ÁLVARO ADELINO MARQUES BAYEUX

Soberania econômica e infraestrutura

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Titular Dr. André Ramos Tavares

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo - SP

2020

ÁLVARO ADELINO MARQUES BAYEUX

Soberania econômica e infraestrutura

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Econômico e Financeiro, sob a orientação do Professor Titular Dr. André Ramos Tavares.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
São Paulo - SP
2020

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Catalogação na publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Soberania econômica e infraestrutura

Bayeux, Álvaro Adelino Marques

Soberania econômica e infraestrutura / Álvaro Adelino Marques Bayeux; orientador Professor Titular Dr. André Ramos Tavares – São Paulo, 2019.
279 p.

Dissertação (Mestrado – Programa de Pós-Graduação em Direito Econômico e Financeiro) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2020.

1. Soberania econômica 2. Infraestrutura 3. Desenvolvimento

FOLHA DE APROVAÇÃO

Nome: BAYEUX, Álvaro Adelino Marques.

Título: Soberania econômica e infraestrutura.

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Econômico e Financeiro, sob a orientação do Prof. Titular Dr. André Ramos Tavares.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof.: _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Prof.: _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Prof.: _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu estimado orientador, Professor André Ramos Tavares, pela disponibilidade de me orientar, pelo conhecimento transmitido e pelo exemplo de seriedade e rigor acadêmico.

À minha amada namorada, Ana Paula, que esteve ao meu lado ao longo de todo o processo de elaboração deste trabalho e que tanto me apoiou. Não teria sido possível sem a força, ajuda e companheirismo dela.

Aos meus pais, meus irmãos e meus sogros, grandes incentivadores, pelo apoio incondicional.

Aos amigos, que foram grandes amigos, com pronta disposição em ajudar no que fosse preciso.

Agradeço, por fim, aos Professores Gilberto Bercovici e Luis Fernando Massonetto, pelas valiosas sugestões ao trabalho, na ocasião do exame de qualificação.

RESUMO

BAYEUX, Álvaro Adelino Marques. **Soberania econômica e infraestrutura**. 279 fls. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

A dissertação se propõe a analisar o significado do princípio da soberania econômica previsto no artigo 171, inc. I, da Constituição Federal e o papel exercido pelos setores de infraestrutura na efetivação de tal princípio constitucional. A dissertação divide-se em três grandes capítulos. O primeiro capítulo cuida da origem do conceito ortodoxo de soberania política, sua importância na edificação dos Estados Nacionais e formação do modelo vigente de ordenação social e as sucessivas mutações de referido conceito no tempo, em assimilação às relevantes transformações experimentadas pela sociedade e pelo Estado. No curso de tais transformações, a economia se tornou, paulatinamente, um vetor autônomo à estrutura estatal, com alto poder de impacto na sociedade. Com isso, o conceito ortodoxo de soberania política, para bem traduzir o poder de última instância que ordena a sociedade, passa a assimilar a dimensão econômica, as grandes forças dirigentes de tal dimensão e seus modos de interação com as instituições políticas. O segundo capítulo da dissertação analisa precisamente a ramificação do conceito de soberania voltada a captar a influência e importância econômica no poder político que conduz a sociedade: trata-se do princípio da soberania econômica. O princípio estudado ostenta, como conteúdo jurídico, a busca pela internalização dos centros de decisão econômica e a correlata necessidade de planejamento econômico. A Constituição Federal prevê diversos mecanismos de efetivação do princípio da soberania econômica. Destaca-se, entre eles, as normas constitucionais que atribuem ao Estado a titularidade dos bens e atividades de infraestrutura: em suma, energia, telecomunicações, logística de transporte e saneamento básico. Tais setores se mostram de suma importância para o atingimento da soberania econômica e para o cumprimento dos direitos sociais de natureza econômica. O terceiro capítulo estuda a infraestrutura, sua denominação, suas propriedades, suas incongruências com a dinâmica de livre mercado, sua íntima ligação com o instituto jurídico do serviço público e com os direitos sociais de natureza econômica, de modo a fundamentar a necessidade da atribuição de tais setores ao domínio público e à titularidade estatal.

Palavras-chave: Soberania econômica, infraestrutura, desenvolvimento, constituição econômica, serviço público.

ABSTRACT

BAYEUX, Álvaro Adelino Marques. **Economic Sovereignty and Infrastructure**. 279 pages. Master thesis (Master in Economic Law) – Law School of Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

This master thesis aims to analyze the meaning of the principle of economic sovereignty, provided for in Article 171, I, of Federal Constitution and the role of infrastructure for the enforcement of this constitutional principle. The master thesis is divided into three major chapters. The first chapter deals with the origin of the orthodox concept of political sovereignty, the importance of this concept for the building of National States and of the ongoing model of social organization, as well as the successive mutations of this concept, as result of the relevant changes experienced by society and State. In the course of these changes, the economy gradually turned into a vector, autonomous from the State structure, with a massive impact on society. So the orthodox concept of political sovereignty, in order to accurately translate the ultimate power of social organization, has assimilated into itself the economic dimension, the respective leading forces of economic dimension and the paths by which these leading forces interact with political institutions. The second chapter deals with the specific branch of sovereignty that is aimed to cognize and apprehend the economic influence on the political power that drives the society: this branch is named the principle of economic sovereignty. This principle displays, as its legal content, the internalization of economic decisions' centers and the related need for economic planning. The Federal Constitution sets forth multiple gears for the enforcement of the principle of economic sovereignty. One of the most important gears is the constitutional rule that assigns the infrastructure assets and activities (energy, telecommunications, transports and basic sanitation) to the State dominance. Infrastructure assets and activities are indispensable for the accomplishment of the principle of economic sovereignty, as well as for the provision of the so-called social rights of economic nature. The third chapter analyses the infrastructure itself, including its legal qualification, its properties, its incompatibility with a free-market dynamic, and its intimate connection to legal notion of public service and to social rights of economic nature, in order to conclude that infrastructure must be under the state ownership and public dominance.

Keywords: Economic sovereignty, infrastructure, development theory, economic constitution, public service.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Artigo	art.
Banco Interamericano de Desenvolvimento	BID
Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social	BNDES
Câmara Brasileira de Indústria da Construção	CBIC
Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe	CEPAL
Constituição Federal de 1988	CF
Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária	INFRAERO
Departamento Nacional de Infraestrutura de Transporte	DNIT
Inciso	inc.
Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada	IPEA
Lei das Concessões	Lei nº 8.987 de 1995
Lei das PPP's	Lei nº 11.079 de 2014
North American Free Trade Agreement	NAFTA
Parágrafo	§
Programa Nacional de Desestatização	PND

União Europeia	UE

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 17

1.1 Objeto 17

1.2 Exposição 18

2 A SOBERANIA POLÍTICA E SEU PAULATINO INGRESSO NO PLANO ECONÔMICO 23

2.1 Introdução 23

2.2 A "descoberta" da soberania 24

2.2.1 Jean Bodin e a soberania do monarca 26

2.2.2 Thomas Hobbes e a soberania do Estado Absoluto 34

2.3 A soberania nacional 38

2.3.1 Rousseau e a adaptação da soberania à democracia 38

2.3.2 Léon Duguit e a negação da soberania-direito 43

2.4 A difícil equação entre soberania e constitucionalismo 50

2.5 Soberania na ordem interna e na ordem externa 68

2.6 A Constituição Federal de 1988 e os pilares da soberania nacional 75

3 A SOBERANIA ECONÔMICA 84

3.1 Introdução 84

3.2 Como a soberania econômica se relaciona com o conceito tradicional de soberania 86

3.3 Do plano internacional ao plano interno 92

3.4 Constituição econômica e soberania econômica 94

3.5 O conteúdo normativo nuclear do princípio da soberania econômica 111

3.5.1 Internalização dos centros de decisão econômica 111

3.5.2 Planejamento econômico para o desenvolvimento 122

3.6 Normas constitucionais decorrentes da soberania econômica e a questão da infraestrutura 141

4 INFRAESTRUTURA E SOBERANIA ECONÔMICA 157

4.1 Introdução 157

4.2 O que se diz infraestrutura – uma primeira incursão ao conceito 160

4.3 As crises sobre a identidade da infraestrutura 170

4.3.1 Bem e/ou atividade? 170

4.3.2 Infraestrutura como capital fixo social 175

4.3.3 As características da infraestrutura que a aproximam do domínio público e a afastam da ideia de mercado 186
4.3.4 Conclusões sobre as crises de definição da infraestrutura 199
4.4 A importância da infraestrutura para a soberania econômica 202
4.4.1 Infraestrutura como serviço público 204
4.4.2 Infraestrutura e direitos sociais de natureza econômica 215
4.4.3 A delegação da infraestrutura à operação pela iniciativa privada 227
5 CONCLUSÃO 241
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 247
TRADUÇÃO DAS CITAÇÕES EM LÍNGUA ESTRANGEIRA 262

1 INTRODUÇÃO

1.1 Objeto

Os objetos de estudo desta dissertação são o princípio constitucional da soberania econômica e a importância da infraestrutura na consumação dos valores positivados por tal princípio.

O chamado princípio da soberania econômica se encontra estabelecido no art. 170, inc. I da Constituição Federal de 1988, sendo sua previsão uma inovação do oitavo texto constitucional brasileiro. Tal princípio não fazia parte de nenhuma das cartas constitucionais anteriores.

A interpretação corrente que a doutrina dá a tal princípio inaugurado pela Constituição Federal de 1988 é a de que o país deve zelar pela autonomia nacional no plano econômico. Isto é, no mundo globalizado, em que a interação econômica entre os países é um fato pressuposto, o país deve garantir que tais interações não comprometam a sua capacidade de autodeterminação, seja no próprio plano econômico, seja também no plano político.

Com tal norte em vista, o objetivo deste trabalho se divide em dois itens sequenciados.

Primeiramente, a dissertação busca analisar a fundo o conteúdo normativo do princípio da soberania econômica, isto é, o significado da norma inserida no art. 170, I da Constituição Federal de 1988, em sua gramática, em seu contexto histórico evolutivo, em sua teleologia e em sua interação sistemática com as demais normas constitucionais. Esse estudo buscará compilar e, com isso, enriquecer a visão doutrinária existente sobre tal dispositivo constitucional, tendo-se em vista serem raros os trabalhos que se debruçam exclusivamente sobre o princípio da soberania econômica, em toda a sua profundidade hermenêutica.

Uma vez percorrido o primeiro objetivo de amplo exame do princípio da soberania econômica, o segundo objetivo do trabalho é estudar a relevância da chamada infraestrutura – assim entendida como os ativos e as atividades de energia, telecomunicações, saneamento e logística de transporte – e do seu respectivo tratamento jurídico para a consecução do princípio da soberania econômica.

A infraestrutura, embora não esteja sob tal nome perfeitamente prevista na Constituição Federal e no ordenamento jurídico como um todo, consiste em conceito

jurídico da maior relevância no campo das políticas econômicas de um país subdesenvolvido que busca alcançar independência e autodeterminação econômica e política.

Isso porque, como aponta Gilberto Bercovici, a infraestrutura exerce o sentido de fundamento da atividade econômica, isto é, os empreendimentos de infraestrutura são condição precedente para o desenvolvimento das demais atividades econômicas.[1]

Se (i) como premissa maior, a infraestrutura é um elemento e instrumento de grande importância para a autonomia econômica de um país; e se (ii) como premissa menor, a Constituição Federal brasileira positivou um princípio de busca pela autonomia econômica; então (iii) como conclusão, o tratamento jurídico dado ao desenvolvimento e execução da infraestrutura brasileira deve observar e se guiar por tal princípio, o princípio da soberania econômica.

É o referido silogismo exposto no parágrafo anterior que inspirou o interesse na realização da presente dissertação e que resume o objeto do trabalho.

1.2 Exposição

O termo soberania econômica é uma construção doutrinária, uma vez que o texto escrito do art. 170, inc. I da Constituição Federal refere-se à *"soberania nacional"* como sendo um dos princípios a serem observados na ordem econômica e um dos princípios gerais da atividade econômica. *In verbis*:

> "CAPÍTULO I – DOS PRINCÍPIOS GERAIS DA ATIVIDADE ECONÔMICA
> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional."

Sendo assim, o que comumente chamamos de princípio da soberania econômica consiste, na precisão do texto legal, no preceito da soberania nacional, enquanto princípio da ordem econômica.

Esse detalhe do texto constitucional é de grande relevância para esta dissertação, pois ele oferece o ponto de partida da nossa investigação sobre o conteúdo normativo do art. 170, I da Constituição Federal.

---

[1] BERCOVICI, Gilberto. Infraestrutura e Desenvolvimento. *In*: BERCOVICI, Gilberto; VALIM, Rafael, *Elementos de Direito da Infraestrutura.* São Paulo: Contracorrente, 2015. p. 17-26, aqui p. 18.

Isso porque, embora *soberania econômica* seja um conceito jurídico recente e relativamente indesbravado, a soberania nacional, por outro lado, é um conceito ancestral e dos mais estudados pelos grandes filósofos políticos e jurídicos, desde o século XVI até a atualidade.

Quando nos deparamos com o fato de que a *soberania econômica* é uma abreviação de *soberania nacional na ordem econômica*, revela-se um ponto de partida bem claro para iniciar a investigação: para saber o que é *soberania econômica* é preciso saber o que é soberania nacional. E, para saber o que é soberania nacional, é preciso saber antes o que é soberania.

Em curtíssimo resumo, podemos dizer que a soberania é o fundamento teórico subjacente ao movimento de unidade política e unidade jurídica que consagrou a formação dos Estados modernos.

O mundo medieval era marcado por fragmentação política em vários polos de poder concorrentes em um mesmo território e para uma mesma população. Cada polo de poder concorrente correspondia a uma fonte de direito, de modo a estabelecer uma pluralidade de ordens jurídicas concorrentes em um mesmo território e para uma mesma população.

Tal estado de coisas encontrava seu fundamento teórico na doutrina da constituição mista, que postulava a coexistência harmônica entre os polos de poder, num reconhecimento recíproco de legitimidade.

A soberania, em seu estado mais bruto, consistiu no fundamento teórico de confronto à ideia de constituição mista. E o fundamento teórico da soberania prevaleceu, no movimento histórico de reunião dos fragmentos de poder medievais para a formação dos Estados modernos.

O fundamento teórico da soberania, no seu núcleo conceitual atômico de unidade de poder político e unidade jurídica, ainda vige nos tempos atuais, na escala dos Estados nacionais ou, como preferir, dos países.

Ocorre, porém, que, do século XVI até os dias atuais, aquele conceito de soberania que representou a superação da constituição mista medieval sofreu radicais alterações, refletindo as transformações da sociedade ao longo dos séculos.

A soberania que pertencia ao monarca em Jean Bodin, passou a pertencer ao Estado absoluto em Hobbes e, finalmente, foi transferida ao povo da nação em Rousseau, ganhando, assim, o complemento “nacional”. Com o advento do constitucionalismo, a soberania, então nacional e pertencente ao povo, sofreria outra metamorfose. Ela se bifurcou, de um lado, naquilo que Carl Schmitt chamou de decisão fundamental tomada

pelo povo no poder constituinte e, de outro lado, no direito de sufrágio dos representantes dos poderes constituídos.

Como podemos ver, a soberania sobreviveu como elemento teórico do poder político porque se adaptou às transformações da sociedade.

Nesse contexto, a soberania econômica se apresenta, possivelmente, como o mais recente produto da transformação, ramificação e complexicização que o conceito original de soberania experimenta ao longo do tempo.

E qual seria, então, o possível acontecimento ou processo de acontecimentos históricos que provocou o surgimento dessa nova ramificação da soberania?

O processo de acontecimentos em questão parece ter sido o desenvolvimento da economia como um livre vetor de poder, descolado da dimensão política, fenômeno esse que progrediria para a globalização econômica.

Em apertada síntese, o anseio e a luta do povo por liberdade contra o poder absoluto do Estado, luta esta que demarcou a queda do Antigo Regime e a passagem da Idade Moderna para a Idade Contemporânea, misturava-se, num caldo cultural maior, com os anseios da classe burguesa pela plena liberdade econômica, desamarrada de qualquer intervenção ou intercessão estatal.

Assim, o ideal do liberalismo econômico ingressou dentro da estrutura do Estado democrático, de tal sorte a permitir que o poder econômico florescesse à margem da unidade política e jurídica do Estado. Esse poder econômico desenvolveu-se em tal envergadura a ponto de subordinar e sobrepujar o poder da unidade política e jurídica nacional.

Diz Vital Moreira que a democracia política, com os seus instrumentos, como o parlamento, os partidos, o sufrágio universal e os direitos fundamentais, não passa de uma ilusão quando as condições econômicas impedem o cidadão de efetivamente fazer uso dos seus direitos. Faz-se necessário, então, transformar o cidadão político em cidadão econômico. Arremata o célebre jurista português que “assim como a revolução liberal tinha criado a cidadania política, era necessário agora atribuir a todos a ‘cidadania econômica’”.[2]

É nesse contexto de mudança da sociedade, em que o poder econômico desponta como um vetor subordinante do poder político e jurídico nacional, que se desenha a ideia

[2] MOREIRA, Vital. Economia e Constituição. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1979, p. 20.

de soberania econômica. A soberania econômica parece refletir a conscientização jurídica, sobretudo nos países subdesenvolvidos, da necessidade de o direito incidir no plano econômico de tal maneira a promover a autonomia da economia nacional, e assim permitir que a soberania popular, do ponto de vista político, consiga se efetivar.

Tal interpretação em muito se alinha com as doutrinas brasileiras da *Crise do Poder Constituinte*, de Paulo Bonavides, e da *Soberania Bloqueada*, de Gilberto Bercovici, segundo as quais a efetivação, pelo povo, de sua soberania popular é histórica e continuamente suspensa pelos interesses econômicos da pequena elite dirigente interna e das nações estrangeiras que ocupam o centro do sistema capitalista. Essas duas correntes de pensamento serão analisadas com profundidade ao longo da dissertação.

Parece ser esse o ponto de partida da história e da epistemologia do princípio da soberania econômica, inaugurado no direito brasileiro pela Constituição Federal de 1988. A presente dissertação investigará a validade e procedência dessa intuição.

E se a soberania econômica está ligada à incidência do direito no domínio econômico com vistas a preservar, recuperar ou atingir a independência e autodeterminação econômica nacional, a regulação jurídica da infraestrutura se oferece como questão elementar para o cumprimento de tal princípio, haja vista a já referida importância fulcral de tais setores no desenvolvimento do sistema econômico.

A dissertação se dividirá em três grandes capítulos.

O primeiro capítulo se dedica ao estudo da evolução da soberania enquanto conceito político e o seu caminho de ingresso no plano econômico. A rememoração e análise da formação da soberania, sua transformação em soberania nacional e sua equalização à ideia de constitucionalismo nos revela importantes elementos para a compreensão histórica e conjuntural do que venha a ser soberania econômica.

O segundo capítulo dedica-se exclusivamente ao estudo sobre o princípio da soberania econômica, já com a contribuição dos influxos do capítulo anterior.

A investigação do conteúdo do princípio da soberania econômica requer a compreensão do papel que ele exerce na constituição econômica, os comandos pragmáticos que se extraem do princípio e as normas constitucionais que dele decorrem ou com ele se comunicam. Verificar-se-á que, entre essas normas que se comunicam com o princípio da soberania econômica, estão aquelas que determinam a titularidade estatal dos bens e atividades que compõem a infraestrutura.

Por fim, o terceiro e último capítulo estudará o conceito de infraestrutura, os setores que a compõem, o seu significado e qualificação jurídica, as suas características físicas, a

sua conexão com os serviços públicos e com os direitos sociais de natureza econômica, de modo a compreender o exato papel da infraestrutura na concretização da soberania econômica.

2 A SOBERANIA POLÍTICA E SEU PAULATINO INGRESSO NO PLANO ECONÔMICO

2.1 Introdução

A Constituição Federal de 1988 foi a primeira constituição pátria a estabelecer a soberania nacional como um dos princípios norteadores da ordem econômica, o que fez nos termos do artigo 170, I. *In verbis*:

> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
> **I - soberania nacional**;
> II - propriedade privada;
> III - função social da propriedade;
> IV - livre concorrência;
> V - defesa do consumidor;
> VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;
> VII - redução das desigualdades regionais e sociais;
> VIII - busca do pleno emprego;
> IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Embora a primeira constituição pátria a dispor sobre a organização da atividade econômica tenha sido a Constituição Federal de 1934, influenciada pela Constituição de Weimar,[3] foi a Constituição Federal de 1988 que, nas palavras de Eros Grau, "pela primeira vez na história constitucional brasileira", preceituou explicitamente "a relação entre soberania política do Estado, pressuposto da ordem constitucional, e a soberania econômica".[4]

Assim, aquilo que intitulamos corriqueiramente de *soberania econômica* em discursos e debates jurídicos ou políticos, normalmente a respeito do grau de

[3] TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. 1. ed. São Paulo: Método, 2003, p. 97. No mesmo sentido, BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento:* Uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 17. Por fim, BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1991, p. 319: "Segundo uma certa tendência europeia do pós-guerra, mas que na verdade só iria se firmar definitivamente ao término da Segunda Grande Guerra, alguns dos preceitos do chamado 'Welfare State' foram consagrados no texto. Pela primeira vez na história constitucional brasileira, considerações sobre a ordem econômica e social estiveram presentes".

[4] GRAU, Eros Roberto. Comentários à Constituição do Brasil – artigo 170, caput e inciso I. *In*: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Editoras Saraiva, Almedina e Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, 2013. p. 1785-1797, aqui p. 1.794.

independência da economia brasileira no plano internacional, encontra-se positivado na norma fundamental do ordenamento jurídico pátrio, sob o *nomen juris* de soberania nacional como princípio da ordem econômica.

Como sugere a nomenclatura adotada pela Constituição Federal e como define Eros Grau, a soberania econômica consiste na acepção econômica de um instituto de origem política: a soberania nacional.[5]

Portanto, como soberania econômica é a soberania nacional aplicada no plano econômico, para bem entendermos o substrato da soberania econômica, é preciso antes saber o que significa soberania nacional, como conceito próprio do campo político.

Mas, como veremos, a soberania, antes de ser nacional, era a soberania do Estado Absoluto, e antes ainda, a soberania do príncipe. Como ponto de partida do presente estudo sobre o significado de soberania econômica, refaremos este caminho histórico.

2.2 A "descoberta" da soberania

O conceito de soberania remete temporalmente à Idade Média tardia, precisamente do século XII em diante.

Os eventos históricos associados àquele período do tempo revelam a causalidade das múltiplas correntes de pensamento que analisaram e delinearam o conceito.

Falamos de tempos de paralelismo entre o poder dos imperadores e o poder dos pontifícios. Tempos do poder exercido, com maior ou menor harmonia ou desarmonia, pela *auctoritas pontificum* e a *regalis potestas.*

A pluralidade de polos de poder irradiadores de normas de comando sobre a sociedade, polos que coexistiam em situação de disputa, proporcionava uma situação jurídica identificada por *Direito sem Estado.*[6]

---

[5] Além de Eros Grau, afirmam a correlação entre *soberania econômica* e o conceito político de soberania os autores Gilberto Bercovici, em *A soberania econômica e o desmonte do Estado no Brasil* (*In*: *Carta Maior*, disponível na internet: http://www.cartamaior.com.br/?/Editoria/Politica/A-soberania-economica-e-odesmonte- do-Estado-no-Brasil/4/37985); Washington Peluso Albino de Souza, em *Teoria da Constituição Econômica*, Celso Ribeiro Bastos, nos *Comentários à Constituição do Brasil (promulgada em 5 de outubro de 1988)*, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, nos *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, Luis Roberto Barroso, em *A Ordem Econômica Constitucional e os Limites à Atuação Estatal no Controle de Preços* e José Alfredo de Oliveira Baracho, em *Teoria Geral da Soberania*. Todos esses autores e seus escritos em que explicam tal correlação estão expostos na seção 3.2 desta dissertação.

[6] *Direito sem Estado* é o título de artigo escrito pelo jurista Paolo Grossi, destinado ao estudo da realidade jurídica medieval, e da sua incompatibilidade com a ideia de soberania ou mesmo com a ideia de Estado moderno: *Diritto Senza Stato (La Nozione di Autonomia come Fundamento dela Costituizone Giuridica Medievale)*. Quaderni Fiorentini, per la storia del pensiero giuridico moderno. 25. ed. Milano: Gioffrè, 1996.

A sobreposição de polos dotados do poder de comandar pronunciava a ausência de unidade de ordenamento jurídico. O comando dos pontifícios convivente com o comando dos imperadores, e ainda com outras possíveis frentes de poder, ostentava menor aptidão para incidência rigorosa e absoluta das respectivas normas jurídicas.

A estrutura jurídica medieval, pela difusão de polos de comando que compunham o seu tecido, era dotada de maior relativismo e elasticidade[7] do que aquelas emanadas de um núcleo uno e totalizante de poder.

O mundo jurídico medieval, nas palavras de Paolo Grossi, era vivido segundo a noção de autonomia do direito em relação ao Estado,[8] ainda não propriamente constituído naqueles idos da História como modernamente o conhecemos. Não havia o complexo esqueleto estatal, que canaliza e unifica a fonte de poder político-jurídico, bem como estrutura tal poder em uma cadeia de investiduras e delegações com o propósito de reger a sociedade.

O direito medieval era fenômeno social concebido sem o suporte da ferramenta do Estado pronta e acabada. Os comandos normativos emergiam de fontes difusas em convívio, cada qual ancorada em distinto fundamento de poder – pela força, pela fé, pelo acúmulo econômico –, e cada qual com o seu grau de incidência. Testemunhava-se a interpenetração pura e direta do direito e da sociedade, sem o filtro do Estado Moderno, que organiza seus componentes em um regime de unidade: no Estado Moderno, temos um ordenamento jurídico singular, fruto de uma fonte única de poder normativo, incidente exclusivamente sobre um dado povo, atrelado exclusivamente a um dado território circunscrito.[9]

---

[7] Relativismo e elasticidade: são essas as exatas palavras utilizadas repetidas vezes por Paolo Grossi em *Diritto Senza Stato (La Nozione di Autonomia come Fundamento dela Costituizone Giuridica Medievale)*, para adjetivar a estrutura de pluralidade de ordenamentos jurídicos desse dado período medieval. Para Gilberto Bercovici, "Paolo Grossi entende que a expressão 'soberania' representa um conceito totalizante, de exclusividade, e que, portanto, ela seria incapaz de ordenar a realidade jurídica medieval. A definição mais adequada seria a de autonomia, entendida como mecanismo estrutural e funcional da pluralidade de ordenamentos, dotada de relatividade e elasticidade". BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição:* para uma crítica do constitucionalismo. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 51.

[8] "La costituzione medievale non è articolata in un arcipelago di sovranità ma in un tessuto di autonomie. [...] È questo l'unico modo per ordinare situazioni complesse altrimenti pressoché indecifrabili: la convivenza – in uno stesso territorio – di diritto comune e diritti particolari; l'intrecciarsi continuo fra diritto imperiale, canonico, statutario, feudale, mercantile, che soltanto il relativismo e l'elasticità della nozione di autonomia permette di capire quale compresenza e convivenza di più ordinamenti. Quel tessuto socio-giuridico medievale, che, di primo acchito, sembra un groviglio inestricabile, può ricevere luce definitiva in una ottica pluriordinamentale quale interazione di soggetti autonomi non sovrani". GROSSI, Paolo. *Diritto Senza Stato (La Nozione di Autonomia come Fundamento dela Costituizone Giuridica Medievale).* Quaderni Fiorentini, per la storia del pensiero giuridico moderno. 25. ed. Milano: Gioffrè, 1996, p. 283.

[9] "Ed emerge decisa la conclusione che è segnata nel titolo del saggio: un diritto senza Stato, un diritto che si aggancia immediatamente al sociale e lo esprime nella sua interezza. [...] Il mondo moderno ha soluzioni

A soberania é elemento essencial do Estado Moderno, e sua existência foi deflagrada justamente em período de grande transformação do modelo de sociedade ocidental, no marco divisório entre Idade Média tardia e Idade Moderna, como contraponto ao cenário de autonomia jurídica medieval.

2.2.1 Jean Bodin e a soberania do monarca

Jean Bodin foi o primeiro grande teorizador da soberania.[10] Sua teoria, ao que se extrai do *Methodus ad Facilem Historiarum Cognitionem*, de 1566, deu-se muito a partir da observação de conceitos políticos traçados na Antiguidade.

Em *Methodus*, Bodin aponta um conceito político que os Antigos não haviam definido com clareza: "[e]sse comando supremo que é o próprio poder civil soberano, chamado por Aristóteles de comando soberano, no qual se encontra a majestade e a constituição da República, e que não foi definido em nenhuma parte".[11,12] Bodin via naquela ausência de definição uma sensível lacuna, pois consistia no elemento que distinguia categoricamente um Estado de um agrupamento de pessoas, somente.[13]

---

assolutistiche ed esclusivistiche: un solo Stato e un solo ordinamento giuridico per un solo territorio; un solo soggetto proprietario e una sola proprietà unitaria per un solo patrimonio. Il mondo medievale, anche a livello patrimoniale, compie scelte esattamente opposte". GROSSI, Paolo. *Diritto Senza Stato (La Nozione di Autonomia come Fundamento dela Costituizone Giuridica Medievale)*. Quaderni Fiorentini, per la storia del pensiero giuridico moderno. 25. ed. Milano: Gioffrè, 1996, pp. 283-284.

[10] Antecessores e contemporâneos de Jean Bodin escreveram sobre o ofício do príncipe. O tema foi muito corrente e se tornou um gênero literário: os *espelhos de príncipes* se associam à tangência das Idades Média e Moderna, com papel relevante na formação da doutrina do absolutismo europeu. *Policraticus*, de John de Salisbury, e *O Príncipe*, de Nicolau Maquiavel, são obras célebres do gênero. Mas os *espelhos de príncipes* eram obras focadas nas condutas que definiam um governante ideal ao seu reino e súditos, mas não se dedicavam à análise do poder enquanto conceito de filosofia política e elemento imprescindível de Estado.

[11] BARROS, Alberto Ribeiro de. O conceito de soberania no Methodus de Jean Bodin. *Discurso*, v. 27, n. 1, p. 139-155, jun. 1996, aqui p. 141.

[12] "Ora, Aristoteles non definisce mai quel potere sovrano che egli stesso chiama *kyrion politeuma* [supremo potere politico] e *kyrian archén* [autorità suprema], e nel quale consiste <la maestà e> l'ordinamento di uno Stato". BODIN, Jean. *Methodus ad Facilem historiarum cognitionem.* Edizione, traduzione e comento a cura di Sara Miglietti. Pisa: Edizoni Della Normale, Scuola Normale Superiore Pisa, 2013, p. 357.

[13] Nesse sentido, afirma Bodin que "três ou mais famílias, cinco ou mais colégios constituem uma República se estiverem reunidos por um legítimo poder de comando" ("Dunque tre o più famiglie, o cinque o più collegi costituiscono uno Stato, se sono tenute insieme da um legittimo potere di comando"), assim como "nem o tratado, nem o comércio, nem o direito, nem as leis e nem a religião fazem de um conjunto de cidades uma República, mas somente a sua união sob um mesmo comando" ("Dunque né trattati, né scambi commerciali, né diritti, né leggi, né religioni possono fare di più comunità um solo Stato, ma soltanto l'unione sotto la medesima autorità"). BODIN, Jean. *Methodus ad Facilem historiarum cognitionem*. Edizione, traduzione e comento a cura di Sara Miglietti. Pisa: Edizoni Della Normale, Scuola Normale Superiore Pisa, 2013, pp. 361 e 381.

Sendo a soberania um elemento essencial preterido pelos Antigos, Bodin ruma, então, para o questionamento de outro conceito de herança greco-romana: a *constituição mista*, retratada com destaque em *História*, de Políbio.

Constituição mista é o ideal de que as forças políticas plurais presentes em um dado agrupamento humano devem reconhecer e legitimar umas às outras, em prol da coexistência perene e estável.[14] Sobretudo segundo a acepção dos glosadores medievais, seu significado era de afirmação da pluralidade das forças políticas que habitam a sociedade e de garantia do equilíbrio entre tais forças.

A constituição mista de Políbio, sob tal lente, consistia na chave teórica que fundamentava a organização político-social medieval. Bodin, por sua vez, representava uma nova visão de Estado e de organização da sociedade, ancorada no conceito político que os Antigos haviam de certa forma relegado: a soberania.

No *Methodus ad Facilem Historiarum Cognitionem*, Bodin revisitou e questionou o olhar analítico de Políbio sobre a República romana. Políbio atribuía a grandeza da República Romana à divisão do *summun imperium* entre povo, senado e cônsules. Bodin, de outra forma, entende que, na República de Roma, a soberania era de titularidade do povo apenas, e que senado e cônsules eram depositários precários de funções emanantes da soberania. Eram confiados do povo para operar o poder, confiança essa que poderia ser a qualquer tempo revogada.[15]

A República de Roma não teria sido, então, episódio empírico de uma constituição mista, mas sim de uma soberania popular. Ainda segundo Bodin, a mesma conclusão aplicava-se às repúblicas veneziana e espartana.[16]

A releitura, por Bodin, do testemunho de Políbio sobre a sociedade em que viveu esmorece as bases em que fora firmada a ideia de constituição mista, que seria fruto de um equívoco conceitual: confundia-se titularidade da soberania com exercício, sob confiança, de certos poderes que se desdobram da soberania. Bodin refuta a constituição mista, pois é incompatível com a soberania, consistente no poder indivisível por excelência.

---

[14] Para Bercovici, "a base da ideia de constituição mista é a mediação, ou seja, todas as forças políticas deveriam se reconhecer no campo político para reforçar o seu pertencimento comum à mesma realidade política". BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição:* para uma crítica do constitucionalismo. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 51.

[15] BARROS, Alberto Ribeiro de. O conceito de soberania no Methodus de Jean Bodin. *Discurso*, v. 27, n. 1, p. 139-155, jun. 1996, aqui pp. 144 e 145.

[16] BODIN, Jean. *Methodus ad Facilem historiarum cognitionem*. Edizione, traduzione e comento a cura di Sara Miglietti. Pisa: Edizoni Della Normale, Scuola Normale Superiore Pisa, 2013, pp. 415 e 423.

Para Bodin, a soberania é o poder supremo que repousa nas mãos de **uma** destas três entidades, sempre de modo **exclusivo e indivisível**: (i) um cidadão, em um Estado monárquico; (ii) a minoria dos cidadãos, em um Estado aristocrático; ou (iii) a maioria dos cidadãos, em um Estado democrático.[17] Se rei, aristocracia ou povo outorga a outro corpo função oriunda de sua soberania, o *summun imperium* não é repartido. O soberano confia o exercício de um poder de governo e subtrai o poder confiado quando assim lhe aprouver.

Nesse sentido, Olivier Beaud aponta o pioneirismo de Bodin em distinguir Estado de governo. Tal distinção, descreve Beaud, consistia numa "máquina de guerra contra o ideal do regime misto, e visa defender a unidade e a indivisibilidade do Estado e preservar uma ampla diversidade no arranjo dos magistrados".[18]

Assim, *Methodus ad Facilem Historiarum Cognitionem* inaugurava a ideia de soberania ainda em curso de maturação, com alguma medida de imprecisão, sobretudo quanto ao dilema sobre se o soberano estava subordinado ou excetuado da lei.[19] Se o poder de legislar é do soberano, pode ele estar vinculado às leis de sua criação sem que isso afete a natureza totalizante que define a soberania e a torna um bastião do Estado?

Após uma década de polimento, Bodin escreveu, em 1576, o *Les Six Livres de la République*, obra na qual expõe a sua ideia definitiva de soberania.

Quanto ao dilema sobre a sujeição do soberano às leis, Gilberto Bercovici, referindo-se a Helmut Quaritsch, identifica uma sensível mudança no pensamento de Bodin, a partir dos comentários dirigidos à Maquiavel em uma obra e na outra.[20] Em

---

[17] "In ogni Stato, quindi, bisogna prima di tutto andare a vedere chi possa dare e togliere il potere ai magistrati <e chi possa sancire o abrogare le leggi>, se un solo individuo, una minoranza, o la maggioranza dei cittadini: una volta capito questo, si capisce facilmente quale sia l'ordinamento dello Stato. Non c'è infatti una quarta possibilità, anzi non è nemmeno possibile immaginarla". BODIN, Jean. *Methodus ad Facilem historiarum cognitionem*. Edizione, traduzione e comento a cura di Sara Miglietti. Pisa: Edizoni Della Normale, Scuola Normale Superiore Pisa, 2013, p. 403.

[18] "La première est la distinction entre l'État et le gouvernement. Véritable machine de guerre contre l'idéal du régime mixte, elle vise à défendre l'unité et l'indivisibilité de l'État et également à préserver une large diversité dans le mode d'agencement des Magistrats." BEAUD, Olivier. *La Puissance de l'État*. Paris: Presses Universitaires de France, 1994, p. 131. No mesmo sentido, Gilberto Bercovici comenta que "a diferença que Bodin vai estabelecer entre Estado e governo, entendendo governo como o modo pelo qual a soberania do Estado se exerce, se revelará fundamental para o pensamento sobre o Estado. O governo não é um órgão executivo, mas certa maneira do poder soberano de distribuir honrarias e encargos em função de determinados critérios". BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição:* para uma crítica do constitucionalismo. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 68.

[19] BARROS, Alberto Ribeiro de. *O conceito de soberania no Methodus de Jean Bodin*. *Discurso*, v. 27, n. 1, p. 139-155, junho de 1996, aqui pp. 144 e 145.

[20] "A explicação desta ambiguidade de Bodin em relação a Maquiavel é dada por Helmut Quaritsch. Este autor destaca que Bodin elogiou Maquiavel no Methodus ad facilem historiarum cognitionem (1566), em que defende uma monarquia limitada, mais próxima das concepções medievais, e o criticou no Six Livres de la Republique (1576). Na sua opinião, o fato marcante que ocorreu entre os dois livros foi a Noite de São

Methodus, Bodin é elogioso a Maquiavel, alinhando-se a uma figura ainda medieval de príncipe, com poderes dissipados. Já nos *Seis Livros da República*, o prefácio se dedica a uma ferrenha crítica a Maquiavel, "nas astúcias tirânicas que buscou em todos os cantos da Itália e que, como doce veneno, instilou em seu livro do Príncipe", e cujo príncipe exaltado foi "exposto como um biltre à mercê e à risada de seus inimigos, como aconteceu depois com outros Príncipes que seguiram sua pista e praticaram as belas regras de Maquiavel".[21]

A década que a França experimentou entre as duas obras de Bodin ajuda a explicar a radical mudança de pensamento. Foram os anos mais sangrentos das Guerras Religiosas. Uma específica légua da história das guerras civis religiosas pode ter sido a razão preponderante para Bodin mudar sua visão sobre Maquiavel: a Noite de São Bartolomeu.

As guerras civis francesas conheceram um formal descanso, em que católicos e protestantes firmaram um acordo de paz. Na toada de aparente calmaria, arranjou-se um casamento real entre princesa católica e líder huguenote. As bodas eram, em verdade, um expediente engendrado pela monarquia católica para a formação de um cerco e massacre aos cavaleiros huguenotes que foram a Paris prestigiar a cerimônia.[22]

Naquela noite, eclodiu um ataque católico incogitado pelos protestantes. Nas semanas seguintes, a violência se alastrou de Paris às províncias. Milhares de protestantes foram mortos, no maior genocídio religioso de que se tem notícia.[23]

A Noite de São Bartolomeu, em particular, e as Guerras Religiosas, em geral, são elementos fundamentais para a compreensão da gênese do conceito político-jurídico de soberania de Bodin, e a sua grande aderência pelas civilizações europeias, em tempos de construção dos Estados-nação.

Bartolomeu (1572)". BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição:* para uma crítica do constitucionalismo. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 68.

[21] BODIN, Jean. *Os Seis Livros da República*, Livro Primeiro. Tradução de José Carlos Orsi Morel e José Ignácio Coelho Mendes Neto. 1. ed. São Paulo: Editora Ícone, 2011. (Coleção Fundamentos do Direito), p. 61.

[22] "Finalmente, ajustou-se a paz em Longjumeau. Porém isto era um expediente de que Catarina se servia para preservar Paris de um cerco. Por isso, apenas as tropas foram despedidas, os chefes protestantes passaram de novo a ser simples particulares, o povo incitado contra os huguenotes foi impelido a exterminá-los em toda parte onde eles se achavam em pequeno número". CANTÚ, Cesare. *História Universal*. São Paulo: Editora das Américas, 1954. v. 22, p. 79.

[23] Os relatos de Kenneth Curtis dão conta do grau de violência empregado naquela noite e nos dias que a sucederam. Destaca-se o caso dantesco de um livreiro protestante que foi queimado junto de seus filhos em uma fogueira acesa com seus livros: "Bodies were piled up by the hundreds. Many were thrown into the Seine. The atrocities were appalling: one bookbinder was roasted in a fire fueled by his own books – along with seven children. Even babies were not exempt from the bloodletting". CURTIS, A. Kenneth; LANG, J. Stephen; PETERSEN, Randy. *The 100 Most Important Events in Christian History*. 9. ed. Michigan: Fleming H. Revell, 2002, p. 112.

A concepção da soberania é consequência do período de alta conturbação e fragmentação social pelas guerras civis. Era a busca de uma forma de ser Estado e de governar que fosse capaz de instaurar a paz e superar os conflitos internos, cada vez mais graves e constantes. "Um poder superior portador de paz".[24] A soberania veio da necessidade de um Estado com unidade de poder, e com poder totalizante.

Se, em *Methodus*, o conceito de soberania, ainda um bosquejo, era errante quanto ao dilema da (in)sujeição do soberano às leis, nos *Seis Livros da República* o poder de legislar e a insubmissão às leis são alçados ao signo de principal marca da soberania.

Bodin atinou que o grande poder indivisível formador da ordem estatal residia na capacidade de fazer e desfazer leis. A unidade da *potestas legislatoria* consistia em um instrumento de centralização ímpar – quem faz e desfaz as leis é aquele que submete uma dada população em um dado território às suas normas de convívio, de atividade, de riqueza, de guerra e de paz.[25]

O soberano é o feitor da lei, também o seu desfazedor e reformador. Ou em tal função ele investe um terceiro, de forma precária e transitória, mas o soberano é o titular solitário e absoluto do poder de legislar.

Diz-se "marca da soberania" em expressa referência ao título conclusivo do Livro Primeiro dos *Seis Livros da República*: "Das verdadeiras marcas da soberania". A *primeira marca* do príncipe soberano registrada por Bodin é justamente "o poder de dar a lei a todos em geral e a cada um em particular, sem consentimento de alguém maior, de um par ou alguém menor que si".[26]

O autor, em seguida, alerta que as demais marcas da soberania elencadas são, em verdade, decorrências do poder de fazer e desfazer a lei que governa os homens. Declarar a

---

[24] "A soberania de Bodin busca aglutinar o conflito entre grupos antagônicos a partir de um poder superior portador de paz". BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição:* para uma crítica do constitucionalismo. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 65. Nesse mesmo sentido, Valter Shuenquener Araújo destaca que "a obra de Bodin foi marcada pela época sangrenta em que o autor francês viveu. As guerras civis de seu tempo fizeram Bodin crer que o Estado somente seria salvo se os poderes fossem concentrados na pessoa do soberano. [...] Com poderes absolutos e irrepreensíveis, o soberano poderia controlar eventuais crises e evitar o esfacelamento do Estado e do próprio povo". ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *As Novas Dimensões do Princípio da Soberania.* Rio de Janeiro: Impetus, 2016, p. 11.

[25] "No entanto, Bodin percebeu, antes dos outros e de maneira muito clara, que um dos mais importantes poderes da soberania é a legislação. Trata-se da unificação do poder de fazer, alterar, corrigir, revogar e interpretar as leis nas mãos do soberano: a potestas legislatoria. [...] ao mesmo tempo em que a norma emitida pelo soberano é ela própria o instrumento da centralização, submetendo, naquele território, a população à mesma lei". BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição:* para uma crítica do constitucionalismo. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2013, pp. 69 e 70.

[26] BODIN, Jean. *Os Seis Livros da República*, Livro Primeiro. Tradução de José Carlos Orsi Morel e José Ignácio Coelho Mendes Neto. 1. ed. São Paulo: Editora Ícone, 2011. (Coleção Fundamentos do Direito), p. 298.

guerra e tratar a paz (*segunda marca*), instituir e destituir os altos oficiais (*terceira marca*), realizar a última alçada de julgamento (*quarta marca*), e conceder graça ao condenado com a vida, bens ou honra (*quinta marca*) são ramos de um mesmo talo: o domínio sobre a lei.[27]

Bodin, então, remata que o príncipe há de ser isento das próprias leis, como um corolário de seu poder maior de legislar. As leis são fruto exclusivo da pura e livre vontade do soberano, que se conserva pura e livre a todo o tempo, antes e após a feitura das leis, inclusive para desfazê-las ou alterá-las.[28]

Há, porém, leis a que o soberano de Bodin, sim, se submete. As leis que o tocam e o fazem súdito tanto quanto os seus súditos são as leis divinas e naturais. A soberania é o poder referido na Terra, sobre os homens e sobre o território, mas é certo que o soberano é temente a Deus e é subordinado às leis do reino de Deus.[29]

O conteúdo das leis divinas e naturais não é explicitado a fundo na obra de Bodin. Um exemplo dado pelo autor é a proibição ao assassinato. Ainda que a proibição de matar constasse ordinariamente das leis lavradas pelos príncipes, os próprios príncipes a ela se vinculavam, pois tal proibição se identifica a uma lei de Deus e da natureza.[30] Inobstante o restante de seu turvo conteúdo, as leis divinas e naturais no pensamento de Bodin são faróis importantes à compreensão da relação entre o soberano e o direito.

