rio de Janeiro ao interior do território do país, mencionando as províncias de Minas Gerais, Bahia e Rio Grande do Sul. O reconhecimento da importância econômica e estratégica da integração do território não foi acompanhado por eventuais interessados privados. Essa primeira lei permaneceu apenas como um ousado objetivo não realizado. Quase duas décadas depois, um novo modelo foi definido para melhorar a atração de investimentos: a Lei Geral 641 de 1852, que autorizava o Governo Central a conceder a construção de linhas férreas ligando a capital a Minas Gerais e São Paulo, com subsequente direito de exploração econômica, foi então a primeira norma legal bem-sucedida em uma concessão ferroviária. Nela, estavam dispostos os primeiros elementos de um contrato de concessão de serviço público no Brasil: a) grande prazo definido para a duração (90 anos); b) garantia para a empresa do direito de desapropriar terrenos particulares, além da cessão gratuita de terrenos públicos para a construção da linha; c) isenção de impostos de importação de máquinas e insumos para a construção e operação da linha; d) exclusividade da operação a cinco léguas de cada lado da linha; e) estabelecimento da cobrança de tarifas pela utilização, em acordo com o Governo; f) garantia de rentabilidade de até 5% a.a, sendo que o Estado brasileiro supriria o valor faltante (também seria permitido que as províncias interessadas acrescentassem mais 2% a.a, totalizando uma garantia de 7% a.a de rentabilidade); g) definição de um valor máximo de dividendos que, atingido, implicaria na redução das tarifas; h) direito do Governo receber os bens reversíveis ao final do contrato.

Conforme a análise de Flávio Saes, essas cláusulas já traziam duas características dos serviços públicos que continuam presentes: as ferrovias são entendidas como “instrumentos de desenvolvimento econômico” e, portanto, tem justificado assim o tratamento privilegiado entregue aos agentes privados (isenções tributárias, monopólio, etc). Além disso, o setor ferroviário também é compreendido como de “interesse público”, o que

---

<sup>5</sup> Há vários estudos sobre o problema fiscal dos estados latino-americanos no contexto imediato às independências, que fica obliterado pela oposição entre protecionistas e livre-cambistas. Recomenda-se aqui MARICHAL (2004).

fundamenta a regulação pelo governo do preço das tarifas, o prazo para a operação e a reversão dos bens após o fim do contrato (SAES, 1981, p. 20-23). Em 1852, sequer ainda havia sido delineado o conceito de “*public utilities*”, mas esse modelo concebido no Brasil para dar início à construção das linhas férreas se assemelha ao que viria a ser o “norte-americano”. Pela lei, o Estado entregava o serviço à iniciativa privada, contudo intervinha para dar garantias de remuneração à empresa, e não apenas para regular um preço “justo” para as tarifas. Ou seja, ainda que a operação fosse exclusivamente privada, as condições do mercado em uma economia periférica, pouco monetizada, sem mercado interno substancial, exigiam a atuação do Estado para viabilizar sua existência<sup>6</sup>.

Como as empresas que prestavam o serviço usualmente não conseguiam a margem mínima de remuneração, o Poder Público cumpria a garantia de juros com recursos públicos, situação agravada pelo fato de o cálculo daquela margem estar entre os clássicos problemas cambiais enfrentados pelo Brasil agroexportador. Era difundida a adoção da chamada “cláusula-ouro”, presente também no setor elétrico, como marco da política tarifária. Por esse mecanismo, o valor das tarifas estava atrelado à variação cambial do ouro, assegurando a remuneração dos prestadores privados que estariam, dessa forma, protegidos da desvalorização da moeda brasileira em tempos de constantes crises no balanço de pagamentos. A opção por um regime privado coberto por garantias estatais e aliado à ortodoxia do padrão-ouro – dois pilares do liberalismo hegemônico desde o Império redivivo nas primeiras décadas republicanas – inviabilizava o modelo que pretendia sustentar ao se chocar com a realidade da economia brasileira.