A soberania é uma força incontrastável, indivisível e centralizada em um único ser, e uma força que contempla a unidade do sistema jurídico, por meio do domínio do poder de legislar. Esse poder, porém, há de ser exercido em aderência às regras de Deus, do

---

[27] BODIN, Jean. *Os Seis Livros da República*, Livro Primeiro. Tradução de José Carlos Orsi Morel e José Ignácio Coelho Mendes Neto. 1. ed. São Paulo: Editora Ícone, 2011. (Coleção Fundamentos do Direito), pp. 289 a 238.

[28] BODIN, Jean. *Os Seis Livros da República*, Livro Primeiro. Tradução de José Carlos Orsi Morel e José Ignácio Coelho Mendes Neto. 1. ed. São Paulo: Editora Ícone, 2011. (Coleção Fundamentos do Direito), p. 207.

[29] "Mas quanto às Leis divinas e naturais, todos os Príncipes da Terra estão a elas sujeitos, e não está em seu poder infringí-las, se não quiserem ser culpados de lesa-majestade divina, fazendo guerra a Deus, a cuja grandeza todos os monarcas do mundo devem subjugar-se e baixar a cabeça com todo o temor e reverência". BODIN, Jean. *Os Seis Livros da República*, Livro Primeiro. Tradução de José Carlos Orsi Morel e José Ignácio Coelho Mendes Neto. 1. ed. São Paulo: Editora Ícone, 2011. (Coleção Fundamentos do Direito), p. 207.

[30] "Mas se o Príncipe proíbe matar, sob pena de morte, não estará obrigado pela sua lei? Eu digo que essa lei não é sua, mas é a lei de Deus e da natureza, à qual ele está mais estritamente obrigado que qualquer um dos súditos e da qual não pode ser dispensado, nem pelo senado, nem pelo povo, e pela qual ele é sempre responsável no juízo de Deus, que se informa com todo rigor, como dizia Salomão". BODIN, Jean. *Os Seis Livros da República*, Livro Primeiro. Tradução de José Carlos Orsi Morel e José Ignácio Coelho Mendes Neto. 1. ed. São Paulo: Editora Ícone, 2011. (Coleção Fundamentos do Direito), p. 225.

contrário não se diz soberania, mas subjugação tirânica, que em nada se assemelha ao componente legítimo e imprescindível de um Estado.

Há, ainda, outra categoria de regras, nem divinas e nem naturais, às quais o príncipe obrigatoriamente se subordina. São as leis fundamentais do reino, classe esta composta essencialmente pela Lei Sálica, que disciplina a sucessão ao trono, e pelo conjunto de leis que proíbem a alienação dos *domínios da Coroa*, propriedades do Estado designadas a arrendamento para prover fundos ao tesouro da fazenda.

As leis fundamentais do reino são regras de reflexão da estrutura e soberania régia sobre sua preservação e posteridade para além da pessoa do rei presente. Se um dado rei, erguido ao trono por primogenitura, tencionasse alterar a Lei Sálica, desnaturaria a fonte de sua soberania e a inata soberania futura do sucessor ao trono, seu primeiro filho varão.

De igual forma, a propriedade dos bens públicos é vista como um componente irrompível da soberania. Em termos práticos, a disposição dos *domínios da Coroa* é uma decisão de enfraquecimento financeiro, tendente a vulnerar a soberania no tempo. Os *domínios da Coroa* eram o modo mais seguro e eficaz de angariar fundos às finanças do Estado, e *as finanças são os nervos da República*.[31] Por isso, desde um passado tão remoto a perder de vista, os domínios públicos são coisa sagrada e insuscetível de despojo.[32]

Assim, as leis fundamentais do reino são normas que "concernem ao estado do reino e ao estabelecimento deste, por estarem anexadas e unidas à coroa, o príncipe não pode derrogá-las".[33] São regras tão consuetudinárias e essenciais para o *establishment* da soberania, do Estado e das estruturas sociais que são vistas não como norma lavrada por alguém, e sim como uma verdadeira substância da coroa[34].

---

[31] Esse é o título dado por Bodin ao Capítulo Dois do Livro Sexto dos *Seis Livros da República*.

[32] "Geralmente, em todos os jurisconsultos e historiadores não há nada mais frequente que a divisão do domínio em público e particular. E para que os Príncipes não sejam obrigados a sobrecarregar seus súditos de impostos ou procurar os meios para confiscar-lhes os bens, todos os povos e monarcas consideram lei geral e indubitável que o domínio público deve ser santo, sagrado e inalienável, seja por contratos, seja por prescrição" BODIN, Jean. *Os Seis Livros da República*, Livro Sexto. Tradução de José Carlos Orsi Morel e José Ignácio Coelho Mendes Neto. 1. ed. São Paulo: Editora Ícone, 2011. (Coleção Fundamentos do Direito), p. 36.

[33] BODIN, Jean. *Os Seis Livros da República*, Livro Primeiro. Tradução de José Carlos Orsi Morel e José Ignácio Coelho Mendes Neto. 1. ed. São Paulo: Editora Ícone, 2011. (Coleção Fundamentos do Direito), p. 211.

[34] Conforme ressalta Olivier Beaud, as leis fundamentais do reino são, por muitos juristas, tidas como uma *préfiguração* da constituição moderna, pelo fato de nelas existir a inerente ideia de *hétero-limitação* do poder do soberano, limitação essa estabelecida por normas superiores: "Il n'en faut pas plus à la majorité de la littérature juridique pour qualifier ces lois fondamentales de constitution coutumière de la monarchie et surtout d'y voir la préfiguration de la constitution moderne. Cette idée, pour ètre répandue n'en est pas moins contestable. Le recours à l'idée de lois fondamentales constitutionnelles postule l'hétéro-limitation du Souverain par des normes supérieures". BEAUD, Olivier. *La Puissance de l'État*. Paris: Presses

Por fim, a última anotação a fazer sobre Bodin é que a sua teoria de soberania foi ajustada e designada rigorosamente à monarquia. Bodin dizia que monarquia, aristocracia e democracia eram as três formas possíveis de Estado, e que se via soberania em todas elas, cada qual com o seu soberano típico: o rei, os poucos e o povo, respectivamente. Ao mesmo tempo, acontece de Bodin ter se debruçado no conceito da soberania de forma dirigida ao modelo específico da monarquia, como um traje feito sob medida ao príncipe monarca.

Não por outra razão, Jean Bodin é visto como um doutrinador do absolutismo, e sua concepção de soberania encontrou diversas moradas na Europa: na própria França, influenciou tratadistas franceses do *direito divino dos reis*, como Charles Loyseau e Cardin Le Bret; no Império Germânico, Theodor Reinking; e na Holanda, Hugo Grócio;[35] na Espanha, foi catolicamente editado por Gaspar de Añastro Isunza e exerceu nítida influência em Juan Pablo Mártir Rizo; na Inglaterra, Thomas Hobbes e seus opositores Edward Coke e Robert Filmer debateram a compatibilidade entre, de um lado, a soberania de Bodin e, de outro, o *Petition of Rights* de 1628.[36]

Enfim, Jean Bodin pensou a soberania ao monarca absoluto, e, nada obstante tenha reconhecido a modalidade democrática de Estado na qual soberano é o povo, seus escritos

---

Universitaires de France, 1994, p. 181. Como o próprio autor ressalta, essa visão, um tanto difundida, é bastante controvertida e questionável. É questionável, em primeiro lugar, porque o propósito das leis fundamentais, enquanto limitadoras do poder absoluto do soberano, não era a proteção de certas garantias ou direitos dos governados (como é o caso das constituições modernas), mas sim, como dito no corpo do texto, a preservação do reinado. Em segundo lugar, como veremos adiante, o advento das constituições modernas remete a uma dada altura da evolução do conceito de soberania em que sua titularidade subjetiva não mais reside no príncipe ou no Estado, mas sim no povo. Isto é, a constituição moderna limita o poder do Estado, mas não o poder do soberano, pois soberano é o povo e a constituição é, ela mesma, fruto do exercício da soberania. Assim, embora ambos os conceitos aqui comparados – leis fundamentais e constituição – representem limitaões ao poder do Estado, a sua aproximação inadvertida é perigosa e revela impropriedades.

[35] Hugo Grócio, em sua obra mais conhecida, *O Direito da Guerra e da Paz*, de 1625, explorou o conceito de soberania, desenvolvido por Jean Bodin, sob uma perspectiva internacional, perspectiva essa para a qual Bodin não havia dedicado maior reflexão. Para Grócio, a soberania, enquanto poder incontrastável do monarca relativo ao seu território e respectiva sociedade (no plano interno), permitia a construção, no plano externo, do *Jus Gentium*, isto é, de uma ordem jurídica internacional, baseada em acordos jurídicos travados entre soberanos que reconhecem reciprocamente a soberania uns dos outros. O *Jus Gentium* se fundava, sobretudo, no princípio do *stare pactis*, isto é, no dever de os soberanos honrarem os pactos celebrados entre eles. Tal concepção se encontra nas páginas 631 a 675 da obra (GROTIUS, Hugo. *Direito da guerra e da paz* (de jure belli ac pacis). Tradução de Ciro Mioranza. Ijuí: Editora Unijuí, 2004). É interessante notar que tal dever representa uma subordinação do soberano, que se apresentaria viável justamente por ser relativa a assuntos externos e porque estabelecida por duas forças soberanas, de forma mútua e recíproca. O pensamento de Hugo Grócio, ao identificar uma derivação ou vertente de ordem externa no conceito de soberania originalmente voltado à ordem interna, é de suma importância para a atual leitura binomial de soberania, assim delineado como a supremacia na ordem interna e a igualdade na ordem externa. Tal binômio será analisado em detalhes na seção 2.5 desta dissertação.

[36] Para uma pesquisa completa sobre a influência da obra de Jean Bodin na Europa no fim do século XVI e no século XVII, ver ROVIRA, Ricardo Calleja. Jean Bodin a la sombra de Thomas Hobbes. En los orígenes de la teoría de la soberanía. *Revista de Estudios Políticos*, n. 166, p. 13-40, out./dez. 2014.

não fizeram incursão maior em busca das reais dimensões da soberania em um Estado popular. Para Bodin, aliás, o Estado popular tende ao abatimento da soberania na coletividade.[37]

2.2.2 Thomas Hobbes e a soberania do Estado Absoluto

Thomas Hobbes nasceu e viveu na modernidade e, como assim eleito por Yves Zarka, consiste no perfeito representante do pensamento político moderno.[38]

Hobbes, diferentemente de Bodin, foi um efetivo teórico do Estado, um estudioso da sua formação, natureza e anatomia. A obra de Bodin é de legitimação do poder supremo do príncipe, através do delineamento de um conceito esquecido na Antiguidade.[39]

Hobbes define soberania em meio à visão conjuntural sobre a formação do Estado. A soberania é um elemento, senão incidental, não tão assim protagonista do *Leviatã*. O objeto nuclear é aquele que dá título à obra: o Leviatã ou, por outro nome, o Estado.

Hobbes refuta a premissa aristotélica do *zoon politikon*, do ser naturalmente político. Para Hobbes, a natureza humana é individualista. Os homens vieram antes da sociedade, e vieram, cada qual, sozinhos.

O homem é sozinho e goza de irrestrita liberdade, entendida como a ausência de oposição a ações e pretensões.[40] Se são irrestritamente livres, todo homem é tão livre quanto o outro, do que se depreende que são iguais.[41]

---

[37] BODIN, Jean. *Os Seis Livros da República*, Livro Sexto. Tradução de José Carlos Orsi Morel e José Ignácio Coelho Mendes Neto. 1. ed. São Paulo: Editora Ícone, 2011. (Coleção Fundamentos do Direito). Ver seções *O Estado popular tende à comunidade de todas as coisas*, Livro Sexto, p. 130, e *A sabedoria não é igual para todos para que se distribua a todos os estados e ofícios*, Livro Sexto, p. 132.

[38] ZARKA, Yves Charles. *Hobbes y el pensamiento político moderno*. Traduzido por Luisa Medrano. Barcelona: Herder, Biblioteca de Filosofia, 1997, p. 27. Em capítulo intitulado "Por que Hobbes?", o autor explica a razão pela qual considera Hobbes o representante perfeito do pensamento político da Idade Moderna.

[39] Gilberto Bercovici anota que "como jurista, Jean Bodin se preocupou com a legitimação do poder, não com o poder em sentido puro"; em Hobbes, "a questão política essencial é deslocada da instituição ou educação do príncipe para a instituição do Estado". BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição:* para uma crítica do constitucionalismo. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2013, pp. 65 e 85.

[40]"A liberdade, para Hobbes, é um direito que temos de agir em conformidade com nossos desejos, vontades e inclinações. Já que nesse contexto liberdade não é um termo que se aplique para designar algum ato propriamente espiritual, e sim para caracterizar a ação humana possível na ausência de entraves externos, podemos dizer que essa concepção de liberdade é negativa". MARUYAMA, Natália. Liberdade, Lei Natural e Direito Natural em Hobbes: Limiar do direito e da política na modernidade. *Transformação*, Revista de Filosofia da Unesp, v. 32, n. 2, p. 45-62, 2009, aqui p. 50.

[41] "Puesto que cada uno puede lo máximo, a saber, matar a otro, las diferencias individuales de fuerza o de inteligencia son desdeñables. Esta igualdad implica que ninguno de ellos puede instaurar su dominio sobre los demás. Por otro lado, como cada individuo está en la incertidumbre total de las intenciones de los demás, la igualdad de poder se transforma en igualdad de temor. [...] La igualdad bajo todas estas formas, lejos de ser

O direito natural de Hobbes não comporta dimensão coletiva, mas apenas individual, daí o legítimo direito de cada homem a tudo o que lhe aprouver, ante a inexistência de outra esfera jurídica de direito a defrontar a sua própria. Trata-se da liberdade em acepção negativa, de ausência de empecilhos externos para que cada um pegue tudo ou faça tudo que for preciso para sobreviver.[42]

Percebe-se que o estado de natureza é extremamente rudimentar, já que "em tal condição todo o homem tem direito a todas as coisas, inclusive os corpos dos outros".[43] Eis o grau da precariedade das leis naturais. Tende-se à guerra generalizada, em que não se pode apelar a qualquer noção de justiça e moral, porque o direito natural existe apenas na dimensão do indivíduo, e tais noções são próprias da vida em sociedade.[44]

Ainda que não tenha apreço pela companhia de seus pares, o homem prefere a vida em sociedade à guerra intermitente. A civilização, portanto, é fruto da escolha dos homens em se tornarem cidadãos e perderem a liberdade, ao invés de prosseguirem sós lutando por sobrevivência em um mundo de liberdades e apetites ilimitados.

Cidadão, sociedade civil, Estado e soberania não são elementos da natureza; o homem é produto da natureza, e os demais elementos referidos são produtos da razão humana. Enquanto para Aristóteles a política era qualidade humana congênita, Hobbes traça uma linha grossa que separa as coisas naturais e artificiais,[45] sendo que as ideias formadoras da vida civil estão no segundo grupo.

---

un factor de paz y de concordia, conduce a la violencia" ZARKA, Yves Charles. *Hobbes y el pensamiento político moderno*. Traduzido por Luisa Medrano. Barcelona: Herder, Biblioteca de Filosofia, 1997, p. 215.

[42] "O direito de natureza, a que os homens normalmente chamam Jus Naturale, é a liberdade que cada homem possui de usar o seu próprio poder, da maneira que quiser, para a preservação de sua própria natureza, ou seja, da sua vida; e consequentemente de fazer tudo aquilo que o seu próprio julgamento e razão lhe indiquem como meios adequados a esse fim". HOBBES, Thomas. *Leviatã*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 2. ed. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 1999, p. 115. Ver também Juliana Neuenschwander Magalhães, para quem a liberdade na filosofia de Hobbes é *"jurídica, porque é um direito natural, mas pré-jurídica, porque anterior ao Estado e, portanto, à Lei"*. MAGALHÃES, Juliana Neuenshwander. *Formação do conceito de soberania:* a história de um paradoxo. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 208.

[43] HOBBES, Thomas. *Leviatã*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 2. ed. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 1999, p. 115.

[44] "Desta guerra de todos contra todos também isto é a consequência: que nada pode ser injusto. As noções de bem e de mal, de justiça ou injustiça, não podem aí ter lugar. [...] A justiça ou a injustiça não fazem parte das faculdades do corpo ou do espírito. [...] São qualidades que pertencem aos homens em sociedade, não na solidão". HOBBES, Thomas. *Leviatã*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 2. ed. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 1999, p. 112-113.

[45] "A classificação hobbeseana está baseada em uma especificação das coisas existentes enquanto naturais e artificiais. [...] Não são tanto as coisas produzidas artificialmente que são basicamente diferentes de todas as coisas naturais, mas a produção, a própria atividade humana, isto é, o homem como um ser essencialmente produtivo, especialmente enquanto o ser que, por sua arte, produz a partir da sua própria natureza o cidadão ou o Estado, que, trabalhando sobre si, faz de si mesmo um cidadão. À medida que o homem trabalha sobre

Hobbes é um contratualista, porque atribui a origem do Estado à artificialidade humana de um pacto ou um contrato de sujeição. Os homens escolhem ser súditos e viver todos sob comum subordinação, constituindo uma sociedade civil.[46]

Mas se todos aceitaram sujeitar a sua liberdade a um comando externo, há de existir algo ou alguém na posição antônima dessa relação de sujeição. O antônimo de súdito é *soberano*, e a soberania de Hobbes não repousa diretamente em uma figura humana, mas em um sujeito artificial criado pelo engenho humano: o Estado.[47]

Estado e soberania são as primeiras artificialidades forjadas pelo homem, na criação de uma estrutura política que lhe permita a vida e a paz. A segunda artificialidade criada pelo homem é o direito.

O direito é a ferramenta para a necessária limitação das liberdades individuais e a linguagem do soberano para executar a sua força incontrastável. O Estado sujeita o cidadão através da Lei.

O direito e a liberdade são conceitos antagônicos, pois a Lei proíbe certas ações do homem em prol da civilidade, apesar de a natureza tê-lo concebido fisicamente apto a realizar tais ações e tê-lo agraciado com o *apetite*.[48] O direito é posterior, artificial, reativo e restritivo às aptidões e aos apetites biológicos do homem.

Passa-se, a seguir, à identificação de semelhanças e diferenças nas concepções de soberania de Bodin e de Hobbes.

Para ambos, a soberania se apresenta como um poder incontrastável, indivisível e centralizado em uma entidade. Ambos também convergem quanto à conclusão de que (i) a

---

si mesmo, influenciando e mudando a sua natureza, de modo a se tornar um cidadão, uma parte desse ser artificial chamado Estado, ele não é um ser natural". STRAUSS, Leo. *A filosofia política de Hobbes:* suas bases e sua gênese. Tradução Élcio de Gusmão Verçosa Filho São Paulo: É realizações Editora, 2016, p. 47.

[46] "Os apetites humanos, ao satisfazer-se, chocam-se, nascendo daí, constantemente, a hostilidade e a guerra – bellum omnium contra omnes. De tal situação não é possível sair, a não ser criando um poder capaz de elaborar e de impor a lei. Nasce daí um pacto chamado pacto de sujeição". PAUPÉRIO Arthur Machado. *O conceito polêmico de soberania e sua revisão contemporânea*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958, p. 67.

[47] Hobbes define o Estado como "uma pessoa de cujos atos uma grande multidão, mediante pactos recíprocos uns com os outros, foi instituída por cada um como autora, de modo ela poder usar a força e os recursos de todos, da maneira que considerar conveniente, para assegurar a paz e a defesa comum" HOBBES, Thomas. *Leviatã*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 2. ed. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 1999, p. 106.

[48] No *Leviatã*, é recorrente a expressão *apetite* em referência ao desejo natural e irracional do homem por mais poder do que aquele que lhe basta à autossegurança. Leo Strauss define *apetite* na linguagem de Hobbes como "a busca de precedência sobre os outros e do reconhecimento dessa precedência pelos outros, as particularidades do apetite natural, as paixões, nada mais são que maneiras particulares de buscar a precedência e o reconhecimento". STRAUSS, Leo. *A filosofia política de Hobbes:* suas bases e sua gênese. Tradução Élcio de Gusmão Verçosa Filho São Paulo: É realizações Editora, 2016, p. 51.

ferramenta fundamental da soberania é a titularidade do direito, ou seja, o poder de fazer, desfazer e alterar a Lei, e de que (ii) o soberano não se vincula às leis de sua criação.

E os dois autores divergem, primeiramente, quanto ao sujeito titular da soberania: o soberano de Bodin é o monarca, e o de Hobbes é o próprio Estado.

O segundo ponto de divergência reside no conjunto de normas que vincula o soberano. Bodin, por enxergar na constituição do Estado causas metafísicas como a orientação divina e natural, atenuava a exclusividade do soberano enquanto produtor do direito: havia as regras de Deus, as leis naturais, a propriedade e as leis fundamentais do reino a que o soberano estava vinculado e que não poderia revogar ou alterar.

A filosofia política de Hobbes, por outro lado, não contemplava aspectos metafísicos, de tal sorte que o soberano figura como a fonte exclusiva do direito, e a sociedade deve obediência a toda lei que emana dele e a mais nenhuma, em absoluto.

As leis naturais, para Hobbes, são aquelas que produzem a situação de guerra generalizada da qual o homem resolveu emancipar-se, através do Estado e da sujeição ao direito. O direito da sociedade civil não obedece à lei natural, ele irrompe a lei natural e faz com que ela não tenha mais lugar.

Quanto às leis fundamentais do reino, a única que Hobbes reconhece é a de afirmação do caráter indivisível do poder do soberano, em repúdio à filosofia medieval da constituição mista.[49,50]

A propriedade também não atenua o poder legislativo exclusivo do soberano descrito em *Leviatã*. Para Hobbes, a propriedade consiste em outra criação artificial do homem, que é antecedida pelo pacto social de formação do Estado e designação do soberano e pela criação, pelo soberano, da ordem civil que governa os cidadãos através do direito. Em tal linha sucessiva, é incogitável que a propriedade atenue ou excetue *a*

---

[49] "Em cada Estado, lei fundamental é aquela que se eliminada, o Estado é destruído e irremediavelmente dissolvido, como um edifício cujos alicerces se arruínam. Portanto, lei fundamental é aquela pela qual os súditos são obrigados a sustentar qualquer poder conferido ao soberano, que se trate de um monarca ou de uma assemblea soberana, sem o qual o Estado não poderia subsistir, como é o caso do poder da guerra e da paz, o da judicatura, o da designação de funcionários e o de fazer o que considerar necessário para o bem público". HOBBES, Thomas. *Leviatã*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 2. ed. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 1999, p. 232.

[50] "Um dos motivos da crise inglesa, para Hobbes, era a falsa doutrina da constituição mista, que dividia o Estado em três facções em luta pelo poder soberano, constituindo a premissa da guerra civil. Quando não há clareza de quem é o titular do poder soberano, o Estado entra em dissolução. A única e verdadeira lei fundamental para Hobbes é a individualização do soberano, para preservar a integridade e a manutenção da ordem política". BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição:* para uma crítica do constitucionalismo. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 86-87.

potestas legislatoria exclusiva do soberano, uma vez que ela mesma, propriedade, é cria legislativa do soberano.

2.3 A soberania nacional

Como visto na seção 2.2, a soberania foi concebida no contexto de formação do Estado Moderno, e consistiu no ícone da filosofia política legitimadora do movimento de concentração total do poder no rei.

Como se sabe, no transcurso de séculos e de uma série de vicissitudes históricas, os Estados Absolutistas ruíram ante a correspondente ascensão de novas forças, com novas visões de Estado e de sociedade.

Ocorre que, embora o conceito de soberania tenha sido forjado como o estofo filosófico de justificação do Estado Moderno, a queda do último e o advento da Idade Contemporânea não determinaram a sua total extinção.

A soberania, nos moldes exatos em que originalmente fora teorizada por Bodin e contextualizada por Hobbes, tornou-se sim uma relíquia obsoleta, própria apenas do passado.

Sucede, porém, que a filosofia política e a filosofia do direito pós-modernos preservaram e se apropriaram do conceito de soberania, naquilo que se revelou um núcleo mínimo de significação aproveitável à perspectiva democrática, consistente no indivisível poder de mando numa organização social.

Desse modo, como veremos em detalhes, a soberania do monarca ou do Estado absolutista transformou-se em soberania nacional do povo, não sem profundas adaptações em seu conteúdo.

2.3.1 Rousseau e a adaptação da soberania à democracia

Jean-Jacques Rousseau foi um dos expoentes do Iluminismo francês, no campo da filosofia política.

Assim como Hobbes, Rousseau é um contratualista, pois sua teoria de origem do Estado também invoca o advento de um contrato entre homens, que abdicam de sua liberdade em estado puro para viver em sociedade, sob o comando e a proteção do Estado.

Embora comunguem do fundamento contratual de Estado, Rousseau e Hobbes não têm visões próximas de filosofia de Estado. Pelo contrário: Hobbes é a perfeita ilustração da doutrina do absolutismo, ao passo que Rousseau é um iluminista defensor da forma mais pura de democracia.

Para Rousseau, o homem em seu estado de primitiva independência não ostenta inimizade por seus pares. No entanto, há uma degradação do caráter humano no primeiro estágio de socialização civil, em particular no momento em que se instaura a noção de propriedade.

O símbolo maior de tal deterioração repousa na relação humana da guerra privada e da escravidão, em que o homem toma o outro por propriedade ou submete o outro ao seu poder,[51] sem qualquer instituição político-deliberativa que legitime tal poder. O autor afirma que toda situação de poder desprovida de estrutura política legitimadora é equivalente à escravidão.[52]

Em um dado estágio de socialização, a força do homem não consegue mais sobrepujar ou resistir aos obstáculos impostos à sua preservação, de tal sorte que o movimento de politização do agrupamento social se torna uma necessidade.

Daí advém o contrato social, em que o homem abdica de liberdades em nome da preservação oferecida pelo Estado. O pacto social, embora ficto, tem a forma de uma alienação integral e sem reservas de cada associado com todos os seus direitos a toda a comunidade.[53] Como todo associado procede à alienação nos mesmos termos, o sacrifício é equânime a ponto de neutralizar o seu caráter verdadeiramente sacrificante,[54] já que não se vê uma sujeição do homem ao homem, como na escravidão.

Para Rousseau, diferentemente de Hobbes, o pacto social ditava os termos de um governo participativo, baseado na vontade geral. Rousseau defendia a democracia

---

[51] "Assim, de qualquer direção que se observem as coisas, o direito de escravatura é nulo, não apenas porque é ilegítimo, mas porque é absurdo e não significa nada. Essas palavras, escravatura e direito, são contraditórias, excluem-se mutuamente. Seja de homem para homem, seja de um homem para um povo, esse discurso sempre será, igualmente insensato: 'faço contigo uma convenção, ficando tudo a teu cargo e tudo para meu proveito, que observarei enquanto me agradar e que observarás enquanto me agradar'". ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social ou o discurso sobre a economia política.* Tradução Márcio Pugliesi e Norberto de Paula Lima. 7. ed. São Paulo: Hemus, 1995, p. 25.

[52] "Sempre haverá diferença entre submeter uma multidão e reger uma sociedade. Quantos homens isolados possam ser submetidos por um só, em qualquer número que sejam, vejo apenas nisso um senhor e escravos, não vejo aí um povo e seu chefe: é, se desejar, uma agregação, mas não é uma associação; não há nela nem bem público nem corpo político. Este homem, ainda que haja subjugado metade do mundo, sempre será um particular; seu interesse separado do dos outros, sempre será um interesse privado". ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social ou o discurso sobre a economia política*. Tradução Márcio Pugliesi e Norberto de Paula Lima. 7. ed. São Paulo: Hemus, 1995, pp. 25-26.

[53] ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social ou o discurso sobre a economia política*. Tradução Márcio Pugliesi e Norberto de Paula Lima. 7. ed. São Paulo: Hemus, 1995, p. 27.

[54] "Se, para salvaguardar a ordem social indispensável, entretanto, admite Rousseau que os homens possam alienar seus direitos individuais em benefício da sociedade, com a condição de esta lhes restituir tudo o que é socialmente utilizável, a soberania do Estado vai adquirir um Estado de verdadeira ilimitação". PAUPÉRIO Arthur Machado. *O conceito polêmico de soberania e sua revisão contemporânea.* Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958, p. 70.

participativa, em que a Lei, enquanto principal ferramenta da soberania, é votada por todos e por cada indivíduo do povo, do que o resultado encontra a chamada *vontade geral*.

Rousseau aproximava intimamente os elementos povo, Estado e soberania, quase como sendo o mesmo fenômeno, olhado sob diferentes perspectivas. *In verbis*:

> Imediatamente, em lugar da pessoa particular de cada contratante, este ato de associação produz um corpo moral e coletivo composto de tantos membros quantos são os votos da assembleia, e que recebe desse mesmo ato sua unidade sem eu comum, sua vida e sua vontade. Esta pessoa pública, que é formada destarte pela união de todas as outras tinha antigamente o nome de cidade e agora de república ou de corpo político, que é chamado por seus membros Estado quando é passivo, soberano quando ativo, potência comparando-o a seus semelhantes. Quanto aos associados, recebem coletivamente o nome de povo, e se chamam individualmente de cidadãos, como participantes da autoridade soberana, e súditos, como submetidos às leis do Estado.[55]

O excerto acima denota o que há de inédito e marcante em Rousseau no propósito da presente reflexão sobre a construção temporal do conceito de soberania. A soberania foi urgida como um conceito político-jurídico próprio do Estado absolutista, com nítida separação e até mesmo polarização entre a figura do soberano e do povo, seus súditos.

Rousseau separou a soberania do absolutismo, que em Bodin e Hobbes eram institutos irremediavelmente enovelados. A soberania, em um Estado democrático, é um elemento pertencente ao povo; mais do que isso: ela é o próprio povo em corpo político e em movimento ativo de formulação das regras de direito da qual serão súditos.

Embora a obra de Rousseau em alguns momentos se depare com difíceis intangibilidades da *vontade geral* que deve nortear os atos de governo[56], e com a difícil propositura prática da democracia pura e participativa como forma de governo em sociedades complexas e populosas, a sua herança mais cara reside justamente na ideia de que, na democracia, que é hoje o regime de governo adotado pelas civilizações ocidentais, a supremacia, o poder indivisível que conduz a sociedade, tem o povo como seu indisputável titular.

---

[55] ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social ou o discurso sobre a economia política*. Tradução Márcio Pugliesi e Norberto de Paula Lima. 7. ed. São Paulo: Hemus, 1995, p. 28.

[56] Para uma severa crítica à concepção de Estado e de soberania de Rousseau, ver NOGUEIRA, Ataliba. *O Estado é meio e não fim*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1955, pp. 40 a 45. A obra dedica, em suas mencionadas páginas 40 a 45, capítulo próprio para demonstrar o "panestatismo" de Rousseau (neologismo criado pelo autor, que "refere-se a doutrinas velhíssimas, a práticas políticas bem vetustas – com ela queremos significar o sistema teórico ou o método prático, que atribui ao estado ilimitado poder sobre o indivíduo, desconhecendo no todo ou emparte os seus direitos naturais "). Para o professor catedrático, "é impossível estabelecer limites ao poder, numa teoria que identifica governantes e governados, autoridade e liberdade, estado e indivíduo. O parlamento, como órgão do estado ou, o que vale o mesmo, como representante do povo, dispõe como bem quiser da pessoa e dos seus bens. [...] É a soberania popular, expressão sinônima de onipotência do estado" (pp. 44 e 45).

A eleição é, nessa fórmula, o ato que dá substância à afirmação da titularidade popular da soberania. Aliás, para o autor, a titularidade popular do poder soberano só se perfaz efetivamente na democracia pura, que não admite exercício de representação.[57]

Os princípios políticos de Rousseau inspiraram profundamente os textos oficiais na França revolucionária. Observa-se que a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, fez constar, em seu art. 3º, que "o princípio de toda a soberania reside, essencialmente, na nação" e, em seu art. 6º, que "a lei é a expressão da vontade geral. Todos os seus cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através de mandatários, para a sua formação".[58]

Rousseau, ao concluir que a soberania pertence ao povo da nação, atribui ao conceito uma nova qualidade: a alienabilidade.[59] A soberania é inalienável, pois nenhum outro sujeito além do povo pode titulá-la sem que seu conteúdo se desnature. A soberania popular está no âmago do significado do Estado, que só perfaz diante da existência de uma estrutura política que possibilite a emergência da vontade geral.[60]

---

[57] Sobre a relação entre soberania e democracia participativa vislumbrada por Rousseau, Nicola Matteucci observa que "na realidade, o pensamento democrático teve um só problema essencial: o de mostrar como a soberania é um direito inalienável e imprescritível do povo. Como consequência, buscou ou fomentou formas de convivência onde se conferisse ao povo não só a mera titularidade, como também o concreto exercício do poder soberano. Impossível em um grande Estado, a democracia direta sonhada por Rousseau se traduziu em institutos particulares, como a iniciativa legislativa popular e o referendum. Se os democratas deram maior atenção à fonte do poder soberano, os constitucionalistas puseram mais em evidência sobretudo o problema dos limites e dos modos de exercício de tal poder, que não podemos adjetivar de 'soberano'". BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 11. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília – UnB, 1998. v. 1, p. 256.

[58] Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. **Art. 3º**. "O princípio de toda a soberania reside, essencialmente, na nação. Nenhuma operação, nenhum indivíduo pode exercer autoridade que dela não emane expressamente". **Art. 6º**. "A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através de mandatários, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos".

[59] ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social ou o discurso sobre a economia política*. Tradução Márcio Pugliesi e Norberto de Paula Lima. 7. ed. São Paulo: Hemus, 1995. Ver o Livro Segundo (B), Capítulo I, intitulado *A Soberania é Inalienável*, pp. 37 e 38.

[60] É notória a influência de Rousseau na formação de doutrinas filosóficas democráticas do século XIX, afirmativas da soberania popular, inclusive no Brasil. Luísa Rauter Pereira, em artigo dedicado ao conceito de soberania no Brasil Império, descreve o ideal de soberania que guiou a Confederação do Equador. Nela, a voz que se elevou foi a de Frei Caneca, a quem o "poder soberano é indivisível, ele está todo essencialmente na nação e por comissão e delegação nas cortes soberanas e Sua Majestade Imperial, não fazendo parte da nação, não tem soberania, nem comissão da nação brasileira para arranjar esboços de constituição [...]". CANECA, Frei, *Ensaios Políticos*, Rio de Janeiro, PUC-Rio/Editora Documentário, 1976, *apud* PEREIRA, Luísa Rauter. O Conceito de Soberania: dilemas e conflitos na construção e crise do Estado Imperial Brasileiro (1750-1870). *Intellèctus*, Rio de Janeiro, UERJ, ano IX, n. 2, nov. 2010, pp. 10 e 11. Nessa mesma referência, a autora cita também os chamados liberais exaltados, encabeçados pelo jornalista paraibano Borges da Fonseca, que manifestavam uma visão sediciosa de soberania, que "não residiria nem no

As ideias de Rousseau e a revolucionária Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão influenciaram toda uma geração de juristas franceses oitocentistas, cujos escritos robusteceram a doutrina da soberania nacional. As obras de Maurice Hauriou, Adhémar Esmein, Joseph Barthelemy e Paul Duez consolidaram a ideia de que, ao estarmos num Estado Democrático de Direito, e não mais num Estado absolutista, a titularidade da soberania migra do príncipe ou da própria pessoa artificial do Estado para o povo.

Os autores supracitados demonstram que também em uma democracia representativa a soberania emana do povo. O Estado constitui um anteparo para o exercício da soberania do povo que, através do sufrágio, elege seus representantes que deverão governar em reflexo da vontade geral.

Hauriou sustenta que a relação entre o povo e o poder de governo aproxima-se da nua propriedade. O povo da nação tem a propriedade do poder de governo, mas o usufruto é prerrogativa do corpo de governo.[61] Adhémar Esmein, em caminho similar, define a soberania como a "força superior da opinião pública, dotada de expressão precisa, valor jurídico e autoridade legal"[62]. Joseph Barthelemy e Paul Duez, por seu turno, entendem que a democracia se anuncia como *único governo possível* no momento em que a sociedade atinge um dado grau de "instrução geral, [que] a soberania não se pode exercer senão pelo consentimento do povo".[63]

---

governante, nem no parlamento, como delegação, mas no povo, entendido como totalidade do corpo social, sem distinções de classe ou raça, à exceção dos escravos".

[61] "Los elementos de la soberanía concebida como propiedad del poder de gobierno – Hemos señalado ya uno de estos elementos, que es el poder de reinado o poder de dominación puro y simple. Se trata de uno de los atributos de la propiedad; reinar y dominar sin gobernar vale tanto como tener el disfrute del derecho sin estar obligado a conservar el ejercicio. Esta es la situación de los propietarios que tienen colonos, o aparceros, o concesionarios, y es una situación que pertenece jurídicamente a las facultades de la propiedad. E importa notar que el propietario que se despoja del ejercicio de su derecho por su arrendamiento cualquiera, no por eso renuncia al dominio eminente sobre su propiedad, a la conservación de un derecho de reinado y de dominación y de una influencia social, ya que permanece dueño de la cosa". HAURIOU, Maurice. *Principios de Derecho Público y Constitucional*. Traducción, estudio preliminar, notas y adiciones por Carlos Ruiz Del Castillo. 2. ed. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1927, p. 248-249.

[62] "Reconnaître, organiser et respecter la souveraineté nationale, c'est donner à l'opinion publique, force supérieure, une expression précise, une valeur juridique, une autorité légale." ESMEIN, Adhémar. *Éléments de Droit Constitutionnel français et compare*. 8. ed. Paris: Librairie de la société du Recuiel Sirey, 1927, t. 1, p. 319.

[63] "La démocratie apparaît comme une nécessité en ce qu'à un certain état de civilization et d'instruction générale, la souveraineté ne peut s'exercer que du consentement du peuple. [...] La démocratie est, dans l'état actuel des choses, le seul gouvernement possible". BARTHELEMY, Joseph, DUEZ, Paul, Traité elémentaire de Droit Constitutionnel, 1926, p. 70.

2.3.2 Léon Duguit e a negação da soberania-direito

Como vimos acima, o advento da Idade Contemporânea e a concepção de Estado Democrático não resultaram na completa extirpação do conceito de soberania, mas provocaram-lhe profundas transformações. No Estado Democrático contemporâneo, a soberania é poder que emana do povo da nação, e não do monarca ou do Estado; e os representantes do povo que são alçados via sufrágio aos cargos públicos de execução dos poderes soberanos não estão excetuados da Lei. São essas as características da soberania nacional.

Sem prejuízo de tais transformações, Léon Duguit, célebre jurista do final dos oitocentos e início dos novecentos, suscitou um novo ponto de inflexão à subsistência do conceito de soberania.

Duguit refuta as teorias do *Estado-pessoa* e da *soberania direito* que padeceriam da insanável deficiência da *concepção metafísica a priori*. Para o autor, o direito só tem valor se exprimir em linguagem abstrata uma realidade social concreta. Não seria esse o caso da construção jurídica segundo a qual o Estado é uma pessoa distinta dos indivíduos do povo, e dotada de uma força superior chamada soberania.[64]

O autor inverte o vetor histórico da relação entre Estado e direito: a função do direito não é referendar e instrumentalizar a dominação do governante sobre o governado ou a obediência do governado ao governante. O Estado se sujeita ao direito, para que seja, em caso de cumprimento, um Estado legítimo ou, em caso de infringência, um Estado opressor, de cuja deposição os governados fazem plena justiça.

E o direito a que o Estado se submete traduz a noção de **solidariedade social**, isto é, o feixe de conexões que unem o homem a seus semelhantes.

A solidariedade social é um conceito esculpido no século XIX, e se origina remotamente do sentimento religioso caritativo, do apotegma cristão do amor ao próximo e do lema revolucionário da fraternidade. No correr dos oitocentos na França, de maneira reativa e insurgente à disseminação do liberalismo e do modo liberal da vida em

---

[64] "A teoria do Estado-pessoa tem um vício irremediável. Baseia-se numa concepção metafísica a priori. [...] uma fórmula jurídica só tem valor na medida em que exprime em linguagem abstrata uma realidade social, fundamento de uma regra de conduta ou de uma instituição política. A construção jurídica do Estado não terá portanto valor quando não seja a expressão, em fórmulas abstratas, de realidades concretas. A teoria do Estado-pessoa e da soberania-direito de modo algum corresponde a essas condições, visto implicar que o Estado tem uma personalidade distinta dos indivíduos que a constituem e que esta personalidade, pela sua essência, é dotada de vontade superior a todas as vontades individuais e coletivas que se encontram num dado território, constituindo essa superioridade de vontade a soberania direito. Ora, esses conceitos são puros conceitos de espírito, destituídos de qualquer realidade positiva." DUGUIT, Léon. *Fundamentos do Direito*. Traduções e notas de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003, p. 47.

sociedade,[65] que pressupõe uma igualdade natural entre os homens e institui a preservação da plena autonomia do indivíduo como máxima do Estado, desenvolveu-se a doutrina da solidariedade social no campo da sociologia, com Émile Durkheim[66], e no campo do direito, com Léon Bourgeois[67] e Duguit.[68] A recomendação religiosa e moral de ajudar o próximo e o lema fraternário da revolução convertem-se no valor jurídico vinculante da

[65] A reação de grupos intelectuais franceses contra a filosofia do liberalismo econômico e do individualismo está representada de forma marcante nos escritos de Joseph Pierre Proudhon, para quem "a condição social não pode ser para o indivíduo uma diminuição de sua dignidade, mas apenas um aumento" (o excerto é tradução livre do texto original "la condition sociale ne peut pas être pour l'individu une diminution de sa dignité, elle ne peut en être qu'une augmentation"). PROUDHON, Joseph-Pierre. *De la justice dans la révolution et dans l'église*. Paris: Librairie de Granier Frères, 1858, t. 1, p. 73. Nessa mesma referência, Proudhon identifica na justiça a ideia e a realidade de todos os fatos da vida social. A justiça, para o autor, é a perfeita expressão da vida em sociedade e do aumento que tal condição social deve proporcionar na dignidade de cada indivíduo. Em palavras exatas, Proudhon sustenta que "a Justiça, pelo qual tudo se encontra na totalidade social, sem a qual nada poderia existir, se apresenta como a primeira e a última palavra do destino humano, individual e coletivo, a sanção inicial e final de nossa glória" (o excerto é tradução livre do texto original "la Justice, par qui tout est dans le tout social, sans laquelle rien ne peut ètre, appairasse comme le premier et le dernier mot de la destinée humaine, individuelle et collective, la sanction initiale et finale de notre beatitude").

[66] DURKHEIM, Émile. Da divisão do trabalho social, Tradução de Carlos Brandão, 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. (Coleção Tópicos). A ideia de solidariedade social é desenvolvida sobretudo no Capítulo Segundo da obra, intitulado *Solidariedade mecânica ou por similitudes*, pp. 39 a 84, e no Capítulo Terceiro, intitulado *A solidariedade devida à divisão do trabalho ou orgânica*, pp. 85 a 105. Durkheim analisou a solidariedade social propiciada pela divisão do trabalho na sociedade. A solidariedade social do tipo mecânica é aquela proveniente do estado de consciência comun a todos os membros de uma sociedade, também chamado de princípio da semelhança. A solidariedade social do tipo orgânica é aquela gestada pela divisão social do trabalho, isto é, pela especialização de funções. Em sentido oposto à solidariedade mecânica, fundada na semelhança, a solidariedade social orgânica se funda na distinção e individualização. Nesse segundo tipo de solidariedade social (orgânica), próprio das sociedades modernas, a boa integração entre os membros de uma sociedade depende menos dos sentimentos comuns a expressar uma consciência coletiva, e mais do senso de complementariedade ou interdependência de pessoas com distintas funções especializadas.

[67] BOURGEOIS, Léon. Solidarité. 3. ed. Paris: Armand Colin, 1902. A ideia de solidariedade social é desenvolvida sobretudo no Capítulo Terceiro da obra, intitulado *Doctrine pratique de la solidarité sociale*. Nele, o autor constrói o conceito de solidariedade social como a tradução jurídica do princípio revolucionário da fraternidade, sendo que tal instituto jurídico tem a natureza de um quase-contrato social voltado a solucionar dívidas sociais.