O segundo marco legal do modelo veio com a República. A afirmação do princípio federal, em contraposição à centralização definida no Império, deu aos agora “estados” da federação o direito de estabelecer suas próprias concessões. Nesse sentido, São Paulo aprovou a Lei 30 de 1892, regulando o setor ferroviário, com uma inovação legal: o mercado estaria aberto à concorrência, abolindo o monopólio legal sobre certa extensão geográfica. Contudo, como a teoria econômica formularia alguns anos depois, a condição de monopólio natural da atividade não permitiu que houvesse a construção de várias estradas de ferro concorrendo umas com as outras. O

---

<sup>6</sup> A garantia de juros foi um recurso difundido. Na Índia, por exemplo, também foram oferecidos os mesmos 5% a.a. (LANNA, 2005, p. 9).

princípio da livre-concorrência que geraria preços mais baixos não se aplicaria a serviços de utilidade pública nos Estados Unidos, com uma demanda em crescimento, e muito menos no Brasil, com um mercado limitado. O obstáculo a uma expansão do setor unicamente pela abertura do mercado vinha, mais uma vez, das condições particulares de uma economia agroexportadora e periférica: com exceção das ferrovias que transportavam café, era baixo o índice de lucratividade do setor, além do fato de o transporte de passageiros ser deficitário (SAES, 1986).

O paradoxo ficaria latente já no início do século XX, quando o Estado se vê na condição de estatizar ferrovias contrariando sua orientação liberal e a construção de um modelo “norte-americano”. Desde 1902, com empréstimos tomados no exterior, o Estado optou por comprar as estradas de ferro em dificuldades (com o objetivo de arrendá-las) ao invés de manter por mais algumas décadas a garantia dos juros. Não foi, então, um projeto ideológico estatizante que levou a esse movimento, mas uma limitação de ordem econômica estrutural somada às constantes crises causadas pela instabilidade do balanço de pagamentos e à busca ortodoxa pelo padrão-ouro. Assim, um modelo planejado com mais conformidade ao tipo ideal “norte-americano” aproximou-se do “europeu” quando confrontado com a réplica dos fatos: a estrutura econômica era mais determinante que a vontade política expressa nas leis das concessões.

Essa tendência rumo a um modelo “europeu” se acentuou após 1930, com o início do processo de centralização e alargamento das funções do Estado, além da presença nova de uma política de cunho nacionalista e industrialista. No pós-II Guerra Mundial, na década de 1950, as estradas de ferro brasileiras já seriam estatais na sua quase totalidade, culminando nas décadas de 1960 e 1970 quando duas grandes estatais reuniam quase todo o sistema ferroviário do país: a Rede Ferroviária Federal S.A (formada em 1957) e a FEPASA (Ferrovias Paulista S.A, formada em 1971). No entanto, a opção dos anos 50 consubstanciada no Plano de Metas do Governo JK, pela prioridade ao transporte rodoviário reduziu os investimentos em linhas férreas, que caminharam para a desativação paulatina e para o fim do transporte de passageiros, hoje apenas residual. O modelo “europeu” não implicou na garantia e expansão do serviço, pelo contrário. Contudo, uma crítica posterior que será feita contra a alegada ineficiência da prestação do serviço diretamente pelo Estado não problematiza o fracasso anterior da gestão privada.

Na década de 1990, novo momento de predomínio do pensamento liberal e de reforma do Estado brasileiro, há nova privatização das ferrovias, justificadas pelo sucateamento do setor, atribuído, portanto, ao que seria uma gestão ineficiente pelo Poder Público. De todo modo, no novo formato o transporte de passageiros permaneceu inexpressivo e as linhas férreas não se tornaram um meio de transporte predominante. Continuando a trajetória circular, em 2008 há um novo momento de estatização, pelo qual, agora por meio das parcerias público-privadas, empresas estatais voltam a atuar na construção e operação de estradas de ferro (NUNES, 2016). Por fim, em 2021, um novo marco regulatório das ferrovias entrou em vigor - a Lei 14.273 - renovando um apelo ao liberalismo na direção do modelo “norte-americano”. Mais uma vez, subjaz ao texto legal um pensamento segundo o qual a abertura para a iniciativa privada logrará recuperar investimentos. Assim, no quadro atual, novamente um contexto de primazia política do setor primário-exportador, entende-se as linhas férreas como essenciais para a prosperidade e expansão. E, em retorno ao modelo passado, um momento de predomínio liberal vislumbra a iniciativa privada como a mais eficiente, muito embora – e também trazendo de volta o modelo praticado no passado - deixe abertas as portas ao apoio estatal.

#### 4.2. O setor elétrico

À semelhança do setor ferroviário, o serviço de geração e distribuição de energia elétrica no Brasil também teve início em um modelo “norte-americano”. Contudo, em sua origem era compreendido mais como uma comodidade urbana do que uma atividade essencial para o progresso econômico, percepção que seria alterada com o avanço da industrialização nas primeiras décadas do século XX (SAES, 1986, Johnson et alli 1996). Assim, enquanto as ferrovias receberam desde o início um tratamento legislativo desde o Governo Central, a energia elétrica foi tratada em nível municipal, o que a aproxima ainda mais do modelo dos EUA.

No entanto, como característica peculiar e, mais uma vez, própria das economias primário-exportadoras em finais do século XIX, a energia elétrica foi implantada no Brasil por empresas estrangeiras, cujo funcionamento era autorizado pelo governo central, mas cujos contratos eram estabelecidos com os governos locais. O cenário no qual uma grande empresa era regulada município a município levou, nos Estados Unidos, ao enfrentamento contra

os benefícios da monopolização que marcaram o surgimento da própria teoria da regulação das “public utilities”. No Brasil, um movimento correlato só viria na década de 1930, já nos marcos da centralização administrativa e do caminho para um modelo “europeu”. Dessa forma, embora houvesse aqui o predomínio da iniciativa privada com o Estado atuando na regulação, encontram-se duas diferenças essenciais diante do modelo “norte-americano” puro: o predomínio do capital estrangeiro e o enorme poder político das empresas titulares das autorizações para exploração do setor.

Como afirmam Saes e Sasse:

A falta de legislação federal, ao longo das três primeiras décadas do século XX, teria permitido que essas empresas tivessem ampla autonomia em suas concessões, profunda participação dentro dos meios políticos e elevados ganhos financeiros. Tamanho poder destes grupos estrangeiros impulsionaria a formação de violentos debates em torno do setor elétrico (2012, p. 113).

Em outra perspectiva, o federalismo republicano, uma das bandeiras de 1889, também colaboraria, ao lado da orientação predominantemente liberal, para a afirmação de um modelo descentralizado:

O federalismo exacerbado da Constituição de 24 de fevereiro de 1891 reforçaria o caráter eminentemente local da implantação e do desenvolvimento do parque elétrico (...) as raras atribuições da União na área econômica refletem a ampla descentralização em que caminhava a exploração dos recursos naturais, ainda mais para fins energéticos. Deste modo, a interferência do Estado na indústria de energia elétrica durante a República Velha resumiu-se a medidas isoladas na regulamentação desses serviços (LIMA, p.15).

De todo modo, trata-se de uma modulação na qual a prestação do serviço é feita por entes privados mediante regulação estatal, características do modelo “norte-americano” também presentes no setor ferroviário em sua formação. Sem uma regulação de âmbito nacional, o setor de energia elétrica, em seu surgimento, recebia o mesmo tratamento de outros serviços urbanos, como o transporte por bondes ou a iluminação das ruas, por exemplo. Os contratos entre os municípios e as empresas prestadoras desses serviços estabeleciam concessões com um marco contratual de âmbito local

que servirá de base para o setor elétrico, cujas normas estabeleciam prazo de vigência, tratamento dos bens reversíveis ao final da concessão, qualidade do serviço e a política tarifária. Para essa última vigorava, em regra, a mesma norma da “cláusula-ouro” aplicada às ferrovias, o que, na prática, elevava o custo do serviço.