[68] A concepção de Estado de Léon Duguit tem como um de seus pilares a solidariedade social, na modalidade orgânica de Durkheim, isto é, a solidariedade proveniente da divisão social do trabalho. Os indivíduos se especializam, cada qual, num trabalho diferente, sendo que todos os trabalhos repercutem uma utilidade a todos os indíviduos. Logo, se cada indivíduo, para ter o que quer e o que precisa, depende da realização não apenas do seu trabalho (do trabalho em que é especializado), como da realização pelos outros indivíduos dos trabalhos em que são especializados, existe daí uma *interdependência* entre os indivíduos na sociedade. A *solidariedade social* de Duguit é, por vezes, intitulada também *interdependência social*. A solidariedade advinda da divisão social do trabalho é, para Duguit, o elemento maior de coesão social, pois as necessidades de todos são satisfeitas por meio da diversidade de atividades que cada um executa. Como consequência disso, Duguit defende que a liberdade individual não é propriamente um direito individual, mas uma missão de cada um perante a sociedade ("El hombre no tiene el derecho de ser libre; tiene el deber social de obrar, de desenvolver su individualidade y de cumplir su misión social"). As ideias aqui sintetizadas se encontram em DUGUIT, Léon. *Las transformaciones del derecho público y privado.* Tradução de Adolfo Posada e Ramón Jaén. Granada: Comares editorial, 2007, pp. 161 a 168, em especial as seções II.2, intitulada *La solidariedad o interdependecia social y la regla de Derecho* (p. 161), e II.V, intitulada *Transformación de la noción de libertad: no es un Derecho, sino la consecuencia de la obligación que se impone a todo hombre de desenvolver su individualidad, factor esencial de la solidariedad social* (pp. 164 a 168).

solidariedade social, pelo qual a sociedade deve se nortear no elo de dependência recíproca entre seus membros. A solidariedade social vincula, sobretudo, o Estado, que perfaz tal valor jurídico através da atuação comissiva na providência de serviços essenciais à população, em caráter universal e permanente.[69]

Eis a *realidade social concreta* que o Estado, enquanto abstração jurídica, tem de exprimir: a solidariedade dos indivíduos de um dado agrupamento social.

Vê-se que, para Duguit, o poder não é o fundamento do Estado. O poder é um fato bruto, que existe no mundo fenomênico, mas sem ostentar *feição moral*[70] ou reflexo jurídico. O fundamento do Estado é usar do poder de governar para servir ao povo, em cumprimento do direito e da respectiva concretização da solidariedade social.

Nessa toada, o autor disseca o Estado nos seguintes elementos bem delineados: i) uma comunidade organizada de pessoas;[71] ii) a distinção entre governantes e governados;[72] iii) a vontade dos governantes (e não a soberania-direito);[73] iv) a força material dos

---

[69] Para uma análise profunda da conversão do sentimento religioso da caridade no princípio jurídico da solidariedade social, ver SMANIO, Gianpaolo Poggio; ROGUET, Patrícia; FILHO, Murilo Magacho. Consideração sobre as origens do princípio da solidariedade social e sua distinção com a fraternidade. *RBSD – Revista Brasileira de Sociologia do Direito*, v. 4, n. 3, p. 156-175, set./dez. 2017, aqui pp. 156 e 157. Sobre a solidariedade, sua mutação de ordem moral para coerção jurídica, ver o capítulo *Racionalidade do direito social* em SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Curso do Direito do Trabalho:* teoria geral do direito do trabalho. São Paulo, LTr, 2011. v. 1, pp. 336 a 352.

[70] PAUPÉRIO Arthur Machado. *O conceito polêmico* PAUPÉRIO Arthur Machado. *O conceito polêmico de soberania e sua revisão contemporânea*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958, p. 143.

[71] "Le première élément social qui doit entrer dans cette construction est assurément la collectivité. Le fait État implique l'existence d'une société humaine, d'un groupement social, et la forme la plus générale des groupements sociaux dans les pays parvenus aujourd'hui à un certain degré de civilisation est assurément la nation". DUGUIT, Léon. *Traité de droit constitutionnel* – Tome Deuxième: La théorie genérale de l'État. 10. ed. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing & G, 1923. 4v., p. 2. Tal elemento do Estado está descrito em detalhes no Capítulo I, *Les Eléments de l'État*, nas seções § 2, *La Nation*, e § 3º, *La nation-personne et la nation-organe*, nas páginas 5 a 20 da obra.

[72] "La second élément de l'État est ce que nous appelons la différenciation entre gouvernants et gouvernés. Réduit à ses éléments simples, ce fait est la séparation, dans un groupement social, d'individus qui ont une plus grande force que d'autres individus, et qui, en fait, peuvent imposer aux autres individus leur volonté par cette plus grande force". DUGUIT, Léon. *Traité de droit constitutionnel* – Tome Deuxième: La théorie genérale de l'État. 10. ed. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing & G, 1923. 4v., p. 2. Tal elemento do Estado está descrito em detalhes no Capítulo I, *Les Eléments de l'État*, na seção § 4, *Différenciation des gouvernants et gouvernés*, nas páginas 20 a 31 da obra.

[73] "Ainsi se trouve écartée la notion de souveraineté ou de puissance publique. La volonté des gouvernants sera sans doute un élément de l'État; mais ce n'est pas parce que cette volonté a le privilège de s'imposer par voie d'ordre aux gouvernés. C'est tout simplement parce que les gouvernants étant investis d'une plus grande force pourront mettre légitimement en mouvement cette plus grande force pour imposer leur volonté, quand elle sera conforme au droit". DUGUIT, Léon. *Traité de droit constitutionnel* – Tome Deuxième: La théorie genérale de l'État. 10. ed. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing & G, 1923. 4v., p. 3. Tal elemento do Estado está descrito em detalhes no Capítulo I, *Les Eléments de l'État*, na seção § 5, *La volonté des gouvernants*, nas páginas 31 a 40 da obra.

governantes;[74] v) o território;[75] e vi) os serviços públicos como missão obrigatória do Estado.[76]

Portanto, a legitimidade do Estado e da supremacia de seus governantes é posta à prova pelo direito, nomeadamente pela capacidade dos governantes de prover a população com os serviços públicos.

Recordemo-nos de que a filosofia política moderna, encabeçada pelo pensamento de Hobbes, via o soberano como fonte exclusiva do direito, pelo que o contrato social o autorizava, em termos absolutos. Logo, o direito era definido não pelo que havia no conteúdo das regras jurídicas, e sim pelo aspecto exclusivamente formal de ter sido concebido pelo soberano. Em Duguit, o direito tem o significado material de espelhar as necessidades da comunidade,[77] sendo que a organização de um Estado se dá para acalentar tais necessidades, e o seu poder coercitivo só é válido e aceito se cumprir tal desígnio.

Em resumo, a justificativa do Estado é a solidariedade social e a medida da legitimidade de um governo está na sua capacidade de realizar os serviços públicos. Um sistema jurídico de Estado alcança a sua realidade ao sancionar regras que assegurem a necessidade de uma dada sociedade em um dado momento.[78]

---

[74] "Par-là, on est ramené à l'élément essentiel de tout État: la plus grande force. Elle peut être matérielle ou morale; mais, même lorsqu'elle n'est que morale, elle se traduit toujours par une puissance de contrainte. Il n'y a différenciation entre gouvernants et gouvernés que lorsque les gouvernants peuvent, en fait, imposer par la contrainte leur volonté aux gouvernés. A cette seule condition, il y a différenciation entre gouvernants et gouvernés et par conséquent, à cette seule condition, il y a un État". DUGUIT, Léon. *Traité de droit constitutionnel* – Tome Deuxième: La théorie genérale de l'État. 10. ed. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing & G, 1923. 4v., p. 3. Tal elemento do Estado está descrito em detalhes no Capítulo I, *Les Eléments de l'État*, na seção § 6, *La force matérielle des gouvernants*, nas páginas 40 a 46 da obra.

[75] "La différenciation entre les gouvernants et les gouvernés a pour milieu de formation la nation. Elle a pour limite un certain territoire. Et ainsi, tout de suite apparaît le rôle du territoire dans la constitution des États modernes: il est la limite matérielle de l'action effective des gouvernants". DUGUIT, Léon. *Traité de droit constitutionnel* – Tome Deuxième: La théorie genérale de l'État. 10. ed. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing & G, 1923. 4v., p. 46. Tal elemento do Estado está descrito em detalhes no Capítulo I, *Les Eléments de l'État*, na seção § 7, *Le Territoire*, nas páginas 46 a 53 da obra.

[76] "L'État n'est pas, comme on a voulu le faire et comme on a cru, quelque temps qu'il l'était, une puissance qui commande, une souveraineté; il est une coopération de services publics organisés et contrôlés par des gouvernants". DUGUIT, Léon. *Traité de droit constitutionnel* – Tome Deuxième: La théorie genérale de l'État. 10. ed. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing & G, 1923. 4v., p. 54. Tal elemento do Estado está descrito em detalhes no Capítulo I, *Les Eléments de l'État*, na seção § 8, *Le Services publics*, nas páginas 54 a 68 da obra.

[77]"Apartando-se do voluntarismo jurídico, crê Duguit que o que infunde, a uma regra, caráter jurídico e obrigatório, não é a sua elaboração pela autoridade estatal, mas a sua conformidade com as exigências da solidariedade social e da justiça". PAUPÉRIO Arthur Machado. *O conceito polêmico de soberania e sua revisão contemporânea*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958, p. 144.

[78] DUGUIT, Léon. *Las transformaciones del derecho público y privado.* Tradução de Adolfo Posada e Ramón Jaén. Granada: Comares editorial, 2007, p. 16.

Como o Estado era mera abstração e qualquer legitimidade jurídica do ato de governar vinha da capacidade desse governo de prover serviço público reclamado por uma população, na teoria do autor, o alicerce central político antes ocupado pelo conceito de soberania é substituído pelo conceito de serviço público.[7980]

Duguit, nesse ponto, afigura-se como o símbolo de um pensamento doutrinário jurídico que, a partir do desenvolvimento do campo do direito efetivamente público, desviou o rumo até então tomado pelos seus antecessores modernos para explicar o sentido da organização do homem em sociedade.

O conceito de serviço público, originário do direito francês, é, ele mesmo, decorrência imediata de uma transformação no olhar do homem sobre o Estado. O Estado não tem apenas poder de mando; **tem também obrigações a cumprir**.[81] Esse poder e essa obrigação coexistem no Estado ou na pessoa do governante e ostentam entre si uma íntima relação de **fundamento e limitação**. O poder sobre os governados existe **porque e na medida em que** é exercido para cumprir necessidades dos governados.

---

[79]"La noción de servicio público sustituye al concepto de soberanía como fundamento del derecho público. [...] La noción de servicio público nació en el espíritu de los hombres. En efecto, desde ese momento se ha comprendido que ciertas obligaciones se imponían a los gobernantes como los gobernados y que la realización de estos deberes era a la vez y la consecuencia y la justificación de su mayor fuerza. Tal es esencialmente la noción de servicio público". DUGUIT, Léon. *Las transformaciones del derecho público y privado.* Tradução de Adolfo Posada e Ramón Jaén. Granada: Comares editorial, 2007, p. 19.

[80] Para Themistocles Brandao Cavalcanti, é imprópria a afirmação de Duguit de substituição da soberania pelo serviço público. Para o autor, "não se pode confundir soberania com serviço público; aquela tem uma expressão política, este tem um sentido administrativo". O autor ainda julga os dois institutos incomparáveis ou inconfundíveis em virtude do conteúdo muito mais amplo da soberania, que "compreende a autoridade, o poder de *imperium*, a supremacia do Governo, das leis e da justiça de cada Estado, *erga omnes*" CAVALCANTI, Themístocles Brandão Cavalcanti. *Teoria do Estado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 137.

[81] "Los hombres políticos dignos de este nombre están de acuerdo en reconocer que se ha producido un gran cambio en la noción del Estado: que el Estado no tiene solamente el derecho de mandar, sino que tiene también grandes deberes que cumplir [...] Pero si no se cree en el derecho de los gobernantes, se cree en la existencia de obligaciones que se les imponen. En todos los tiempos han advertido las masas que los que ejercen el poder no podían imponer legítimamente la obediencia sino cuando prestaban ciertos servicios y en la medida que los prestaban. Son numerosos los ejemplos históricos de clases sociales que pierden su poder político por no administrar los servicios sociales, que eran precisamente la condición de este poder. Ese sentimiento, confuso durante mucho tempo en el espíritu de los hombres, ha llegado hoy a ser una concepción clara. Existe, pues, una correspondencia íntima entre la posesión del poder y la obligación de cumplir ciertas actividades, de prestar ciertos servicios. Esta correspondencia, sentida siempre, resulta claramente comprendida y querida con fuerza por el hombre moderno. Esto basta para fundamentar la obligación jurídica de los gobernantes. No existe hoy, en el mundo civilizado, un solo espíritu que no se halle profundamente penetrado de la idea de que todos aquellos que tienen el poder por un título cualquiera, emperadores, reyes, presidentes de la República, ministros, Parlamentos, es, no para su provecho, sino para el de los gobernados". DUGUIT, Léon. *Las transformaciones del derecho público y privado.* Tradução de Adolfo Posada e Ramón Jaén. Granada: Comares editorial, 2007, pp. 19-20, 23-24 e 25.

Jacqueline Morand-Deviller conta que Duguit, enquanto acadêmico de Bordeaux, confrontava os acadêmicos de Toulouse sobre qual seria a característica distintiva do direito público ou administrativo relativamente ao direito comum.[82]

Para a Escola de Toulouse, o direito público distinguia-se em razão da soberania e consequente autoridade da qual o Estado é possuidor. A Escola de Bordeaux, liderada por Duguit, sustentava que o direito público se diferenciava em virtude do dever de prestação de serviço público, dever este correspondente ao âmago da noção de Estado. O direito público se distinguia em razão do *caráter serviente da administração pública*.[83,84]

Jacqueline Morand-Deviller observa que o direito público atual aglutina ambas as visões defendidas por uma e outra escolas citadas acima, sendo que a sua personalidade única enquanto ramo do direito advém, de um lado, da autoridade soberana confiada ao Estado e, de outro, da necessária finalidade pública que deve permear todo e qualquer ato ou atividade estatal.

Ou seja, a característica distintiva do direito público em relação ao direito comum, no atual estado da ciência jurídica, repousa **na autoridade e na finalidade**. O Estado é dotado de autoridade e finalidade, e tais atributos *singulares* do Estado é que dão *singularidade* ao direito público.

---

[82] "La más célebre controversia fue la que opuso a dos grandes del derecho público [...] Léon Duguit (1859-1928) y su 'escuela de Bordeaux' llamada 'escuela del servicio público' y Maurice Hauriou (1856-1929) y su 'escuela de Toulouse'. El primero consideraba que el Estado no era una 'potencia que ordena, uma soberanía [...] sino una cooperación de servicios públicos organizados y controlados por gobernantes'. El segundo insistía en la importancia de conservar la potencia soberana del Estado, estimando que llevar el Estado a un conjunto de servicios públicos sobre el cual no ejercería sino un control era ciertamente seductor por una 'aparente simplicidad y una vena' lírica pero desmentida por la realidad que mostraba la importancia conservada por la soberanía y la potencia pública". MORAND-DEVILLER, Jacqueline, *Derecho Administrativo*, Curso, Temas de Reflexión, Comentarios y Análisis de Fallos. Tradução de Zoraida Rincón Ardila/ Juan Carlos Peláez Gutiérrez. 14 ed. (2015), Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017, pp. 495 e 496.

[83] A expressão "caráter serviente" como referência à perspectiva contemporânea do papel do Estado frente aos cidadãos é utilizada por Vitor Rhein Schirato, em *A noção de serviço público em regime de competição*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, mar. 2011, p. 24.

[84] Vitor Schirato observa que o debate francês acerca da matriz distintiva do direito público possuía um perfeito paralelo alemão, em que Georg Jellinek e Fritz Fleiner defendiam que o direito público se apartava do direito privado em razão da autoridade estatal, contrapondo-se à doutrina que apontava o interesse público como característica determinante e diferenciadora do direito público: "Os critérios identificados no direito alemão e no direito francês são, de certa maneira, semelhantes. Ou buscam apartar público e privado pelo crivo da autoridade ou pelo crivo do caráter serviente da administração pública, consubstanciando na noção de serviço público no direito francês e na noção de interesse público no direito alemão". SCHIRATO, Vitor Rhein. *A noção de serviço público em regime de competição*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, mar. 2011, p. 24.

Dessa forma, vemos que a negação de Duguit à existência do *Estado-pessoa* e da *soberania-direito* é repercussão e corolário da natureza serviente que o autor atribui ao Estado, fundado no dever de prestar serviços ao povo. A *soberania-direito* não existiria, pois o Estado se presta essencialmente a servir o povo, e não o contrário. O Estado tem para com os cidadãos bem mais um dever do que um direito. O Estado é feito para prestar ao povo serviços públicos, e não para opor ao povo uma autoridade *per se*.

Apesar de Duguit, a soberania continua sendo um elemento vivo na concepção atual de Estado e sociedade, mas não a *soberania-direito*. O instituto sobreviveu à negação que Duguit lhe infligiu, e sobreviveu mediante compatibilização à visão do célebre jurista. Duguit representa o ideal contemporâneo de que a justificação e a medida da legitimidade de qualquer poder institucional de Estado residem na capacidade de o governante prover os governados com aquilo que lhes é essencial, mas que lhes falta. A soberania, para adaptar-se a essa atual leitura de Estado, incorporou a "finalidade" ao seu significado primitivo de autoridade.

A soberania engloba os dois elementos, conforme a seguinte trama: a *finalidade* limita a *autoridade*; a *autoridade* permite concretizar a *finalidade*. Esse conjunto e essa trama ditam o significado de soberania.

Com essa repaginação do conceito de soberania, ele não se mostra mais incompatível com a ideia de serviço público. Os institutos se complementam. A soberania é o perceptível poder e a autoridade que o Estado detém, de maneira centralizada: é das instituições estatais a decisão final. Mas no Estado de Direito, a soberania é um poder que emana do povo, isto é, um poder que o povo transfere e confia ao Estado, não de maneira incondicionada. O povo torna o Estado possuidor de autoridade para que o Estado esteja apto a cumprir o seu fim de amparar o povo em suas necessidades sociais.

Ou seja, a ideia de serviço público aperfeiçoa e racionaliza a ideia de soberania, por lhe dar a justificação. A soberania, enquanto o poder maior, continua sendo peça inerente da relação atual entre Estado, sociedade e indivíduo. O que mudou sensivelmente é a ideia de que esse poder não existe em si mesmo, não existe somente por existir ou não existe incondicionalmente; é um poder conferido precisamente para o cumprimento de compromissos sociais.

A soberania atual, portanto, não é a soberania-direito que Duguit estava correto em refutar. A soberania de hoje é uma autoridade-finalidade. Essa autoridade é do povo, e o povo entrega ao Estado para que o Estado possa cumprir a sua finalidade social.

2.4 A difícil equação entre soberania e constitucionalismo

Nesse breve apanhado de alguns dos pensadores icônicos da soberania em diferentes tempos, vimos que a sua característica determinante, de ser um poder indivisível de organização e comando da sociedade, foi sendo sucessivas vezes atualizada, com profundas transformações de sujeito e de objeto.

As novas concepções a respeito da anatomia, da origem e do propósito do Estado mudaram a soberania de dono e de feição; porém, aparentemente não houve, da medievidade em diante, sociedade que vivesse e se organizasse sob dinâmica tal que pudesse infirmar a ideia de uma entidade pública que concentrasse o poder de mando de última instância. A soberania, então, sobrevive em caminho sinuoso.

O jurista português Jorge Miranda fala precisamente em sobrevivência do instituto:

> A esse poder assim bem localizado dá-se, desde Bodin, o nome de soberania. E embora o conceito correspondente não possua hoje compreensão idêntica à que tinha há 400 anos ou há 100 anos, tem sobrevivido, susceptível de adaptações e de reconversões. Não por acaso quer a generalidade das Constituições, quer a própria Carta das Nações Unidas (art. 2º, nº 1) continuam a fazer-lhe apelo.[85]

Como visto no capítulo anterior, Léon Duguit suscita uma inflexão à soberania em virtude de sua intrincada compatibilidade com a noção do caráter serviente do Estado. O significado de soberania capaz de resistir a tal questionamento é a construção ideológica de um poder de mando condicionado aos fins de prestação social.

Exercício ainda mais complexo do que esse é estabelecer congruência entre soberania, de um lado, e constitucionalismo, de outro. A questão exige especial ocupação e, em nome da clareza de exposição, dedicamos este capítulo especificamente para ela, ao invés de abordá-la em meio à linha do tempo geral traçada nos capítulos anteriores.

A expressão constitucionalismo é utilizada em vários sentidos diferentes. Há dois sentidos que preponderam: no primeiro, constitucionalismo é o conjunto de ações de ordem política e social que busca estabelecer limites ao poder arbitrário daquele que governa. No segundo, constitucionalismo significa o ideal de que as nações se ancorem em cartas constitucionais escritas.[86]

---

[85] MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo III – Estrutura Constitucional do Estado. 4. ed. Lisboa: Coimbra, 1998, p. 171.

[86] André Ramos Tavares identifica quatro sentidos em que a expressão constitucionalismo é utilizada: "Numa primeira acepção, emprega-se a referência ao movimento político-social com origens históricas bastante remotas que pretende, em especial, limitar o poder arbitrário. Numa segunda acepção, é identificado com a imposição de que haja cartas constitucionais escritas. Tem-se utilizado, numa terceira concepção possível, para indicar os propósitos mais latentes e atuais da função e posição das constituições nas diversas

A pesquisa de André Ramos Tavares nos mostra que o constitucionalismo, na primeira acepção acima referida, é fenômeno de manifestações ancestrais, identificadas na profunda Antiguidade: o célebre autor cita o Estado Teocrático dos Hebreus, em que a Lei do Senhor estabelecia limitações ao poder político, bem como as Cidades-Estado gregas na Antiguidade clássica. Conta o autor que tais manifestações cessaram durante longo período de tempo, para retornarem na Idade Média, com a Magna Carta, e na Idade Moderna, com as instituições constitucionais britânicas do século XVII (a *Petition of Rights*, de 1628, as revoluções de 1648 e 1688 e o *Bill of Rights*, de 1689).[87]

Sobretudo as instituições constitucionais britânicas representaram uma etapa preparatória ao advento do constitucionalismo em sua segunda acepção, mais tradicional e difundida. Isso ocorreria no final do século XVIII, com o surgimento das constituições escritas nos Estados Unidos da América e depois na França, episódios esses que se relacionam intimamente com a passagem da Idade Moderna para a Idade Contemporânea.

As constituições escritas, em sua origem, ocupavam-se, em suma, "apenas dos direitos individuais fundamentais e da organização política do Estado".[88] Note-se que, mesmo em seu conteúdo original, que viria a ser substancialmente ampliado com o tempo, as constituições escritas tinham como característica determinante a de norma jurídica magna que limitava o Poder do Estado, através da disciplina dos direitos individuais fundamentais.

O constitucionalismo, por excelência, isto é, pelo conteúdo essencial à sua ideia, opõe um paradoxo ao desenho consabido de soberania.

Lembremos que a principal marca da soberania era a titularidade do poder de fazer, alterar e revogar as leis. O Estado opera sua supremacia através do instrumento da Lei. Ocorre que, no constitucionalismo, a norma fundamental e pioneira do ordenamento jurídico de uma nação é uma regra de limitação do poder do Estado.

Veja-se, então, que o direito objetivo, para a teoria clássica de soberania, representa um instrumento em prol do poder do Estado; para a teoria do constitucionalismo, o direito objetivo se funda numa norma primeira tolhedora do poder do Estado.

---

sociedades. Numa vertente mais restrita, o constitucionalismo é reduzido à evolução histórico-constitucional de um determinado Estado". TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 23.

[87] TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, pp. 25-27.

[88] TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. 1. ed. São Paulo: Método, 2003, p. 89.

O constitucionalismo moderno impõe à relação entre soberania e direito uma **crise de personalidade entre criador e criatura**. Se o Estado, de posse do poder soberano, é quem cria o direito, como o direito pode contemplar uma norma transcendente a tal relação, designada a limitar o alcance do poder do Estado?[89]

Em razão desse visível entrave, o constitucionalismo à primeira vista representaria a plena extinção ou superação do conceito de soberania como um elemento nuclear à ideia de Estado e de sociedade. Assim escreve Nicola Matteucci, para quem as teorias constitucionalistas representaram, no campo teórico, a principal causa do *eclipse da soberania*, isto é, "o desaparecimento de uma determinada forma de organização do poder, que teve seu ponto de força no conceito político-jurídico de soberania".[90]

Porém, ao menos no plano do direito positivo, a soberania continua, ainda hoje, expressamente prevista nas próprias constituições escritas como um dos fundamentos dos Estados. Sendo assim, a soberania, ainda que esmorecida, é um elemento vivo do Estado constitucional.

Os esforços teóricos de compatibilização do conceito de soberania à realidade constitucional tomam diferentes rotas e caminhos.

Georg Jellinek sustenta que a constituição corresponde a um ato do Estado de autolimitação de sua soberania.[91] Tal teoria, portanto, não retira do Estado a titularidade do

---

[89] Esse dilema do criador e criatura está muito bem simbolizado na seguinte narrativa e compilação de Pedro de Veja García: "Y he aquí la cuestión: Ante una persona jurídica dotada de la fuerza dominadora implícita en la idea de *imperium* (*Herrschaft*) qué sentido tiene hablar de un sistema de relaciones jurídicas con los ciudadanos que forzosamente – como advirtiera Carré de Malberg – quedan relegados, por la simple naturaleza de las cosas, a la condición de súbditos? Un gran admirador de Jellinek, como fue Orlando Vittorio Emanuele […], plantaría el problema en todo su dramatismo con las siguientes palabras: 'al presuponer que el derecho condiciona la misma legitimidad del mando del Estado, y a la inversa, al ser el propio Estado el que declara, sin otra posibilidad, lo que es derecho, éste pierde efectivamente el valor de una norma superior al Estado capaz de someterlo, ya que la no observación de la norma misma por parte del Estado no sería más que una legal modificación del derecho". GARCÍA, Pedro de Veja. El tránsito del positivismo jurídico al positivismo jurisprudencial en la doctrina constitucional. *UNED, Revista Teoría y Realidad Constitucional*, n. 1, p. 65-87, 1. sem. 1998, aqui p. 71.

[90] BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 11. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília – UnB, 1998. v. 1, p. 1.187.

[91] José Luis Muñoz de Baena Simón sustenta que a autolimitação do Estado teorizada por Jellinek consistiria, também, num movimento de "juridicização" do Estado, isto é, o Estado atribui a si próprio uma personalidade jurídica, na qual restariam delineados seus limites, bem como o conteúdo concreto de sua vontade vinculante. Para o autor, a positivação jurídica do poder implica a positivação de seus limites, de tal sorte que o direito posto que afirma a autodeterminação do Estado é, também, o que impõe a sua autolimitação. *In verbis:* "En virtud de la autolimitación, el Estado – que, como el monarca autolegitimado, goza de la *plenitudo potestatis*, que es soberano y por tanto máximamente poderoso – se autorrestringe y al hacerlo se juridifica y autodetermina: el resultado es el reconocimiento de derechos de personalidades ajenas a él, que constituyen sus limites, lo cual otorga a su voluntad un contenido concreto, vinculante para los súbditos y para otros estados: autodeterminarse implica necesariamente autolimitarse y viceversa". SIMÓN, José Luís Muñoz de Baena. Una clave de las teorías decimonónicas del Estado: la autolimitación del

direito, em grau nenhum. O Estado é o criador de todas as leis, e até mesmo da norma fundamental constitucional que impõe os seus limites.

A soberania em Jellinek é uma ilimitada faculdade de império, em que o Estado, proprietário do poder, autodetermina-se e se auto-obriga através do direito (que é de sua própria criação). Em palavras exatas, o grande jurista germânico define soberania como "uma propriedade do poder de um Estado, em virtude da qual corresponde exclusivamente a este a capacidade de se determinar juridicamente e de obrigar a si mesmo".[92]

Disso decorre que não haveria obstáculo que impedisse o Estado de rever a sua própria constituição, manuseando como pretendesse tal sarrafo que estabelece os seus próprios limites. A teoria da autolimitação, no fundo, é a teoria da ilimitação ou da não limitação alguma. Nas palavras de Arthur Paupério Machado, "para Jellinek, a evolução histórica da soberania traz-nos a negação de toda e qualquer subordinação ou limitação do Estado em relação a outro poder".[93,94]

Para Hans Kelsen, em sua visão inicial sobre o tema da soberania, ele não propriamente a refuta, mas a desintegra no plano político ou sociológico paralelo ao direito, transformando-a num elemento abstrato internalizado no complexo normativo.

---

soberano. *In:* GARCIA, Juan Antonio Gómez. (coord.). *Legalidad y Legitimidad en el Estado Contemporáneo*. Madrid, Editora Dykinson, 2014. p. 43-68, aqui p. 53.

[92] "La soberanía es una propiedad del poder de un Estado, en virtud de la cual corresponde exclusivamente a éste la capacidad de determinarse jurídicamente y de obligarse a si mismo". JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado*. Buenos Aires: Albatros, 1943, p. 392. Nesse sentido, Pedro Veja García dirá que, na teoria da autolimitação "el Estado que dispone de la facultad de *imperium* (*Herrschaft*), en el ejercicio de esa soberanía, y de sua potestad de autodeterminación, puede también autolimitarse. El que a sí mismo se determina, a sí mismo se limita". GARCÍA, Pedro de Veja. El tránsito del positivismo jurídico al positivismo jurisprudencial en la doctrina constitucional. *UNED, Revista Teoría y Realidad Constitucional*, n. 1, p. 65-87, 1. sem. 1998, aquí p. 71. Arthur Machado Paupério, por sua vez, assim descreve o significado de soberania que se extrai da corrente doutrinária da autolimitação, fundada por Jellinek: "A soberania, portanto, para tal corrente doutrinária, é uma vontade que encontra em si própria um caráter exclusivo de não ser acionada senão por si mesma, uma vontade, portanto, que se autodetermina, estabelecendo, ela própria, a amplitude de sua ação". PAUPÉRIO Arthur Machado. *O conceito polêmico de soberania e sua revisão contemporânea*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958, p. 110.

[93] PAUPÉRIO Arthur Machado. *O conceito polêmico de soberania e sua revisão contemporânea*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958, p. 110.

[94] A teoria da autolimitação de Jellinek não supera aquilo que Benedicto Ferri de Bastos chamou de problema capital: "Madison enunciou-o, em 1788, no Federalist, dizendo: 'A grande dificuldade está no seguinte: deve-se primeiro capacitar o governo a controlar os governados; depois, obrigá-lo a governar a si próprio'. Como fazê-lo? Obrigar o Estado e os políticos a se auto-controlarem parece uma proposição irrealista. Não está na natureza do poder limitar suas forças; isto não corresponde, psicologicamente, à inclinação dos políticos. Sociologicamente, o único controle efetivo sobre o comportamento dos grupos e dos indivíduos reside na vigilância, coerção e sanção (no sentido durkheimiano) que a sociedade possa exercer sobre eles". BASTOS, Benedicto Ferri de. O futuro do Estado. *In*: MARTINS, Ives Gandra. (coord.). *O Estado do Futuro*. São Paulo: Pioneira, Associação Internacional de Direito e Economia, 1998. p. 148-163, aqui p. 162.

O Estado, na dimensão puramente normativa de que Kelsen se ocupou, existiria apenas sob a forma de ordem jurídica estatal;[95] a soberania, por sua vez, consistiria num predicado essencial do ordenamento jurídico estatal, qual seja, a qualidade inerente do direito objetivo de ser cogente, e de ser uma ordem unitária, excludente de qualquer outra ordem. [96]

Kelsen, atendo-se à dimensão pura do direito positivo, portanto, vê a soberania como a expressão da unidade do sistema normativo. O ordenamento jurídico estatal é soberano porque ele se faz inconcorrente com quaisquer outros ordenamentos. A soberania, dessa forma, estaria então em todo o ordenamento jurídico, em todas as normas encadeadas hierarquicamente e em cada uma delas, "como a verdadeira concepção do direito".[97]

Na visão do autor, o Estado não existe e não exprime qualquer poder senão como expressão de uma norma jurídica. A teoria de Kelsen, porém, esbarra nos limites da jurisprudência normativa, isto é, do estudo estrito da validade da norma. O conteúdo específico da norma e quem a determina são questões atinentes à jurisprudência sociológica e remetem à *Grundnorm* – a norma fundamental que é pressuposto lógico de todo o sistema jurídico.[98]

É importante ressaltar que, conforme relata o jurista italiano Tommaso Edoardo Frosini, em um dado estágio de aperfeiçoamento de sua teoria acerca da soberania, Kelsen

---

[95] "O Estado como comunidade jurídica não é algo separado de sua ordem jurídica [...] A afirmação de que os indivíduos são membros de uma comunidade é uma expressão metafórica, uma descrição figurada de relações específicas entre os indivíduos, relações constituídas por uma ordem normativa. Como não temos nenhum motivo para supor que existam duas ordens normativas diferentes, a ordem do Estado e a sua ordem jurídica, devemos admitir que a comunidade a que chamamos de 'Estado' é a 'sua' ordem jurídica. [...] Descrever o Estado como 'o poder por trás do Direito' é incorreto, já que sugere a existência de duas entidades onde existe apenas uma: a ordem jurídica. O dualismo de Direito e Estado é uma duplicação supérflua do objeto de nossa cognição". KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado. Tradução de Luis Carlos Borges. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, pp. 263 e 275. Note-se do excerto transcrito que o autor não vê qualquer valia para o direito da definição sociológica de Estado. Aliás, na visão de Kelsen, o conceito sociológico de Estado pressupõe o conceito jurídico, não o oposto.

[96] "O poder do Estado ao qual o povo está sujeito nada mais é que a validade e eficácia da ordem jurídica, de cuja unidade resultam a unidade do território e a do povo. O 'poder' do Estado deve ser a validade e a eficácia da ordem jurídica nacional, caso a soberania deva ser considerada uma qualidade desse poder". ". KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado. Tradução de Luis Carlos Borges. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, pp. 364 e 365.

[97] BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição:* para uma crítica do constitucionalismo. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 21.

[98] Como explica Paupério Machado, para Kelsen, "No fundo de todas as normas positivas de direito exista uma proposição jurídica originária, uma 'norma fundamental', que estabelece como suprema autoridade legislativa o monarca, o parlamento, o povo, etc. Nesta norma fundamental, que não foi criada por inspiração de outra norma qualquer, reside o princípio de validez da ordem do Estado". PAUPÉRIO Arthur Machado. *O conceito polêmico de soberania e sua revisão contemporânea*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958, pp. 130 e 131.

concluiu ser a constituição a norma fundamental e, por corolário, que a soberania não estava propriamente em todo o complexo normativo como sustentava anteriormente, mas sim na constituição, norma primeira da qual emanam todas as demais normas do ordenamento jurídico.[99]

Outros tantos juristas, na busca da conciliação entre a soberania e a constituição, ao contrário do que fez Kelsen, voltaram seus olhares a um fenômeno que se encontra fora do plano estritamente normativo: o poder constituinte.

O poder constituinte é certamente uma entidade do mundo jurídico, mas que reside fora do campo da jurisprudência normativa, razão pela qual estava igualmente fora da compreensão da teoria pura de Kelsen. Como observa Celso Ribeiro Bastos, a facticidade histórica do poder constituinte faz com que os normativistas neguem a sua natureza jurídica, relegando-a ao estudo por outros ramos do saber.[100]

Pensemos que, se é a constituição a norma que estabelece os poderes do Estado e seus respectivos limites, na visão de Jellinek, e a norma da qual se irradiam todas as demais, segundo Kelsen, a soberania num Estado constitucional certamente tem que ver e está intimamente ligada ao poder constituinte, embora os dois supracitados filósofos do direito não tenham se ocupado dessa entidade.

Reinvocando-se a supracitada crise de personalidade entre criador e criatura, no Estado constitucional, a figura do Estado é delineada por uma norma jurídica especial. Diz-se especial, porque essa norma jurídica **estabelece o Estado**, e estabelece que o Estado será o portador do poder de criação das demais normas jurídicas. É dizer, o Estado não é pré-normativo ou extranormativo; o Estado é previsto pelo direito objetivo, delineado pelo direito objetivo, por meio de uma norma que se chama constituição.

---

[99] "È stato Hans Kelsen a chiudere la sua imponente opera, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale* (1920), con l'invito, angosciato e angoscioso, di rimuovere radicalmente il concetto di sovranità, perché 'è questa la rivoluzione della coscienza culturale di cui abbiamo per prima cosa bisogno!'. Ma la rimozione del concetto di sovranità era conseguenziale all'affermazione della teoria kelseniana sulla dottrina pura del diritto, laddove l'unico sovrano è l'ordinamento giuridico nel suo complesso, nella sua unità, nella sua coerenza logica. Scrive Kelsen: «sovranità - consapevolmente o meno - non può voler dire altro che quell'ordinamento coercitivo che si conosce come diritto e si suole personificare come Stato che viene presupposto come supremo ed autonomo». C'è da dire però che successivamente lo stesso Kelsen, a distanza di oltre quaranta anni, in una relazione da lui preparata per il secondo *Österreichischen Juristentag* del 1964 e intitolata *Die Funktion der Verfassung*, arrivò a sostenere che è la Costituzione la vera *Grundnorm* di un ordinamento giuridico, e dunque la sovranità appartiene non all'ordinamento giuridico complessivo, ma ala Costituzione, dalla quale l'ordinamento emana attraverso i gradi dello *Stufenbau*". FROSINI, Tommaso Edoardo. Elogio dela sovranità. Editoriale. *Percorsi Costituzionali*, Roma, Sovranità vs Sovranazionalità, n. 1, 2013, pp. 2-3.

[100] BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil* (promulgada em 5 de outubro de 1988). São Paulo: Saraiva, 1990. v. 1, p. 144.

Logo se vê que a constituição não advém da mesma energia criadora, não foi feita do mesmo barro que as demais normas de um ordenamento jurídico, pois as últimas são criadas por instituições estatais concebidas pela constituição. Há outra energia criadora, pré e extranormativa e pré e extraestatal, a quem cabe fazer a constituição: o poder constituinte.[101]

Carl Schmitt rivalizou com Hans Kelsen no que tange à concepção de soberania, no contexto do advento da Constituição de Weimar. Para Schmitt, há um efetivo soberano no Estado constitucional, que não repousa nem de longe no ordenamento jurídico estatal em geral ou na constituição em particular, como Kelsen sustentava.

Para Schmitt, a identidade do soberano não se revela a partir da análise da constituição ou do ordenamento jurídico. A constituição vigente e o respectivo complexo de normas construído abaixo dela existem em um ambiente de ordem, de normalidade. O soberano, por sua vez, não se manifesta na normalidade – *a normalidade não representa nada, só a exceção prova tudo*[102] – o soberano é subjacente à normalidade.

Diz-se subjacente no sentido de **origem encoberta**. O soberano não está visível no direito objetivo vigente; está encoberto por ele. O *locus* de atuação do soberano, para Carl Schmitt, não é o Estado constitucional, é o **Estado de Exceção**.[103]

O Estado constitucional nasce a partir de uma constituição. Logo, é no Estado de Exceção que o poder constituinte realiza a essência do direito, não em cumprimento de uma norma, mas no exercício de uma *decisão***.**[104]

---

[101] Note-se que tal visão contrapõe-se à teoria de Jellinek da autolimitação, uma vez que, como explica Kildare Gonçalves Carvalho,*"A teoria da autolimitação leva à concepção de que não há Direito anterior e superior ao Estado"*. CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional:* teoria do Estado e da Constituição. 14. ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2008, p. 179.

[102] BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição:* para uma crítica do constitucionalismo. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 21.

[103] Sobre as características do Estado de exceção, Ari Marcelo Solon ressalta a obra *Teologia Política*, de Carl Schmitt, na qual o célebre jurista alemão procura "revelar um significado deste conceito que ultrapasse os casos concretos de estado de sítio, medidas de urgência, etc... O estado de exceção é incomensurável à ordem jurídica, mas não se confunde com o caos e anarquia, pois ele instaura uma ordem peculiar. Enquanto 'caso limite', no sentido da filosofia de Jaspers, contrapõe-se ao 'caso normal', onde se pode aplicar uma norma geral e se falar de competências limitadas. Ao contrário do 'caso normal', onde o momento de decisão é mínimo, 'a norma é anulada, tanto o pressuposto quanto o conteúdo da competência são ilimitados'. O soberano é aquele quem decide quando ocorre este caso extremo e o que deve ser feito para superá-lo. Consequentemente, a soberania deve ser definida 'não como monopólio da sanção ou dominação, mas como monopólio da decisão'". SOLON, Ari Marcelo. *Teoria da soberania como problema da norma jurídica e da decisão*. Porto Alegre: Editor Sergio Antonio Fabris, 1997, pp. 89 e 90.

[104] Ari Marcelo Solon, em análise do que chamou de conceito decisionista de soberania Schmittano, afirma que "o significado jurídico originário da decisão torna-se evidente ao se constatar existir sempre um momento de arbítrio em uma sentença judicial, uma indiferença com relação ao conteúdo da ordem jurídica, não derivado nem de uma legalidade anterior, nem de um ideal de justiça. [...] Este elemento voluntarístico na aplicação do direito que, segundo Schmitt, não poderia ser reconduzido à norma, abre caminho em direção

O poder constituinte é a força anticíclica do direito, pois corresponde ao rompimento de uma ordem jurídica então em voga para a concepção de uma nova. Uma ciência jurídica puramente positivista, de estudo estrito do plano normativo posto, não consegue captar em seu radar o poder constituinte, pois ele pertence a um momento histórico, concreto, factual e instantâneo, concluído de forma definitiva num tempo anterior ao ano zero de seu respectivo ordenamento jurídico.

Enquanto objeto de estudo da ciência jurídica, o poder constituinte é uma figura heterodoxa, porque é um poder de fato, uma decisão que se impõe sem a contemplação de qualquer norma. O Estado de Exceção é o oposto do Estado Constitucional, mas também é o seu fundamento.[105] Analogamente, o poder constituinte, ao mesmo tempo em que contraria a lógica do direito por se tratar de um poder sem previsão normativa, representa a sua essência fundamental. O poder constituinte, com o perdão da redundância, é a decisão constituinte do direito, e a determinação de seu conteúdo, sobretudo do conteúdo do poder do Estado.

No pensamento de Schmitt, no Estado democrático constitucional, o povo é o soberano, porque ele é o sujeito do poder constituinte. Mas o povo não é uma instância firme e organizada, não se identifica com a *magistratura* (o termo é aqui utilizado em seu significado antigo e lato de funcionário do poder estatal dotado de autoridade pública) e não exerce autoridade permanente – condição essa, aliás, incompatível com a natureza de povo. O povo tem o poder de realização da decisão política, que só se manifesta em poucos momentos e de forma instantânea, e não permanente. O poder de decisão política consiste na vontade definitiva do povo a respeito das questões fundamentais de sua existência política. Tal poder inclui a decisão sobre a forma, o modo e os limites do Poder Público e de sua respectiva autoridade permanente para o exercício ordinário de governo.[106]

à problemática do Estado de exceção como fio condutor do conceito Schmittiano de soberania". SOLON, Ari Marcelo. *Teoria da soberania como problema da norma jurídica e da decisão*. Porto Alegre: Editor Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 89.

[105] "Poder Constituyente es la voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre modo y forma de la propia existencia política, determinando así la existencia de la unidad política como un todo. De las decisiones de esta voluntad se deriva la validez de toda ulterior regulación legal-constitucional. Las decisiones, como tales, son cualitativamente distintas de las normaciones legal-constitucionales establecidas sobre su base. Una Constitución no se apoya en una norma cuya justicia sea fundamento de su validez. Se apoya en una decisión política surgida de un Ser Político, acerca del modo y forma del propio Ser. La palabra 'voluntad' denuncia – en contraste con toda dependencia respecto de una justicia normativa o abstracta – lo esencialmente existencial de este fundamento de validez". SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978, pp. 86-87.

[106] "El pueblo, como titular del poder constituyente, no es una instancia firme, organizada. Perdería su naturaliza de Pueblo si se erigiera para un normal y diario funcionamiento y para el despacho ordinario de asuntos. Pueblo no es, por su esencia, magistratura – ni nunca – tampoco en una Democracia – autoridad

Note-se, portanto, que a autoridade permanente não se confunde com a soberania, pois a autoridade permanente pertence ao plano da ordem instituída e da normalidade, ao passo que o poder soberano é uma força ancestral que pertence a um plano anterior e superior, de manifestação pontual, designada justamente à fundação da ordem e da unidade política. As decisões políticas do Poder Constituinte resultam na norma jurídica primeira de um sistema, a constituição.

Mas é importante frisar que, na concepção do autor, embora a soberania do povo apareça às claras somente em tempos de exceção, para formar o Estado constitucional e instaurar um estado de normalidade, o poder soberano não se esgota na constituinte; ele continua a acompanhar silenciosamente o curso do direito e da sociedade, sendo que "sua força vital e energia são inesgotáveis, e sempre capazes de encontrar novas formas de existência política".[107,108]

Cite-se, em pensamento similar ao de Schmitt, Georges Burdeau, segundo o qual o poder constituinte, ainda que não esteja regido pelo direito positivo (e justamente por não estar regido pelo direito positivo), consiste no mais brilhante testemunho de um direito anterior ao Estado. Esse direito ostentaria os predicados de inicial e predominante, pois não há outro anterior a ele ou superior a ele; autônomo, pois cabe ao soberano decidir a norma que prevalecerá e moldará a estrutura jurídica do Estado; e incondicionado, pois não se encontra subordinado a qualquer norma de forma ou de fundo.[109]

---

competente. De otra parte, el Pueblo necesita ser, en la Democracia, capaz de decisiones y actuaciones políticas. Incluso cuando sólo en pocos momentos decisivos tiene y manifiesta una voluntad decisiva, es capaz, sin embargo, de una tal voluntad, y está en condiciones y es apto para decir sí o no a las cuestiones fundamentales de su existencia política. [...] Tan pronto como un Pueblo tiene la voluntad de existencia política, es superior a toda formalidad y normación". SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978, p. 95.