Duas empresas estrangeiras se destacaram monopolizando a geração e distribuição de energia elétrica no país de fins do século XIX até meados do século XX: a *The Brazilian Traction, Light and Power*, ou “Light”, e a *American Foreign & Power Co.*, a AMFORP. A primeira, de capital anglo-canadense, começou a operar no Brasil em 1899 e, em poucos anos, obteve o monopólio não apenas no setor elétrico como também no conjunto dos serviços públicos urbanos nos grandes centros de país. Já a segunda, de capital norte-americano, chegou ao Brasil apenas na década de 1920, obtendo contratos de concessão nos centros regionais que não estavam ainda na rede da Ligth. Ambas são demonstrações da tese dos monopólios naturais em serviços de utilidade pública, já que seu predomínio no mercado não derivou de prerrogativas contratuais, mas da própria dinâmica do setor (SAES, 1986). Por outro lado, na ocorrência de conflitos pelo preço das tarifas, por exemplo, a descentralização das concessões opunha municípios, entes mais fracos da federação, a poderosas companhias, abrindo espaço para uma aplicação antecipada da teoria da captura de Stigler.

Há, portanto, um modelo “norte-americano” sem ainda a presença das autoridades reguladoras que foram instituídas nos EUA como consequência justamente da compreensão das “utilities” como monopólios naturais. A incorporação tanto da instituição da “autoridade reguladora” bem como a centralização da fiscalização e da própria normatização das concessões viria apenas após a Revolução de 1930, com a edição do Código de Águas (Decreto Federal 24.643 de 10 de julho de 1934)<sup>7</sup>. Ironicamente, essa expressão legal completa do debate sobre as “utilities” nos EUA chega ao Brasil em um contexto no qual o novo Estado caminhava no sentido do modelo “europeu”.

---

<sup>7</sup> O Código estabelecia que as quedas d’água e quaisquer outras fontes de energia hidráulica em águas públicas e dominicais passavam a ser patrimônio da União (art. 147). Consequentemente, ficava também estabelecido que o aproveitamento industrial das quedas d’água e outras fontes de energia hidráulica para geração de energia elétrica com fins de comercialização era de utilidade pública e dependia de concessão (arts. 139 e 140). Por sua vez, denotando a centralização, tais concessões seriam outorgadas por decreto presidencial (art. 150).

De todo modo, o Código de Águas de 1934 é a primeira lei de abrangência nacional editada no Brasil regulando concessões voltadas à energia elétrica e sua exploração por entes privados. A rigor, desde o início do século há tentativas de se editar uma lei que estabelecesse algum controle sobre a atuação dos monopólios privados do setor. Em 1907, um projeto elaborado pelo jurista Alfredo Valladão e apresentado ao Congresso Nacional já procurava estabelecer bases legais nacionais para uma regulação do setor. A discussão típica dos modelos (prestação estatal ou privada) já estava presente no projeto e no texto da Exposição de Motivos apresentada por Valladão em termos que, inclusive, remetem aos debates contemporâneos:

Qual, agora, a providência a tomar em relação aos cursos d'água, que não se compreendem no princípio estabelecido? Deixá-los no domínio privado? Trazê-los para o domínio público? Eis a questão que, no momento, se debate em todos os países cultos, em virtude, principalmente, dos enormes interesses que se prendem ao caso da energia hidrelétrica. Uma solução intermédia, parece-me, resolve a questão. Deixar no domínio privado as correntes que só a ele interessam; trazer para o domínio público aquelas que, realmente, forem de interesse público (VALLADÃO, 1907, p. 16, grafia adaptada pelos autores).