[107] SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución.* Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978, p. 95.

[108] Sobre a existência latente do poder soberano após a promulgação da Constituição, Nelson Saldanha define o poder constituinte como um poder distinto dos poderes constitucionais, que pode ser chamado de poder preconstitucional ou interconstitucional, "pois liga uma Constituição a outra, continuando-se através delas; toda Constituição deve tacitamente prever sua substituição, e ao poder constituinte, no sentido de fonte de poder constitucional supra-positivo, se atribui a faculdade de superar as Constituições anteriores; [...] é então um poder que podemos chamar 'transconstitucional'". SALDANHA, Nelson. *O Poder Constituinte.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, pp. 83 e 84.

[109] "Le pouvoir constituant est un pouvoir initial, autonome et inconditionné. Il est initial parce qu'il n'existe au-dessus de lui, ni en fait, ni en droit aucun autre pouvoir. C'est en lui que s'exprime, par excellence la volonté du souverain […]; L'autonomie du pouvoir constituant est le corollaire de son caractère initial. Il appartient, en effet, au souverain seul de décider si l'idée de droit qui, à la suite du Pouvoir qui est institutionnalisé, va être incorporée dans l'Etat, est bien l'idée de droit selon laquelle entend vivre la collectivité. [...] C'est en ce sens que l'on peut dire que le pouvoir constituant es inconditionné car, dans as tâche, il n'est subordonné à aucune règle de forme ni de fond" BURDEAU,Georges, *Traité de Science Politique*, 2. Ed., Paris, LGDJ, 1969, t.4, pp. 184 e 185.

Em caminho também semelhante ao de Carl Schmitt, Konrad Hesse entende que a constituição só pode ser conceituada e explicada a partir de sua tarefa, que é a criação de uma unidade política e de uma ordem jurídica. A constituição é o resultado da busca de um povo por unidade política e ordem jurídica.[110]

Nesse contexto, Estado e poder estatal pressupõem a Constituição que, por sua vez, pressupõe o poder constituinte, entendido pelo autor como "um poder originário do qual se deriva todo o poder constituído e cujos mandamentos, em virtude de sua vontade, devem ser seguidos"; complementa o jurista que o poder constituinte nasce e se desenvolve por meio de *atividade humana histórica*, pois a deliberação que resulta de uma assembleia constituinte "não é mais, naturalmente, também não menos do que uma formulação daquilo sobre o qual se está de acordo ou, por causa da Constituição, deve-se estar de acordo, no texto da Constituição".[111]

Note-se, pela parte final do excerto transcrito, que Konrad Hesse, num dado ponto de divergência com Carl Schmitt, defende que a validade da Constituição não se atrela puramente ao fato de ser ela produto da vontade definitiva e decisão política do constituinte; mas também da aptidão das normas acordadas pelo constituinte para "produzir efeito determinante e regulador na realidade da vida histórica".[112] Trata-se da *força normativa* teorizada por Hesse. Essa complexa ideia, altamente filosófica, sustenta

---

[110] Konrad Hesse alinha-se à ideia de que o surgimento de Estado pressupõe a Constituição, entendendo o objetivo da Constituição como a busca pela unidade política e pela ordem jurídica, de modo a assim conceber o Estado e o poder estatal: "O que seja 'Constituição', no sentido da pergunta aqui suscitada e delimitada, é algo que só pode ser concebido a partir da tarefa e da função da Constituição na realidade da vida histórico-concreta. Nesta aparecem como objetivos inescusáveis a unidade política e a ordem jurídica. O objetivo a perseguir é a unidade política do Estado, porque Estado e poder estatal não podem ser dados por suposto, como algo preexistente. Eles só adquirem realidade na medida em que se consegue reduzir a uma unidade de atuação a multiplicidade de interesses, de aspirações e de formas de conduta existentes na realidade da vida humana, na medida em que consegue produzir unidade política. [...] Assim, pois, só na medida em que se cumpre a tarefa de formar e preservar a unidade política o Estado torna-se uma realidade existente como conexão unitária de atividade e atuação. O Estado só pode ser compreendido na medida em que o entendamos sob essas duas dimensões: como uma unidade que deve ser constantemente criada, preservada e consolidada e atividade e atuação dos 'poderes' constituídos sob essa base". HESSE, Konrad. *Teoría Fundamental do Directo Constitucional*. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Martires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 78 a 81.

[111] HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luis Afonso Heck. 20. ed. alemã. Porto Alegre: Editor Sérgio Antônio Fabris, 1998, p. 48.

[112] "A vontade do constituinte histórico não é capaz de fundamentar e, de todo, de manter a validez real da constituição assim criada. Até que ponto a Constituição consegue obter essa validez é, antes, uma questão de sua força normativa, de sua capacidade de produzir efeito determinante e regulador na realidade da vida histórica". HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luis Afonso Heck. 20. ed. alemã. Porto Alegre: Editor Sérgio Antônio Fabris, 1998, p. 48.

que a força do poder constituinte depende da "vontade atual dos participantes da vida constitucional, de realizar os conteúdos da Constituição".[113]

Sobre a titularidade do poder constituinte, destaquemos os escritos de Celso Ribeiro Bastos, para quem tal problema se resolve a partir da tese de que "o poder constituinte é legitimado pela própria ideia de direito que ele exprime"; sustenta o autor que, como inexiste poder constituinte abstrato, determinável a priori, para qualquer sociedade, segue-se que, em cada coletividade, "o titular desse poder é o indivíduo ou grupo no qual se encarna a ideia de direito, em um dado momento. Pode ser também o povo, como portador direto da ideia de direito, na falta de qualquer chefe reconhecido e consentido".[114]

O autor revela uma interessante visão de que a circunstância de um Estado Constitucional, por si só, não caracteriza a soberania do povo na instância pré-normativa do poder constituinte. A titularidade do poder constituinte não é jurada ao povo por qualquer regra de índole jurídica. O poder constituinte é o poder de empreender a primeira regra, do que se conclui, por corolário lógico, não haver qualquer norma sobre a titularidade do poder constituinte – reitera-se, aqui, que o poder constituinte reside no plano do Estado de Exceção. A titularidade do poder constituinte remete a uma raiz existencial profunda do direito, que está entrelaçada à sociologia: quem o fenômeno sociedade ou coletividade enxerga como portador da ideia do direito?

Um dado grupo de pessoas, insatisfeitas com a ordem vigente em sua pátria, pode pretender realizar uma assembleia constituinte para tecer uma nova constituição para o seu país. A capacidade dessa assembleia para conceber efetivamente um poder constituinte, que proclamará uma nova constituição que fundará um novo ordenamento jurídico para reger aquele país, não depende do cumprimento de qualquer requisito de natureza formal ou material. Tal capacidade é determinada por uma única condição: a sociedade a que se dirige a pretensão de realizar uma nova constituição enxergar naquele grupo de pessoas a encarnação da ideia de direito[115].

---

[113] HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luis Afonso Heck. 20. ed. alemã. Porto Alegre: Editor Sérgio Antônio Fabris, 1998, p. 49.

[114]BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil* (promulgada em 5 de outubro de 1988). São Paulo: Saraiva, 1990. v. 1, p. 145.

[115] Sob prisma algo similar ao da encarnação da ideia de direito, o sociólogo italiano Guglielmo Ferrero desenvolve o conceito de legitimidade, como principal condição formadora do poder. O autor se refere ao poder como um *gênio invisível da cidade*, dotado da capacidade de se edificar num *status* de liderança por meio do consentimento e persuasão. A legitimidade institui um poder mediante acordo tácito e subentendido entre governante e governados, ao invés de fazê-lo pela força, que é forma precária e frágil de domínio, uma vez que a obediência pelo medo está sempre na iminência de se rebentar. Daí Guglielmo Ferrero dizer que o princípio da legitimidade adoça e humaniza o poder. FERRERO, Guglielmo. *El poder*, Los Genios invisibles

Esse sujeito não é, por força de qualquer espécie de regra jurídica, o povo. Não há, no Estado de Exceção em que se desenha o poder constituinte, qualquer norma que imponha os seus contornos. A titularidade do poder constituinte depende de quem a sociedade enxerga como o portador dessa ideia seminal de direito que precede a dimensão do direito posto.

Mas o ponto é que, no estágio de evolução e autocompreensão política em que uma sociedade se dita por meio de uma Constituição, a ideia seminal de direito já repousa inerentemente no povo, sob pena de contradição lógica. O poder constituinte não pertence ao povo por incidência de norma jurídica, mas tem de lhe pertencer, por pressuposto lógico da real e genuína ideia de Estado constitucional. O poder constituinte há de pertencer ao povo, não por uma regra instituída, mas porque a soberania popular pertence ao âmago da concepção de constitucionalismo. A regra de que o poder constituinte cabe ao povo é de índole lógica, e o denominador desse exercício lógico é a teoria constitucional.

Podem ocorrer, e ocorrem mais do que costumeiramente, constituições erigidas por forças outras que não a do povo soberano. Essas constituições não podemos dizer que sejam ilegais, irregulares, inválidas, pois todos esses adjetivos remetem a critério imerso no plano da ordem jurídica posta, que tem na própria constituição o seu fundamento e pedra angular (é como dizer que uma constituição é inconstitucional). Podemos, sim, constatar que tais constituições revelam uma grande patologia, uma grave crise entranhada em suas correspondentes sociedades.

Tais considerações nos levam à questão verdadeiramente central da interação entre constitucionalismo e soberania, para o propósito deste trabalho.

Uma corrente de juristas pátrios, ao examinarem a história concreta do constitucionalismo brasileiro, à luz da doutrina europeia acima sintetizada sobre a soberania popular que se exerce através do poder constituinte, identificam, como uma das causas profundas do subdesenvolvimento, a deformidade dos sucessivos poderes constituintes, que não bem significavam o povo brasileiro.

Talvez o primeiro autor a identificar o fenômeno, Paulo Bonavides, chamou-o de *crise constituinte*. Segundo o célebre constitucionalista, o poder constituinte do povo é apenas aparente e simbólico, pois ele vem sempre a chancelar a vontade daquele que é,

---

de la Ciudad. Tradução de Eloy García, Madri: Tecnos, 1992. As questões aqui salientadas se encontram sobretudo no capítulo segundo, intitulado *Los genios de la ciudad* (pp. 20 a 27), e no capítulo terceiro, intitulado *Los cuatro principios de legitimidad* (pp. 28 a 35).

então, o efetivo poder constituinte, um poder de fato titulado não pela coletividade, mas por classes política e economicamente dominantes.[116]

Segundo o autor, o Brasil, a despeito das diversas constituições que atravessou, jamais teve ou experimentou uma só assembleia constituinte que fosse verdadeiramente dotada dos predicados necessários a garantir uma plena e livre representação da vontade do seu povo, de modo que pudesse romper paradigmas anteriores de dominação de elites políticas e econômicas.[117]

O autor, portanto, pôs-se à constatação de que o povo não consegue e não conseguiu ao longo da história brasileira manifestar ou exercer de forma plena a sua soberania, sendo outras as forças que efetivamente se apropriaram do poder constituinte em todos os seus adventos.

O constitucionalismo nacional jamais operou uma reforma das raízes da desigualdade, pois o poder constituinte sempre foi apoderado pela parcela do povo a quem a desigualdade interessa e sempre interessou. O constitucionalismo brasileiro foi, bem mais do que outra coisa, uma adequação do regime de dominação à forma e aparência mais ilustrada do Estado democrático constitucional. Adotaram-se as vestes de uma doutrina europeia contemporânea, com estrutura e mecanismos que visam fortalecer a participação popular e o Estado de Direito, só que modulados para o fim oposto, de perpetuação e até mesmo recrudescimento do abismo social e da dominação de classes.[118]

---

[116] "Como se os colégios constituintes ulteriores trouxessem conjuntamente a síndrome de 1823, e o ressentimento de 1824, dissolução e outorga, ambas uma ferida na memória constitucional do Império e da República, uma úlcera que não sarou, um vício secreto de origem, que rebaixa ou diminui a legitimidade de cada Constituição promulgada sob o manto da soberania popular, em suma, uma incapacidade congenial de fazer a Lei Maior fundamentar a sociedade e harmonizar os Poderes constitucionais com o País real a-fim-de resolver-lhe os problemas estruturais. É precisamente esse descompasso histórico e secular que nos faz identificar, em cada época constitucional do Brasil, o germe a crise constituinte, minando indistintamente governos, regimes e instituições, não importa a forma política porventura adotada". BONAVIDES, Paulo. *Do País Constitucional ao País Neocolonial:* A derrubada da Constituição e a Recolonização pelo Golpe de Estado Institucional. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 78.

[117] "Em razão de não ter sido possível, até hoje, debelar no Brasil a crise constituinte, a qual permanece latente, apesar das várias Constituições que o País já teve, a conclusão a que se há de chegar é que todas essas Cartas Magnas padecem, por sua origem, natureza e aplicação alguma deficiência de legitimidade, de tal modo que, unicamente, por obra de ficção e abstração se pode falar, aqui, na existência de um poder constituinte ilimitado, absoluto, primário, originário ou rigorosamente de primeiro grau." BONAVIDES, Paulo. *Do País Constitucional ao País Neocolonial:* A derrubada da Constituição e a Recolonização pelo Golpe de Estado Institucional. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 78-79.

[118] "Quanto à extensão vertical, esta se colige de quanto se escreveu dantes com respeito às vias de exteriorização do poder constituinte como manifestação da vontade soberana. [...] A distância e debilidade da interferência dos governados conduz a legitimidade constituinte aqui a seus níveis mais baixos, tocante ao princípio democrático de organização das instituições políticas no interior do sistema representativo clássico e tradicional da cultura política do ocidente". BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 164.

Washington Peluso Albino de Souza, em tônica semelhante, sustenta que "no Brasil, somente podem ser reconhecidas como portadoras de legitimidade constituinte as Constituições de 1891 e 1946, estando praticamente comprometidas nesse particular todas as demais". Em acréscimo, o autor ainda discorre sobre a ilegitimidade material crônica que vulnera todas as constituições brasileiras, inclusive aquelas porventura formalmente legítimas, já que estão sujeitas a todas as modalidades de "influências e corrupções, especialmente aquelas vinculadas ao poder econômico e aos 'lobbies' de toda a espécie, ao domínio da informação, dos transportes, ao desprezo político da própria pobreza e miséria". Como resultado inexorável dessa equação, deflagram-se "dispositivos constitucionais comprometedores da soberania em geral e consagradores da dependência econômica, do colonialismo e do atraso em todas as suas manifestações".[119]

Raymundo Faoro sustenta que o poder constituinte na realidade brasileira representa historicamente um sofisma de aparente reforma popular, onde o que há de fato é a institucionalização de uma contrarreforma do conservadorismo em enfrentamento e abate da pretendida reforma popular. Significa que a classe dominante conduz a constituinte de tal modo a esterilizar o seu conteúdo verdadeiramente reformador.[120]

Fábio Konder Comparato, no ensaio *Por que não a soberania dos pobres?*, adverte que a adoção da estampa ou do *slogan* constitucional com os dizeres da soberania que emana do povo funciona como uma cortina de fumaça que esconde uma realidade jurídica outra, na qual a soberania popular não apenas não atingiu a sua plenitude, como foi sendo histórica e progressivamente reduzida.[121] É o que Friedrich Müller, em pensamento análogo, chamou de "interesses ordinários encadernados em couro de novilho".[122]

---

[119] SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Teoria da Constituição Econômica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 189.

[120] "Na aparência, o ciclo que se abriu com a reivindicação em favor da Constituinte chega ao fim de seu curso. Como sempre – na superfície – uma idéia, lançada pelos ditos radicais, encontra-se às portas da realidade, conduzida pela mão dos conservadores. Cultivou-se a convicção em outros tempos, de que o conservadorismo 'limita-se ao papel inglório de incubar no poder os ovos, que são as reformas, depositadas em seu ninho' pelos liberais. Um grupo planta, o outro colhe. Entre a tese e a realidade há um abismo: a reforma, ao se institucionalizar, não é, na verdade, a reforma que se propôs: em regra, é uma reforma contra a reforma." FAORO, Raymundo. Constituinte: a verdade e o sofisma. *In*: SADER, Emir. (org.). *Constituinte e Democracia no Brasil Hoje*. 2. ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1985. p. 7-16, aqui p. 8.

[121] "Graças à imprecisão da ideia de soberania do povo e à larga experiência histórica já adquirida em fazer funcionar um regime oligárquico com fundamento teórico no princípio de que todo o poder emana do povo, a tendência das forças conservadoras é no sentido da adoção dogmática desse princípio, ou seja, como autêntica verdade de fé, que não pode sofrer análises ou indagações críticas." COMPARATO, Fábio Konder. Por que não a soberania dos pobres? *In*: SADER, Emir. (org.). *Constituinte e Democracia no Brasil Hoje*. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1985. p. 85-109, aqui p. 102.

[122] "Os conceitos da Teoria do Direito e do Estado são siglas dos pontos de vista 'teóricos' difundidos nessas disciplinas; e cada uma dessas 'teorias' é uma fórmula nobre para designar interesses absolutamente

Gilberto Bercovici, um dos maiores expoentes de referida corrente, vê a *crise constituinte* enunciada por Paulo Bonavides como uma problemática própria da periferia, isto é, dos Estados Periféricos. Para o autor, "a questão na periferia está ligada aos limites históricos e estruturais que o poder constituinte encontra para se manifestar plenamente como formação da vontade soberana do povo".[123] O autor propugna que o Brasil, enquanto país periférico que é, enfrenta, de modo contínuo na história, bloqueios de ordem interna e externa e de natureza política, social e econômica que impedem a plena concretização da soberania popular através do poder constituinte e da constituição. O autor sintetiza esse estado vicioso na expressão *soberania bloqueada*.

Bercovici estende a situação brasileira a uma escala maior, comum a todos os países latino-americanos, que comungam das mesmas duras restrições para promover o desenvolvimento. Estariam esses países, aponta o autor, presos a "um estado de exceção econômico permanente a que está submetida a periferia do capitalismo". O termo *estado de exceção econômico* consiste, de um lado, em expressa remissão à atualidade do pensamento de Carl Schmitt e, de outro, no estabelecimento de uma ligação entre o conceito político de soberania e a dimensão econômica.[124]

Segundo o autor, os países da periferia do capitalismo viveriam num permanente estado de exceção econômico, que se contrapõe ao estado de normalidade em que se encontram os países que formam o centro do capitalismo. A normalidade, na doutrina schmittiana, é caracterizada pela presença de uma ordem jurídica consolidada, que demarca as estruturas políticas de poder e seus respectivos limites, abrangências e funções. Nos Estados da periferia do capitalismo, o "convívio do decisionismo de emergência para salvar os mercados com o funcionamento dos poderes constitucionais", a "subordinação do Estado ao mercado" e a "adaptação do direito interno às necessidades do capital financeiro" fazem sucumbir a soberania popular.[125]

---

ordinários, embora encadernada em couro de novilho. À medida que postos em comunicação, os interesses expressam-se como finalidades [...]. Mas o que desrecomenda fazer do 'poder constituinte do povo' enquanto conceito finalista dos dominadores (do povo), a serviço dessa mesma dominação, finalmente um conceito do povo para a sua autodeterminação?". MÜLLER, Friedrich, *Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo*. Tradução por Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 30.

[123] BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição:* para uma crítica do constitucionalismo. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 36.

[124] BERCOVICI, Gilberto. O estado de exceção econômico e a periferia do capitalismo. *Revista Pensar*, Fortaleza, v.11, p. 95-99, fev. 2006, p. 95.

[125] BERCOVICI, Gilberto. O estado de exceção econômico e a periferia do capitalismo. *Revista Pensar*, Fortaleza, v.11, p. 95-99, fev. 2006, p. 97.

É dizer que a ordem jurídica dos países periféricos é apenas aparente, pois não representa uma efetiva situação de normalidade, conquistada através do exercício, pelo povo, da soberania e do respectivo poder constituinte que lhe cabe. Da mesma forma, a soberania popular não existe como força latente que acompanha a sociedade e é capaz de irromper uma ordem vigente que se descaminha e ameaça a unidade política.

É um estado de exceção econômico permanente, pois a ordem jurídica que representaria a soberania popular, nas suas fases de criação, execução e alteração, é absolutamente maleável e permeável aos interesses econômicos do mercado, que são, ao fim e ao cabo, os interesses externos dos países centrais do capitalismo e os interesses internos de uma elite dirigente. Como se vê, o real poder constituinte que, a todo tempo, desconstitui, desvalida, derroga e revoga a Constituição está nas mãos de figura oposta ao povo.

A crise constituinte, a soberania bloqueada e o permanente estado de exceção econômico correspondem a um fenômeno multifacetado de mitigação e afastamento da soberania popular no poder constituinte. Diz-se multifacetado, porque tal fenômeno compreende (i) a infiel representação do povo na assembleia constituinte, convenção essa que a prática democrática moderna erigiu como forma de o povo concretizar sua soberania; (ii) a contínua sucumbência da constituição posta às demandas imperativas do mercado; e (iii) um poder constituinte derivado enviesado por grupos dominantes, que atua para "desobstruir o caminho" por onde as forças de mercado desejam passar.

O item (i) é autoexplicativo: as assembleias constituintes foram formadas e conduzidas por grupos da elite dominante, e não efetivos comissários do povo.

O item (ii) se manifesta de diversas formas. Destacamos aqui, relativamente à Constituição Federal de 1988, as vertentes hermenêuticas que obstam a eficácia de disposições constitucionais, como na doutrina das *normas de caráter programático*, que necessitariam de lei infraconstitucional para atingir plena eficácia.[126] Ou ainda, do mesmo

[126] Nesse sentido, Washington Peluso Albino de Souza critica veementemente esse modo com que motivos políticos limitam as conquistas populares que chegaram a ser institucionalizadas na Constituição: "Daí os expedientes menos recomendáveis, porém habituais, a que nos referimos, de se introduzir nos textos constitucionais avanços desejáveis, embora não imediatamente desejados pelos interesses dominantes, conferindo à norma constitucional o caráter 'programático' e comprometendo-lhe o sentido de norma jurídica impositiva". SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Teoria da Constituição Econômica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 188. Para um estudo maior sobre o tema, ver Anna Candida da Cunha Ferraz, na obra *Processos informais de mudança da Constituição*, o capítulo específico dos *Processos anômalos de mudança da Constituição* (pp. 217 a 243), nas categorias de *inércia no plano constitucional* e do *desuso no plano constitucional*, no qual a autora conclui, diante do estudo das constituições brasileira e estrangeiras, que "não se pode olvidar o comando do Executivo na vida política, econômica e social de um Estado, fenômeno típico dos Estados contemporâneos, que coloca nas mãos desse poder, os meios de ação para atuar nessa área. A

modo, a leitura constitucional que atribui à livre iniciativa um significado distorcido e uma posição central e de prevalência máxima perante quaisquer outras normas constitucionais, sem que isso se depreenda do texto posto.[127] Destaca-se, por fim, o total e inadvertido comprometimento das finanças públicas ao controle do orçamento monetário e cumprimento de metas monetárias, de modo a estrangular e neutralizar os dispositivos constitucionais de caráter econômico-dirigente e refletivos da política econômica de planejamento estatal.[128]

Quanto ao item (iii), sua manifestação se fez muito evidente em menos de uma década de vigência da Constituição de 1988.

Uma das grandes vitórias nacionalistas do debate constituinte de 1987-1988 consistiu na consagração da propriedade da União sobre os bens minerais e o subsolo brasileiro, e do monopólio estatal na exploração do petróleo, vitória essa consubstanciada nos artigos 20, inciso IX, 176 e 177 da carta constitucional.

Ocorre que o ideário do Poder Constituinte Originário, de nacionalização da exploração dos recursos minerais, que norteara a formulação dos textos originais de

---

inércia do Executivo faz mais nítido o distanciamento entre Constituição normada e a Constituição aplicada, com decorrências graves e danosas para a vida político-econômica e social do Estado. [...] Na maioria dos casos, porém, a inércia resulta de fatores políticos. Obra de compromisso, a Constituição nem sempre encontra ressonância de seus ditames, em dado momento e diante de determinadas circunstâncias, entre os governantes, os partidos políticos, os representantes do povo nos órgãos legislativos, os grupos de pressão, etc. Sua aplicação efetiva se torna inoportuna ou mesmo não desejada. Prevalecem, nesses casos, as decisões da corrente política dominante. Por outro lado, não sendo também conveniente a sua reformulação formal, o texto permanece inerte" FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*. 1. ed. São Paulo: Max Limonad, 1986, pp. 227 a 229. Na doutrina estrangeira, cite-se Karl Loewenstein, em *Teoría de la Constituición*, especificamente o capítulo *La desvalorización de la constitución escrita em la democracia constitucional* (pp. 222 a 226), em que o autor identifica dois grandes problemas que tornam *empalidecido o brilho da constituição*: "El primero hace referencia al hecho de que ya constitución, aun en los Estados contradicción normativa, no será observada tan escrupulosamente por los detentadores del poder como lo era antes; no se actuará siempre de la manera que beneficie a la ley fundamental del Estado. El segundo, se refiere a la alarmante indiferencia de la massa de los destinatarios del poder frente a la constitución, actitud psicológica que puede conducir, finalmente, a una atrofia de la consciencia constitucional". LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la constitución*. Traducción y estudio sobre la obra por Alfredo Gallego Anabitarte. 3. ed. Barcelona: Ariel Ciencia Política, 1983, pp. 222 e 223.

[127] "Na interpretação constitucional da livre iniciativa, não se deve atribuir conteúdo ao princípio com base em doutrinas liberais abrangentes de institucionalização do laissez-faire. Isso corresponderia a excluir doutrinas econômicas razoáveis que, embora defensoras da economia de mercado, solicitam maior intervenção estatal." SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; MENDONÇA, José Vicente Santos de. Fundamentalização e fundamentalismo na interpretação do princípio constitucional da livre iniciativa. *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (org.). *A constitucionalização do direito*: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007. p. 709-741, p. 740.

[128] Para um ensaio profundo sobre o estrangulamento das normas constitucionais econômico-dirigentes em prol do controle do orçamento monetário, ver BERCOVICI, Gilberto; MASSONETTO, Luís Fernando. A constituição dirigente invertida: a blindagem da Constituição Financeira e a agonia da Constituição Económica. *Boletim de Ciências Económicas*, Coimbra, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, v. XLIX, p. 57-77, 2006.

mencionados dispositivos, em pouco tempo se enveredou para a direção oposta. Isso se deu através das Emendas Constitucionais nº 6 e 9, ambas de 1995, sendo a última responsável pela introdução do § 1º do artigo 177, segundo o qual "a União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo observadas as condições estabelecidas em lei".

Como descreve Bercovici, a Emenda Constitucional nº 9 "extirpou do texto constitucional a Petrobras como executora única do monopólio da União sobre o petróleo", que passou a poder explorá-lo diretamente ou por meio de concessões a empresas estatais ou privadas, inclusive estrangeiras. Dessa forma, conclui o autor, o legislador ordinário modificou "um dos princípios ideológicos originários estabelecidos pela Assembleia Nacional Constituinte, consagrando a vitória, pela via da emenda constitucional, dos derrotados na elaboração da Constituição de 1988".[129]

Veja-se que mesmo quando o Poder Constituinte Originário bem representa interesse nacional na formulação constitucional, uma cerração de índole neoliberal vinda de fora para dentro, irradiada a partir do Consenso de Washington, bastou para que o mercado (leia-se, a elite interna e os interesses das potências externas) conseguisse encarnar o poder constituinte derivado, solapando uma das raras conquistas da soberania do povo brasileiro.

Em rumos conclusivos, ao avanço deste capítulo descobrimos, no plano teórico, que a equalização entre soberania e constitucionalismo alça o poder constituinte como uma nova expressão jurídica da soberania popular. É importante notar que o constitucionalismo inflige à soberania popular e à democracia a multifacetação ou pluralização de suas expressões jurídicas que antes eram singulares. Como Olivier Beaud bem constatou:

> Tradicionalmente, a tradução jurídica menos imperfeita de democracia repousava na noção de direito em sua versão parlamentar, isto é, a ideia de representação segundo a qual os eleitos do povo encarnavam suas aspirações [...] mas uma análise dogmática da soberania, baseada na história e teoria constitucionais, traz à tona outra expressão jurídica da democracia: a do poder constituinte, forma essencial da expressão da soberania do povo.[130]

---

[129] BERCOVICI, Gilberto. *Direito Econômico do Petróleo e dos Recursos Minerais*. São Paulo: Quarter Latin, 2011, p. 252.

[130] O excerto é tradução livre para o português da seguinte passagem: "Traditionnellement, on estime que la traduction juridiqué la moins imparfaite de la démocratie est la notion de loi dans sa version parlementaire, c'est-à-dire l'idée de représentation selon laquelle les élus du peuple incarneraient, le mieux, ses aspirations. Sans remettre en cause l'importance de la notion de démocratie representative et nottament sa fonction intégraticie dans la vie politique moderne, il semble cependant qu'une analyse dogmatique de la souveraineté, miené à partir de l'histoire et de la thèorie constitutionelles, fait ressortir une autre expression juridique de la démocratie: celle du pouvoir constituant forme essentielle d'expression de la souveraineté du peuple". BEAUD, Olivier. *La Puissance de l'État.* Paris: Presses Universitaires de France, 1994, p. 201.

O constitucionalismo, portanto, confere à soberania uma dupla expressão jurídica, onde antes havia apenas uma: a "nova" expressão jurídica da soberania é o poder constituinte, e a "antiga" é a eleição dos representantes do povo nos poderes constituídos.

Já no plano prático e associado especificamente à conjuntura brasileira (e latino-americana), este capítulo nos revelou uma deturpação quase crônica do direito pátrio, determinada por circunstâncias históricas, políticas, sociais e **econômicas** do país. Tal deturpação impede ou dificulta severamente a efetivação da supremacia do povo como titular da soberania nacional, o que ocorre em prol dos interesses particulares de uma classe dominante.

Como última consideração, a análise dessa doutrina brasileira da crise constituinte ou da soberania bloqueada desnuda uma verdade bastante contemporânea sobre o objeto do presente estudo: a soberania, que nasceu e cresceu como um conceito eminentemente de filosofia política, como um elemento da anatomia do Estado, hoje experimenta uma interpenetração com a matéria econômica. Isso ocorre seja porque as forças e os interesses econômicos, privados ou públicos (de nações estrangeiras), ameaçam, interferem ou mesmo bloqueiam a soberania nacional de um país, seja porque, na outra face da moeda, a forma com que o Estado lida com a economia que se desenvolve em sua respectiva sociedade, por sua coletividade, em seu território, tornou-se um vetor crucial e decisivo para a afirmação e preservação da soberania nacional.

A esta altura, a partir de tais ponderações, começa a se desenhar, com contornos mais claros, o significado da soberania econômica, bem como a sua importância para garantir que a mais dirigente das constituições deixe de ser apenas, como nas palavras de Friedrich Müller, *um símbolo especialmente vistoso*[131] de aspirações sociais utópicas, pois neutralizadas pela estrutura e conformação econômica da sociedade.

2.5 Soberania na ordem interna e na ordem externa

No direito brasileiro, um dos mais completos estudos sobre soberania é de autoria de Arthur Machado Paupério, na obra *O Conceito polêmico de Soberania e sua revisão contemporânea*, de 1958.

---

[131] "Não há poder constituinte do povo onde o poder contempla o povo em alienação. [...] Para tal Estado, o poder constituinte é um símbolo especialmente vistoso, uma metáfora especialmente luminosa." Por significar apenas um símbolo aparente, conclui o autor que o "poder constituinte do povo continua sendo um texto dos dominantes". MÜLLER, Friedrich, *Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo*. Tradução por Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, pp. 26 e 104.

O autor, em observância à evolução histórica e doutrinária do conceito de soberania do século XVI até o século XX, define-a nos dias atuais através de um binômio: a supremacia interna e a independência na ordem externa.

Precisamente, Machado Paupério identifica tal dicotomia como sendo os dois sentidos em que o poder do Estado se manifesta: no *sentido positivo*, temos que a vontade do Estado predomina sobre a dos indivíduos e grupos sociais existentes em seu território; no *sentido negativo*, a vontade do Estado é independente, pois não se subordina à vontade de outros Estados.

O próprio autor, porém, em rigor conceitual, afirma ser impróprio falar em soberania externa. O conceito puro de soberania está atrelado ao seu *sentido positivo*, de supremacia na ordem interna: "a soberania é, sobretudo, interna. A externa não é senão, uma decorrência daquela, uma 'consequência', uma 'face'".[132]

De todo modo, fato é que o conceito atualmente aceito e difundido de soberania contempla tanto o sentido puro ou originário de supremacia interna, quanto o sentido derivado de independência externa. Esse binômio consagra, de um lado, (i) a evolução histórica da soberania enquanto elemento inerente ao fenômeno social e à relação entre Estado, sociedade e indivíduo; e, de outro, (ii) a ramificação filosófica da soberania proposta por Hugo Grocio e que alicerçou a criação do direito internacional público, sob o signo de igualdade e coordenação entre Estados que reconhecem a supremacia interna uns dos outros.

E os constitucionalistas pátrios sacramentaram a visão da soberania como um binômio.

Celso Ribeiro Bastos ensina que "a soberania se constitui na supremacia do poder dentro da ordem interna e no fato de, perante a ordem externa, só encontrar Estados de igual poder". Para o célebre autor, tal situação representa a "consagração, na ordem interna, do princípio da subordinação, com o Estado no ápice da pirâmide, e, na ordem internacional, do princípio da coordenação".[133]

---

[132] "Duas ideias caracterizam a soberania: a de supremacia interna e a de independência na ordem externa. Para muitos autores, a supremacia constitui praticamente a soberania, não sendo a independência outra coisa senão um meio de tornar a supremacia efetiva. Dentro desse ponto de vista, a soberania é, sobretudo, o poder de governar internamente. [...] Parece-nos, todavia, não ser muito própria a expressão 'soberania externa'. Em Direito Internacional, ao invés de Estados soberanos, temos Estados independentes. A soberania é, sobretudo, interna". PAUPÉRIO Arthur Machado. *O conceito polêmico de soberania e sua revisão contemporânea*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958, pp. 11 e 22.

[133] BASTOS, Celso Ribeiro. Estado do Futuro *In*: MARTINS, Ives Gandra. (coord.). *O Estado do Futuro*. São Paulo: Pioneira, Associação Internacional de Direito e Economia, 1998. pp. 164-174, aqui p. 165.

José Afonso da Silva qualifica a soberania como "um fundamento do próprio conceito de Estado" e, invocando as palavras do constitucionalista lusitano Marcello Caetano, explica que soberania significa um poder político supremo e independente: "supremo, porque 'não está limitado por nenhum outro na ordem interna', independente, porque, *'na ordem internacional, não tem de acatar regras que não sejam voluntariamente aceitas e está em pé de igualdade com os poderes supremos dos outros povos'"*.[134]

O célebre constitucionalista Manoel Gonçalves Ferreira Filho, embora sustente o advento ou a iminência da superação do "modelo de Estado-nação, juridicamente e politicamente construído com base na ideia de soberania", e pareça ser crítico aos Estados contemporâneos que, tal como o Brasil, ainda *se pretendem soberanos*, ao definir o instituto da soberania, também empunha o binômio supremacia/independência, ao dispor que "soberania significa um poder que não reconhece outro a ele superior, seja no plano interestatal (independência), seja no plano interno (supremacia)".[135]

Assim, também, André Ramos Tavares,[136] Luiz Roberto Barroso[137] e Marcos Augusto Maliska,[138] além de doutrinadores de Teoria Geral do Estado e de Direito Internacional Público, como Dalmo Dallari[139] e Sahid Maluf.[140]

Cite-se, por fim, o jurista italiano Luigi Ferrajoli, para quem os planos interno e externo do conceito de soberania configuram as coordenadas dos Estados-nação. Em palavras exatas:

---

[134] SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 104.

[135] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O Estado do futuro e o futuro do Estado. *Revista Direito e Democracia*, Canoas, v. 1, n. 1, p. 81-94, 1. sem. 2000, pp. 84 e 85.

[136] TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 822.

[137] BARROSO, Luis Roberto. A Ordem Econômica Constitucional e os Limites à Atuação Estatal no Controle de Preços. *Revista Direito Administrativo,* Rio de Janeiro, n. 226, p. 187-212, out./dez. 2001, p. 194.

[138] MALISKA, Marcos Augusto. Comentários à Constituição do Brasil – art. 1º, inc. I, *In*: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Editoras Saraiva, Almedina e Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, 2013. pp. 116-118.

[139] "O poder soberano o é dentro dos limites territoriais do Estado, ou seja, tal poder é superior a todos os demais, tanto dos indivíduos quanto dos grupos sociais existentes no âmbito do Estado. Já com relação aos demais Estados, a afirmação de soberania tem a significação de independência, admitindo que haja outros poderes iguais, mas nenhum que fosse individualmente superior". DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da teoria geral de Estado*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 83.

[140]"No plano internacional, a soberania é limitada pelos imperativos de coexistência entre os Estados soberanos, não podendo invadir a esfera de ação das outras soberanias". MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 38.

> A superação do estado de natureza, internamente, e sua conservação (ou melhor, instauração), externamente, tornam-se, assim, as duas coordenadas ao longo das quais se desenrola a história teórica e prática dos estados soberanos modernos, ambas inscritas no código genético de tais estados pela filosofia política jusnaturalista.[141]

Há, portanto, duas faces da soberania, a de supremacia na ordem interna e independência na ordem externa. Concordamos, neste ponto, com o pensamento de Paupério Machado, de que o significado de soberania corresponde apenas à supremacia na ordem interna, sendo a independência na ordem externa não o significado, mas uma decorrência do conceito. De todo modo, veremos adiante que referido binômio se faz particularmente importante para entender a ideia de soberania econômica. Sem prejuízo, concentramo-nos por ora na supremacia na ordem interna, que é a chave do significado de soberania em termos políticos.

Como segunda parte deste capítulo e aproveitando o ensejo da temática internacional ou externa, é importante realçar – nada obstante a sobrevivência da soberania no campo do direito positivo – as advertências doutrinárias a respeito do esmorecimento do conceito na atualidade e mesmo da iminência de seu desaparecimento, em virtude da crescente interação entre os Estados (globalização) e do robustecimento do direito internacional público.

Nicola Matteucci, um dos propositores dessa hipótese de gradual obsolescência da soberania nos tempos atuais – hipótese intitulada por ele próprio de *eclipse da soberania* ou de *ocaso da plenitude do poder estatal* – aponta, entre suas principais causas (além do advento do constitucionalismo, como citado na subseção anterior desta dissertação [ver nota 90]), a "realidade gradativamente pluralista das sociedades democráticas" e, bem assim, o novo caráter das relações internacionais, nas quais a "interdependência entre os diferentes Estados se torna cada vez mais forte e mais estreita, quer no aspecto jurídico e econômico, quer no aspecto político e ideológico".[142]

Em rumo convergente, citamos a obra coletiva *O Estado do Futuro*, que congregou diversos artigos de célebres juristas e economistas brasileiros, escritos em 1998, sobre os prognósticos futuros a respeito do perfil do Estado, diante da unificação dos espaços políticos, dos movimentos de integração econômica e da globalização. No livro, há

---

[141] FERRAJOLI, Luigi. *A Soberania no mundo moderno*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2002, p. 25.

[142] BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 11. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília – UnB, 1998. v. 1, p. 1.187.

diversas vozes que enxergavam no terceiro milênio um caminho inarredável para a formação de um Estado Mundial e o pleno declínio da soberania nacional.

Nesse sentido, Ives Gandra Martins citou a futura "universalização do Estado, em nível de poderes decisórios [...] aceitando-se a federação universal dos países";[143] Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Paulo Rabello de Castro citaram a futura "desmonopolização do poder";[144] Carlos Brandão citou a futura tendência em que o "'Estado' com território determinado evoluirá para Confederação de Estados, ou Estado Transnacional";[145] Ernane Galvêas citou a futura "administração pública consensual, que vai transformar inteiramente as velhas concepções do Estado";[146] e, por fim, Celso Ribeiro Bastos citou o futuro "surgimento de uma espécie de governo mundial com caráter representativo" e o "inevitável enfraquecimento dos poderes soberanos dos Estados, a quem caberá fazer a aplicação das diretrizes e das normas estatuídas pelo governo mundial".[147]

Esses prognósticos sobre o direito do futuro foram tecidos no ano de 1998 e basearam-se em constatações daquele então presente, em que reinava o auge do espírito de integração política e econômica nos blocos continentais, cooperação internacional e abertura comercial.

Foi em maio de 1998 que a União Europeia promoveu a unidade monetária do bloco, com a instituição do euro como moeda comum; em junho daquele ano foi constituído o Banco Central Europeu. Os anos 1990 foram também a década do florescimento do MERCOSUL, com a sua oficial fundação em 1991 e instituição de zona aduaneira entre os Estados-Membros. No ano de 1998, o MERCOSUL celebrou, com Bolívia e Chile, o Protocolo do Ushuaia sobre compromisso democrático.

---

[143] MARTINS, Ives Gandra. O Estado do futuro. *In*: MARTINS, Ives Gandra. (coord.). *O Estado do Futuro*. São Paulo: Pioneira, Associação Internacional de Direito e Economia, 1998. p. 13-28, aqui p. 27.

[144] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, CASTRO, Paulo Rebello de. O Futuro do Estado: do pluralismo à desmonopolização do poder. *In*: MARTINS, Ives Gandra. (coord.). *O Estado do Futuro*. São Paulo: Pioneira, Associação Internacional de Direito e Economia, 1998. p. 45-61.

[145] BRANDÃO, Carlos. Evolução do Estado no mundo globalizado. *In*: MARTINS, Ives Gandra. (coord.). *O Estado do Futuro*. São Paulo: Pioneira, Associação Internacional de Direito e Economia, 1998. p. 114-124, aqui p. 122.

[146] GALVÊAS, Ernane. Visões do século XXI. *In*: MARTINS, Ives Gandra. (coord.). *O Estado do Futuro*. São Paulo: Pioneira, Associação Internacional de Direito e Economia, 1998. p. 125-135, aqui p. 131.

[147] BASTOS, Celso Ribeiro. Estado do Futuro *In*: MARTINS, Ives Gandra. (coord.). *O Estado do Futuro*. São Paulo: Pioneira, Associação Internacional de Direito e Economia, 1998. p. 164-174, aqui p. 172.

Aquele momento de verve dos blocos de integração regional evidenciava ou sugeria um futuro de progressivo estreitamento das fronteiras nacionais, em que o movimento integracionista expandiria sua escala geográfica e aprofundaria a natureza da comunhão entre as nações. O Estado universal era, naqueles idos, um prognóstico plausível.

Vinte anos mais tarde, a tônica das relações políticas internacionais que embasou as previsões tecidas no *Estado do Futuro* de 1998 se alterou por completo. A integração das nações não progrediu. Ocorreu o inverso; os blocos continentais retrocederam, quase colapsaram, e esse risco não aparenta estar completamente descartado.

O Reino Unido – que, curiosamente, no ano de 1998, assumira a presidência do conselho da União Europeia – retirou-se da UE em 2017, no marcante e fatídico episódio do *British Exit* ou, em curta expressão, *Brexit*. O MERCOSUL, nas palavras do atual Ministério da Fazenda brasileiro, não consiste em prioridade; diga-se, aliás, que o MERCOSUL mais existe hoje como palco de acentuação dos conflitos político-ideológicos sul-americanos do que como plataforma de integração. O NAFTA, igualmente, esteve a um passo da extinção em outubro de 2018.

Concorre com isso a chamada nova onda nacionalista na Europa e nas Américas, liderada por Theresa May e Boris Johnson na Inglaterra, Matteo Salvini na Itália, Marine Le Pen na França, Santiago Abascal na Espanha, Alice Weidel na Alemanha, Jussi Hallaaho na Finlândia, Viktor Órban na Hungria, Donald Trump nos Estados Unidos da América e Jair Messias Bolsonaro no Brasil. Cite-se, ainda, Benjamin Netanyahu em Israel. Tais forças radicalistas que surgiram concomitantemente em diversos países têm, entre seus traços comuns, a tendência refratária aos movimentos de integração política, econômica e social.

Como o sopro dos ventos mudaram de direção, não mais se avista, num horizonte assim tão próximo, outra efetiva forma de se viver e de se organizar a vida em sociedade que não sob a égide dos Estados Nacionais, que ainda ostentam consigo a energia coativa e o poder de última instância. Contrariando o que o passado antevia, o poder soberano de hoje não está tão próximo de se rearranjar sob um novo centro de comando de perfil transnacional[148].