Contudo, o projeto não foi aprovado. Após 1930, o tema foi retomado e o próprio Valladão compôs a Subcomissão que elaborou o novo texto legal, promulgado em 1934 pelo Governo Provisório. Embora aquele fosse um contexto político de centralização administrativa e nacionalismo – que também justificava a edição daquela legislação – os conceitos trazidos eram inspirados no modelo norte-americano, especialmente no Livro III do Código: “Forças hydraulicas – Regulamentação da indústria hydro-electrica”. Em síntese, haveria um regime de concessões a empresas privadas com regulação pelo Estado que fiscalizaria a qualidade do serviço e, ainda, definiria valores de tarifas conforme o “justo preço”, impedindo o lucro excessivo derivado das prerrogativas de um monopólio. Em outras palavras, os concessionários atuariam sob a fiscalização do poder concedente cujos objetivos seriam assegurar um serviço adequado, fixar tarifas razoáveis e garantir a estabilidade financeira das empresas, conforme os artigos 137 da Constituição de 1934 e 178 do Código de Águas. Especialmente no que tange

às tarifas, ficava extinta a cláusula-ouro e adotava-se o critério do “preço histórico”.

A solução encontrada no debate norte-americano para a regulação dos monopólios naturais está, assim, presente na legislação brasileira, agora em nível federal. Porém, embora o Código se inspire naquele modelo, a partir da década de 1930 ocorreu um movimento no sentido oposto que culminaria na estatização do setor elétrico, tornando inócuas aquelas normas referentes a concessões. Além disso, os contratos estabelecidos antes da vigência do Código seriam respeitados em seus termos, sem adaptações à nova norma. Não obstante, a nova legislação foi atacada como uma ameaça aos interesses das prestadoras privadas, especialmente no que toca ao estabelecimento da política tarifária mesmo que, a rigor, essa política nunca tenha se efetivado nos termos dos idealizadores da legislação.

O Estado tomaria o caminho da nacionalização do setor elétrico, principalmente após a II Guerra Mundial, quando se afirma mais propriamente um modelo de direção estatal do processo de industrialização (BÉRTOLA & OCAMPO, 2010, p. 151-207). Em 1952, 6,8% da energia elétrica fornecida era estatal; em 1965, já chegavam 54,6% (SAES & SASSE, 2012, p. 114). O caráter de atividade essencial para o desenvolvimento, antes atribuído às ferrovias, agora estava na geração de energia elétrica. Nesse contexto, eram as limitações da iniciativa privada e sua inibição ao investimento massivo que justificavam a transição de modelo, a fim de atender as necessidades de uma economia industrial e uma sociedade urbana em expansão acelerada.

Os conflitos com as duas grandes estrangeiras tendem a se acentuar e chegam a pontos de ruptura. Em 1959, o governo do Rio Grande do Sul, tendo à frente Leonel Brizola, encampou a subsidiária local da AMFORP pagando a indenização simbólica de um cruzeiro. Na sequência, teve início o processo de estatização daquelas companhias, encerrando décadas de predomínio no setor. A AMFORP foi adquirida pelo governo brasileiro em 1964, já sob governo ditatorial, por US\$ 135 milhões de dólares pelos bens, além do pagamento de US\$ 10 milhões de dólares como compensação pelo atraso e mais US\$ 7,7 milhões de dólares aos juros e dividendos, valores questionados por sua magnitude e com uma indenização que ultrapassou os critérios estabelecidos pelo Código de Águas. Já a Ligth será adquirida em 1979 pela compra de suas ações por US\$ 380 milhões, sem que se cogitasse a encampação prevista em contrato e na legislação. Logo, o pagamento de

indenizações meramente simbólicas não foi a regra. Também não foram aplicados os critérios do Código de Águas para mensuração do preço, muito acima do que seria apurado caso fossem consideradas as amortizações definidas em lei. De todo modo, ambas são incorporadas à Eletrobrás, constituindo um modelo “europeu” para o setor de energia elétrica. Mais que isso, pode-se dizer que o Estado brasileiro garantiu compensações às empresas estrangeiras que iam além das expectativas tanto legais como do próprio mercado