[148] Sobre uma eventual migração da figura do Estado da escala nacional para a escala mundial, dissolvendo-se ou enfraquecendo-se os Estados Nacionais em prol da formação de um Estado Mundial, Afonso Arinos de Melo Franco, em 1958, dizia que, em tal hipótese, faria a soberania o mesmo caminho migratório, uma vez que ela consiste em atributo inerente da figura do Estado e deve, então, acompanhar a sorte do Estado: "Não devemos esquecer, por outro lado, que, das premissas mesmas em que se assenta a ideia de soberania, deve decorrer a conclusão de que ela é um atributo inerente ao Estado, isto é, o atributo de uma certa entidade histórica e concreta que é o Estado, e, por conseguinte, que ela está destinada a sofrer a mesma evolução que

Ao contrário disso, os recentes acontecimentos acima narrados, de contraponto ao avanço do multilateralismo, fazem-nos refletir sobre a atualidade da ponderação de Machado Paupério acerca dos escritos de Giorgio Del Vecchio:

> Na situação atual do mundo, o sistema do Estado, embora mais restrito que o da organização jurídica mundial, apresenta maior grau de positividade. Por isso, embora lógica a subordinação da soberania do Estado à unidade internacional, não deixa de ser aquela, ainda hoje, em grande parte, um mito.[149]

Reinhold Zippelius, ao analisar a ideia da emergência, na comunidade dos povos, de um Estado Universal, constata que "de momento, encontramo-nos neste campo, ainda na fase de experimentação tateante, como mostrou a intervenção na Iugoslávia e no Afeganistão". Da mesma forma, sobre a teoria do primado do direito internacional público, o jurista alemão pondera que embora seja "um modelo imaginável, não é o modelo da relação entre o direito internacional e o direito nacional que corresponde à realidade jurídica atual".[150]

Os acordos internacionais ainda prosperam em profusão, disciplinando a cooperação e o mutualismo no campo jurídico e comercial e estabelecendo padrões e metas de sustentabilidade ambiental. Não carregam consigo mais a carga de presságio de um

---

sofrerá o sujeito de que é atributo. Se o Estado evolui, digamos, no sentido da organização internacional, em benefício da paz universal, então é evidente que a noção de soberania também evoluirá, paralelamente, adaptando-se às necessidades daquela organização, tal como vemos, por exemplo, na experiência recente da Liga das Nações e na vigente das Nações Unidas". FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Curso de Direito Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Revista Forense, 1958, p. 111. Para Kanishka Jayasuriya, o modelo tradicional de soberania, extritamente ligado à ideia de território, harmoniza-se com a emergência das economias nacionais; em contraste, o desenvolvimento de uma economia global transformou esse modelo essencialmente territorial de soberania. A globalização não representaria a simples erosão dos Estados nacionais e formação de um *Leviatã Global*, isto é, não alteraria apenas a escala territorial a qual a soberania se relaciona, ela alteraria o modelo da soberania, disvinculando-a de um parâmetro territorial. JAYASURIYA, Kanishka. Globalization, Law, and the Transformation of Sovereignty: The Emergence of Global Regulatory Governance. *Indiana Journal of Global Legal Studies*. v. 6, Iss. 2, art. 3, p. 425-455, 1999.

[149] PAUPÉRIO Arthur Machado. *O conceito polêmico de soberania e sua revisão contemporânea*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958, p. 180. O excerto de Machado Paupério descreve o pensamento de Giorgio Del Vecchio em *Crisis del Derecho y crisis del Estado*. O célebre jurista italiano, ele próprio, assim dizia na obra: "Según este concepto fundamental, y creemos que sólo según este concepto, es posible resolver el problema de la relación entre la Sociedad de las Naciones (expresión suprema del ordenamiento jurídico internacional) y la soberanía del Estado. Puesto que no hay duda, que exista un ordenamiento jurídico internacional, [...] no se puede absolutamente negar, en principio, que la comunidad jurídica internacional y especialmente la Sociedad de las Naciones, según la propia lógica (lo que equivale a decir, según su punto de vista), tiene una verdadera supremacía sobre los singulares Estados que participan en ella. Con esto, no pretendemos defender la fórmula del 'super-État' que verdaderamente no tiene sentido alguno preciso, y por eso puede servir de cómodo blanco a los inocuos y a veces útiles ejercicios de los diplomáticos". DEL VECCHIO, Giorgio. *Crisis del Derecho y crisis del Estado.* Tradução de Mariano Castano. Madrid: Librería General de Victoriano Suarez, 1935, p. 213.

[150] ZIPPELIUS, Reinhold, *Teoria Geral do Estado – Ciência Política.* Traduzido por Antônio Franco e Antônio Francisco de Souza. São Paulo: Saraiva, 2016, pp. 130 a 133.

iminentíssimo governo do direito das gentes, com a dissolução do direito interno nacional como polo fundamental da ordem jurídica que vincula cada povo.

Tais constatações não desdizem a lúcida afirmação de Themístocles Brandão Cavalcanti, reforçada por André Ramos Tavares, de que, no campo econômico, as questões já exorbitam o plano nacional, de tal forma que os países não podem pretender desenvolver uma economia interna hermeticamente fechada. A economia é fenômeno, hoje e já há muito, inexoravelmente internacional.[151] E esse predicado da economia, veremos, é premissa fundamental para se entender o conceito de soberania econômica.

2.6 A Constituição Federal de 1988 e os pilares da soberania nacional

No capítulo 2.4, analisamos como o conceito político de soberania nacional se conforma à estrutura do constitucionalismo. Tal conformação revela a grande complexidade da ideia de soberania, cuja concretização compreende, de um lado, uma dimensão pré-constitucional e anterior ao ordenamento jurídico objetivo – poder constituinte; e, de outro, uma dimensão constitucional e, portanto, imersa na ordem jurídica, consubstanciada fundamentalmente no sufrágio e demais dispositivos que estruturam a representação popular na autoridade estatal.

Portanto, a ideia de soberania se realiza em um amálgama de fenômenos, ocorridos em estágios distintos da gestação da ordem jurídica.

Na fase ou momento pré-constitucional, o povo da nação deve ser soberano no exercício do poder constituinte, em que emitirá a decisão sobre as estruturas do Estado e o conteúdo e limites da autoridade estatal. O resultado dessa decisão soberana é a constituição posta.

No momento de vigência constitucional, além de o poder soberano permanecer existindo latente e pronto para se erguer em situações críticas de ameaça à unidade política estabelecida e positivada, a própria Constituição prevê expressamente atos de soberania popular correntes. Se estão previstos expressamente na Constituição, é porque são atos do plano da normalidade, e não do plano da exceção.

---

[151] "A lição de Themístocles Brandão Cavalcanti é mais válida do que nunca ao ponderar que 'os problemas econômicos já ultrapassaram os limites nacionais, já são problemas internacionais. Nenhum país pode se isolar dentro dos princípios de sua economia; não há economia interna isolada; as economias são, evidentemente, internacionais". TAVARES, André Ramos. Os princípios fundamentais na Constituição de 1988: estudo de sua evolução em 20 anos. *In*: MARTINS, Ives Gandra; REZEK, Francisco (coord.). *Constituição Federal* – Avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais e Centro de Extensão Universitária, 2008, p. 24. A citação a Themístocles Cavalcanti se refere à obra *Manual da Constituição*, 3º edição, Zahar, Rio de Janeiro, 1977, p. 246.

Referimo-nos essencialmente aos ritos eleitorais, que são constitucionalmente previstos como exercício de soberania popular.

Como sugestão de disciplina dessa complexa existência bidimensional da soberania num Estado constitucional, passamos, a seguir, a identificar os pilares da soberania política na Constituição Federal brasileira vigente. Em sentido anti-horário (contra a cronologia temporal e lógica dos fenômenos que formam nossa Constituição e ordenamento), comecemos pelos pilares da soberania positivados no texto constitucional, para depois falar do pilar da soberania formador do próprio texto constitucional.

A Constituição Federal de 1988 consagrou a soberania nacional ou popular,[152] segundo a qual o poder elevado que ordena a sociedade emana do povo da nação, e é por este confiado ao Estado e aos respectivos governantes e legisladores, através da ferramenta do sufrágio.

Assim está expressamente estatuído na Constituição Federal, em seu artigo 1º, *caput* e parágrafo único, segundo o qual a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos, entre outros, a soberania, sendo que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente.[153]

---

[152] Sobre os termos soberania nacional e soberania popular, são relevantes os esclarecimentos de Paulo Bonavides que resultam em conclusão de que as expressões, hoje, se identificam, sendo soberania nacional a de emprego mais adequado: "Indissolúvel por igual, o vínculo estabelecido com o povo, porque esse, qualitativamente, é o corpo da nação, o seu elemento humano, tanto quanto a população, quantitativamente, o é também do Estado. Nessa acepção ora desenvolvida, nação é povo, e soberania nacional é soberania popular; ambas fundamento da mesma legitimidade do poder, da mesma força condutora dos elementos éticos na organização do Estado moderno e democrático, da idade contemporânea. Com efeito, não há como separá-las ou fazê-las distintas, as duas soberanias; ao revés, por conseguinte, do que fez a teoria constituinte da Revolução Francesa, por determinantes ideológicas, no confronto da burguesia com o povo, dos moderados com os radicais, ao escreverem o derradeiro capítulo da Grande Revolução. [...] ambas as soberanias fortes na doutrina, mas fracas na realidade; ambas eternas na utopia, mas efêmeras na positividade. Em verdade, a teoria da soberania nacional é, a nosso parecer, a única que teoriza e estabelece, pelo ângulo político, a unidade de nação, povo e Estado. De tal sorte que quem diz nação, diz também povo, e diz do mesmo passo Estado, porque Estado, segundo essa concepção, só se constitui legítimo se não transgredir o princípio da nacionalidade". BONAVIDES, Paulo. Reflexões sobre nação, Estado social e soberania. *Estudos Avançados*, Revista USP, v. 22, n. 62, p. 195-206, 2008, aqui pp. 203 e 204. O autor recorda que o extremismo revolucionário resultou na cisão de nação e povo como duas categorias políticas distintas e independentes, embora antes comungassem dos mesmos propósitos, qual seja, a queda do feudalismo. A nação, titular da respectiva soberania nacional, outorgou a Constituição francesa de 1791, em que restou abolido o regime feudal. O povo revolucionário, titular da respectiva soberania popular, por sua vez, promulgou, com ênfase na igualdade, a Constituição de 1793.

[153] Constituição Federal de 1988, artigo 1º: "A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; e V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição".

Em seguida, o artigo 14, ao tratar especificamente dos direitos políticos, estabelece que "a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I - plebiscito; II - referendo; III - iniciativa popular".

Votar, seja numa decisão de governo, seja num governante que tomará as decisões de governo, é parte do exercício da soberania nacional. No plano da ordem, o Estado está empossado da autoridade permanente, de um poder de mando de última instância[154]. A soberania popular ou nacional, no plano da ordem, consiste em decidir quem representará o povo no governo do Estado.

O sufrágio é, portanto, um pilar da soberania política. Vamos a um segundo pilar.

A soberania, modelo ainda vigente de poder estruturador da sociedade (como se nota de sua adoção no texto constitucional), contém um firme significado relativo à característica da autoridade que o povo confia ao Estado e às suas instituições. Trata-se da autoridade maior, da qual decorrem os atos executivos, as leis e os julgamentos, todos esses atos dotados de força coatora. Esse poder não tem a qualidade de absoluto ou ilimitado, como em outros tempos se falou, mas representa a principal e mais elevada força de mando vigente na sociedade.

Nesse sentido, Paupério Machado, em seu esforço de revisão contemporânea do conceito, preceitua que a soberania continua a ser essencial à própria definição de Estado, e que "no terreno político e jurídico geral, a autoridade, ou melhor, a soberania do Estado exclui qualquer outra". A essa velha e nuclear característica de soberania, o autor acrescenta, como elemento de revisão e contemporaneidade, a finalidade pública do poder confiado ao Estado. Pondera que "[...] o Estado não é um fim em sim mesmo, mas apenas um meio para que os homens possam alcançar o seu fim próprio, através do melhoramento da vida humana" para, mais à frente, concluir que "de maneira lata, não há melhor critério para a soberania do Estado do que o interesse geral".[155]

---

[154] O poder de mando de última instância, expressão típica com que se define a soberania, resta precisamente explicado nas palavras de Afonso Arinos de Melo Franco, para quem: "a soberania do Estado é, assim, a justificação da centralização do poder político nas mãos das autoridades públicas, e do caráter imperativo e supremo (no plano jurídico) deste mesmo poder. O caráter soberano do poder do Estado não pode ser concebido, com efeito, senão como um postulado jurídico, e nunca como um fato histórico, visto que, historicamente, o grau do poder dos Estados depende da sua força material. Mas o conteúdo jurídico da soberania é que protege e garante precisamente o direito à liberdade e à independência, de qualquer nação organizada em Estado, por mais fraca que seja". FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Curso de Direito Constitucional Brasileiro.* São Paulo: Revista Forense, 1958, p. 112.

[155] PAUPÉRIO Arthur Machado. *O conceito polêmico de soberania e sua revisão contemporânea*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958, p. 172 e 181.

Note-se que a repaginação da soberania proposta por Paupério Machado parece dialogar com o pensamento de Jacqueline Morand Deviller, há pouco exposto (ver subseção 2.3.2), de que a substância do direito público é composta pela harmonização dos elementos soberania e finalidade pública.

Se o Estado é feito de deveres frente ao povo (*finalidade pública*), então os poderes que o povo confere ao Estado (*soberania nacional*) se justificam para o cumprimento de tais deveres, bem como estão limitados a tal desígnio. Eis aqui a contribuição de Duguit para a atualização do conceito de soberania: a *soberania-direito* não mais existe, é uma relíquia vinculada à Idade Moderna. O poder estatal não pode ser visto, portanto, como um direito ou uma prerrogativa de uma pessoa ficcional chamada Estado. O poder ou autoridade estatal é decorrência não de um direito, mas sim de uma obrigação ou finalidade.

Alinha-se a tal visão a ponderação de Celso Ribeiro Bastos sobre se o termo soberania ainda é útil para qualificar o poder do Estado. O autor conclui que a resposta para tal questão há de ser uma resposta condicionada: "Estará caduco o conceito se por ele entendermos uma quantidade certa de poder que não possa sofrer contraste ou restrição"; de outro modo, "será termo atual se com ele estivermos significando uma qualidade ou atributo da ordem jurídica estatal".[156]

Note-se que o autor fala em soberania atual como uma qualidade da *ordem jurídica estatal*. O termo indica de modo muito preciso a calibração necessária à soberania para que ela esteja harmônica à atualidade: o poder que se confia ao Estado e aos governantes, legisladores e juízes não é um poder subjetivo, isto é, não é um poder da vontade ou um direito de teor potestativo; o poder do Estado é o cumprimento da Lei, e o Estado ou seus representantes não estão autorizados a agir senão ao comando da Lei.

O Estado não tem vontade própria que possa animar a livre prática de um poder. Recorde-se que o princípio da legalidade, (i) quando dirigido aos indivíduos governados, significa liberdade de ação/autonomia da vontade não defesa em Lei,[157] conforme artigo 5º II da Constituição Federal;[158] e, (ii) quando dirigido ao Estado, assume os contornos de

---

[156] BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Teoria Geral do Estado e Ciência Política*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 27.

[157] "A autonomia da vontade como princípio deve ser sustentada não só como um elemento da liberdade em geral, mas como suporte também da liberdade jurídica, que é esse poder insuprimível no homem de criar por um ato de vontade uma situação jurídica, desde que esse ato tenha objeto lícito". STRENGER, Irineu. *Da autonomia da vontade:* direito interno e internacional**.** 2. ed. São Paulo: LTR, 2000, p. 66.

[158] Constituição Federal de 1988, artigo 5º, II: "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à

legalidade estrita, ou seja, de limitação de ação somente àquilo que a Lei determina, conforme artigo 37 da Constituição Federal.[159]

Em outras palavras, enquanto os governados podem fazer tudo o que a Lei não proíbe, segundo a sua vontade pessoal, o Estado pode fazer apenas o que a Lei o determina a fazer, já que não existe vontade pessoal a governar os atos da administração.[160]

É dizer que todo o ato do Estado tem de estar entrelaçado a uma finalidade legal e, por conseguinte, a um interesse público. O Estado exerce poder de mando sobre os governados, mas tal poder de mando só é legítimo se consistir no estrito cumprimento de uma ordem legal, que, por sua vez, reflete um interesse público e benfazejo ao povo.

Portanto, como o atual Estado de Direito tem seu poder de ação estritamente atrelado ao comando da lei, é precisa a constatação de Celso Bastos de que a soberania nacional consiste, atualmente, num atributo da *ordem jurídica estatal*.

Em breve retomada, identificamos acima dois pilares positivados na Constituição que determinam os eixos da soberania nacional: (i) o sufrágio, pelo qual o povo soberano outorga os respectivos poderes ao Estado (art. 1º e 14 da CF); e (ii) o princípio da estrita legalidade que vincula toda ação do Estado (art. 37 da CF).

Esse segundo pilar, em particular, remete à ideia da finalidade do Estado como sendo a de bem suprir às necessidades da vida das pessoas. Essas necessidades estariam

---

vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei".

[159] Constituição Federal de 1988, artigo 37, *caput*: "A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência". Ressalte-se que, embora o artigo 37 tenha sido objeto da Emenda Constitucional nº 19 de 1998, a obediência da administração pública ao princípio da legalidade é previsão constante da redação original do dispositivo.

[160] Nesse sentido, Hely Lopes Meirelles: "Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza". MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 41. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2015, p. 91; Celso Antônio Bandeira de Mello: "O liame que vincula a Administração à lei é mais estrito que o travado entre a lei e o comportamento dos particulares. Com efeito, enquanto na atividade privada pode-se fazer tudo o que não é proibido, na atividade administrativa só se pode fazer o que é permitido. Em outras palavras, não basta a simples relação de não-contradição, posto que, demais disso, exige-se ainda uma relação de subsunção. Vale dizer, para a legitimidade de um ato administrativo é insuficiente o fato de não ser ofensivo à lei. Cumpre que seja praticado com embasamento em alguma norma permissiva que lhe sirva de supedâneo". BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 33. ed., revista e atualizada até a Emenda Constitucional 92, de 12 jul. 2016. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 992; e Diógenes Gasparini: "O princípio da legalidade significa estar a Administração Pública, em toda a sua atividade, presa aos mandamentos da lei, deles não se podendo afastar, sob pena de invalidade do ato e responsabilidade de seu autor. Qualquer ação estatal sem o correspondente calço legal, ou que exceda ao âmbito demarcado pela lei, é injurídica e expõe-se a anulação. Seu campo de ação, como se vê, é bem menor que o do particular". GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo.* 17. ed. Atualizada por Fabrício Motta. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 61 e 62.

refletidas na legislatura, que é a origem, a dicção e o limite da autoridade e do poder estatal.

Tal concatenação entre povo, soberania, finalidade do Estado e lei é bem representada nos questionamentos retóricos formulado por Sampaio Doria, de que "se a soberania não tiver por destino servir os indivíduos no respeito sagrado às suas vidas e às suas liberdades, para que há de ela existir?" e "se não é para servir nem aos indivíduos, aos governados nem à sociedade que os sumaria, em proveito de quem há de ser o absolutismo do poder?", e na respectiva resposta, na qual Sampaio Doria conclui ter toda a razão Ihering, ao afirmar que "a legislação, para impor a sua restrição às liberdades pessoais, há de inspirar-se, não em uma doutrina abstrata, mas nas necessidades que a vida impõe".[161]

Pinto Ferreira, em sentido parecido, sustenta que a soberania pertence à *consciência grupal*, orientada segundo os ideais de justiça[162]. Para o jurista pernambucano, o caráter obrigatório das proposições do direito, o que as torna impositiva ou o que as permite imporem-se, não reside propriamente no poder do Estado, mas sim "na consciência daquele que obedece, no sentimento individual que, aliás, constitui simbolização da consciência coletiva".[163]

Mas como essa máxima de filosofia jurídica afirmada por Pinto Ferreira se coaduna com a realidade prosaica em que um indivíduo do povo, ainda que discorde de uma dada autoridade que a lei conferiu ao Estado e que afeta a sua esfera pessoal, tenha, assim mesmo, de cumpri-la obrigatoriamente?

Ocorre que a consciência coletiva a que se refere Pinto Ferreira não é exercida autonomamente por cada indivíduo da coletividade, de acordo com seu interesse ou visão particular (até porque isso em nada se assemelha com interesse público ou coletivo). Nem é exercida a qualquer momento, quando o indivíduo se depara com uma autoridade estatal conferida por lei que lhe causa qualquer transtorno no mundo prático.

---

[161] DORIA, Antônio de Sampaio, *Os Direitos do Homem*, Companhia Editora Nacional, São Paulo-Rio de Janeiro-Recife-Porto Alegre, 1942, pp. 58 a 60.

[162] "A soberania pertence à consciência grupal se orientando segundo os ideais de Justiça. A soberania, como conceito normativo, ético-jurídico, é a capacidade de impor a vontade própria em última instância para a realização do direito justo". FERREIRA, Luiz Pinto. *Da Soberania.* Tese (Concurso para professor docente-livre de Teoria Geral do Estado) – Faculdade de Direito de Recife, Oficinas Gráficas do Jornal do Commercio, Recife, 1943, p. 319.

[163] FERREIRA, Luiz Pinto. *Da Soberania.* Tese (Concurso para professor docente-livre de Teoria Geral do Estado) – Faculdade de Direito de Recife, Oficinas Gráficas do Jornal do Commercio, Recife, 1943, p. 319.

A consciência coletiva é exercida num dado momento e num dado lugar. Num tempo e lugar extremos para o mundo jurídico, situada antes (no tempo) e fora (no espaço) do positivismo. A consciência coletiva se exerce no Poder Constituinte.

O Poder Constituinte é o terceiro pilar da soberania que completa o conjunto. O povo, através do Poder Constituinte, estabelece o conteúdo material da legalidade, isto é, as funções que a Constituição Federal atribui ao Estado, empossando-o, assim, do poder de ação e de mando.

Para ilustrar como esses três referidos pilares estão enovelados nas ações do Estado, pensemos na função estatal típica de prover segurança pública. No Brasil, a segurança pública é uma função do Estado, porque assim expressamente prevê a Constituição Federal, nos termos do artigo 144.[164]

Tal previsão constitucional, que atribuiu ao Estado a autoridade permanente no que tange à segurança pública, foi fruto do exercício soberano do povo no **Poder Constituinte**.

O poder do Estado, em geral, e dos órgãos de segurança, em particular, para prover segurança pública encontra-se atrelado à **legalidade estrita**, de tal sorte que só pode ser exercido nos exatos comandos da Constituição e da legislação infraconstitucional.

Por fim, os órgãos de segurança pública (Polícia Federal, Polícia Rodoviária Federal, Polícia Ferroviária Federal, polícias civis, polícias militares e corpos de bombeiros) fazem parte do Estado e são, por uma cadeia estrutural de investiduras, comandados indiretamente pelos representantes eleitos pelo **sufrágio popular**.

Ao olhar para esses três pilares (sendo dois pilares constitucionais e um pilar constituinte), podemos dizer que a soberania nacional tem de conferir ao povo o poder constituinte e a plena influência sobre o poder constituído. Eis a fórmula com que Jorge Miranda, em suas próprias palavras, torna possível "conciliar a doutrina (de origem alemã) da soberania do Estado, com a doutrina (de origem francesa) da soberania do povo":

> Para lá da criação do Estado, só deve falar-se em princípio democrático (distinto, por exemplo, do princípio monárquico) quando o povo é o titular do poder constituinte como poder de fazer, decretar, alterar a Constituição positiva do Estado. E só deve falar-se em governo democrático, soberania do povo, soberania nacional ou soberania popular, quando o povo tem meios actuais e efectivos de determinar ou influir nas diretrizes políticas dos órgãos das várias

[164] Constituição Federal de 1988, artigo 144: "A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: I - polícia federal; II - polícia rodoviária federal; III - polícia ferroviária federal; IV - polícias civis; e V - polícias militares e corpos de bombeiros militares".

> funções estatais (legislativa, administrativa, etc.); ou seja, quando o povo é o titular (ou o titular último) dos poderes constituídos.[165]

O que Jorge Miranda intitula de doutrina francesa da soberania do povo consiste na ideia de que os órgãos ou agentes detentores dos poderes políticos constituídos hão de ser provenientes da comunidade, mediante a designação por seus membros. Estamos aqui a falar em Rousseau (com a ressalva de que Rousseau era defensor da democracia participativa, e não representativa), Maurice Hauriou, Adhémar Esmein, Joseph Barthelemy e Paul Duez. O que Jorge Miranda entende por doutrina alemã da soberania do Estado consiste na ideia de que o povo exerce soberania através do Poder Constituinte, na formação da ordem jurídica e do próprio Estado. Estamos aqui a falar, sobretudo, de Carl Schmitt.

Há, nessa conciliação de doutrinas aparentemente díspares, tão precisamente demonstrada por Jorge Miranda, uma resposta mais completa e satisfatória do que seja a soberania nacional no direito constitucional contemporâneo, de modo geral, e na Constituição Federal de 1988, em particular.

A soberania popular está no poder constituinte, está no sufrágio, e está na restrição do poder e das autoridades estatais à estrita legalidade.

Como conclusão deste capítulo, a partir da noção atual de soberania nacional enquanto preceito político, já se avista com mais clareza o significado de soberania econômica. Tanto quanto no exemplo da segurança pública, a soberania popular pode, no exercício do poder constituinte, atribuir ao Estado poderes e funções no domínio econômico, sendo essa uma tendência contemporânea consolidada. Ao assim fazer, ativa-se também a incidência das demais perspectivas da soberania para o campo econômico, ou seja, a capacidade de influência popular nos poderes públicos políticos constituídos para atuação na economia (via sufrágio) e a limitação de tais poderes públicos à estrita legalidade.

A soberania econômica, enquanto disciplina jurídica, intuitivamente parece significar a combinação da autoridade que o poder constituinte atribui ao Estado em matéria econômica, da capacidade de influência popular nos poderes públicos constituídos para atuação no campo econômico e da estrita legalidade do Poder Público constituído em sua atuação no campo econômico.

---

[165] MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional.* Tomo III – Estrutura Constitucional do Estado. 4. ed. Lisboa: Coimbra, 1998, p. 170.

Ocorre que, como veremos à frente, esse significado intuitivo já está bem acolhido na ideia de constituição econômica, e constituição econômica não é sinônimo de soberania econômica.

Como veremos em detalhes no próximo capítulo, enquanto a expressão constituição econômica intitula com uma quase neutralidade o conjunto de preceitos constitucionais definidores e implementadores do sistema econômico escolhido pelo poder constituinte (seja ele qual for), a soberania econômica se apresenta como um elemento constitucional ideológico; isto é, um preceito constitucional que diz sobre o conteúdo do modelo econômico, que contém uma ínsita escolha sobre o mérito de tal modelo. O significado da afirmação da soberania econômica, veremos no próximo capítulo, está relacionado (i) à autocompreensão da situação concreta e específica do Brasil como um país latino-americano subdesenvolvido; e (ii) ao perfil constitucional dirigente e transformador, que, a partir da autoconsciência, objetiva superar essa situação de subdesenvolvimento.

3 A SOBERANIA ECONÔMICA

3.1 Introdução

No capítulo anterior, procuramos reconstituir a história do conceito político de soberania. Vimos que se trata de um conceito relativamente antigo, descoberto por Bodin no século XVI, mediante um processo de síntese de elementos pré-existentes do pensamento político da Antiguidade (síntese, aqui, está sendo empregada em seu sentido mais literal, de "método, processo ou operação que consiste em reunir elementos diferentes, concretos ou abstratos, e fundi-los num todo coerente"[166], e não como sinônimo de resumo).

Vimos ainda que, no decorrer dos séculos XVII, XVIII e XIX, o conceito sofreu as mais severas mutações, em correspondência ao incrível trajeto do perfil das sociedades ocidentais no referido intervalo de tempo.

O significado nuclear que se manteve com o tempo, podemos dizer, é o de superior poder de mando social, relativamente exclusivo e indivisível, empossado na figura pública do Estado Nacional. Com todas as suas ressalvas, com todos os instrumentos de atenuação do absolutismo do poder do Estado, com o advento do constitucionalismo como formatação jurídica da consciência política das liberdades do homem frente ao Estado e, posteriormente, da finalidade estatal de servir à coletividade do povo, mesmo com tudo isso, constata-se que a soberania se mantém como o modelo de poder que engrena a organização social, através de uma canalização do poder de mando de última instância na figura pública do Estado Nacional.

Esse modelo se mantém, em contraposição ao antecedente modelo do regime misto ou constituição mista medieval, em que o poder estava pulverizado em diversos polos que procuravam viver sob permanente mediação de suas forças e espaços de mando. Por outro lado, a soberania, no estágio das nações, também ainda não foi vencida por uma potencial tendência futura de consolidação de um Estado Universal, com a consagração plena do *Jus Gentium.*

Porém, como já incidentalmente aventado nas partes finais das seções 2.4, 2.5 e 2.6 do capítulo anterior, o século XX e o fenômeno da globalização suscitaram uma nova mutação do conceito de soberania.

---

[166] HOUAISS, Antônio. Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa. 1 ed., Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 2.582.

Explica-se. Temos que com o surgimento e a consolidação do capitalismo industrial, num processo que se inicia na segunda metade do século XVIII e ao longo do século XIX, e, posteriormente, com o desenvolvimento do capitalismo financeiro, no início do século XX, a economia se tornou um **grandioso vetor autônomo** de alto impacto nas estruturas sociais.

Diz-se autônomo relativamente à política e à estatalidade, já que a economia, na Idade Moderna, também era um fator de evidente relevância na configuração da sociedade, mas figurava como um elemento indissociado da grande dimensão política do Estado absoluto. A ascensão da classe burguesa que fez desmoronar o Antigo Regime, e as respectivas correntes filosófica do individualismo e econômica do liberalismo, proporcionaram o discernimento da economia como um vetor paraestatal, fora da vala das competências e atribuições do poder oficial do Estado.

No século XX, o capitalismo financeiro consuma a veia da economia capitalista ao cosmopolitismo total. A economia se autonomiza por completo dos limites políticos nacionais, de modo a caracterizar um mundo que contrasta entre, de um lado, a fragmentação política em nações e, de outro, a globalização econômica.

A globalização econômica pode sugerir, num primeiro olhar instintivo e inadvertido, uma tendência à maior aproximação das pessoas em seus modos e suas condições de vida, um passo significativo rumo à igualdade de todas as pessoas.

Ocorre que, em encontro aos precisos auspícios de Georg Friedrich List (trataremos do autor ao longo deste capítulo), a livre interação econômica num mundo politicamente fragmentado resultou em situação oposta ao que se poderia inadvertidamente intuir: o que sucedeu, numa metáfora das relações ecológicas, foi a predação, e não o mutualismo. As nações industrializadas e desenvolvidas, por meio da interação com países em estágio economicamente embrionário, impulsionaram um avassalador crescimento econômico para si, o que se deu, como num jogo de soma zero, em absoluto detrimento dos países subdesenvolvidos.

Fatidicamente, o domínio político colonial do século XIX não cessou no mérito com o reconhecimento da independência política das Américas portuguesa e espanhola; ela se converteu numa dominação no plano econômico, através do fenômeno da globalização deflagrado no século XX. Como no plano político submeter um país à colônia se tornou uma prática não ilustrada e moralmente condenável, as relações de dominação migraram para o plano inoficioso da economia globalizada.

Como efeito de tais vicissitudes históricas, a globalização tensiona o conceito de soberania nacional a realizar mais uma de suas periódicas metamorfoses. A soberania nacional, enquanto conceito político, seja na supremacia interna e independência externa de seu Estado, tem como pressuposto de sua consecução, uma circunstância de supremacia interna e independência externa da economia do respectivo país.

De outra forma, a soberania política formalmente reconhecida nos países subdesenvolvidos como o Brasil restará sendo uma soberania bloqueada ou uma constante crise do constituinte, como já identificou um seleto grupo de juristas brasileiros.

Assim nasce, com contornos ainda não claramente delineados, o conceito de soberania econômica, que ganhou expressão normativa em nossa mais recente Constituição Federal, nos termos do art. 170, I da CF.

Este capítulo tem como objetivo identificar o conteúdo jurídico do princípio da soberania econômica, a conexão desse princípio com os objetivos expressos da República brasileira, e as demais normas constitucionais decorrentes da soberania econômica.

Ao fim deste capítulo, concentraremo-nos em um elemento relativamente estranho à norma constitucional, mas que consiste em instrumento essencial para a concretização da soberania econômica, qual seja, a infraestrutura.

3.2 Como a soberania econômica se relaciona com o conceito tradicional de soberania

Cuidamos, até aqui, do conceito de soberania. Analisamos a sua origem, como poder exclusivo, incontrastável e indivisível do príncipe (capítulo 2.2), a sua evolução para a soberania nacional de titularidade do povo (capítulo 2.3) e a sua compatibilização com o Estado constitucional (capítulo 2.4). Vimos ainda que a soberania se traduz num binômio, de supremacia na ordem interna e independência na ordem externa (capítulo 2.5). Por fim, em análise da Constituição de 1988 e da doutrina contemporânea, vimos que a soberania nacional se manifesta tanto no momento de concepção da unidade política e ordem jurídica, através do poder constituinte, quanto no momento de vigência da ordem e normalidade, com os mecanismos constitucionais que visam garantir a presença e influência do povo nos poderes constituídos, como o sufrágio e o princípio da legalidade estrita (capítulo 2.6).

Note-se que, em todos os aspectos ou prismas acima mencionados, estamos a tratar de soberania nacional como um conceito eminentemente político, ainda que, sobretudo

quando analisado de forma crítica, a exemplo da doutrina brasileira da *crise constituinte* ou *soberania bloqueada* (capítulo 2.4), tal conceito tangencie os domínios econômicos.

Neste capítulo, examinaremos, então, o significado da "soberania econômica", instituída na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 170, I:

> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
> **I - soberania nacional**;
> II - propriedade privada;
> III - função social da propriedade;
> IV - livre concorrência;
> V - defesa do consumidor;
> VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;
> VII - redução das desigualdades regionais e sociais;
> VIII - busca do pleno emprego;
> IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Como ponto de partida desta investigação, certifiquemo-nos com maior ênfase que a soberania nacional mencionada no artigo 170, I da CF como princípio da ordem econômica guarda íntima relação com (i) o conceito político de soberania nacional; (ii) com a soberania entabulada no artigo 1º, I da Constituição Federal, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil; e (iii) com a soberania popular prevista no artigo 14 da Constituição Federal, exercida através do direito político do sufrágio.

Não se identifica maior controvérsia doutrinária a respeito da confirmação da platitude do texto constitucional: a soberania econômica consiste na manifestação do conceito de soberania nacional no plano econômico. Diz-se platitude, porque, embora utilizemos usualmente o vocábulo *soberania econômica*, o que expressamente previu a Constituição Federal foi a *soberania nacional* como *princípio da ordem econômica*, de modo a fazer intuir a sua conexão com a ideia política de soberania nacional.

Nesse sentido, Eros Grau afirma que a Constituição Federal de 1988, por meio do artigo 170, I, pela primeira vez preceituou explicitamente "a relação entre soberania política do Estado, pressuposto da ordem constitucional, e a soberania econômica".[167]

Gilberto Bercovici, por sua vez, leciona que "a renacionalização é a reafirmação da soberania econômica, o que, em uma democracia verdadeira, é sinônimo de soberania

---

[167] GRAU, Eros Roberto. Comentários à Constituição do Brasil – artigo 170, caput e inciso I. *In*: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Editoras Saraiva, Almedina e Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, 2013. p. 1785-1797, aqui p. 1.794.

popular". Para o autor, o significado de soberania econômica e soberania popular não consiste apenas na máxima de que o poder emana do povo, "mas também que este povo tem direito à terra, tem direito aos frutos do seu trabalho e tem direito ao excedente produzido pela exploração dos recursos naturais".[168]

Manuel Gonçalves Ferreira Filho, em seus *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, define a soberania nacional prescrita no artigo 170, I da CF como um dos elementos caracterizadores do tipo de Estado ainda prevalecente, a saber, "um Estado cujo poder não aceita outro mais alto (soberano, etimologicamente, superlativo de super), que resulta da organização política de uma nação". Acrescenta o autor que "colocá-la [a soberania nacional] como princípio da ordem econômica é afirmar que na condução da economia não se deve tomar em consideração senão o interesse nacional".[169] Não há dúvida, na fala do autor, do intenso liame entre soberania nacional e soberania econômica.

Luiz Roberto Barroso, ao comentar o artigo 170, I da Constituição Federal, também classifica a soberania como *atributo essencial do Estado*, invocando o binômio de supremacia na ordem interna e igualdade na ordem externa, numa clara remissão ao conceito político. O autor, em seguida, invoca três exemplos práticos de manifestação da soberania nacional na ordem econômica: a decretação pelo Estado brasileiro de embargos comerciais às exportações, a reserva de mercado em setores estratégicos e a prevalência da norma brasileira cogente sobre a norma estrangeira contratualmente eleita por partes privadas.[170] Veja-se que o autor aproxima intimamente as vertentes política e econômica do conceito de soberania, sobretudo ao invocar a prevalência da norma cogente brasileira à vontade das partes privadas como exemplo de soberania econômica, uma vez que tal situação remete à supremacia da ordem jurídica nacional.

Celso Ribeiro Bastos, em seus comentários ao dispositivo constitucional em questão (art. 170, I da CF), sustenta que a soberania nacional contempla diferentes prismas

---

[168] BERCOVICI, Gilberto. A soberania econômica e o desmonte do Estado no Brasil. *Carta Maior*, 20 abr. 2017 Disponível em: http://www.cartamaior.com.br/?/Editoria/Politica/A-soberania-economica-e odesmonte-do-Estado-no-Brasil/4/37985. Acesso em: 11 ago. 2019.

[169] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 174.

[170] "Soberania é um atributo essencial do Estado, do ponto de vista do direito internacional, expressa a ideia de igualdade, de não subordinação; do ponto de vista interno traduz a supremacia da Constituição e da lei. Se o Estado brasileiro decretar embargo comercial a um país, proibindo as exportações, todas as empresas terão de sujeitar-se. Se partes privadas escolherem contratualmente a aplicação de lei estrangeira em matéria na qual a norma brasileira seja de aplicação cogente, é esta que prevalecerá. A própria reserva de mercado em setor estratégico é manifestação de soberania nacional na ordem econômica". BARROSO, Luis Roberto. A Ordem Econômica Constitucional e os Limites à Atuação Estatal no Controle de Preços. *Revista Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 226, p. 187-212, out./dez. 2001, aqui p. 194.

de intelecção, entre eles, o político e o econômico, sendo que, em relação a todos esses prismas, exige-se do Estado uma tutela de proteção: "A soberania nacional é um atributo do próprio Estado. Ele deve por ela zelar em todos os seus campos: político, militar e inclusive econômico".[171]

Gina Marcílio Pompeu e Rosa Oliveira de Pontes apontam que a inserção da soberania nacional como princípio da ordem econômica evidencia que, para o alcance da condição de país soberano, além da soberania política, hão de ser rompidas as condições de dependência econômica e tecnológica em relação aos centros desenvolvidos. Nesse sentido, afirmam as autoras que a "soberania política deve ser complementada pela soberania econômica, devendo esse princípio ser analisado sob a ótica do objetivo fundamental de desenvolvimento nacional".[172]

José Alfredo de Oliveira Baracho, baseando-se na doutrina do jurista italiano Jorge Capizo, também visualiza a soberania nacional como um fenômeno de várias faces, incluindo-se as faces política, jurídica, econômica e cultural. *In verbis*:

> a) Soberania política é a faculdade de autodeterminação, de independência e igualdade dos Estados; b) Soberania jurídica é a criação de uma Constituição e de todas as normas que derivam dela; c) Soberania econômica é a atribuição de determinar seu sistema econômico e de dispor de seus recursos naturais; d) Soberania cultural é a preservação do modo de ser e de pensar da comunidade política; e) Soberania é antagônica a qualquer forma ou modalidade de imperialismo e colonialismo; f) Soberania é liberdade interna e externa do povo constituído em Estado; g) Soberania é a defesa dos povos pequenos e débeis frente aos grandes e fortes; h) Soberania é o baluarte dos Estados frente às superpotências e potências que desejam dominar o mundo; i) Soberania não admite condições, tutelas ou limitação; i) Soberania é a defesa emanada do direito e da razão, frente à força; k) Soberania implica na livre e justa disposição das satisfações materiais e culturais do Estado, para que os homens que formam os povos tenham uma existência digna.[173]

Veja-se que, nas anotações acima transcritas de Baracho, os itens "a)" a "d)" indicam as diferentes faces da figura geométrica da soberania; ao passo que os itens "e)" a "k)" descrevem significados decorrentes da soberania, aqui considerada em seu complexo de perfis que entre si dialogam.

---

[171] BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil* (promulgada em 5 de outubro de 1988). São Paulo: Saraiva, 1990. v. 7, pp. 19 e 20.

[172] POMPEU, Gina Marcilio; PONTES, Rosa Oliveira de. O princípio da democracia econômica e social e a Constituição brasileira de 1988. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 8, n. 2, p. 230-256, maio/ago. 2017, aqui p. 245.

[173] BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral da Soberania. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, UFMG, n. 63/64, jul. 1986/jan. 1987, pp. 71 e 72.

A interconexão entre a ortodoxa ideia de soberania política presente em todas as Constituições brasileiras[174] e a nova concepção de soberania econômica (estreante na Constituição Federal de 1988) ganha clareza nas palavras de Washington Peluso Albino de Souza, para quem:

> [S]endo eminentemente político o Poder Constituinte, e fundamentalmente política a Constituição, é indispensável que se atente para os aspectos de política econômica a ser definida em relação à própria soberania, pois a alienação que recebeu e se consolidou na tradição constitucionalista liberal tem sido a mais utilizada válvula pela qual a dependência econômica aos países politicamente soberanos se traduz nas atuais formas de 'neocolonialismo'.[175]

O autor, como se extrai de referido excerto, sugere que soberania no campo econômico representa uma condicionante existencial da soberania política, como uma metassoberania: um poder que a nação precisa desenvolver (soberania econômica) com vistas a manter, realizar ou recuperar a soberania política.

Rosemiro Pereira Leal busca delinear a ideia de soberania no contexto da globalização e formação de um mercado mundial. Para o autor, o modo de produção capitalista ostenta um sistema normativo compatível com ele próprio, instituído por formações econômicas e sociais que as nações centrais infundem doutrinariamente nas nações periféricas. Sustenta o autor que a infusão de tal sistema normativo do capitalismo nos países periféricos retira do direito interno de referidos países a capacidade de ser universal, isto é, de irradiar suas normas e garantias para a universalidade dos seus juridicionados. Como implicação jurídica e econômica da infusão do sistema normativo do capitalismo nos países de periferia, o povo periférico se torna destutelado.[176]

---

[174] Destaca-se, nesse tocante, os comentários de Antônio Pimenta Bueno sobre a soberania nacional na Constituição do Império: "A ideia de qualquer associação nacional que se institua, não pela acção da violência, sim por sua acção normal, inclui em seu seio necessariamente a ideia conjunta de seu próprio poder, de sua própria soberania, como origem primitiva de todos os poderes políticos, como a única faculdade legítima de constituí-los e delegá-los. A soberania é o poder e a independência de um povo que pertence a si mesmo, o poder em sua origem, em seu ser primitivo, a força inteligente e suprema da sociedade, ainda não delegada. [...] Sem dúvida, é evidente que a sociedade nacional é a massa coletiva de seus membros, ou todos os sócios, e consequentemente o complexo de todos os direitos e forças sociais; quem pois, senão ela, terá a faculdade e o império de ditar as condições de seu modo de existir, de sua própria associação, e de fazê-las efetivas e duradouras? De que outra fonte nasceria o direito de impor servidão ou preceitos a homens livres, relacionados só pelas leis da razão e da moral, senhores de sua inteligência e de suas ações? D'onde deduzir o nome de súditos e de soberano?" BUENO, Antônio Pimenta. *Direito Público Brazileiro e análise da Constituição do Império.* Rio de Janeiro: 1857, p. 25 e 26.

[175] SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Teoria da Constituição Econômica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 192.

[176] LEAL, Rosemiro Pereira. *Direito Econômico:* soberania e mercado mundial. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 31.

Ou seja, o sistema normativo capitalista penetra nos países subdesenvolvidos e é alheio ao direito interno desses países. Sua penetração é um fenômeno inexorável da globalização e ela tende a comprometer a soberania popular, pois impede que o povo possa realmente refletir sua vontade geral em seu direito, e que seu direito consiga incidir materialmente na realidade. Nesse contexto, soberania econômica consiste numa nova dimensão da velha soberania nacional, em que os países subdesenvolvidos hão de formular juridicamente uma força própria de planejamento econômico capaz de resistir a esses efeitos desconstrutivos do capitalismo global. A soberania econômica, nos países periféricos, é determinante à preservação da soberania política.

Recobremos que, como afirmado em diversas passagens anteriores desta dissertação, o conceito de soberania sofreu radicais metamorfoses, refletindo as transformações igualmente radicais que a sociedade experimentou ao longo da História. A soberania clássica deixou de ser do monarca para ser do Estado e, finalmente, para ser do povo. A soberania nasceu como uma concepção eminentemente interna, que significa supremacia, mas não tardou a se descobrir a sua faceta externa, que significa autonomia e igualdade relativa às soberanias das demais nações. Com o constitucionalismo, a soberania se tornou juridicamente mais complexa, transformando-se num fenômeno multifásico, que se manifesta tanto no evento constituinte num momento de exceção, quanto nas normas constitucionais vigentes num momento de normalidade.

Nessa linha de análise, pode-se dizer que essa nova dimensão ou vertente da soberania nacional, intitulada soberania econômica, é mais uma relevante metamorfose conceitual, como reação de um importante evento histórico transformador da sociedade; referimo-nos ao advento do fenômeno da globalização. Nesse sentido, André Ramos Tavares é preciso ao afirmar que a globalização trouxe questões que "afetam diretamente a noção clássica de soberania nacional, especialmente no campo econômico, impondo a necessidade de uma nova concepção de soberania, pela qual seja possível a preservação da capacidade de autopreservação do Estado".[177]

Como se vê, é possível afirmar que a intuição gramatical do art. 170, I da CF é apropriada: o que chamamos trivialmente de "soberania econômica" é a acepção no domínio econômico da tão conhecida, debatida e complexa soberania nacional, instituto originariamente político.

---

[177] TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. 1. ed. São Paulo: Método, 2003, p.149.

E, aliás, como já mencionado alhures e como será aprofundado adiante, soberanias política e econômica não são apenas ideias próximas, não são apenas perspectivas distintas de um mesmo fenômeno; elas são, em dados contextos, ideias por vezes indissociáveis, uma vez que, atualmente, os principais obstáculos à concretização da soberania popular em países subdesenvolvidos são de natureza econômica. O desafio da concretização democrática na periferia do capitalismo perpassa necessariamente medidas amplas de direito e de Estado a respeito da condução da economia.

3.3 Do plano internacional ao plano interno

No capítulo 2.5 desta dissertação, observamos que o conceito de soberania nacional se desdobra no binômio supremacia na ordem interna/independência na ordem externa. Vimos ainda que, nas palavras de Paupério Machado, o significado preciso e nuclear de soberania corresponde tão somente ao poder incontrastável no plano interno, e que a independência internacional representaria um corolário ou derivação lógica daquilo que soberania significa. A independência no plano internacional é a situação de mútuo reconhecimento da soberania que cada nação ostenta internamente.

No entanto, quando examinamos especificamente a soberania econômica, a situação parece se inverter. O conceito de soberania econômica surge no direito como um princípio de busca pela autodeterminação econômica, assim entendida como a luta de um país para se emancipar das circunstâncias que o subordinam a potências estrangeiras. Só que essa busca envolve necessariamente medidas econômicas que uma nação deve tomar no plano interno, medidas sobre si mesma, aplicáveis para si.

Nessa toada, Pinto Ferreira, em comentário ao art. 170, I da CF, embora invoque a definição clássica de soberania política de "poder de decisão em última instância numa sociedade politicamente organizada", observa que, em referido dispositivo, o legislador constituinte empregou à soberania nacional "um sentido amplo de defesa dos interesses nacionais contra os interesses estrangeiros, [...] uma bandeira nacionalista contra empresas multinacionais".[178]

Oscar Dias Correia caracteriza o art. 170, I da CF como um dispositivo designado à "profissão de fé nacionalista, contra o que muitos consideram indébita intromissão na

[178] FERREIRA, Luiz Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo: Editora Saraiva, 1994. 6 v, pp. 243 e 244.

economia nacional",[179] referindo-se a instituições financeiras internacionais, como o Fundo Monetário Internacional (FMI).

André Ramos Tavares afirma que o princípio contido no art. 170, inc. I da CF "significa, em termos econômicos, a preferência por um desenvolvimento nacional". O jurista adverte para a necessidade de se ler tal princípio da ordem econômica (da soberania nacional) em harmonia com o princípio do desenvolvimento econômico. Diante da conjunção de tais princípios, André Ramos Tavares conclui que "o país não pode, em termos de produção capitalista, depender de outro, não ter emancipação econômica equivaleria a, na prática, ignorar a necessidade do pleno desenvolvimento".[180]

Celso Bastos Ribeiro, por seu turno, enxerga o art. 170, inc. I, sob o signo de impedimento à excessiva dependência do estrangeiro. Segundo o autor, o dispositivo em questão apregoa que a colaboração internacional não pode subtrair ao país as possibilidades de sua autodeterminação.[181]

Como se vê, a iniciativa inédita do constituinte de estabelecer a soberania nacional como um princípio da ordem econômica é lida pela melhor doutrina como um mandamento relacionado diretamente ao modo como o Brasil deve interagir com as demais nações, combatendo ou precavendo a subjugação.

Essa é a mensagem direta e o significado imediato da adoção do princípio da soberania econômica. De maneira indireta ou mediata, as medidas para concretização do mandamento da soberania econômica ocorrem no plano interno, em que se exige um olhar do Estado para si mesmo, para as funções econômicas que ele tem de assumir internamente, para promover o desenvolvimento autônomo.

Embora a soberania convencional ou política e a soberania econômica estejam interligadas e mesmo miscigenadas, enquanto a primeira nasceu no seio de um pensamento filosófico sobre o significado do Estado, a segunda nasceu como uma prescrição geopolítica dos Estados periféricos do capitalismo, como forma de superar o determinismo que os condena à insuscetibilidade para o desenvolvimento.

---

[179] CORREIA, Oscar Dias, *A Constituição de 1988:* contribuição crítica. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 210 *Apud* TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. 1. ed. São Paulo: Método, 2003, p.149.

[180] TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. 1. ed. São Paulo: Método, 2003, p. 148.

[181] BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil* (promulgada em 5 de outubro de 1988). São Paulo: Saraiva, 1990. v.7, p. 20.

Se a soberania significou uma doutrina da unidade política e jurídica formadora dos grandes Estados europeus, a soberania econômica consiste numa doutrina de emancipação dos Estados da periferia.

Nesse sentido, Gilberto Bercovici explica a soberania econômica como um conceito relativo, percebido de formas distintas a depender da posição que cada nação ocupa no cenário global:

> Na potência hegemônica, por exemplo, o debate sobre soberania econômica é quase inexistente. Já para os países periféricos, em que se compreende o subdesenvolvimento como um fenômeno de dominação, como uma realidade histórico-estrutural, e não como uma etapa prévia ao desenvolvimento, a questão da soberania econômica é fundamental, pois diz respeito à autonomia das decisões de política econômica e à percepção de suas limitações e constrangimentos internos e externos.[182]

Com absoluta lucidez, a fala de Bercovici sinaliza, como veremos nas seções seguintes, que a soberania econômica é uma variável jurídica, que varia mediante um critério de geografia política ou geopolítico. Isto é, o conteúdo do princípio da soberania econômica, as medidas que ela impõe e a razão de ela existir num dado ordenamento jurídico estão ligados a um dado posicionamento político-territorial do país no globo e na chamada nova ordem mundial.

Nesse sentido, a adoção constitucional da soberania econômica tem carga ideológica e representa a acolhida, pela norma estruturante da nossa unidade política e ordem jurídica, do pensamento da Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe – CEPAL.

O pensamento cepalino corresponde precisamente à visão de que o objetivo da autodeterminação econômica no plano internacional será alcançado mediante a assunção de uma série de medidas continuadas do Estado no plano interno. As nações subdesenvolvidas não superam tal condição ao se oferecerem perfeitamente permeáveis à dinâmica da nova ordem mundial.

3.4 Constituição econômica e soberania econômica

A economia, enquanto "conjunto de atividades desenvolvidas pelos homens visando à produção, distribuição e o consumo de bens e serviços necessários à sobrevivência e à qualidade de vida", e a ciência econômica, enquanto "estudo da

[182] BERCOVICI, Gilberto. A soberania econômica e o desmonte do Estado no Brasil. *Carta Maior*, 20 abr. 2017 Disponível em: http://www.cartamaior.com.br/?/Editoria/Politica/A-soberania-economica-e odesmonte-do-Estado-no-Brasil/4/37985. Acesso em: 11 ago. 2019.

eficiência e da equidade" voltado à resolução dos problemas "1) O que e quanto produzir? 2) Como produzir? E 3) Para quem produzir?",[183] consistem em disciplina essencial do constitucionalismo contemporâneo.

Conforme ensina André Ramos Tavares, a disciplina da vida econômica no conjunto normativo constitucional remete ao início do século XX, uma vez que os documentos constitucionais eram compreendidos, até então, "como receptáculos da ordem política, ocupando-se, praticamente, apenas dos direitos individuais fundamentais e da organização política do Estado".[184]

O autor vislumbra em tal movimento de disciplina constitucional da ordem econômica um notável avanço, pela compreensão de que as "constituições não poderiam olvidar da organização econômica do Estado". A Constituição é artefato jurídico atrelado ao ideário democrático e ao Estado de Direito; a democracia, por sua vez, é construção filosófica de Estado e de política bastante mais complexa do que o *Ancien Régime* que ela veio a substituir. A concretização de uma democracia em seu teor material pressupõe um fino alinhamento de múltiplos fatores, sendo um dos fatores fundamentais a "organização econômica propícia". O ilustre autor conclui existir uma relação de interdependência entre democracia e economia que as torna inseparáveis, pois *toda economia é política*. Por serem, a democracia e a economia, inseparáveis e interdependentes, a ordem econômica é *matéria essencial às constituições.*[185,186]

---

[183] Excerto retirado do texto *"O que é economia?"*, produzido pela Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo – FEA/USP: "Economia é o conjunto de atividades desenvolvidas pelos homens visando a produção, distribuição e o consumo de bens e serviços necessários à sobrevivência e à qualidade de vida. Economia Capitalista é a organização das atividades econômicas por meio do mercado, baseada na propriedade privada e na qual a grande maioria das transações é mediada pelo dinheiro. A Ciência Econômica é uma ciência social, que estuda o funcionamento da Economia Capitalista, sob o pressuposto do comportamento racional do homem econômico, ou seja, da busca da alocação eficiente dos recursos escassos entre inúmeros fins alternativos. Nesse sentido, a Ciência Econômica visa compreender como a Economia resolve os três problemas econômicos básicos: 1) O quê e quanto produzir? 2) Como produzir? e 3) Para quem produzir? Ou seja, o estudo da eficiência e da equidade. Contudo, no mundo contemporâneo, a sustentabilidade da produção para as gerações futuras se impõe como um quarto problema econômico básico, exigindo que se repense o crescimento econômico e o próprio sentido coletivo do consumo em permanente expansão sem propiciar um verdadeiro bem-estar às sociedades humanas". FEA/USP. *O que é economia?* São Paulo, Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo – FEA/USP. Disponível em: https://www.fea.usp.br/economia/graduacao/o-que-e-economia. Acesso em: 01 jan. 2020.

[184] TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. 1. ed. São Paulo: Método, 2003, p. 89.

[185] "A existência de um título exclusivo, nas Constituições, dedicado à 'ordem econômica', deve ser considerado como um avanço, impulsionado, à época, pela concepção de que as constituições não poderiam olvidar da organização econômica do Estado. Também economia e democracia foram consideradas dependentes no sentido de que a democracia não alcançaria o êxito desejável sem uma organização econômica que lhe fosse propícia. Reconhecia-se que a economia depende da política (toda economia é política) e esta, como matéria essencial às constituições, implica no tratamento cuidadoso daquela outra,

A constituição econômica não nasceu exatamente como uma disciplina ideologicamente neutra. Como identifica Vital Moreira, o surgimento da teoria da constituição econômica está associado ao momento histórico do fim da Primeira Guerra Mundial e ao paradigma ideológico de negação ao liberalismo econômico clássico.[187]

De modo mais específico, a historicidade da constituição econômica nos remete, como ponto de partida, à Constituição Mexicana de 1917 e à Constituição de Weimar de 1919, reconhecidas como as primeiras cartas constitucionais a disciplinar a organização da economia do território nacional. Ambas estatuíam uma *vida econômica* ou um perfil econômico de país notadamente antagônico aos postulados do liberalismo clássico, de tal sorte que tais cartas constitucionais se viam insólitas diante de uma tradição burguesa e liberal de constituição alimentada ao longo do século XIX.

Nada obstante tal conotação histórica e ideológica à qual o surgimento da constituição econômica está atrelado, houve um esforço jurídico doutrinário para extrair daquela ideia histórica e ideológica um conceito abstrato e isento sobre uma matéria componente do direito constitucional. Nessa nova configuração, em que a constituição econômica denomina um prisma de análise para o estudo das constituições, seu significado não carregaria qualquer predileção ou preterimento apriorístico acerca de modelos de política econômica.

Há um trajeto de um conceito histórico e meritório para um conceito ahistórico e epistemológico. Segundo a primeira acepção, diríamos que certas constituições em espécie, a partir de certas circunstâncias históricas, são ou possuem dentro de si constituições econômicas, enquanto outras constituições, que não disciplinam em absoluto o econômico

---

sendo, portanto, também inseparáveis". TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. 1. ed. São Paulo: Método, 2003, p. 90.

[186] Em visão convergente sobre o enlace entre democracia e economia, Manuel Afonso Vaz afirma que "o económico não é suscetível de, fechando-se em si mesmo, constituir uma ordem autônoma, dado que ele está incindivelmente ligado a elementos sociais, culturais, éticos e superiormente enquadrados por valorações políticas. [...] A Constituição económica é, pois, uma parte da Constituição Política e o seu objecto não se confunde com a ordenação total, global e acabada da sociedade. A Constituição económica não se pode separar da democracia e nem das exigências de um Estado de direito. A Constituição económica é, no entanto, um conceito central em qualquer estudo do direito económico, que não, propriamente, da Constituição". VAZ, Manuel Afonso. *Direito Económico*: a ordem económica portuguesa. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1988, pp. 87 e 90. Note-se que, para o autor, o instituto da Constituição econômica é uma peça central para o estudo do direito econômico; por outro lado, a concepção de tal instituto não reflete (a despeito do que se possa intuir de sua denominação) uma ideia de autonomia do econômico em relação à democracia, e nem deve degringolar para tal cenário. Pelo contrário, a economia e a democracia são pilares *inseparáveis*.

[187] MOREIRA, Vital. Economia e Constituição. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1979, p. 20.

e o consideram um campo fora dos muros do direito e do Estado, não são ou não possuem em si uma respectiva constituição econômica. Na segunda acepção do termo, tais dizeres não fariam sentido, pois a constituição econômica seria uma maneira de olhar e ler toda e qualquer carta constitucional, extraindo dela sua disciplina econômica, ainda que seja uma disciplina de não intervenção estatal na economia.

Nesse sentido, Eros Grau arrola algumas definições anatômicas e neutras da constituição econômica provenientes da doutrina portuguesa: Antônio Souza Franco aponta que a constituição econômica é "formada pelo ordenamento essencial da atividade econômica – contendo os princípios e as normas essenciais ordenadoras da economia, dos quais decorrem sistematicamente as restantes normas da ordem jurídica da economia"; José Simões Patrício sustenta que dela "fazem parte os princípios mediante os quais se garante e define a estrutura duma certa economia (constituição estatutária) e, bem assim, o seu modo de funcionamento, organização e orientação (constituição directiva)"; Antônio Menezes Cordeiro afirma que a constituição econômica "restringe-se ao essencial do Direito da Economia, aos seus princípios gerais"; e Vital Moreira define constituição econômica como "conjunto de preceitos e instituições jurídicas que, garantindo os elementos definidores de um determinado sistema econômico, instituem uma determinada forma de organização e funcionamento da economia e constituem, por isso mesmo, uma determinada ordem econômica".[188,189]

Ou seja, a partir de seu surgimento histórico e ideológico, a doutrina procurou extrair um conceito que não oferecesse qualquer tendenciosidade político-econômica e fosse puramente descritivo de certo elemento da anatomia constitucional em abstrato.

André Ramos Tavares, com propriedade, leciona que a constituição econômica surgiu "quando da conformação consciente e sistemática da ordem econômica por uma

[188] GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, pp. 77 e 78. A citação de Eros Grau a Antônio Souza Franco refere-se à obra *Noções de Direito e Economia*, Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1982-1983, v.1, p. 91. A citação de Eros Grau a José Simões Patrício refere-se à obra *Curso de Direito Económico*, 2 ed. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1981, p. 158; a citação de Eros Grau a Antônio Menezes Cordeiro refere-se à obra *Direito da Economia*, Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1986, v. 1, p. 157; a citação de Eros Grau a Vital Moreira refere-se à obra *Economia e Constituição – Para o conceito de Constituição Económica*, Faculdade de Direito, Separata do Boletim de Ciências Económicas, XVII/35, Coimbra, 1974.

[189] José Afonso da Silva, em linha com a doutrina portuguesa e invocando particularmente as lições de Vital Moreira, procura fixar a ideia de constituição econômica formal "não num conceito autônomo de constituição ao lado da constituição política, mas, sim, no conjunto de normas desta que, 'garantindo os elementos definidores de um determinado sistema econômico', estabelece os princípios fundamentais de 'determinada forma de organização e funcionamento da economia' e constitui, 'por isso mesmo, uma determinada ordem econômica'". SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 791.

decisão política, sendo viável, inclusive, expressá-la pela ideia de política econômica".[190] O célebre constitucionalista ressalta que sua aparição se deu mesmo temporalmente na Primeira Grande Guerra e filosoficamente no desencanto da confiança na autorregulação econômica do mercado. Adverte, porém, que seria impróprio, por sua tendenciosidade, conceituar a constituição econômica como um termômetro do grau de intervenção do Estado no domínio econômico, como se um modelo de economia liberal correspondesse à absoluta ausência de constituição econômica.[191,192]

Isso significa que, na perspectiva anatômica da constituição econômica, perspectiva essa desgarrada do conceito histórico e ideológico de seu surgimento, a escolha de qualquer modelo econômico pela constituição de uma nação configura uma constituição econômica.

E tal escolha não está nem mesmo associada necessariamente a uma expressão ou explicitação verbal da norma constitucional, uma vez que a absoluta ausência de qualquer norma expressa sobre a política econômica adotada está a consagrar ou a adoção implícita de um modelo absolutamente liberal, no qual ao Estado não caberia qualquer função de relevo no domínio econômico, ou a adoção implícita de um modelo absolutamente autoritário, que não prescreve qualquer liberdade individual dos governados em relação à atividade econômica, e nenhum limite para a atuação do Estado. Por tal prisma, pode-se dizer que toda constituição guarda consigo uma constituição econômica, ainda que implícita.

Sobre a constituição econômica no silêncio, note-se que as definições dos portugueses Antônio Souza Franco, Jose Patrício Simões, Antônio Menezes Cordeiro e Vital Moreira, catalogadas parágrafos acima, contêm alguns elementos objetivos de uma constituição econômica, como os princípios e as normas essenciais ordenadores da

---

[190] TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. 1. ed. São Paulo: Método, 2003, p. 74.

[191] TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. 1. ed. São Paulo: Método, 2003, p. 79.

[192] Nesse sentido, Eros Grau é preciso ao explicar que "[...] embora a expressão 'ordem econômica' tenha sido incorporada à linguagem dos juristas e do Direito a partir da primeira metade deste século – o que introduziria a afirmação de que a ordem econômica, parcela da ordem jurídica, aparece como uma inovação do século, produto da substituição da ordem jurídica liberal por uma ordem jurídica intervencionista -, a verdade é que sempre contiveram, as Constituições escritas, normas que se podem designar pela expressão. [...] Com efeito, ainda que a ordem jurídica sempre tenha estado voltada à regulação da ordem econômica (mundo do ser), o momento no qual aquela contemplação se dá é marcado, precisamente, pela transformação que referi. Explico-me. As Constituições liberais não necessitavam, no seu nível (delas, Constituições Liberais), dispor, explicitamente, normas que compusessem uma ordem econômica constitucional. A ordem econômica existente no mundo do ser não merecia reparos". GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, pp. 70 e 71.

atividade econômica. Na ausência de princípios e normas que se anunciem expressamente como dirigidos à ordenação da economia, isto é, num cenário de omissão ou obscuridade acerca da ordenação econômica, há ainda uma constituição econômica entranhada na carta.

Pensemos no exemplo do Brasil imperial. Bastante antes do debate jurídico sobre o tema constituição econômica, o Brasil produzia a sua primeira constituição, a *Constituição Política do Império do Brazil*, de 1824. Aquele documento não trazia nenhum princípio ou norma cujo texto se autodeclarava de relevância econômica. Sendo bastante rigoroso, o seu art. 167 dispunha que em cada cidade e vila existente ou futura haveria uma câmara a quem competiria o governo econômico da respectiva circunscrição.[193]

Porém, não era essa tímida norma econômica a questão constitucional mais importante ao domínio econômico. A disciplina econômica de maior relevo daquela constituição era a instituição ou anuência ao regime escravocrata. Tal anuência também não era francamente explícita. A Constituição de 1824, da forma como editada, não dispunha abertamente sobre escravidão, sobre existir ou não existir escravidão. O tratamento conferido aos escravos foi omiti-los do texto constitucional, quase que por uma questão de elegância. No entanto, a escravidão se revelava no art. 6º, que, ao dispor sobre os *cidadãos brazileiros*, citava as categorias humanas dos *ingênuos* e dos *libertos*.[194] Liberto é aquele que emergiu da condição de privação e atingiu, em curso, a liberdade civil. Ingênuo são os filhos de escrava liberta, livres por excelência, assim nascidos e que ostentavam tal *status* de modo definitivo. Se a constituição expressamente falava em *libertos* e *ingênuos*, é porque pressupunha e, portanto, aquiescia com o regime escravocrata.[195]

---

[193] Constituição Política do Império do Brazil, **Art. 167**: "Em todas as Cidades, e Villas ora existentes, e nas mais, que para o futuro se crearem haverá Camaras, ás quaes compete o Governo economico, e municipal das mesmas Cidades, e Villas".

[194] Constituição Política do Império do Brazil, **Art. 6º**: "São Cidadãos Brazileiros: I. Os que no Brazil tiverem nascido, quer sejam ingenuos, ou libertos, ainda que o pai seja estrangeiro, uma vez que este não resida por serviço de sua Nação; II. Os filhos de pai Brazileiro, e os illegitimos de mãi Brazileira, nascidos em paiz estrangeiro, que vierem estabelecer domicilio no Imperio; III. Os filhos de pai Brazileiro, que estivesse em paiz estrangeiro em sorviço do Imperio, embora elles não venham estabelecer domicilio no Brazil; IV. Todos os nascidos em Portugal, e suas Possessões, que sendo já residentes no Brazil na época, em que se proclamou a Independencia nas Provincias, onde habitavam, adheriram á esta expressa, ou tacitamente pela continuação da sua residência; e V. Os estrangeiros naturalisados, qualquer que seja a sua Religião. A Lei determinará as qualidades precisas, para se obter Carta de naturalização".

[195] Recorde-se o contexto histórico da Constituição de 1824, que foi prescedida pelo anteprojeto da Constituição da Mandioca. A Constituição da Mandioca foi elaborada por uma constituinte formada pela elite escravocrata, de índole liberal, e foi dissolvida por Dom Pedro I, afrontado pela estrutura descentralizadora do poder do imperador proposta pelo anteprojeto. Membros da constituinte foram presos e outros exilados. A Constituição de 1824 foi elaborada por uma nova constituinte, cujos membros foram elencados pelo próprio Dom Pedro I. Mesmo após dissolver a assembleia constituinte dos liberais, Dom Pedro I tinha também um compromisso liberal: declarou que convocaria nova assembleia, "a qual deverá trabalhar sobre o projeto de

Eis aqui a grande norma jurídica econômica daquela constituição: é o art. 6º, que revelava (i) o regime de mão de obra amplamente dominante no Brasil Império, empregado em todas as grandes atividades econômicas empreendidas naquele tempo; e (ii) outra atividade econômica de grande relevo naquela sociedade, que era o tráfico e comércio de escravos.[196]

Veja-se, em conclusão desse exemplo, que a norma que não se anunciava econômica (art. 6º) era de muito maior relevância econômica do que o dispositivo tratante do *governo economico* (art. 167). A constituição econômica da *Constituição Política do Império do Brazil* repousava naquele art. 6º, que implicitamente previa o regime escravocrata no Brasil.

Encerrando tal digressão podemos até aqui dizer que a constituição econômica possui duas acepções com mensagens distintas: numa acepção histórica e ideológica, a constituição econômica diz respeito às constituições que, em virtude de uma percepção do esgotamento ou da disfunção do liberalismo econômico, passaram a recepcionar o econômico como uma disciplina constitucional, em que o ordenamento jurídico impunha regras ao domínio econômico e previa ampla participação estatal na economia. Numa acepção ahistórica e epistemológica, a constituição econômica significa a extração da disciplina econômica de toda e qualquer constituição, dos princípios e das regras constitucionais que, explícita ou implicitamente, por comissão ou omissão, necessariamente abordam o econômico em cada carta constitucional.

A primeira definição caracteriza um grupo de constituições com certos predicados; a segunda definição caracteriza um prisma de análise sobre toda e qualquer constituição.

Luís Cabral de Moncada aborda essas duas feições do conceito de constituição econômica, sob a perspectiva das diferentes grandezas do caráter programático de cada constituição. Explica o autor que hoje se entende que a constituição econômica existe em todo o sistema jurídico-econômico, mesmo naqueles cuja respectiva constituição esteja restrita à disciplina da organização do poder político. Em tais constituições, a matéria

---

Constituição que eu lhe hei de breve apresentar; que será duplicadamente mais liberal, do que a extinta Assembleia acabou de fazer".

[196] Ressalte-se que embora a Constituição de 1824 tenha perdurado até 1891, no plano infraconstitucional, sobrevieram nesse intervalo de tempo diversas normas que foram paulatinamente sufocando o regime escravocrata. Referimo-nos à Lei Diogo Feijó, de 1831, que proibia o tráfico negreiro, isto é, a importação de novos escravos ao Brasil; à Lei Eusébio de Queiroz, editada em 1850 em virtude do desuso e da ineficácia da Lei Diogo Feijó; à Lei do Ventre Livre, de 1871, que declarava que "os filhos de mulher escrava que nasceram no Império desde a data desta lei serão considerados de condição livre"; a Lei dos Sexagenários, editada em 1885, que tornava livre os longevos escravos de 65 anos ou mais; e, finalmente, a Lei Áurea, editada em 1888, que declarou extinta a escravidão no Brasil.

econômica decorre das normas de funcionamento do sistema político e dos direitos fundamentais, deduzidas hermeneuticamente ao domínio econômico. De outro modo, há constituições que ostentam conteúdos marcadamente programáticos, em que os princípios e as regras da organização econômica se revelam de maneira estampada, expressos no texto constitucional, com objetivos muito claros.[197]

Podemos, então, falar que toda constituição ostenta uma constituição econômica, sendo que a diferença entre elas está abreviada no binômio constituição econômica *estatutária* ou *orgânica* e constituição econômica *diretiva* ou *programática*. As *estatutárias* ou *orgânicas* apenas informam normas econômicas, inclusive implicitamente, e as *diretivas* ou *programáticas* enunciam programas econômicos a serem realizados pela sociedade e com participação estatal, com objetivos transformadores.

Quando nos debruçamos com maior vagar sobre essa distinção, identificamos alguns elementos que estreitam a distância entre constituições econômicas *estatutárias* e *programáticas*.

Em primeiro lugar, nada obstante o exercício doutrinário de desgarramento da constituição econômica de sua conjuntura histórica, parece-nos que existe uma carga ideológica ou meritória mínima insuscetível de ser dissipada, pois a constituição econômica se associa à visão de que o domínio econômico está, ao menos potencialmente, inserido no raio de alcance das decisões políticas do Estado, e não equivale a um mundo completamente alheio ou intocável pelas funções estatais ordinárias. Diz-se potencialmente, porque a constituição econômica pressupõe que o econômico é matéria-objeto da decisão fundamental constituinte. O Estado participar ou não da economia não é uma máxima da natureza, mas sim uma decisão da soberania popular.

A constituição econômica, como se viu, não está associada propriamente à ideia de intervencionismo estatal no domínio econômico, até mesmo porque o termo intervencionismo é impreciso[198] e carrega o sentido de que o Estado é um forasteiro

---

[197] "Nos tempos actuais, pode falar-se de CE relativamente a todos os sistemas jurídico-económicos. Mesmo as constituições que se esgotam praticamente na organização do poder político e que não encerram normas programáticas em matéria económica, ficando a realização do Estado social a cargo do legislador e da Administração, contêm implícita ou explicitamente princípios básicos conformadores da vida económica que decorrem, designadamente, dos direitos fundamentais, de direitos de tipo económico quando previstos e até da própria forma do funcionamento da do sistema político. Há sempre CE, mesmo que seja por omissão. [...] Nas Constituições que tem um conteúdo programático muito acentuado, do tipo socialista ou mais genericamente de carácter intervencionista, os princípios fundamentais da organização económica – a CE – estão também claramente expressos no próprio texto constitucional". MONCADA, Luís Cabral de. *Direito Económico*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2018, pp. 114 e 115.

[198] Sobre a imprecisão e impropriedade da utilização da expressão "intervenção" na mensuração do conceito de constituição econômica, TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. 1. ed. São Paulo:

momentaneamente desejável na economia; mais precisamente, a constituição econômica reflete a obsolescência das doutrinas que viam a economia como um campo ontologicamente alheio ao domínio público e consideravam, em conseguinte, o Estado como um ser ontologicamente externo e artificial ao processo econômico.

É dizer, portanto, que a emergência da constituição econômica traz um significado nuclear mínimo de vencimento da ideia de que o Estado é um ser que não pode ser equalizado no lugar econômico, ou que a economia é um fator que não pode ser equalizado numa dimensão do direito público. Aliás, deixemos de lado a figura do Estado, para enfatizar a força que o anima: o interesse público. A constituição econômica assevera que o domínio econômico é um domínio público, ou seja, que deve se estruturar e se desenvolver em prol do interesse da coletividade.

A mera ideia de que a constituição, enquanto estatuto da unidade política e da ordem jurídica, pode irradiar-se ao domínio econômico, seja explícita ou implicitamente, seja direta ou incidentalmente, ostenta uma mensagem filosófica que lhe é inseparável. A ordem estatal incide na economia, e isso afasta a ideologia do reino do individualismo econômico.

Por isso, mesmo uma definição de constituição econômica epistemológica, por exemplo, a "constituição económica em sentido restrito" de Canotilho, que significa "o conjunto de disposições constitucionais – regras e princípios – que dizem respeito à conformação da ordem fundamental da economia",[199] pressupõe que a forma de organização e de funcionamento da economia são matérias absolutamente suscetíveis de subordinação jurídica, decisão essa entregue à soberania popular, no exercício do seu poder constituinte.

Portanto, ainda que pensemos numa constituição econômica *estatutária* ou *orgânica*, e não *diretiva* ou *programática*, a ideia de constituição econômica, por excelência, ideologiza que a vida econômica de um país, ou o modo com que se organiza a sua economia, **não é um elemento imune ao toque no direito**. É a decisão constituinte do povo soberano que determina como se dará a economia, podendo o povo, é verdade, em tese decidir por mantê-la desamparada de qualquer tipo de controle ou participação estatal.

Método, 2003, pp. 78 e 79; e ATHIAS, Jorge Alex Nunes. *A Ordem Econômica e a Constituição de 1988.* Belém do Pará: Cejup, 1997, pp. 41 a 51.

[199] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 345.

Essas informações estão gravadas até mesmo na definição mais neutra de constituição econômica, que pretenda se afastar do contexto histórico de sua aparição, que, como dito anteriormente, relaciona-se ao repúdio ao liberalismo econômico. Mesmo no esforço de se neutralizar um conceito que não nasceu neutro, a constituição econômica traz consigo o significado irreparável de que a mão invisível só poderá imperar caso assim decida a mão do constituinte – e tal significado, *per se*, abala as estruturas filosóficas do liberalismo clássico.

Ao fim e ao cabo, a constituição econômica, em seu conteúdo conceitual mínimo e neutro, inflexiona o ideal de liberalismo econômico. A estrutura do constitucionalismo é democrática, pois pressupõe que toda disciplina constitucional é fruto de uma decisão popular constituinte. Se a economia é objeto constitucional, ela não é ontologicamente livre de subordinação pelo direito, pelo Poder Público e pelo Estado.

Há, portanto, um diálogo imperfeito ou uma incompatibilidade filosófica entre a ideia de constituição econômica e a plenitude do pensamento liberal econômico. A constatação da existência da constituição econômica traz em seu âmago a superação de um pensamento de barreira virtual entre constituição e economia e Estado e economia.

Além dessa incompatibilidade filosófica, há um segundo ponto de aproximação entre as duas acepções de constituição econômica aqui tratadas, que passo a expor.

Retornando-se ao contexto histórico do aparecimento da constituição econômica, há uma dada leitura da história, mais progressiva e menos momentânea, que reforça a conclusão de que o conceito está associado mais do que episodicamente ao esvanecimento do espírito liberal.

A história progressiva a que nos referimos é contada à perfeição por Marcello Caetano, que associa a constitucionalização do econômico como parte de um processo evolutivo da sociedade e da complexidade social e estatal. O constitucionalista português sustenta que entre as funções do Estado está e sempre esteve, a par da segurança e da justiça, a promoção do bem-estar material e espiritual da coletividade, nas necessidades de tal natureza que os indivíduos ou os grupos sociais primários não conseguem satisfazer numa extensão conveniente.[200] À medida que as necessidades se multiplicam com a

[200] "Umas vezes com mais relevo, outras com menos; mais restritamente numas épocas do que noutras, sempre o poder político é solicitado a promover, mediante a conjugação obrigatória dos esforços e dos recursos coletivos, a satisfação de necessidades de ordem espiritual ou material que a ação dos indivíduos entregues a si mesmos ou integrados em grupos sociais primários seja impotente para conseguir com a extensão conveniente". CAETANO, Marcello José das Neves Alves. *Direito Constitucional.* Rio de Janeiro: Forense, 1977. v. I. Direito Comparado. Teoria Geral do Estado e da Constituição. As Constituições do Brasil, p. 185.

civilização e que aparecem novos processos técnicos para satisfazê-las, tal finalidade estatal vai ganhando mais e mais tamanho. Assim pondera Marcello Caetano, por fim:

> Há um século ainda se poderia conceber o Estado-liberal como simples moldura da livre concorrência das iniciativas privadas: hoje o Estado tem necessariamente de chamar a si a tarefa de estimular a satisfação das necessidades coletivas apoiando por diversas formas a iniciativa privada para acelerar o processo econômico e a promoção social e até, muitas vezes, substituindo-se ao particular mediante a instituição de grandes empresas coletivas denominadas serviços públicos [...]. Esta hipertrofia do fim econômico e cultural do Estado verificada nos nossos dias exerce profunda influência na sua estrutura e não pode deixar de estar sempre presente em quem estuda os problemas contemporâneos da Ciência Política.[201]

O trato constitucional e estatal da economia, na linha de raciocínio do notável constitucionalista português, não é resultado de um momento histórico, mas de uma progressão histórica.

A revelação da constituição econômica culminou de um processo histórico gradativo do fenômeno sociedade, e não de um acontecimento histórico pontual. Nessa circunstância, é difícil e até mesmo inadequado desenraizar o conceito do contexto histórico de seu advento. O contexto é parte da ideia de constituição econômica, pois a constitucionalização do econômico é resultado de uma marcha evolutiva da complexidade da sociedade e da economia, na qual se torna inconcebível alienar o Estado e a política do campo econômico.

A evolução histórica da sociedade ultrapassa o sectarismo ideológico preso a uma dada época passada, e a ideologia da constituição econômica de que tanto falamos é, na verdade, o desmanche de uma anterior ideologia da constituição burguesa.

Caio Tácito explica isso com muita precisão em seu artigo “O Estado e a Empresa”. O autor constata que em tempos marcados do passado o “Estado Liberal nasceu sob o signo da liberdade, caracterizando – na síntese de Pierre Duclos – a transformação do servo em cidadão”. Isto é, nasceu de uma luta das pessoas contra o poder absoluto do Estado, sendo que tal espírito de batalha pelos direitos de cidadão encontrava-se misturado num caldo cultural que contemplava os anseios da burguesia florescente, com os “postulados do individualismo jurídico, da igualdade contratual, da liberdade de comércio, da proteção à propriedade e da abstenção do Estado na ordem econômica”. Prossegue o autor no tempo para constatar que, já no século XIX, “dispontou a compreensão de que o Estado não podia

[201] CAETANO, Marcello José das Neves Alves. *Direito Constitucional.* Rio de Janeiro: Forense, 1977. v. I. Direito Comparado. Teoria Geral do Estado e da Constituição. As Constituições do Brasil, p. 185.

permanecer, inalteravelmente, inerte diante das relações econômicas entre pessoas privadas". Essa compreensão teve lugar nas atividades de grande interesse público, serviços considerados de utilidade pública que, mesmo outorgados à exploração privada, exigiam controle estatal. O autor então compila uma sucessão de eventos que materializaram, dos oitocentos para os novecentos, o progressivo reconhecimento de que a "democracia política não era o bastante para a proteção da personalidade humana no jogo dos conflitos da sociedade" e de que as injustiças da sociedade econômica moderna realçavam a "solidariedade social como endereço do Estado: os direitos individuais passam a ser garantidos em função de sua harmonia com os interesses coletivos".[202] Tais caminhos levam o autor a constatar o bruto fato de que o ingresso permanente do Estado no domínio econômico é uma constante dos regimes políticos do século XX, de modo a requerer uma revisão dos pressupostos do Estado Liberal. Essa revisão se resume no excerto abaixo:

> Diante desse painel poder-se-á legitimamente polarizar o mundo contemporâneo entre receitas antagônicas de Capitalismo e Socialismo? Aquele não exclui, através do capitalismo do Estado, um processo já consagrado de estatização da economia. O último admite variações de grau, em que a iniciativa privada, embora residual, convive com a socialização dos meios de produção. Os planos econômicos modernos, no chamado modelo de democracia ocidental, visam a estimular e disciplinar a iniciativa privada, integrando-a na política econômica do Estado.[203]

Ainda que o decorrer do século XX tenha proporcionado um movimento pendular a respeito das concepções político-econômicas de maior e menor participação do Estado no domínio econômico,[204] esse pêndulo (i) não atinge o extremo de se sustentar seriamente o não pertencimento do Estado ao processo econômico; (ii) lida com um estágio de complexidade social que descaracteriza a tensão ou o dilema Estado-particular na participação econômica; e (iii) se manifesta muitas vezes não no plano constitucional, e

---

[202] TÁCITO, Caio. O Estado e a empresa. *In*: TÁCITO, Caio. *Temas de Direito Público:* estudos e pareceres. Rio de Janeiro, Renovar, 1997. v. 1, aqui pp. 659 a 665.

[203] TÁCITO, Caio. O Estado e a empresa. *In*: TÁCITO, Caio. *Temas de Direito Público:* estudos e pareceres. Rio de Janeiro, Renovar, 1997. v. 1, aqui pp. 664.

[204] A expressão movimento pendular remete à metáfora empregada por Caio Tácito, de que as políticas econômicas nacionais, quando vistas em perspectiva histórica, balançam como um pêndulo, entre o domínio público de atividades qualificadas e a abertura de tais atividades à empresa privada. O autor dedicou um artigo próprio análise das idas e retornos do pêndulo na história da política econômica brasileira. Ver TÁCITO, Caio. O retorno do pêndulo: Serviço público e empresa privada. O exemplo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 202, p. 1-10, out. 1995.

sim nas decisões dos poderes constituídos, frequentemente em infringência de conquistas constitucionais vigentes.[205]

Nesse exato sentido, advertindo contra a infringência de conquistas constitucionais, José Joaquim Gomes Canotilho assevera que a constituição econômica, ainda que de forma principiológica, vincula os poderes constituídos na sua atuação no campo econômico. Dessa sorte, a política econômica e social que cabe ao legislador concretizar deve "assumir-se política de concretização dos princípios constitucionais e não uma política totalmente livre, a coberto de uma hipotética 'neutralidade econômica' da Constituição ou de um pretenso mandato democrático da maioria parlamentar". Acrescenta o célebre constitucionalista português que "se a Constituição não encerra um 'esquema dogmático e rígido', também não é uma 'porta escancarada' a políticas econômicas, em manifesta contradição com o texto constitucional".[206]

A constatação que a fala de Canotilho incidentalmente nos oferece é a de que quando o econômico se torna objeto constitucional, torna-se fictícia a sustentação de uma não política econômica. Seja porque, quando o direito ingressa no econômico, torna-se inevitável que os princípios e as normas constitucionais, direta ou colateralmente, deduzam-se em restrições do que se faz e não se faz num mercado livre; seja porque, num plano histórico-evolutivo, o direito passa a ingressar no econômico quando a complexização da sociedade e da economia atinge tal patamar que demanda o Estado como participante econômico contínuo.

É dizer, portanto, que o surgimento da constituição econômica – ainda que considerada não como o evento histórico das primeiras constituições que disciplinaram o domínio econômico, mas sim como a convenção de pensamento jurídico de que o econômico é uma das matérias atômicas da constituição – tem, como parcela de seu significado, a superação do pensamento de barreira virtual entre constituição e economia e Estado e economia. Essa superação remete não propriamente a um momento histórico, mas ao resultado de um processo histórico-evolutivo das sociedades.

---

[205] No exemplo brasileiro, a onda neoliberal e privatizante não se deu na esfera do poder constituinte, e sim ou muito mais na esfera dos atos do poder constitutivo, em bloqueio de importantes conquistas constitucionais. A expressão bloqueio é aqui utilizada em rememoração à doutrina da soberania bloqueada mencionada na seção 2.4 desta dissertação.

[206] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 345 e 346. Na passagem ora citada, Canotilho se referia ao princípio da democracia econômica previsto no art. 2º da Constituição portuguesa de 1976, que assim dispõe: "A República Portuguesa é um Estado de direito democrático, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garantia de efetivação dos direitos e liberdades fundamentais e na separação e interdependência de poderes, visando a realização da democracia económica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa".

Visto isso tudo sobre a constituição econômica – seu surgimento histórico, sua localização no processo evolutivo da sociedade e da economia, seu conceito anatômico e neutro e a ideologia que remanesce na neutralidade –, resta-nos saber o que seria, então, a soberania econômica em relação à constituição econômica?

A constituição econômica, em sentido restrito, é uma matéria do direito constitucional atual, ou melhor, é uma característica da anatomia física comum a todas as constituições atuais: toda e qualquer constituição, por fora (expressamente) ou então por dentro (tacitamente), contém uma constituição econômica.

A soberania econômica, por sua vez, **não** é uma matéria do direito constitucional atual; não é um elemento necessário da morfologia constitucional. Ela é um caráter específico de certas constituições, em certos contextos de tempo e espaço. Ela emite uma decisão específica do poder constituinte, uma decisão meritória sobre como o país agirá na condução de sua economia.

A soberania econômica positivada na Constituição Federal é uma expressão do mérito da política econômica escolhida pelo constituinte. A inclusão da soberania econômica no texto constitucional já significa a decisão constituinte por certo partido de políticas econômicas que capacitem a nação brasileira a alcançar um estado efetivo de autodeterminação. A soberania econômica, por si só, revela a decisão por um modelo de política econômica em que a força estatal participa intensamente da economia, com vistas a garantir que a economia cresça de maneira endógena e internalizada, confluindo para o desenvolvimento nacional equilibrado, como veremos na seção seguinte desta dissertação.

A constituição econômica, em seu sentido restrito, corresponde à tão só moldura de um quadro ainda não pintado sobre o norte econômico que o poder constituinte determina ao seu país. A soberania econômica adentra a pintura; ela é um princípio jurídico de alto mérito sobre o norte das políticas econômicas do Estado para o país. Tal princípio, como veremos nas seções seguintes, no caso brasileiro, irradia-se em diversas outras normas constitucionais dele decorrentes, numa trama constitucional articulada que resulta na prescrição de medidas seriadas e confluentes para um plano integrado de desenvolvimento nacional.

Poder-se-ia vislumbrar um significado meramente formal de soberania econômica, que correspondesse em natureza à constituição econômica em sentido restrito. Retomando-se a figura da soberania multifásica do Estado constitucional abordada na seção 2.6 desta dissertação, poder-se-ia dizer, como até aventado em referida seção, que a soberania econômica significaria, primeiramente, o exercício da soberania popular no poder

constituinte, fazendo prever constitucionalmente matérias pertinentes ao domínio econômico, com respectivas funções estatais; em seguida, o povo soberano, pelo exercício do sufrágio, exerce influência sobre os poderes constituídos de atuação estatal no domínio econômico. Por fim, os poderes constituídos de atuação econômica estariam limitados à legalidade estrita, sendo essa também uma manifestação da soberania popular.

Ou seja, seria possível construir um significado de soberania econômica que simplesmente transmitisse a ideia desse trâmite do "processo soberano" por qualquer orientação econômica constitucional, independentemente de seu mérito, que percorreria tanto o plano da concepção do texto constitucional, quanto o plano da sua vigência.

Mas a soberania econômica, repita-se até com demasia, não é um conceito epistemológico do conhecimento do direito constitucional, não é um método ou uma categoria analítica das constituições. A soberania econômica é um princípio constitucional específico, que versa sobre o econômico, e que, caso adotado por uma constituição, como o Brasil o fez, repercute diretamente no mérito da política econômica, com a consentânea previsão de ampla participação estatal na economia, sobre diversas formas.