Em resumo, a teoria da regulação formulada a partir da experiência histórica das “utilities” norte-americanas chegou também ao Brasil, influenciou a modulação dos serviços públicos e está presente no Código de Águas de 1934, legislação elaborada no momento em que o Estado começava a transição para o modelo “europeu”. Mantinha-se, no setor elétrico, o paradoxo inicial: o país possuía uma legislação de modelo “norte-americano” enquanto buscava a estatização do modelo “europeu”. Seguindo a mesma evolução histórica do setor ferroviário, na década de 1990 prevaleceu o projeto de privatizações e liberalização. A prestação de serviços públicos pelo Estado é apontada, então, como ineficiente e incapaz de realizar investimentos necessários, tal qual antes fora alegado contra a prestação por entes privados, reafirmando o paradoxo aqui apontado.

## 5. Considerações finais

A teoria econômica sobre os serviços de utilidade pública, bem como seu tratamento jurídico, surgiu em resposta às transformações sem paralelo inauguradas pela expansão da Revolução Industrial no século XIX: a crescente urbanização, as novas potencialidades no campo da infraestrutura, o crescimento populacional e a própria industrialização levaram os economistas e os juristas em busca de instrumentos teóricos que permitissem ampliar a compreensão desse mundo novo.

Nos Estados Unidos, concluiu-se que certas atividades, dotadas de características econômicas e tecnológicas próprias, demandavam um tratamento diferente da economia de mercado devido a seu caráter essencial tanto para o bem-estar da população como para a continuidade do desenvolvimento econômico. Tais atividades foram conceituadas como “public utilities”. Se não havia divergência quanto ao caráter essencial dessas atividades, havia quanto à melhor maneira de uma economia ofertá-las. A tradição consolidou dois modelos ideais, como foi debatido. O primeiro,

“norte-americano”, permitia a prestação por empresas privadas, admitindo com o passar dos anos níveis maiores ou menores de regulação, especialmente quanto ao preço das tarifas e investimentos em novas estruturas. A rigor, o debate sobre “utilities” nos EUA centra-se na dimensão da regulação e mesmo de sua necessidade, tendo como pressuposto a maior eficiência da atuação privada.

Por sua vez, no segundo modelo, chamado “europeu”, é o Estado quem presta os serviços públicos por meio de suas empresas, autarquias, dentre outros institutos de Direito Administrativo. Nesse cenário, perdem sentido os contratos de concessão e a própria ideia de regulação. Por outro lado, ao considerar aqueles serviços como essenciais e não se pautar pela busca do lucro, esse segundo modelo permitiria uma política tarifária branda e também o direcionamento de investimentos em projetos que a decisão política considere estratégicos, ainda que de retorno baixo.

No Brasil, ambos os modelos conviveram desde 1852, data da primeira lei que regula uma concessão eficaz para a construção de linhas férreas. Contudo, é perceptível o predomínio do “norte-americano” de meados de XIX à década de 1930, sendo sucedido pelo predomínio do modelo “europeu” até a década de 1980, para um retorno ao “norte-americano” no final do século XX. Considerando-se apenas duas atividades - o transporte ferroviário e o fornecimento de energia elétrica - salvo algumas diferenças, ambas surgem no século XIX como concessões que o Estado confere a empresas privadas para a construção da infraestrutura necessária e prestação do serviço, pelo qual as empresas cobriam tarifas, mas podiam também receber garantias quanto a uma taxa de retorno mínima bancada pelos cofres públicos, quando necessário. As disputas em torno do valor das tarifas refletem, no Brasil, o debate travado também nos EUA em uma fase na qual as prestadoras de serviços públicos erigiam-se como grandes monopolistas.