A adoção da soberania econômica tem estrita ligação com a inclusão constitucional de objetivos futuros de mudança na situação presente de vida de um povo. Nesse sentido, o conteúdo próprio da soberania econômica só pode ser entendido no contexto de uma **constituição econômica diretiva**, de uma constituição que busca promover transformações socioeconômicas.

Pode-se dizer, então, que a soberania econômica é um elemento de caracterização das constituições econômicas diretivas, pois seu conteúdo normativo irredutível, como veremos em detalhes na próxima seção, é indutor de certo caráter de projeto econômico nacional. A sua acolhida em texto constitucional desconfigura a respectiva constituição econômica como estatutária, consagrando-a como diretiva.

Mas é importante compreender a especificidade da soberania econômica em relação ao gênero da constituição econômica diretiva.

Vários países adotam ou adotaram, por razões das mais distintas ordens, uma constituição econômica diretiva, isto é, uma constituição estabelecedora de poderes estatais constituídos de ação no domínio econômico, para o alcance de determinados objetivos públicos e de interesse coletivo.

A soberania econômica ora estudada, do texto constitucional brasileiro de 1988, não condiz a todos os contextos de constituição econômica diretiva indiscriminadamente considerados. A título exemplificativo, os princípios do cultural e longevo modelo

escandinavo de Estado de bem-estar, ainda que sua política econômica amplamente estatal também se funde no anseio de preservação nacional e da capacidade da nação de prover boas condições ao seu povo, justamente por sua culturalidade e longevidade, pouco tem a dialogar com o princípio brasileiro da soberania econômica.[207]

A soberania econômica adotada em 1988 pressupõe a compreensão do constituinte da circunstância brasileira de subdesenvolvimento e da posição periférica do país na ordem mundial, e a consequente decisão do constituinte de impor certo princípio de conduta nacional que instrumentalize o domínio econômico como vetor das mudanças constitucionalmente objetivadas.

Veremos na seção seguinte que a soberania econômica do art. 170, I da Constituição Federal é uma norma jurídica pertencente ao conceito de centro-periferia de Raúl Prebisch.

Dissemos anteriormente que a soberania econômica tem **natureza geopolítica**, justamente porque o conteúdo dessa norma se deduz e se revela num contexto muito próprio dos países latino-americanos, ligados economicamente pelos traços comuns da experiência de colônia ibérica. Ou seja, a soberania econômica é uma norma própria da constituição econômica diretiva de certas jurisdições periféricas do capitalismo. Podemos dizer, ainda, que a soberania econômica é um preceito jurídico relativamente dedutível às jurisdições das ex-colônias africanas e asiáticas, que partilham da situação periférica, ainda que em conjunturas diversas, possivelmente ainda mais dramáticas que a situação latino-americana.

É dizer, em resumo, quanto à soberania econômica, que não se trata de uma matéria universal do campo constitucional de todas as jurisdições, como o é a constituição econômica em sentido estrito, e também não é um princípio comum a todas as constituições econômicas diretivas. A soberania econômica é um princípio de Direito Econômico e um elemento de geografia política, pois sua existência se perfaz tão somente nas constituições econômicas diretivas dos países periféricos do sistema econômico mundial, particularmente os países latino-americanos.

---

[207] Para um estudo aprofundado sobre o Direito Econômico escandinavo, em particular sobre o Direito Econômico norueguês, cite-se CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. Reino da Noruega: a economia e os direitos fundamentais na constituição escrita européia mais antiga. *Revista da Faculdade de Direito*, Belo Horizonte, UFMG, n. 69, p. 635-656, jul./dez. 2016. Em referido artigo, o autor explica, na página 642, que "o surgimento, no entanto, de interesses que se revelaram completamente distintos daqueles que constituem a entidade voltada a explorar a atividade econômica também se deu na Escandinávia como um todo e, no caso norueguês, já no início do século XX, a concepção estritamente privatística da atividade empresarial veio a dar lugar à criação de empresas estatais, seja para criação de serviços de infraestrutura, seja para reduzir o domínio de capitais não nacionais sobre a economia".

Como já adiantado na seção 3.3, soberania econômica é uma construção jurídica que materializa o pensamento cepalino, instituição que personifica a busca dos países da América Latina por uma teoria econômica e um respectivo plano econômico de sua identidade que se contraponham à teoria econômica oficial e global, consistente num reflexo e num instrumento de retroalimentação da dominação centro-periferia.

Curiosamente, justo porque a soberania econômica tem perfil geopolítico ligado aos obstáculos político-econômicos da América Latina, o ancestral legítimo do princípio brasileiro da soberania econômica encartado na Constituição Federal de 1988 remete à primeira constituição econômica deflagrada no cenário mundial, a Constituição do México de 1917.

Veja-se que, no art. 25 da Constituição mexicana, associava-se expressamente soberania nacional à necessidade de *"reitoria do desenvolvimento nacional pelo Estado"* e a extensa participação do Estado no planejamento, na condução, coordenação e orientação da atividade econômica:

> Artículo 25. Corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral y sustentable, que fortalezca la Soberanía de la Nación y su régimen democrático y que, mediante la competitividad, el fomento del crecimiento económico y el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege esta Constitución. La competitividad se entenderá como el conjunto de condiciones necesarias para generar un mayor crecimiento económico, promoviendo la inversión y la generación de empleo.
> El Estado velará por la estabilidad de las finanzas públicas y del sistema financiero para coadyuvar a generar condiciones favorables para el crecimiento económico y el empleo. El Plan Nacional de Desarrollo y los planes estatales y municipales deberán observar dicho principio.
> El Estado planeará, conducirá, coordinará y orientará la actividad económica nacional, y llevará al cabo la regulación y fomento de las actividades que demande el interés general en el marco de libertades que otorga esta Constitución.[208]

[208] Tradução livre: "Art. 25. Corresponde ao Estado a reitoria do desenvolvimento nacional para garantir que este seja integral e sustentável, que fortaleça a Soberania da Nação e seu regime democrático e que, mediante a competitividade, o fomento do crescimento econômico do emprego e de uma mais justa distribuição de renda e de riqueza, permita o exercício pleno da liberdade e dignidade de indivíduos, grupos e classes sociais, cuja segurança esta Constituição protege. A competitividade será entendida como o conjunto de condições necessárias para gerar maior crescimento econômico, promovendo investimentos e criação de empregos. O Estado garantirá a estabilidade das finanças públicas e do sistema financeiro para ajudar a gerar condições favoráveis ao crescimento econômico e ao emprego. O Plano Nacional de Desenvolvimento e os planos estaduais e municipais devem observar esse princípio. O Estado planejará, conduzirá, coordenará e orientará a atividade econômica nacional, e levará a cabo a regulação e fomento das atividades que o interesse geral demande no âmbito das liberdades outorgadas por esta Constituição".

O constituinte mexicano de 1917, na linha do que sustenta a doutrina jurídica brasileira (como exposto na seção 3.2 desta dissertação), vislumbrou a economia como um elemento condicional da efetivação da soberania nacional.

Vamos, na seção seguinte, explorar o conteúdo do princípio da soberania econômica previsto na Constituição Federal de 1988.

3.5 O conteúdo normativo nuclear do princípio da soberania econômica

3.5.1 Internalização dos centros de decisão econômica

Vamos agora ao conteúdo normativo do art. 170, inc. I da Constituição Federal, ou seja, o conteúdo do princípio da soberania econômica (ou, em termos exatos, da soberania nacional na ordem econômica).

De acordo com Eros Grau, o princípio da soberania nacional como ditame da ordem econômica ou simplesmente o princípio da soberania econômica se traduz, sobretudo, na afirmação e proteção da autonomia do país para decidir sobre os rumos da sua economia ou, em outras palavras, na indução do movimento de *internalização dos centros de decisão econômica*.[209]

O significado do preceito constitucional da soberania econômica está, portanto, intimamente associado à busca pela internalização dos centros de decisão econômica. A expressão encontra seu claro significado no pensamento e na obra de Celso Furtado, em profundo estudo analítico das causas e origens das disparidades entre os centros e as periferias da economia mundial. O trabalho de Furtado se desenvolveu em meio ao espírito e propósito cepalino de superação do "falso senso de universalidade" da teoria econômica geral diagnosticado por Raúl Prebisch[210] e respectiva criação de uma teoria econômica própria que refletisse as especificidades e as aspirações dos países subdesenvolvidos da América Latina.

---

[209] GRAU, Eros Roberto. Comentários à Constituição do Brasil – artigo 170, caput e inciso I. *In*: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Editoras Saraiva, Almedina e Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, 2013. p. 1785-1797, aqui p. 1.794

[210] "Una de las fallas más conspicuas de que adolece la teoría económica general, contemplada desde la periferia, es su falso sentido de universalidad. [...] No hay que confundir el conocimiento reflexivo de lo ajeno con una sujeción mental a las ideas ajenas, de la que muy lentamente estamos aprendiendo a libramos". PREBISCH, Raúl. *El Desarrollo económico de la América Latina y algunos de sus principales problemas.* Santiago, Cepal, 1949, p. 13.

Raúl Prebisch fundou o estruturalismo latino-americano baseado na ideia de que a situação de subdesenvolvimento que assolava tais países consistia numa condição específica permanente e num estado de subserviência, e não numa fase provisória rumo à condição dos países centrais a quem se subordinavam. Como observa Octávio Rodríguez, a contribuição fundamental de Prebisch foi conceber as relações econômicas internacionais sob a dinâmica centro-periferia. Octávio Rodríguez explica que tal concepção de Raúl Prebisch "não procura captar o processo de acumulação e avanço técnico em uma economia capitalista modelo, considerada isoladamente"; procura, ao invés disso, "elucidar que características assume tal processo ao serem propagadas as técnicas capitalistas de produção no âmbito de um sistema econômico mundial composto por centro e periferia".[211]

Para Celso Furtado, o comportamento das variáveis econômicas é impactado por parâmetros não econômicos, de tal sorte que as economias de países social, política e culturalmente heterogêneos não estão apenas em fases distintas de um único percurso evolutivo comum a todas as nações. O *subdesenvolvimento* em que as nações latino-americanas se encontram não é uma etapa anterior e necessária ao alcance do patamar de *economia desenvolvida*. O subdesenvolvimento é um quadro econômico particular, que, ao pretender ser superado, requer o desbravamento de um percurso novo e próprio.[212]

E os contornos peculiares do subdesenvolvimento são em grande medida determinados pela forma subserviente com que tais economias periféricas interagem com economias desenvolvidas, ou, em bem melhores palavras, "a penetração de empresas capitalistas modernas em estruturas arcaicas"[213]. Debruçando-se sobre tal interação, Celso Furtado vislumbrou a necessidade de internalização dos centros de decisão econômica nos países periféricos, o que se mostra historicamente como um complexo desafio, repleto de descaminhos e contraditórios desdobramentos, de modo a requerer um efetivo programa de Estado voltado à superação do subdesenvolvimento.

---

[211] RODRIGUEZ, Octávio. *O estruturalismo latino americano*. Tradução Maria Alzira Brum Lemos. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009, p. 79.

[212] "O subdesenvolvimento não constitui uma etapa necessária do processo de formação das economias capitalistas modernas. É, em si, um processo particular, resultante da penetração de empresas capitalistas modernas em estruturas arcaicas. [...] Como fenômeno específico que é, o subdesenvolvimento requer um esforço de teorização autônomo. A falta desse esforço tem levado muitos economistas a explicarem, por analogia com a experiência das economias desenvolvidas, problemas que só podem ser bem equacionados a partir de uma adequada compreensão do fenômeno do subdesenvolvimento". FURTADO, Celso. Desenvolvimento e Subdesenvolvimento. *In*: BIELSCHOWSKY, Ricardo. (org.). *Cinquenta anos de pensamento na Cepal*. Rio de Janeiro/São Paulo: Editora Record, 2000. v. 1, p. 239-263, aqui p. 261.

[213] Ver nota de rodapé anterior (nota 212).

A complexidade em torno da busca pela autodeterminação econômica, por um modelo de economia nacional cuja capacidade de desenvolvimento esteja mais atrelada a variáveis endógenas, e que, portanto, não tenha tamanha suscetibilidade às variáveis exógenas, revela-se com clareza nos primeiros impulsos de substituição de importações ocorridos no Brasil nos idos da década de 1930.

Até então, a atividade econômica brasileira estava bastante concentrada na cultura agrícola para exportação (além do cultivo de subsistência e de um setor ainda embrionário engajado na oferta de produtos manufaturados de consumo geral para o mercado interno), tendo a produção brasileira de café, açúcar, cacau e outros produtos primários se engendrado em *linhas de expansão do comércio internacional*. Com isso, o crescimento econômico ocorria eminentemente por indução de fatores externos.[214]

O Brasil produzia para atender a uma demanda externa, e quando essa demanda era crescente a economia brasileira crescia por tabela. Não havia, porém, nessa precária prosperidade, qualquer grau de autonomia e estabilidade, nem qualquer domínio de decisão; o crescimento era exclusivamente pautado pela demanda externa por produtos primários brasileiros. A economia brasileira era como, em uma metáfora do universo da zoologia, os répteis e anfíbios, chamados de animais ectotérmicos ou, vulgarmente, animais de "sangue frio", que são desprovidos de mecanismos internos de controle da temperatura corporal. Tanto quanto um lagarto, a economia brasileira até os anos de 1930 estava tão quente ou tão fria conforme quão quente ou quão frio estivesse o mundo lá fora, isto é, a demanda externa pelos seus produtos agrícolas primários. O centro das decisões econômicas estava no mundo de fora, e não no mundo de dentro.

A política econômica surgida para controlar e manejar os efeitos das vicissitudes externas no progresso econômico brasileiro se restringia às bases de ação tracejadas no

---

[214] FURTADO, Celso. *A Formação Econômica do Brasil*. 12. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, pp. 251 a 263; FURTADO, Celso. *A pré-revolução brasileira*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1962, pp. 107 a 110; PRADO JR., Caio. *Formação do Brasil Contemporâneo.* São Paulo: Brasiliense, 2000. (Coleção Grandes nomes do pensamento brasileiro, Folha de S.Paulo), pp. 117 a 127. Nesse mesmo sentido, TAVARES, Maria da Conceição. O Processo de Substituição de Importações como Modelo de Desenvolvimento na América Latina/O Caso do Brasil. *In*: SICSÚ, João; PORTARI, Douglas. *Maria da Conceição Tavares, Desenvolvimento e Igualdade* – Homenagem aos oitenta anos de Maria da Conceição Tavares. Rio de Janeiro: Ipea, 2010, p. 69: "A economia brasileira foi no século passado uma economia primário-exportadora tradicional, à semelhança da dos demais países latino-americanos. Como todos eles, também fazia parte da periferia dos centros dominantes: o seu processo de desenvolvimento, voltado para fora, tinha o seu dinamismo atrelado ao crescimento da demanda pelos seus produtos de exportação, por parte das economias líderes. Além disso, uma vez que a sua atividade de exportação se concentrava em um ou dois produtos, era uma economia reflexa em toda a extensão do termo, isto é, não só importava as crises das economias de que dependia como também era extremamente vulnerável às flutuações ocorridas nos preços internacionais desses produtos".

Convênio de Taubaté, em 1906, para que o Estado comprasse, retivesse e destruísse café, como forma de proteger o preço, a renda e a expansão do setor cafeicultor.[215]

A adoção de tal política econômica, apesar de sua tosca aparência (o Estado adquirir e queimar 1/3 do café produzido no país não aparenta ser uma política lúcida e salutar à economia nacional), proporcionou, conscientemente ou não, a confluência de diversos fatores que possibilitaram um virtuoso impulso de substituição de importações e a formação de uma hígida indústria de bens manufaturados de consumo geral no país.[216] A proteção artificial do preço do café, de um lado, garantiu o acúmulo de renda e uma ampla massa salarial para formação de um mercado interno; de outro, como o Estado brasileiro adquiria seu próprio café mediante empréstimo estrangeiro, a depreciação cambial causada por tal endividamento elevou demasiadamente o preço dos produtos manufaturados importados. Em outras palavras, o Brasil tinha mercado interno para bens manufaturados, tinha capital, e não tinha a competição dos importados, o que representa o principal desestímulo ao investimento nessa indústria em um país dependente. Houve, com isso, o que Celso Furtado chamou de deslocamento do centro dinâmico do mercado externo para o mercado interno, com a preponderância dos setores ligados ao último no processo de formação do capital.[217]

Essa foi, também, a forma pela qual o Brasil conseguiu blindar-se dos efeitos da Grande Depressão da década de 1930. A ação estatal de aquisição e destruição do café fez conter, na economia interna, os efeitos depressivos da contração da procura externa. A economia nacional deixava de ser perfeitamente ectotérmica, conseguindo resistir aos

---

[215] FURTADO, Celso. *A Formação Econômica do Brasil*. 12. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, pp. 253 e 254.

[216] "À primeira vista parece um absurdo colher o produto para destruí-lo. Contudo, situações como essa se repetem todos os dias nas economias de mercado. Para induzirem o produtor a não colher, os preços teriam que baixar muito mais, particularmente se se tem em conta que os efeitos da baixa de preços eram parcialmente anulados pela depreciação da moeda. Ora, como o que se tinha em vista era evitar que continuasse a baixa de preços, compreendesse que se retirasse do mercado parte do café colhido para destruí-lo. Obtinha-se, dessa forma, o equilíbrio entre a oferta e a procura a nível mais elevado de preços. [...] O que importa ter em conta é que o valor do produto que se destruía era muito inferior ao montante da renda que se criava. Estávamos, em verdade, construindo as famosas pirâmides que anos depois preconizaria Keynes. Dessa forma, a política de defesa do setor cafeeiro nos anos da grande depressão concretiza-se num verdadeiro programa de fomento da renda nacional. Praticou-se no Brasil, inconscientemente, uma política anticíclica de maior amplitude que a que se tenha sequer preconizado em qualquer dos países industrializados". FURTADO, Celso. *A Formação Econômica do Brasil*. 12. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, pp. 267 e 271.

[217] "Ao manter-se a procura interna com maior firmeza que a externa, o setor que produzia para o mercado interno passa a oferecer melhores oportunidades de inversão que o setor exportador. Cria-se, em consequência, uma situação praticamente nova na economia brasileira, que é a preponderância do setor ligado ao mercado interno no processo de formação do capital". FURTADO, Celso. *A Formação Econômica do Brasil*. 12. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 277.

efeitos depressivos da redução dos impulsos externos, a partir de uma atuação estatal contínua para manter "artificialmente" em alto preço o produto de seu principal setor produtivo. Tal "artificialidade" possibilitou o desenvolvimento contínuo do mercado interno, relativamente protegido das inconstâncias de intensidade dos impulsos externos. Celso Furtado assim resume a situação:

> "A significação desse fenômeno é muito maior do que se depreende à primeira vista. Indicamos anteriormente a relação que existe entre a intensidade do impulso externo e o crescimento de uma economia especializada na exportação de matérias-primas. [...] A massa de salários e outras remunerações criadas no setor de exportação representa o embrião do mercado interno. Ao crescer o impulso externo, a expansão indireta da procura interna tende a integrar na economia monetária os recursos de mão-de-obra e terra subutilizados no setor de subsistência. Ao reduzir-se o impulso externo, por outro lado, a contração consequente da renda monetária tende a criar desemprego ou subutilização da capacidade do setor ligado ao mercado interno. Por que meio logrou a economia brasileira, nos anos 30, subverter a ação mais ou menos automática desses mecanismos? [...] Melhor ainda: a que se deve o fato de que a procura interna não tenha entrado em colapso ao contrair-se a procura externa? Esses resultados, de grande significação para o futuro imediato da economia brasileira, são um reflexo das dimensões catastróficas da crise do café e da amplitude com que foram defendidos, conscientemente ou não, os interesses da economia cafeeira."[218]

Alessandro Octaviani bem sintetiza o pensamento de Celso Furtado, na seguinte concatenação lógica dos conceitos aqui estudados: o deslocamento do eixo dinâmico de fora para dentro é causa da industrialização, que, por sua vez, torna-se causa da formação nacional.[219]

Eis um movimento importante de internalização dos centros de decisão econômica: a ampliação e diversificação da capacidade produtiva industrial para o mercado interno eleva a autonomia decisória da economia nacional relativamente à situação pretérita em que a economia se fundava quase que puramente no plantio de exportação.

A industrialização promove autonomia econômica, e por mais de uma razão. Em primeiro lugar, e isso é mais intuitivo, dá ao país a capacidade de produzir sozinho os bens acabados de interesse de sua população. Essa capacidade tecnológica detida pela economia

---

[218] FURTADO, Celso. *A Formação Econômica do Brasil*. 12. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 282.

[219] "Essa disputa pela superação do subdesenvolvimento tem na industrialização um de seus pontos centrais, uma vez que, com a industrialização, pode-se desarticular o caráter agrário-exportador da economia e da política nacional. [...] Para Furtado, o deslocamento do eixo dinâmico da economia de fora para dentro é causa da industrialização e, da mesma maneira, a industrialização torna-se causa da formação nacional". LUÍS, Alessandro Serafin Octaviani. *O ordenamento da inovação:* a economia política da forma jurídica. Rio de Janeiro, 2009. Artigo exposto no seminário internacional International Seminar INCT-PPED Promoting Strategic Responses to Globalization, pp. 5 e 6.

local altera os termos iniciais que impõem a um país periférico uma condição material de colônia agrícola. Quanto mais se desenvolve a indústria interna, menor é a subordinação externa do país para poder prover bens de consumo demandados por sua população. O grande ponto aqui é que um país não pode pretender ingressar nas trocas internacionais com a simples dinâmica de exportador de matéria-prima e importador de bens de consumo, relegando-se a uma condição permanente de dependência dos avanços tecnológicos de produção alheios.

Por outra vertente, seguindo-se a doutrina de François Perroux, altamente influente no desenvolvimentismo latino-americano, a industrialização promove ainda os chamados polos de crescimento, fenômeno pelo qual o aparecimento e a expansão de uma dada indústria propulsionam uma miríade de transformações de ordem social e intelectual que encoraja e facilita o aparecimento de novas indústrias.[220]

No entanto, essa sensível internalização dos centros de decisão econômica advinda do fenômeno de substituição de importações nos anos de 1930, até mesmo pela aleatoriedade e falta de planejamento com que se deu (trataremos do conceito de planejamento na próxima seção), como observa Maria da Conceição Tavares, ditou um caminho em que "a economia vai-se tornando quantitativamente menos dependente do exterior e mudando qualitativamente a natureza dessa dependência".[221]

Essa é uma das tônicas do pensamento da autora, segundo o qual o desenvolvimento econômico brasileiro e latino-americano, pela intuitiva via da substituição de importações frente às ocasiões de estrangulamento externo, também por ter sido realizado sem que o Estado lançasse mão de sua plena capacidade de planejamento e política econômica, gerou efeitos colaterais profundos, como as graves pressões inflacionárias, a crescente desigualdade regional e setorial e o aumento do endividamento

[220] "O fato rudimentar, mas consistente, é este: o crescimento não surge em toda a parte ao mesmo tempo; manifesta-se com intensidades variáveis, em pontos ou pólos de crescimento; propaga-se segundo vias diferentes, e com efeitos finais variáveis, no conjunto da economia. [...] O facto decisivo é que, em toda e qualquer estrutura duma economia articulada, existem indústrias que constituem *pontos privilegiados de aplicação das forças ou dinamismos de crescimento*. Quando estas forças provocam um aumento do volume de vendas duma indústria-chave, provocam também a forte expansão e crescimento dum conjunto mais amplo". PERROUX, François. A economia do século XX. Tradução de José Lebre de Freitas. Lisboa: Livraria Morais Herder, 1967, pp. 163 e 173.

[221] "A nossa tese central é de que a dinâmica do processo de desenvolvimento pela via de substituição de importações pode atribuir-se, em síntese, a uma série de respostas aos sucessivos desafios colocados pelo estrangulamento do setor externo, através dos quais a economia vai-se tornando quantitativamente menos dependente do exterior e mudando qualitativamente a natureza dessa dependência". TAVARES, Maria da Conceição. O Processo de Substituição de Importações como Modelo de Desenvolvimento na América Latina/O Caso do Brasil. *In*: SICSÚ, João; PORTARI, Douglas. *Maria da Conceição Tavares, Desenvolvimento e Igualdade* – Homenagem aos oitenta anos de Maria da Conceição Tavares. Rio de Janeiro: Ipea, 2010, p. 51.

externo.[222] Esses efeitos todos contribuem para uma situação perene de dependência externa.

Note-se que a substituição de importações, enquanto analisada em si mesma, significou um inegável passo relevante de internalização do centro de decisões econômicas e um degrau importante para propulsionar o movimento ulterior de significativa industrialização nacional; por outro lado, quando analisada de maneira panorâmica e em comunicação com o inteiro trajeto da economia brasileira na história, identifica-se ali um efeito colateral de agravamento dos vícios estruturais do capitalismo brasileiro, notadamente a desigualdade setorial e regional e a formação de uma maneira qualificada de dependência externa.

Sobre a desigualdade setorial e regional, Celso Furtado observa que, no caso brasileiro, o processo de substituição de importações e de consequente formação do setor industrial interno canalizou suas inovações tecnológicas para o fim de aproximar sua estrutura de preço e custo à dos países exportadores de produtos manufaturados, **e não para o fim de absorção do setor de subsistência**. Essa circunstância, segundo o autor, explica como uma economia "onde a produção industrial já alcançou elevado grau de diversificação e tem uma participação no produto que pouco se distingue da observada em países desenvolvidos", ainda assim permaneça ostentando "uma estrutura ocupacional tipicamente pré-capitalista e que grande parte de sua população esteja alheia aos benefícios do desenvolvimento".[223]

A conclusão que se oferece é a de que a internalização dos centros de decisão econômica, fator crucial para a concretização da soberania econômica de países que, como

---

[222] "O que dissemos não significa, porém, que, mesmo dentro das linhas básicas do modelo de substituição, não se pudesse e devesse ter adotado um planejamento cuidadoso, que lançasse mão de uma maneira coordenada de todo o instrumental de política econômica à disposição do governo. Com isso poder-se-ia ter evitado o agravamento das tensões de toda a sorte a que estiveram sujeitas as economias latino-americanas desde as tremendas pressões inflacionárias, até o aumento dos desequilíbrios setoriais e regionais". TAVARES, Maria da Conceição. O Processo de Substituição de Importações como Modelo de Desenvolvimento na América Latina/O Caso do Brasil. *In*: SICSÚ, João; PORTARI, Douglas. *Maria da Conceição Tavares, Desenvolvimento e Igualdade* – Homenagem aos oitenta anos de Maria da Conceição Tavares. Rio de Janeiro: Ipea, 2010, p. 65. Especificamente no que diz respeito às desigualdades regionais e setoriais, a autora, na mesma referência bibliográfica (página seguinte, 66), identifica a tendência de agravamento de tais desigualdades: "[...] o processo poderá conduzir a um agravamento ainda maior da dualidade estrutural básica das economias latino-americanas, ou seja, a um alargamento da brecha existente entre o "setor capitalista" relativamente desenvolvido e o "setor de subsistência" extremamente subdesenvolvido. Isto não só impedirá que aquele atue como motor dinâmico do sistema como um todo, como, muito provavelmente, acabará por frear o seu próprio dinamismo interno".

[223] FURTADO, Celso. Desenvolvimento e Subdesenvolvimento. *In*: BIELSCHOWSKY, Ricardo. (org.). *Cinquenta anos de pensamento na Cepal*. Rio de Janeiro/São Paulo: Editora Record, 2000. v. 1 p. 239-263, aqui p. 261 e 262.

o Brasil, vivem no *habitat* do subdesenvolvimento, não se alcança como fruto do acaso ou por um alinhamento fortuito de circunstâncias vantajosas. O Brasil, assim como os demais países latino-americanos, já foi beneficiado por um alinhamento de circunstâncias vantajosas, e ainda que isso tenha gerado uma percepção de progresso durante algum intervalo de tempo, tal percepção se mostrou efêmera diante do passo firme da engrenagem histórica, que prosseguiu girando no mesmo curso que sempre girou. Esses supetões de aparente progresso econômico não causaram maior ruído no rumo histórico de degeneração das condições econômicas e das condições de vida nos países subdesenvolvidos. A roda gira naturalmente em favor da dependência externa e da desigualdade interna.

A internalização dos centros de decisão econômica depende de um projeto, de um programa do Estado para a economia, com ampla atuação nos setores econômicos basilares do capitalismo e basilares do desenvolvimento social – como infraestrutura, indústria de base, ciência e tecnologia, educação – e contínuo esforço de integração do mercado interno e atenuação das desigualdades regionais e setoriais.

Essas são as vigas econômicas para o bom desenvolvimento da sociedade contemporânea, sendo que, para a realidade latino-americana, dos países do chamado capitalismo tardio, nada indica, muito menos a experiência histórica, que a inação do Estado, a simples naturalidade dos acontecimentos ou a correnteza dos fenômenos comerciais nos levará para um lugar melhor. Pelo contrário, o termômetro histórico indica uma seta não linear para baixo, isto é, em meio a "vais e vens", entre algumas fugacidades de progresso econômico-social, o Brasil aprofunda seus problemas internos e sua dependência externa.

Alguns capítulos de nossa recente história pré e pós-Constituição Federal de 1988 foram particularmente retrógrados no que diz respeito à busca pela internalização dos centros decisórios econômicos, pela autodeterminação e pelo desenvolvimento econômico endógeno. Cite-se, nesse tocante, o regime militar da contradição entre "política econômica de favorecimento das empresas transnacionais e os arroubos 'nacionalistas' ligados à soberania e à segurança nacional".[224]

---

[224] "Os centros de decisão econômica foram, em grande parte, novamente internacionalizados. A maior contradição do regime ocorria entre a política econômica de favorecimento das empresas transnacionais e os arroubos 'nacionalistas' ligados à soberania e à segurança nacional. A grande caracterização dessa retórica nacionalista e prática internacionalizante ocorreu durante o período expansionista do 'Brasil Potência', configurando-se na elaboração dos Planos Nacionais de Desenvolvimento". BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento:* Uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005. P.29.

No cenário pós-Constituição, o momento paradigmático de descaminho da autodeterminação econômica foi a adoção pelas nações latino-americanas do conjunto de medidas contempladas no Consenso de Washington de John Williamson. O Consenso de Washington e as medidas propostas aos países subdesenvolvidos, de abertura comercial, privatização generalizada, reforma e redução fiscal, ditaram os contornos da nova ordem mundial. Como assevera o economista sul-coreano Ha-Joon Chang, em sua célebre obra *Chutando a Escada*, a propositura de reformas políticas neoliberais, pelo *establishment* mundial aos países subdesenvolvidos, operou como estratégia de inibição do desenvolvimento econômico dos últimos, e consequente perpetuação do estado de coisas entre centro e periferia da economia mundial.[225] Os países centrais estariam, com isso, chutando a escada que permitiria a ascensão dos países periféricos.

Em complemento, Gilberto Bercovici aponta que a assimilação do Consenso de Washington representou, para a América Latina, um regresso do estágio de industrialização via substituição de importações (com os contrassensos e as limitações mencionados anteriormente) para a exportação de produtos primários;[226] representou também, segundo Wilson Cano, uma marcante subtração de soberania nacional, através da

[225] "O fato patente é que as 'reformas políticas' neoliberais se mostraram incapazes de cumprir a sua grande promessa: o crescimento econômico. Quando da sua implementação, garantiram-nos que, embora essas 'reformas' talvez aumentassem a desigualdade a curto e, possivelmente, também a longo prazo, elas gerariam um crescimento mais rápido e, enfim, alcançariam a todos mais efetivamente do que as políticas intervencionistas do imediato pós-guerra. Os dados das últimas duas décadas mostram que só a parte negativa dessa previsão se confirmou. A desigualdade da renda aumentou tal como se previu, mas a prometida aceleração do crescimento não se verificou. Aliás, em comparação com o período 1960-1980, no qual predominavam as políticas 'ruins', o crescimento se desacelerou acentuadamente nas últimas duas décadas, sobretudo nos países em desenvolvimento". CHANG, Ha-Joon. *Chutando a escada, a estratégia do desenvolvimento em perspectiva histórica*. Tradução Luiz Antônio Oliveira de Araújo. São Paulo: Unesp, 2002, p. 212.

[226] "A partir dos anos 1980 e 1990, com a crise da dívida externa, o neoliberalismo e a crise de financiamento do Estado, a política industrial autônoma ou soberana teve que ser abandonada para que os países latino-americanos fossem admitidos na nova ordem mundial da globalização neoliberal, com a adesão ao chamado 'Consenso de Washington' (privatização, desregulação de mercados, liberalização do fluxo de bens e capitais). A América Latina reverteu, então, sua estratégia de desenvolvimento, regredindo da industrialização por substituição de importações para a exportação de produtos primários". BERCOVICI, Gilberto. A soberania econômica e o desmonte do Estado no Brasil. *Carta Maior*, 20 abr. 2017 Disponível em: http://www.cartamaior.com.br/?/Editoria/Politica/A-soberania-economica-e odesmonte- do-Estado-no-Brasil/4/37985. Acesso em: 11 ago. 2019.

falácia da *ida ao primeiro mundo*,[227] uma nova versão do *mito do desenvolvimento econômico*.[228]

A assimilação brasileira das políticas irradiadas no Consenso de Washington teve um efeito perverso de fazer retroceder os passos que se havia dado para longe das características fundamentais que assolam a economia brasileira. Caio Prado Jr. sintetiza tais características da economia brasileira no excerto abaixo:

> De um lado, na sua estrutura, um organismo meramente produtor, e constituído só para isto: um pequeno número de empresários e dirigentes que senhoreiam tudo, e a grande massa da população que lhe serve de mão de obra. Doutro lado, no funcionamento, um fornecedor do comércio internacional dos gêneros de que este reclama e de que ela dispõe. Finalmente, na sua evolução, e como consequência daquelas feições, a exploração extensiva e simplesmente especuladora, instável no tempo e no espaço dos recursos naturais do Brasil.[229]

José Luís Fiori analisa a ironia do apoio das elites brasileiras às ideias constantes do Consenso de Washington, concluindo que o "antiestatismo de nossos empresários liberais não consegue esconder suas prolongadas relações de dependência clientelista com o próprio Estado".[230] A elite empresarial, tendo sido a maior beneficiada pelas defasagens ou ineficiências estatais, defende, então, "submeter a complexidade da crise à sabedoria de um mercado que, fora de sua idealização ideológica, já está completamente oligopolizado internamente e repartido internacionalmente". Eis a frágil credibilidade da proposta da elite dominante para confiar às forças de mercado a capacidade de solucionar os desequilíbrios

---

[227] "Ou seja, após 1979, os EUA, secundados pelos demais imperialismos, retomaram ações mediante as quais nos impuseram o chamado 'Consenso de Washington', centrado pela dominação da finança internacional. Isso reduziu fortemente nossa soberania e nos impôs – com a aceitação de nossas elites – uma verdadeira ressurreição liberal-conservadora, nossa velha conhecida, hoje porém vestida de 'nova' roupagem, a da (falsa) 'ida ao primeiro mundo' ". CANO, Wilson. *Soberania e Política Econômica na América Latina*. São Paulo: Unesp, 1999, p. 14 e 15.

[228] A expressão é referência à obra de Celso Furtado, de mesmo nome – *O Mito do Desenvolvimento Econômico*, na qual o autor pondera e conclui que o desenvolvimento dos países subdesenvolvidos, entendido como sendo o alcance do estágio dos países centrais do sistema capitalista, é um mito inalcançável, mas que foi e vem sendo propagado como forma de manutenção e enrijecimento do elo de dependência econômica dos países periféricos: "Sabemos agora de forma irrefutável que as economias de periferia nunca serão desenvolvidas, no sentido de similares às economias que formam o atual centro do sistema capitalista. Mas como negar que essa ideia tem sido de grande utilidade para mobilizar os povos da periferia e levá-los a aceitar enormes sacrifícios, para legitimar a destruição de formas de cultura arcaicas, para explicar e fazer compreender a necessidade de destruir o meio físico, para justificar formas de dependência que reforçam o caráter predatório do sistema produtivo? Cabe, portanto, afirmar que a ideia de desenvolvimento econômico é um simples mito". FURTADO, Celso. *O Mito do Desenvolvimento Econômico.* São Paulo: Círculo do Livro, 1974, p. 75.

[229] PRADO JR., Caio. *Formação do Brasil Contemporâneo*. São Paulo: Brasiliense, 2000. (Coleção Grandes nomes do pensamento brasileiro, Folha de S.Paulo), p. 127.

[230] FIORI, José Luís. *Em Busca do Dissenso Perdido:* Ensaios Críticos sobre a Festejada Crise do Estado. Rio de Janeiro: Insight, 1995, p. 57.

sociais e regionais, construídos historicamente por e em favor dessa mesma elite dominante.[231]

Segue o autor a demonstrar como a extrema opção pela abertura completa e indiscriminada dos mercados comprometeu as conquistas positivas de nossa industrialização, o emprego, a estabilidade interna e a própria possibilidade de crescimento. Salienta que os extremismos, nos polos opostos de *aberturismo* e de *protecionismo radical*, aproximam-se no reconhecimento da *impotência arbitral* do Estado. Os dois polos são, diz o autor, evidências análogas da carência de um "projeto de modernização que preserve os interesses da nação em uma economia internacionalizada".[232]

Sobre o alinhamento do Brasil ao Consenso de Washington, ressalte-se a ponderação de Rosemiro Pereira Leal de que a convergência de qualquer Estado a interesses internacionais ou oligopolísticos danosos ao crescimento social representa subversão aos fins da soberania. Identifica, em seguida, a situação dos países de Terceiro Mundo que, ao optarem por não se alinhar a determinado interesse internacional, sujeitam-se a experimentar severos achatamentos por sanções e represálias advindas das nações centrais, na situação que o autor intitulou de "alçapão de Michelet": "ou se rende para sobreviver, pouco se importando com seus fins, ou se rebela e fica a pique de afundamento".[233]

Em retomada às positivações da Constituição Federal de 1988, os eventos sintetizados nos últimos parágrafos atinentes à assimilação pelo governo brasileiro do Consenso de Washington se mostram particularmente desvirtuados, pois infringiam ditames recém-positivados na nova Constituição e recém-conquistados por meio da nova Constituição. Conquistou-se uma Constituição não mais apenas econômica, e sim

---

[231] "Frente a este impasse, no plano do debate ideológico sobre a política econômica na segunda metade dos anos 80, nasceram, também entre as elites brasileiras, notáveis apoios às teses do assim chamado consenso de Washington, ou do projeto neoliberal, que propõe deixar ao mercado a definição destas novas regras [...] e a resolução de todos os problemas nascidos na contramão política e social do sucesso industrializante do desenvolvimentismo. Trata-se de um discurso liberal esgrimido, surpreendentemente, também, pelos próprios beneficiários da ineficiência estatal". FIORI, José Luís. *Em Busca do Dissenso Perdido:* Ensaios Críticos sobre a Festejada Crise do Estado. Rio de Janeiro: Insight, 1995, p. 113.

[232] FIORI, José Luís. *Em Busca do Dissenso Perdido:* Ensaios Críticos sobre a Festejada Crise do Estado. Rio de Janeiro: Insight, 1995, p. 114.

[233] LEAL, Rosemiro Pereira. *Direito Econômico:* soberania e mercado mundial. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, pp. 56 e 57.

econômica diretiva, ou seja, que contempla *ordem econômica diretiva* e prescreve *um certo programa de política econômica*.[234]

No caso, a Constituição de 1988 estabeleceu expressamente um programa de ampla participação estatal na dimensão econômica, como titular de dadas atividades econômicas, executor de dadas atividades econômicas, como agente normativo e regulador da atividade econômica, com funções de fiscalização, planejamento e fomento da atividade econômica; tudo com vistas a viabilizar as profundas transformações socioeconômicas almejadas e expressadas no texto constitucional. Como demonstrado alhures, a assimilação das medidas do Consenso de Washington e o ingresso na nova ordem mundial representaram a indiferença governamental à constituição econômica diretiva e ao programa de política econômica recém-determinado pela Constituição de 1988.

Recobre-se que a Constituição Federal de 1988 tem caráter transformador de uma realidade social atualmente insatisfatória, e não meramente disciplinador de uma realidade satisfatória. O artigo 3º do diploma é prova cabal desta afirmação, uma vez que estabelece objetivos fundamentais bastante distantes da sociedade objeto da norma, como a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução de desigualdades sociais, a construção da solidariedade social e o extermínio de qualquer forma de discriminação.

Tais objetivos só podem se concretizar através de profundas alterações da estrutura econômica nacional, de tal sorte que uma constituição que pretende ser socialmente transformadora há de ser também uma constituição econômica diretiva.

Assim fez e assim é a Constituição Federal de 1988, e a inscrição inédita do princípio da soberania econômica consiste em símbolo marcante deste perfil da carta constitucional.

3.5.2 Planejamento econômico para o desenvolvimento

O erguimento da soberania nacional como princípio da ordem econômica está intimamente associado à exigência de um projeto para a economia brasileira romper a força gravitacional que a prende historicamente ao subdesenvolvimento. Não por acaso, tal princípio ingressa no constitucionalismo brasileiro justamente na Constituição de 1988,

[234] "A característica mais notável das constituições económicas contemporâneas é o facto de incluírem em geral um grande número de disposições destinadas a informarem a política económica, isto é, conterem uma ordem económica programática, enfim, uma Constituição Económica directiva. Essas normas constitucionais apresentam-se como directrizes da actividade do estado, prescrevem um certo programa de política económica. São directrizes políticas em termos de normas constitucionais". MOREIRA, Vital. Economia e Constituição. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1979, p. 117.

que, nos termos do artigo 3º, inaugura o perfil dirigente e programático da nossa unidade política e ordem jurídica. Tanto quanto o art. 3º, o princípio da soberania econômica do art. 170, inc. I também apresenta essa especial anatomia normativa que possibilita a "abertura do texto constitucional para desenvolvimentos futuros".[235]

A exigência desse projeto ou plano nacional de desenvolvimento não é uma mera ilação sem conteúdo normativo. Pelo contrário, o planejamento e os planos são norma constitucional expressa, afinada com o princípio da soberania econômica.

Começa que o art. 174, *caput*, da Constituição Federal, dispositivo este inserido no capítulo *dos princípios gerais da atividade econômica*, elenca expressamente, como funções decorrentes do papel do Estado de agente normativo e regulador da atividade econômica, o **planejamento**: "Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado".

O termo planejamento, empregado no *caput* do art. 174, ganha maior precisão através de seu respectivo parágrafo 1º, segundo o qual "a lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento".

Planejar a economia, agora com mais clareza, significa orquestrá-la com vistas ao *desenvolvimento nacional equilibrado*. Veja-se que a expressão *desenvolvimento nacional* está em dois lugares na Constituição Federal: no art. 3º, II, como um dos objetivos fundamentais da República, e no art. 174, § 1º, acima transcrito. No art. 174, § 1º, porém, a expressão acrescenta um segundo adjetivo: "equilibrado".

Esse acréscimo, a todo sentir, consiste numa linguagem de reforço semântico do próprio significado de desenvolvimento nacional, já que, diferentemente da ideia de puro crescimento econômico de um país, o desenvolvimento nacional contém a inserta mensagem de que a acumulação econômica há de refletir em proveito de todas as pessoas, em bases igualitárias, de modo a melhorar as condições de vida do povo.[236] O adjetivo

---

[235] BERCOVICI, Gilberto. *Direito Econômico do Petróleo e dos Recursos Minerais*. São Paulo: Quarter Latin, 2011, p. 208.

[236] Sobre a distinção entre crescimento econômico e desenvolvimento econômico, Celso Furtado ensina que "o *crescimento econômico*, tal qual o conhecemos, vem se fundando na preservação dos privilégios das elites que satisfazem seu afã de modernização; já o *desenvolvimento* se caracteriza pelo seu projeto social subjacente. Dispor de recursos para investir está longe de ser condição suficiente para preparar um melhor futuro para a massa da população. Mas quando o projeto social prioriza a efetiva melhoria das condições de vida dessa população, o crescimento se metamorfoseia em desenvolvimento". FURTADO, Celso. Os

"equilibrado", no fundo, apenas ressalta que o desenvolvimento nacional é conceito atrelado aos demais objetivos fundamentais da República traçados no art. 3º, de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, erradicação da pobreza, redução das desigualdades sociais e regionais e promoção do bem de todos, sem qualquer preconceito ou discriminação.

Veja-se, portanto, que o texto constitucional de 1988, por seus princípios e normas, atentou-se ao fato de que a economia é o vetor determinante para o alcance dos objetivos fundamentais de desenvolvimento nacional (e os demais objetivos consagrados no art. 3º da CF), sendo estritamente necessário o planejamento econômico nacional e a participação perene do Estado em todo o processo econômico.

A função estatal de planejamento nacional da economia, prevista no art. 174, desdobra-se normativamente no art. 21, inc. IX, segundo o qual "Compete à União: elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social" e no art. 43, *caput* e § 1º, segundo os quais "para efeitos administrativos, a União poderá articular sua ação em um mesmo complexo geoeconômico e social, visando a seu desenvolvimento e à redução das desigualdades regionais" e "Lei complementar disporá sobre: I – as condições para a integração de regiões em desenvolvimento; e II – a composição dos organismos regionais que executarão, na forma da lei, os planos regionais, integrantes dos planos nacionais de desenvolvimento econômico e social, aprovados juntamente com estes".