Quanto às ferrovias, verifica-se que a transição para o modelo “europeu” foi uma opção adotada sob a vigência dos governos de cunho liberal da Primeira República por imposição das condições econômicas de uma economia primário-exportadora com crescimento voltado para fora, e não por opção ideológica. Esse movimento estende-se até a década de 1960, quando se completa a total concentração da rede ferroviária em empresas estatais, já em um momento no qual a opção pela industrialização dirigida pelo Estado se afirmara. Por sua vez, no setor elétrico a estatização foi

produto direto das transformações de ordem global trazidas pelas guerras mundiais e pela Depressão da década de 1930. No Brasil, isso refletiu-se na opção por um novo modelo de Estado, centralizado, nacionalista e estruturante na atividade econômica, para o qual a produção e distribuição de energia elétrica era essencial para o desenvolvimento econômico. Não obstante, a legislação que, pela primeira vez, regulava o setor elétrico em âmbito nacional concebia um modelo de tipo “norte-americano”, enquanto o Estado afirmava-se pelo modelo “europeu”. As concessões de serviços públicos formuladas naquele diploma legal, como produto de três décadas de debates, não encontraram terreno propício diante da tendência à estatização.

Assim, há um paradoxo marcando a prestação dos serviços públicos no Brasil: o modelo de provisão adotado formalmente não correspondia integralmente ao modelo de provisão material. Qual a razão desse descompasso? O artigo procurou demonstrar que a estrutura econômica brasileira se chocava contra os modelos adotados pelo Estado, em cada momento. Em outras palavras, as exigências tanto do mercado como dos projetos de desenvolvimento de uma economia periférica e primário-exportadora exigiam uma complexidade maior que a definida nos modelos.

Em 1988, a Constituição Federal da redemocratização estabeleceu um regime híbrido, dialogando com as duas tradições: os serviços públicos são incumbência do Estado, que pode prestá-los diretamente ou mediante concessão ou permissão à iniciativa privada. A opção pelas concessões seria regulada em lei especial. Assim, em 1995, a Lei 8987 será, a rigor, a primeira “Lei de Concessões” no país. Esse modelo de cunho “norte-americano”, ainda que em forma híbrida, estava em acordo com uma década na qual o Estado brasileiro passava por reformas estruturais em adequação à ordem neoliberal pressuposta na adoção dos paradigmas do Consenso de Washington. Pela primeira vez, a forma do Estado e o modelo de provisão de serviços públicos estavam compassados.

Desfez-se o paradoxo? Analisando a questão pelo âmbito formal, sim. Contudo, pelo viés material, no qual os problemas quanto à universalização e qualidade dos serviços permanecem sem solução, continua presente o questionamento quanto à adequação da resposta ao contexto das necessidades econômicas do país. Ao fim e ao cabo, é à estrutura econômica e social a quem cabe a última palavra.

## Referências

BANDEIRA DE MELLO, Celso A. **Curso de Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BAUMOL, William; PANZAR, John C.; WILLIG, Robert D. **Contestable Markets and the Theory of Industry Structure**. 1.ed. San Diego: Harcourt College Publishers, 1988.

BÉRTOLA, Luis; OCAMPO, José Antônio. **Desenvolvimento, vicissitudes e desigualdade – uma história econômica da América Latina desde a independência**. Mar del Plata: Secretaria General Iberoamericana, 2010.

BOYD, William. Just Price, Public Utility, and the Long History of Economic Regulation in America. **Yale Journal on Regulation**, Yale, vol. 35, p. 721-777, 2018.

BRAGA, Odilon. Serviços públicos concedidos. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 7, p. 33–51, 1947.

BRAUDEL, Fernand. **A dinâmica do capitalismo**. Rio de Janeiro: Rocco, 1987.

CLARK, John M. **The Social Control of Business**. 2. ed. Nova Iorque: Augustus M. Kelley, 1928.

DEMSETZ, Harold. Why Regulate Utilities? **Journal of Law and Economics**, Chicago, vol 11, nº 1, p. 55-65, 1968.

EMMONS, William M. Franklin D. Roosevelt, Electric Utilities, and the Power of Competition. **The Journal of Economic History**, Cambridge, vol. 53, p. 880-907, 1993.

FURTADO, Celso **A economia latino-americana**. 4. ed. São Paulo: Cia das Letras, 2007.

HOBSBAWN, Eric. **A Era das Revoluções**. 16. ed. São Paulo: Cia. das Letras, 2002.

JOHNSON, B. B.; SAES, F.A.M.; TEIXEIRA, H.; WRIGHT, J. T. C. **Serviços Públicos no Brasil: mudanças e perspectivas**. São Paulo: Editora Edgar Blucher, 1996.

LANNA, Ana Lúcia Duarte. Ferrovias no Brasil – 1870-1920. **Revista História Econômica & História de Empresas**, VIII.1, p. 7-40, 2005.

LIMA, José Luiz. **Estado e energia no Brasil**. São Paulo: IPE USP, 1984.

LOUREIRO, Gustavo Kaercher. **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**. Rio de Janeiro: FGV/CERI, 2020.

MARICHAL, Carlos. Las finanzas y la construcción de las nuevas naciones latinoamericanas (1810-1880). In: VÁZQUEZ, Josefina Z (Org.). **Historia General de America Latina**, Vol. VI. Madrid: UNESCO, 2004, p. 399-420.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NASH, L. R. **The Economics of Public Utilities**. New York: McGraw-Hill, 1925.

NOWOTNY, Kenneth. The Economics of Public Utility Regulation: An Overview. In: NOWOTNY, Kenneth; SMITH, David B.; TREBING, Harry M (Org.). **Public Utility Regulation – the economic and social control of industry**. Boston, Dordrecht, Londres: Kluwer Academic Publishers, 1989, p. 9-34.

NUNES, Ivanil. Estatização, desestatização e reestatização no setor ferroviário argentino e brasileiro. **Revista Uruguaya de Historia Económica**, vol. VI (9), p. 49-72, jun. 2016.

PALMER, R. R. **The Age of the Democratic Revolution – a Political History of Europe and America, 1760-1800**. Princeton: Princeton University Press, 1969.

POMERANZ, Kenneth. **The Great Divergence: China, Europe and the Making of the Modern World Economy**. 1. ed. Princeton: Princeton University Press, 2000.

SAES, Alexandre M.; SASSE, Carla Muller. A AMFORP e o setor elétrico brasileiro (1926-1964). **Anuario CEEED**, Buenos Aires, nº 4, Ano IV, p. 111-148, 2012.

SAES, Flávio A. Marques. **As ferrovias de São Paulo (1870-1940)**. São Paulo: Hucitec, 1981.

SAES, Flávio A. Marques. **A grande empresa de serviços públicos na economia cafeeira**. São Paulo: Hucitec, 1986.

SCHUMPETER, Joseph A. **History of Economic Analysis**. Londres: Routledge, 1986.

STIGLER, Georg. The Theory of Economic Regulation. **The Bell Journal of Economics and Management Science**, vol. 2, n. 1, p. 3-21, 1971.

TONETO JÚNIOR, Rudinei. **A situação atual do saneamento básico no Brasil: problemas e perspectivas**. São Paulo, 2004, 325 f. Tese (Livre-Docência) – Economia, Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo.

---

TROESKEN, Werner. Regime Change and Corruption – A History of Public Utility Regulation. In: GLAESER, Edward L; GOLDIN, Claudia (Org.). **Corruption and Reform: Lessons from America's Economic History**. Chicago: University of Chicago Press, 2006.

VALLADÃO, Alfredo. **Bases para o Código de Águas da República**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1907.