Veja-se que os dispositivos em comento normatizam e pavimentam juridicamente a atuação estatal contínua no planejamento da economia, com vistas ao desenvolvimento econômico e social. O desenvolvimento, recordemos, carrega aqui a mesma bagagem semântica comentada há pouco: um crescimento econômico que aproveita a todos, em

---

Desafios da Nova Geração. *Revista de Economia Política*, v. 24, n 4 (96), pp. 483-486, out.-dez. 2004, aqui p. 484. Nesse mesmo sentido, Amartya Sen sustenta que a utilidade da riqueza está nas *liberdades substantivas* que ela nos ajuda a obter, isto é, nas coisas que ela nos permite fazer: "é sem dúvida inadequado adotar como nosso objetivo básico apenas a maximização da renda ou da riqueza, que é, como observou Aristóteles, 'meramente útil e em proveito de alguma outra coisa'. Pela mesa razão, o crescimento econômico não pode sensatamente ser considerado um fim em si mesmo. O desenvolvimento tem de estar relacionado sobretudo com a melhora da vida que levamos e das liberdades que desfrutamos". SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, pp. 28 e 29. Também em *A Ideia de Justiça*, Amartya Sen invoca *Ética a Nicômaco*, de Aristóteles, para enfatizar a ideia de que a riqueza não é o bem que efetivamente procuramos, sendo o critério da *capacidade* e respectiva *liberdade substantiva* mais adequado do que a *renda* ou a *riqueza* para avistar a verdadeira procura do homem. Ver SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Tradução de Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 287.

dinâmica de igualdade, proporcionando melhores condições de vida ao povo coletivamente considerado.

À plena compreensão dogmática do significado das normas constitucionais de previsão do planejamento econômico, é preciso esmiuçar as circunstâncias conjunturais econômicas que determinam o subdesenvolvimento. Invocamos, para tanto, nas páginas ulteriores, os trabalhos ancestrais do economista oitocentista Georg Friedrich List e, em seguida, dos economistas novecentistas Gunnar Myrdal e Ragnar Nurkse. Tais trabalhos, cada um ao seu enfoque, demonstram as forças conjunturais que, na abstenção pelo Poder Público estatal de regramentos para a vida social e econômica, fatalizam a crescente desigualdade (i) entre países subdesenvolvidos e países ricos; e (ii) na esfera interna dos países subdesenvolvidos, entre uma elite rica de poucos e a massa de miseráveis.

Georg Friedrich List, no livro *Sistema Nacional de Economia Política*, escrito em 1841, asseverava que a escola de seu tempo, ao tratar sobre o comércio entre nações independentes, confundia os efeitos com as causas: a liberdade geral de comércio não levaria a efeito o atingimento da unidade política universal (chamada pelo autor de *república universal*); a união comercial se mostra reciprocamente benéfica somente às províncias que já estão politicamente fundidas na unidade nacional. Isso porque a união comercial é um efeito da união política, e jamais a causa resultante da união política.

Por outro lado, a liberdade geral de comércio instituída em escala global num mundo politicamente fragmentado entre nações independentes, como era o mundo de List e como continua sendo o mundo em que hoje vivemos, não constrói o caminho para a *república universal*, pois não gera uma interação de mutualismo econômico entre as nações; ao contrário disso, List dizia que a liberdade comercial entre nações politicamente separadas tende a uma interação de predação econômica da nação mais desenvolvida sobre a menos desenvolvida, aumentando as fronteiras reais entre os respectivos povos.

Nas atuais condições do mundo, afirma o autor, o resultado da liberdade geral de comércio "não seria uma república universal, mas, pelo contrário, uma sujeição total das nações menos adiantadas à supremacia da potência industrial, comercial e naval, atualmente dominante". Com isso, List conclui que o sistema protecionista, na medida em que constitui a única maneira de colocar as nações ainda atrasadas em pé de igualdade com as nações desenvolvidas, "apresenta-se como o meio mais eficaz para fomentar a união

final das nações, e, portanto, também para promover a verdadeira liberdade de comércio".[237]

Sob tais premissas se funda o que List chama de ciência da economia nacional, que, avaliando as circunstâncias específicas e os interesses existentes de cada nação, tutela e ensina "como cada nação individual pode chegar àquele estágio de desenvolvimento no qual a união com outras nações igualmente desenvolvidas e consequentemente a liberdade de comércio podem tornar-se possíveis e úteis para ela".[238]

Os países que ocupam o eixo central do capitalismo protegeram sua economia de forma duradoura, mas hoje transmitem, propõem e pressionam os países periféricos a adotar uma filosofia cosmopolita de liberdade comercial, como meio de afirmar e robustecer a sua supremacia e seu domínio; na mesma medida do fortalecimento do centro, mínguam as condições de a periferia se desenvolver. List cita o exemplo dos Estados Unidos, que, já naqueles idos de 1841, pregava o regime de livre comércio cosmopolita, por estar já em condição de tirar grande proveito disso, mas que na sua história anterior assumira políticas protecionistas para preservar a sua economia nacional. Com o exemplo, List se apercebeu de que naquelas condições do mundo de sua época, condições essas ainda muito atuais, "toda nação grande deve procurar as garantias para a continuidade de sua prosperidade e independência, antes de qualquer outra coisa, mediante o desenvolvimento independente e uniforme de seus próprios poderes e recursos". [239]

É espantosa a atualidade do pensamento de Georg List; dizíamos, capítulos atrás, que o *Estado do Futuro*, caracterizado por um direito universal e uma unidade política congregante do mundo todo, não é uma situação iminente e nem mesmo próxima. Citamos, páginas atrás, a constatação de Bercovici de que a soberania econômica é uma preocupação cabível à periferia do capitalismo, e não aos países centrais. A soberania econômica guarda

---

[237] LIST, Georg Friedrich. *Sistema Nacional de Economia Política*. Tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo: Nova Cultural, 1986, p. 93.

[238] LIST, Georg Friedrich. *Sistema Nacional de Economia Política*. Tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo: Nova Cultural, 1986, pp. 93 e 94.

[239] "Os Estados livres da América do Norte, que, mais do que qualquer outra nação antes deles, se encontravam em condição de tirar proveito do regime de livre comércio, e influenciados desde o berço de sua independência pelas doutrinas da escola cosmopolítica, estão procurando, mais do que qualquer outra nação, agir segundo esse princípio. Mas, devido às guerras com a Grã-Bretanha, vemos essa nação duas vezes obrigada a manufaturar no país os bens que anteriormente comprava de outros povos, em regime de livre comércio, e por duas vezes, após concluir um tratado de paz, sendo levada à beira da ruína pela livre concorrência com estrangeiros, o que a adverte para um fato: nas atuais condições do mundo, toda nação grande [...]." LIST, Georg Friedrich. *Sistema Nacional de Economia Política*. Tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo: Nova Cultural, 1986, p. 85.

intimidade com a ciência da economia nacional de List, uma ciência que os países pobres necessitam cultivar, e que aos países ricos interessa desacreditar.

A atualidade dos estudos de List de 1841 se comprova nas palavras de Pinto Ferreira em comentários à Constituição Federal de 1988, para quem a mensagem consubstanciada no princípio constitucional da soberania econômica é a de que "os países subdesenvolvidos têm de adotar uma política protecionista de suas indústrias e de amparo às suas riquezas". Pinto Ferreira recorda que o protecionismo foi adotado na Inglaterra *e* nos EUA, antes que tais nações mostrassem a sua preferência atual pelo livre-cambismo. Conclui o autor que "nenhuma nação tem realmente amigos, mas interesses a defender. Jefferson escreveu de uma feita: 'nossos pactos com a América Latina são acordos de Leão para com cordeiros; mantenhamo-los'".[240]

Em linha similar à de Georg List, Gunnar Myrdal, em *Teoria Econômica e Regiões Subdesenvolvidas*, dirá que os países periféricos "chegam tarde ao teatro dos acontecimentos". A fala do famoso economista escandinavo se refere às diferentes circunstâncias de ingresso dos países centrais e periféricos no sistema capitalista. Os primeiros tiveram condições de se expandirem como centros industriais, cercados de nações atrasadas para explorar em servidão colonial, como mercados para bens manufaturados e fontes de matéria-prima. Na periferia, por sua vez, a economia interna nasce e cresce sob um solo acidentado pela herança colonial, com profundas distâncias sociais previamente demarcadas, níveis econômicos mais baixos e uma desfavorável relação entre a população e os recursos.[241]

O capitalismo no mundo promove distintas realidades paralelas entre os países desenvolvidos e subdesenvolvidos. O encontro dessas duas realidades se dá no momento em que os países desenvolvidos atingem a capacidade de expandir suas atividades econômicas para além de suas fronteiras territoriais, desbravando o potencial econômico de outros territórios, ocupados por formações sociais mais frágeis e menos estruturadas. Nesse caminhar, a própria consolidação da unidade política e nacional dos países latino-americanos se deu já imersa na dinâmica colonial exportadora; foram países concebidos para exportar produtos de interesse comercial ao centro do mundo. Essa marca de nascença

---

[240] FERREIRA, Luiz Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo: Editora Saraiva, 1994. 6 v., p. 244.

[241] MYRDAL, Gunnar. *Teoria econômica e regiões subdesenvolvidas*. Tradução de N. Palhano. 3. ed. Rio de Janeiro: Saga, 1972, p. 151.

do capitalismo latino-americano o acompanha por toda a vida, e determina as maneiras de sua madureza e as maneiras de acumulação.

João Manuel Cardoso de Mello, na literatura brasileira, explica que a questão da industrialização latino-americana não se encerra na constatação de que se trata de um processo de industrialização capitalista. É preciso notar que a industrialização capitalista na América Latina é específica, e sua especificidade está determinada por dois ícones: o seu ponto de partida e o seu momento. O ponto de partida é o de economia colonial exportadora. O momento é o de consolidação do capitalismo monopolista em escala mundial. Esses dois ícones de especificidade caracterizam o que o autor chamou de "capitalismo tardio" ou, com mais rigor, "industrialização capitalista retardatária".[242]

Cardoso de Mello, ao longo de sua obra, *O Capitalismo Tardio*, explica como a conjugação do *ponto de partida* e do *momento* específicos em que o capitalismo brasileiro surgiu determinaram, mais à frente, as idiossincrasias insuperáveis da dinâmica de acumulação na industrialização nacional. Basicamente, a evolução econômica brasileira tem, como colateralidade, o crescimento exponencial da desigualdade brasileira.[243]

A compreensão da especificidade do capitalismo brasileiro e latino-americano é essencial para se convir que a teoria econômica oficial, ressonante do polo central do capitalismo, não se presta aos interesses brasileiros e latino-americanos. O planejamento do desenvolvimento equilibrado e a soberania econômica, assim, compreendem um exercício de autonomia científica a respeito da teoria econômica que melhor sirva aos objetivos coletivos do povo brasileiro.

Retomando Gunnar Myrdal, adverte o célebre economista para a necessidade de os países subdesenvolvidos conceberem novos pontos de vista na teoria econômica, uma vez que a teoria oficial ou vigente consiste numa "racionalização dos interesses dominantes nos países industriais".

O autor cita o exemplo da teoria do comércio internacional, segundo a qual o livre comércio supostamente provocaria um movimento no sentido de igualização da renda, ao

---

[242] "Não basta, no entanto, admitir que a industrialização latino-americana é capitalista. É necessário, também, convir que a industrialização capitalista na América Latina é específica e que sua especificidade está duplamente determinada: **por seu ponto de partida**, as economias exportadoras capitalistas nacionais, **e por seu momento**, o momento em que o capitalismo monopolista se torna dominante em escala mundial, isto é, em que a economia mundial capitalista já está constituída. É a esta industrialização capitalista que chamamos retardatária". MELLO, João Manuel Cardoso de. *O Capitalismo Tardio.* São Paulo: Brasiliense, 1982, p. 98.

[243] Para uma análise detalhada da dinâmica elitista de acumulação na industrialização brasileira, cite-se o capítulo II de *O Capitalismo Tardio*, intitulado *A industrialização retardatária*, MELLO, João Manuel Cardoso de. *O Capitalismo Tardio*. São Paulo: Brasiliense, 1982, pp. 98 a 175.

passo que, na realidade, o comércio sem controle entre dois países, um dos quais industrializado e o outro subdesenvolvido, desencadeia um processo acumulativo tendente ao empobrecimento e à estagnação do último.[244]

Myrdal, então, pondera que "os conselhos dados aos países subdesenvolvidos sobre problemas de comércio e balanço de pagamentos têm a mesma base frágil de uma teoria que não é relevante para os problemas desses países".[245] Elabora o autor que esses maus conselhos estão inseridos no contexto maior de uma *doutrina radical da igualdade*, que transforma o ideal moral incontestável de busca pela igualdade entre todas as pessoas, numa distorcida ficção de que a igualdade já impera no presente, e o direito e a política de todos os países devem então crer os homens como estando em iguais condições e declinar de quaisquer esforços nesse sentido.

Ficcionar que todas as pessoas de todas as regiões de todos os países do mundo são iguais e vivem em igualdade de condições, que não há desigualdade que precise ser tornada igualdade por esforços dos poderes de Estado, conduz a uma conclusão pela ampla liberdade comercial e pelo cosmopolitismo econômico, não havendo razão para os Estados intervirem no intercâmbio econômico entre pessoas, empresas e povos supostamente livres e iguais. Mas a conclusão é tão fictícia quanto a premissa de igualdade.

Ao largo dessa igualdade ficcional, impera o que o economista estoniano Ragnar Nurkse, contemporâneo de Myrdal, chamava de "círculo vicioso da pobreza", fenômeno que trata de "uma constelação circular de forças, que tendem a agir e reagir interdependentemente, de sorte a manter um país pobre em estado de pobreza". O autor dá um simples exemplo do homem pobre que não tem dinheiro para comer; famélico e subnutrido, sua saúde é fraca; fraco de saúde, a sua capacidade para trabalhar é baixa, o que significa que será pobre e não terá dinheiro para comer. Essas causalidades recíprocas formam um círculo vicioso que, "aplicado a todo um país, pode reduzir-se a uma proposição truística:'um país é pobre porque é pobre'".[246]

---

[244] MYRDAL, Gunnar. *Teoria econômica e regiões subdesenvolvidas*. Tradução de N. Palhano. 3. ed. Rio de Janeiro: Saga, 1972, pp. 152 e 153.

[245] MYRDAL, Gunnar. *Teoria econômica e regiões subdesenvolvidas*. Tradução de N. Palhano. 3. ed. Rio de Janeiro: Saga, 1972, p. 153.

[246] "It implies a circular constellation of forces tending to act and react upon one another in such a way as to keep a poor country in a state of poverty. Particular instances of such circular constellations are not difficult to imagine. For example, a poor man may not have enough to eat; being under-fed, his health may be weak; being physically weak, his working capacity is low, which means that he is poor, which in turn means that he will not have enough to eat; and so on. A situation of this sort, relating to a country as a whole, can be summed up in the trite proposition: 'a country is poor because it is poor'". NURKSE, Ragnar. *Problems of capital formation in underdeveloped countries*. New York: Oxford University Press, 1961, p. 4.

O discurso da igualdade desdenha de tal fenômeno e sua valência opera em detrimento e neutralização de qualquer reação organizada e planejada da sociedade contra o fatalismo econômico narrado por Nurkse. A "doutrina da igualdade" concebe a noção de igualdade como inação do Estado em qualquer ato ou política que discrimine tratamentos. Se o poder do Estado se abstém de qualquer intercessão de discrímen ou qualquer solidarismo, o mundo seria livre de estamentos oficiais e igual, cabendo a cada um, no exercício do seu individualismo em plena liberdade, obter sucesso ou fracassar.

Veja-se que, para a igualdade discursiva e institucional, a desigualdade factual é uma situação igualitária. A riqueza e a miséria, o abismo de condições entre as pessoas e os subprodutos dessa situação, seriam fruto do desempenho individual, uma questão de merecimento ao sucesso e ao fracasso.

Tal concepção de igualdade, materializada na noção de igualitária abstenção estatal, por circunstância histórica do combate ao absolutismo, alojou-se no espírito da democracia política ocidental.

Apesar da ironia que há nisso, igualdade, na democracia política ocidental, significa alijar o Estado, entidade que materializa a força pública, de qualquer papel no sentido de equilibrar as condições de vida das pessoas, sobretudo através de qualquer intervenção no domínio das atividades econômicas desenvolvidas entre as pessoas.

Ignora-se, com isso, o círculo vicioso da pobreza da população, edificando-se o círculo virtuoso da riqueza do indivíduo, ilustrado no provérbio "nothing succeeds like success".

A doutrina da igualdade é particularmente descolada da realidade em países que hospedaram a experiência da escravidão. Os negros foram, por gerações, institucional e juridicamente destituídos da condição humana e forçados ao trabalho braçal ininterrupto, em total alienação de qualquer fator de desenvolvimento do seu intelecto, de sua humanidade, sociabilidade e de sua condição financeira. Tempos após, cessa a escravidão, e o negro deixa a desumanidade e passa a ser considerado como um indivíduo em pé de igualdade com o branco, dotado de semelhantes chances e oportunidades de desenvolvimento individual num mundo democrático.

Ou seja: o Estado e o direito, que promoveram um regime que impunha ao negro a total condição de mazelado, passam à ficção jurídica de que o povo negro, após ter sido

desumanizado juridicamente durante gerações, goza das mesmas condições e oportunidades individuais.

Em *An American Dilemma: the Negro problem and the American Democracy*, Myrdal teoriza o círculo vicioso da pobreza à luz da situação do negro nos Estados Unidos. O trabalho do economista mostra como o racismo naquele país determinou, através do processo acumulativo de *causação circular*, a progressiva desigualdade social e econômica da sociedade norte-americana.

O modelo explanatório da causação circular de Myrdal pode ser ilustrado sinteticamente pela relação de mútua causalidade de dois fatores: o preconceito do branco, de um lado, e o baixo padrão de vida da população negra, de outro. A interação causal desses dois fatores se dá sob a seguinte dinâmica de circularidade:

> Em sua forma mais simples, o modelo explanatório se reduz a dois fatores: o 'preconceito do branco', que causa a discriminação contra os negros em vários aspectos, e o 'baixo padrão de vida da população negra'. Esses dois fatores se relacionam mutuamente; o baixo padrão de vida dos negros é mantido pela discriminação dos brancos, enquanto, por outro lado, a pobreza, a ignorância, a superstição, as más condições de habitação, as deficiências sanitárias, [...] a instabilidade das relações familiares e a criminalidade dos negros estimulam e alimentam a antipatia dos brancos. O preconceito dos brancos e o baixo padrão de vida dos negros são, reciprocamente, causa e efeito. Se, em certo momento, o estado de coisas tende a permanecer praticamente inalterável, isso ocorre porque as duas coisas se equilibram: o preconceito dos brancos e sua consequente discriminação contra os negros bloqueiam os esforços destes últimos para elevarem o seu baixo padrão de vida; por outro lado, esse baixo nível de vida figura entre as causas do preconceito dos brancos, que os induz ao comportamento discriminatório.[247]

Esses fatores de constância identificados, o preconceito do branco e o baixo padrão de vida do negro, guardam relações causais recíprocas, proporcionando uma movimentação de circuito permanente. Nesse circuito, as forças causais tornam a estrutura social qualitativamente estática, isto é, ocorre a neutralização de potenciais mudanças estruturais qualitativas; o único dinamismo observável no circuito é o de acumulação quantitativa dos fatores determinantes do *status quo*, justamente pela sua *causação circular*. As características presentes da estrutura social, como a desigualdade, pobreza e marginalização, tendem a se acentuar, sendo esse o movimento fundamental resultante da sucessividade viciada.

Pierre Rosanvallon, em *La Société des Égaux*, aprofunda a hipótese de Myrdal sobre o drama negro na América do Norte e explica como o racismo ocupou um papel

---

[247] MYRDAL, Gunnar. *Teoria econômica e regiões subdesenvolvidas*. Tradução de N. Palhano. 3. ed. Rio de Janeiro: Saga, 1972, pp. 37 e 38.

estruturante da democracia norte-americana. Aquilo que seria abstratamente uma perversão democrática concretamente exerce o fundamento da doutrina da igualdade.

O autor identifica o comportamento racista e segregacionista do branco como uma resposta defensiva à petição de igualdade de direitos cívicos e políticos entre brancos e negros. Aquela mudança jurídica é respondida pela população branca, em especial nos Estados Confederados, com o recrudescimento do sentimento de identidade interna entre os brancos e de repulsa destes aos negros.[248]

Dessa forma, a igualdade universal declarada pela ordem jurídica – tão somente declarada, mas não perquirida pelo Poder Público – transmutou-se no plano da vida social e econômica numa outra forma bem menos sublime de igualdade: uma igualdade pensável como qualidade de um grupo separado; nas palavras de Rosanvallon, uma igualdade que "não poderia existir senão sob os modos de uma homogeneidade, e não como forma de uma relação".[249]

As reflexões de Rosanvallon desnudam como a igualdade universal tão só declarada no plano da ordem jurídica reverbera em completa perversão no plano fenomênico da vida social, regenerando-se formas *arcaicas de sociabilidade* baseadas em estamentos hierárquicos. A economia, um domínio amplamente desmarcado pelo Estado Liberal, amplifica dita perversão de sociabilidade.

Vê-se então a insuficiência da ordem jurídica meramente declaratória da igualdade entre os homens, desprovida de um Poder Público que atue nesse objetivo. O Estado que relega a concretização da igualdade ao andar natural das coisas e dos comportamentos humanos individuais ignora o longo trajeto já percorrido da dominação de grupos humanos sobre outros. Por debaixo da democracia liberal firmada num texto declaratório de igualdade de direitos, tolera-se o desenho prático de uma sociedade extremamente e

[248] "Así, todo ocurrió como si la emancipación de los negros, con la petición que implicaba de la igualdad de los derechos cívicos y políticos, hubiese venido a socavar la visión precedente de la igualdad-identidad del mundo blanco. De donde surge, tras la Guerra Civil, la pasión que se puso en restaurar de un modo físico esa igualdad-identidad considerada como amenazada". ROSANVALLON, Pierre. *La Sociedad de iguales*. Buenos Aires: Manantial, 2015, p. 193.

[249] "En semejante cuadro, la igualdad no era pensable sino en cuanto calidad de un grupo separado. No podía existir sino bajo los modos de una homogeneidad, y no como forma de una relación. A eso volvió la Norteamérica de la segregación. La igualdad segmentada que la caracterizó estuvo en las antípodas de lo que trataba de delinear la figura de una sociedad de iguales". ROSANVALLON, Pierre. *La Sociedad de iguales*. Buenos Aires: Manantial, 2015, p. 195.

crescentemente desigual, dividida em guetos delimitados pelo tal círculo vicioso da pobreza[250] e o ciclo virtuoso do sucesso.

Vê-se, pelos últimos parágrafos, que Nurkse abordou o ciclo vicioso de pobreza sob a perspectiva internacional, isto é, o determinismo dos países pobres a serem sempre pobres e cada vez mais pobres, em contraste com a fortuna dos países ricos a serem sempre ricos e cada vez mais ricos. Myrdal, complementado por Rosanvallon, abordou o ciclo da pobreza sob a perspectiva interna, que impõe a acumulação contínua da desigualdade social e econômica entre os cidadãos de um país.

O Brasil vive a dupla crise, por se tratar (i) de um país periférico e subdesenvolvido, que sofre o ciclo vicioso da pobreza em contraste com as nações mais ricas; e (ii) de um país de abismal desigualdade social, regional e econômica, com uma pequena elite dominante vivendo em ótimas e cada vez melhores condições em detrimento de uma multidão da população vivendo na mais inóspita condição de pobreza crescente.

Esse encontro de círculos viciosos num mesmo país, pobre e desigual, não é resultado de coincidência. Essa situação é típica, pois, a bem dizer, os dois círculos viciosos, no plano externo e interno, possuem um **vaso comunicante**, que é a elite econômica e social dos países subdesenvolvidos.

Os países subdesenvolvidos são pobres. Falamos que o país é pobre porque a grande maioria das pessoas do país é pobre. Mas existe uma minoria de pessoas ricas, isto é, uma elite econômica dentro do país pobre. Justamente por isso, os países subdesenvolvidos não são apenas pobres; são também desiguais.

Nessa condição de pobreza e desigualdade, a classe economicamente dominante exerce grande influência sobre as decisões políticas do país. Mas a classe economicamente dominante do país pobre não se identifica e não tem empatia com as pessoas pobres do seu país. A elite econômica não tem nem mesmo empatia nacional, pois ela não se identifica com o perfil comum da população do seu país, pois são pobres. A elite econômica do país pobre identifica-se com as pessoas e o modo de pensar do país estrangeiro rico. O país rico devolve com reciprocidade tal empatia, justamente porque a ele interessa, do ponto de vista

[250] O ciclo vícioso da pobreza é muitas vezes referido em trabalhos acadêmicos também pela expressão *poverty trap*, isto é, a armadilha da pobreza, um mecanismo espiral do sistema econômico que impede as pessoas pobres de escapar da sua situação de pobreza e que, além disso, as torna progressivamente mais pobres e mais mazeladas. Tomamos como exemplo do corrente emprego da expressão no meio acadêmico, o artigo *Ending Africa's poverty trap*, de autoria do economista norte americano Jeffrey Sachs, em parceria com John W. McArthur, Guido Schmidt-Traub, Margaret Kruk, Chandrika Bahadur, Michael Faye e Gordon McCord. Referido artigo será examinado em maiores detalhes na seção 4.4 desta dissertação.

comercial e financeiro, acessar as pessoas do país pobre que ostentam alto poder de influência nas decisões políticas.

Logo, essa elite econômica do país pobre, ao exercer sua forte influência política, faz isso segundo os seus próprios interesses, que convergem para os interesses do país estrangeiro rico e divergem por completo dos interesses da grande massa pobre. Veja-se, então, que os circuitos viciosos interno e externo se encontram e constituem um circuito vicioso maior, com a integração de forças bastante poderosas que comprimem qualquer movimento de alteração qualitativa das estruturas sociais.

Essas forças operam juntas na preservação desse circuito causal, e na respectiva continuidade do processo acumulativo que enriquece o país rico por meio do empobrecimento do país pobre, ao mesmo tempo em que enriquece a elite econômica do país pobre através do empobrecimento da massa miserável deste mesmo país.

Como muito enfatizamos ao longo desta dissertação, a última (a mais recente) transformação do conceito de soberania é a soberania econômica, pois o mais poderoso vetor do mundo contemporâneo é o econômico, e uma nação e seu povo não conseguem exercer sua soberania política sem que atinjam a condição de autonomia econômica externa, em relação a países estrangeiros, e interna, em relação a grupos dirigentes internos.

Nesse sentido, é bastante certeira a anotação de Vital Moreira, no contexto de explicação do surgimento do conceito jurídico de constituição econômica, sobre a ilusão da democracia política na dependência econômica:

> "A representação de que a democracia política, com o seu parlamento, os seus partidos, o seu sufrágio universal, os seus direitos fundamentais, não passa de ilusão quando as condições econômicas impedem o 'cidadão' de efetivamente fazer uso dos seus direitos, motiva a idéia de transformá-lo também em 'cidadão econômico'. Assim como a revolução liberal tinha criado a cidadania política, era necessário agora atribuir a todos a 'cidadania econômica'".[251]

Nesta altura, após esse extenso parêntese na discussão imediata do planejamento econômico nacional na Constituição Federal de 1988, parêntese este dedicado à explanação de uma dada corrente do estudo econômico sobre o determinismo da pobreza nos países pobres, é necessário retomar alguns pontos pretéritos desta dissertação, antes de retomarmos o conceito de planejamento econômico na Constituição brasileira.

---

[251] MOREIRA, Vital. Economia e Constituição. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1979, p. 20.

Vimos, ao longo deste capítulo 3, que a soberania econômica é condição para o real exercício da soberania política, em rememória inclusive da doutrina brasileira da *soberania bloqueada* ou da *crise constituinte*, estudada previamente na seção 2.4. Os interesses econômicos externos e de grupos dirigentes internos suspendem a soberania política brasileira, em diferentes instâncias e sob diversas formas.

Vimos, especificamente na seção 3.4, a correlação entre constituição econômica e soberania econômica. A constituição econômica, em seu sentido mais estrito, traz ínsita a noção contemporânea de que o econômico é um campo da vida humana suscetível de alcance pela decisão fundamental constituinte do direito, a critério da soberania popular a quem cabe o poder constituinte. Constituição econômica programática é aquela que estabelece princípios e normas de política econômica, em que o Estado planeja a economia com vistas à satisfação de objetivos igualmente previstos na Constituição. A soberania econômica, por sua vez, é um princípio constitucional caracterizador de uma dada espécie do gênero constituição econômica dirigente ou programática. É um princípio característico da constituição programática do subdesenvolvimento latino-americano, de países que lutam contra uma situação de dependência econômica de raízes profundas, que remetem à própria origem de sua unidade política nacional.

Vimos, na seção anterior, a importância do conceito de internalização dos centros decisórios econômicos para a busca de autonomia nacional. O movimento de internalização está intimamente ligado ao fomento contínuo do mercado interno e à consequente capacitação industrial do país, que (i) lhe dá autonomia tecnológica para prover os bens e serviços finais demandados por sua população; e (ii) constitui um polo de crescimento técnico e intelectual que tende a formar novos setores industriais. Vimos, porém, que o processo brasileiro de substituição de importações, pela forma aleatória que se sucedeu, desprovido de qualquer planejamento estatal, gerou efeitos colaterais graves, como a acentuação da desigualdade socioeconômica e a geração de outra natureza de dependência externa.

Vimos nesta seção, inicialmente, que a Constituição Federal estabeleceu em bases expressas o papel do Estado no planejamento econômico para o desenvolvimento nacional equilibrado. Após, vimos como a doutrina da igualdade que permeia as democracias liberais e o respectivo Estado abstinente de participação no plano econômico sujeitam os países pobres e desiguais aos efeitos de um circuito vicioso que os condena perpetuamente a um processo acumulativo de sua pobreza e desigualdade.

Todos esses pontos, analisados ao longo desta dissertação e aqui brevemente rememorados, são essenciais para a compreensão hermenêutica das características do planejamento econômico expressamente determinado pela Constituição Federal.

A função estatal de planejar a economia, sendo este um planejamento do desenvolvimento equilibrado, é antônima da confiança nos poderes invisíveis das forças mercadológicas para coordenar a economia de um país em sua macroperspectiva sistêmica. A economia de mercado vigora em setores econômicos em espécie, conforme assim o Estado traçar em seu planejamento maior da economia, tendo ele poderes não de suspender de todo a dinâmica de livre mercado e livre concorrência, mas de manejá-la e regulá-la para que atenda ao objetivo do desenvolvimento equilibrado e aos objetivos da República gravados no art. 3º.

Quanto maior for o interesse público em jogo em dada atividade econômica, tanto maior será a necessidade de o Estado regular tal atividade. Dadas atividades econômicas, assim veremos mais à frente, são de tamanho interesse público que sua titularidade em si e a titularidade dos recursos naturais e artificiais empregados em tal atividade foram atribuídos pela Constituição Federal ao Estado.

O planejamento, então, é uma questão de direito interno, uma questão de a sociedade brasileira preservar juridicamente os seus fatores econômicos em seu seio, garantindo que sejam cultivados de maneira autônoma e planejada para propiciar um desenvolvimento endógeno.

O Estado é o principal anteparo de internalização de fatores econômicos, seja pelo seu poder jurídico e institucional e pela sua força estruturante e organizacional, seja pela sua representatividade do interesse público.

Assim estabeleceu a doutrina econômica de Celso Furtado, que via no Estado o único agente capaz de planejar a economia, de lançar mão de políticas que protegessem o mercado interno e a renda nacional das inconstâncias de potencialidade dos impulsos externos, de captar e alocar maciços recursos para a formação da indústria nacional, de garantir que tal processo de desenvolvimento de polos industriais brasileiros fosse conduzido de modo a atenuar as desigualdades regionais e a absorver, como mão de obra, a grande camada de brasileiros que se encontrava alienada de qualquer sistema econômico, trabalhando em cultura de subsistência.

Ricardo Bielschowsky, notável estudioso do pensamento furtadiano, identifica com clareza a intersecção entre a internalização de centros decisórios, de um lado, e a função estatal de planejamento econômico, de outro. Bielschowsky dirá que Celso Furtado

confiava o sucesso da industrialização brasileira ao "controle que os agentes nacionais pudessem ter sobre as decisões fundamentais à economia do país", sendo que, para tanto, Furtado entendia "ser indispensável uma ampla participação estatal na captação e alocação de recursos, através de um sistema de **planejamento abrangente** e de pesados investimentos estatais".[252]

A iniciativa privada brasileira, pela sua individualidade (isto é, pela individualidade de cada particular), não tem o poderio para garantir que, por exemplo, o mercado interno, o conhecimento científico e as atividades econômicas estratégicas sejam internalizados, isto é, sejam detidos pelo Brasil e explorados em benefício do povo brasileiro coletivamente considerado. Da mesma forma, a iniciativa privada, também em razão de sua consciência individualista, não necessariamente está interessada em tal propósito. Por mais que cada brasileiro seja parte do povo coletivamente considerado, seu interesse individual não necessariamente converge com o interesse público. Há indivíduos brasileiros e grupos e classes de brasileiros a quem individualmente não interessa qualquer alteração na estrutura econômica atual. Há brasileiros que individualmente se beneficiam de um dado estado de coisas que coletivamente é considerado altamente prejudicial.

São precisas as palavras de Eros Grau, segundo o qual a afirmação da soberania nacional econômica, por meio do artigo 170, I, está vinculada à superação do subdesenvolvimento, no sentido de "rompimento com a situação de dominação externa e **interna** [...] a partir da transformação das estruturas socioeconômicas que possibilitem a integração democrática de toda a população ao processo de desenvolvimento e internalizem os centros de decisão econômica". O célebre autor conclui que "para desempenhar essa função, o Estado há de ter **autonomia em face de todos os grupos sociais**".[253]

---

[252] BIELSCHOWSKY, Ricardo. *Pensamento econômico brasileiro:* o ciclo ideológico do desenvolvimentismo. 4. ed. Rio de Janeiro: Contraponto, 2000, p. 151.

[253] GRAU, Eros Roberto. Comentários à Constituição do Brasil – artigo 170, caput e inciso I. *In*: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Editoras Saraiva, Almedina e Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, 2013. p. 1785-1797, aqui p. 1.796. Nesse mesmo sentido, Gilberto Bercovici afirma que "a soberania do Estado brasileiro, como soberania de um Estado periférico, é uma 'soberania bloqueada', ou seja, enfrenta severas restrições externas e internas que a impedem de se manifestar em toda sua plenitude". BERCOVICI, Gilberto. A soberania econômica e o desmonte do Estado no Brasil. *Carta Maior*, 20 abr. 2017 Disponível em: http://www.cartamaior.com.br/?/Editoria/Politica/A-soberania-economica-e odesmonte- do-Estado-no-Brasil/4/37985. Acesso em: 11 ago. 2019.

É dizer, enfim, que para um país pobre tornar-se soberano economicamente, seu Estado deve ter o poder de planejar sua economia em prol do desenvolvimento. Tal capacidade estatal requer prerrogativas estatais e domínios estatais.

O Estado precisa ter garantido o poder de manejar os fatores econômicos brasileiros. Soberania econômica e o consentâneo planejamento econômico para um desenvolvimento equilibrado são conceitos da norma constitucional que determinam o fortalecimento nacional através da internalização jurídica dos fatores econômicos, como o mercado interno, o conhecimento científico e as atividades econômicas estratégicas.

Trataremos nesta seção apenas do mercado interno, reconhecido na obra de Celso Furtado como o grande pilar do desenvolvimento, que deve ser cultivado através do planejamento estatal (o conhecimento científico e as atividades econômicas estratégicas serão abordados na seção 3.6).

O mercado interno, na forma do art. 219 da Constituição Federal, **integra o patrimônio nacional** e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País.[254]

Conforme sublinha Jorge Alex Athias, em um país de economia capitalista dependente e periférica, cujas reservas foram exauridas pela extraordinária escalada dos juros da dívida externa, a proteção patrimonial do mercado interno é norma que realça o caráter constitucional de planejamento econômico e vai ao encontro da soberania econômica.[255]

Essa é a linha hermenêutica com que um grupo considerável de juristas pátrios leem referido dispositivo, conforme revela o profundo estudo de Rodrigo Oliveira Salgado, em dissertação de mestrado nesta mesma Cátedra de Direito Econômico da USP

---

[254] Art. 219 da Constituição Federal, **Art. 219**: "O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal".

[255] "Realçando esse caráter do planejamento no âmbito do texto constitucional, vale a pena relembrar o disposto no art. 219, inserido no capítulo que dispõe acerca da ciência e da tecnologia, que sustenta ser o mercado interno parte integrante do patrimônio nacional e cujo incentivo deve ser feito no sentido de desenvolver cultural e socioeconomicamente a população brasileira, objetivando ainda o bem-estar de sua população e sua autonomia tecnológica. Essa comovente defesa do mercado interno vai bem de encontro ao conceito de soberania nacional fixado como princípio da ordem econômica na forma do art. 170, I da Carta. Num país de economia capitalista claramente dependente e periférica, exaurido em suas reservas pelo pagamento de juros, que atingiram patamares extraordinários, o que foi aguçado pelo aumento da taxa de spread de forma unilateral; que subordinou ou pelo menos flexibilizou, no passado, de forma deplorável esse conceito de soberania, nada melhor que mais uma ressalva constitucional se faça no capítulo da ordem econômica." ATHIAS, Jorge Alex Nunes. *A Ordem Econômica e a Constituição de 1988.* Belém do Pará: Cejup, 1997, p. 91.

direcionado ao exame do art. 219 à luz da doutrina econômica da CEPAL e, sobretudo, do pensamento de Celso Furtado.[256]

Conforme a pesquisa de Rodrigo Oliveira Salgado, Eros Grau, Gilberto Bercovici, Ricardo Antônio Lucas Camargo, Cláudia Lima Marques e Fernando Fabris compõem o núcleo duro de juristas que sustentam que "o mote do artigo 219 é um programa para a nação" e que há no dispositivo "uma prescrição de uma política de Estado, maior do que simplesmente a reserva de mercado para o ramo da ciência e tecnologia nacional".[257]

Esmiucemos aqui brevemente a visão dos dois primeiros doutrinadores arrolados, Eros Grau e Gilberto Bercovici.

Eros Grau ensina que a determinação ou o reconhecimento do mercado interno como patrimônio nacional não significa ser ele um *bem de uso comum do povo*. A integração do mercado interno ao patrimônio nacional, de outro modo, significa que "a Constituição o toma como expressão da soberania econômica nacional".[258]

Ou seja, a titularidade patrimonial do mercado interno é simbólica ou mesmo metafórica, empregada no sentido de que o mercado interno deve se desenvolver em prol dos objetivos nacionais traçados na Constituição. Ser a relação patrimonial entre mercado interno e nação um significado simbólico ou metafórico não indica uma norma de pouca importância ou efeito prático. Pelo contrário, a relação patrimonial metafórica se desdobra numa norma prática substantiva, que fundamenta a ingerência estatal no funcionamento do mercado interno.

Eros Grau assim se posiciona ao afirmar que a alusão ao dever estatal de incentivar o mercado interno evidentemente não coíbe a intervenção estatal; pelo contrário, o artigo 219 fundamenta a intervenção do Estado.[259]

---

[256] SALGADO, Rodrigo Oliveira. *Constituição e desenvolvimento:* o mercado interno na Constituição de 1988. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. A hipótese defendida por referida dissertação é a de que "ao somar os preceitos constitucionais de uma Constituição Dirigente, do modelo CEPALino de desenvolvimento e da leitura extensiva da Constituição Econômica em sentido estrito da Carta de 1988, surgem os elementos que dão guarida ao entendimento de que o art. 219 está inserido não apenas na ordem econômica da Constituição Brasileira. Ao que tudo indica, o dispositivo em referência está contextualizado em um ideário maior, com uma significação específica sobre o que deveria ser o projeto de desenvolvimento do país" (pp. 113 e 114).

[257] SALGADO, Rodrigo Oliveira. *Constituição e desenvolvimento:* o mercado interno na Constituição de 1988. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 110.

[258] GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 254.

[259] "A alusão ao dever do Estado incentivá-lo [o mercado interno] – porque de dever se trata – evidentemente não coarta a intervenção estatal, por direção, sobre ele. O preceito, no seu todo, antes – pelo contrário – o fundamenta". GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 254.

Gilberto Bercovici, por sua vez, aduz que o mercado interno na previsão constitucional do art. 219 não ostenta, como pretendem alguns, sinonímia com a ideia de economia de mercado. De outro modo, o significado próprio da norma constitucional que expressamente integra o mercado interno ao patrimônio nacional é de valorização do mercado interno "como centro dinâmico do desenvolvimento brasileiro, inclusive no sentido de garantir melhores condições de vida para a população e a autonomia tecnológica para o país".[260]

Percebe-se que, na concepção dos dois grandes juristas, a norma contida do art. 219 expira a doutrina econômica de Celso Furtado, em particular, e da CEPAL, em geral. No remo da escola de Furtado, tal dispositivo constitucional é afirmativo do dever do Estado de direcionar o mercado interno, de modo a conferir-lhe a posição de centro dinâmico do processo de formação do capital, em contraste com o mercado externo.

A visão dos dois autores demonstra porque a norma constitucional que integra o mercado interno ao patrimônio nacional é tratada nesta dissertação, ao lado da norma constitucional da função estatal de planejamento econômico, como elemento componente do conteúdo principiológico da soberania econômica. A soberania econômica preceitua a internalização dos centros de decisão econômica, para o que se exige, como pilares essenciais, a capacidade estatal de planejar a economia e de dirigir o mercado interno como instrumento do desenvolvimento.

Cite-se, por fim, a contribuição de Alessandro Octaviani para tal vertente interpretativa do art. 219, que vê no dispositivo em questão a instituição de um *poder de controle da República* sobre o mercado interno, que deve ser exercido para alcançar objetivos de "homogeneização social e construção da autonomia dos centros decisórios".[261]

Dessa forma, concluímos o estudo do conteúdo principiológico da soberania econômica encartada no art. 170, I da Constituição Federal como uma firme proposição de política econômica, que concatena, de um lado, o ideal cepalino de internalização dos centros de decisão econômica, e, de outro, as normas constitucionais que disciplinam (i) as

---

[260] BERCOVICI, Gilberto. *Direito Econômico do Petróleo e dos Recursos Minerais*. São Paulo: Quarter Latin, 2011, p. 219.

[261] "O mercado interno é o objeto subordinado ao poder de controle da República, que pode direcioná-lo para alcançar objetivos de homogeneização social ('bem-estar da população', 'desenvolvimento cultural e sócio-econômico') e construção da autonomia dos centros decisórios ('autonomia tecnológica do País', 'desenvolvimento cultural e sócio-econômico')". LUÍS, Alessandro Serafin Octaviani. *O ordenamento da inovação:* a economia política da forma jurídica. Rio de Janeiro, 2009. Artigo exposto no seminário internacional International Seminar INCT-PPED Promoting Strategic Responses to Globalization, p. 12.

funções estatais no domínio econômico, sobretudo a de planejamento; (ii) o mercado interno integrante do patrimônio nacional; e (iii) os objetivos fundamentais da República.

Como vimos, a soberania econômica, instituída no texto expresso da Constituição Federal, tem como conteúdo principiológico a exigência de um Estado que participe intensamente e continuamente na economia, planejando, realizando, coordenando, fomentando e regulando atividades econômicas e sua integração sistêmica, na forma e nos setores e nos limites previstos na Constituição, com vistas a internalizar os centros decisórios e assim atingir um estágio de autodeterminação econômica. Esse estágio é meio para chegar-se ao fim, e o fim é a melhora de fato das condições de vida no país, com a erradicação da pobreza e da marginalidade, a atenuação das desigualdades sociais e regionais e o desenvolvimento.

Essas são as determinações constitucionais que o povo deliberou em constituinte para a sua economia, em manifestação de sua soberania popular. Essas são as determinações constitucionais que devem ser cumpridas por órgãos com poderes constituídos, que devem ser ocupados direta ou indiretamente por pessoas eleitas pelo povo, em manifestação de sua soberania popular.

E esse povo é o povo de um país subdesenvolvido, extremamente pobre e desigual. É por essa sofrida circunstância que a soberania popular há de debruçar-se sobre o plano econômico, e há de fazê-lo de uma determinada forma, com uma específica ideologia de proteção de suas indústrias, de suas riquezas e das estruturas e atividades basilares para dar suporte ao desenvolvimento de uma economia nacional.

A soberania econômica, ao fim e ao cabo, é um elemento peculiar das nações periféricas, que representa uma condição existencial da soberania política e, por consequência, também uma condição existencial do próprio Estado democrático e constitucional, levando-se em consideração as premissas filosóficas em que se funda.

3.6 Normas constitucionais decorrentes da soberania econômica e a questão da infraestrutura

Na seção 3.5, procuramos delimitar o complexo e denso conteúdo principiológico da soberania econômica prevista no art. 170, I da Constituição Federal, calçado fundamentalmente no conceito furtadiano de internalização dos centros de decisão econômica. Como vimos, a compreensão do princípio da soberania econômica apenas se

perfaz diante da sua interlocução com a função estatal de planejamento econômico para um desenvolvimento equilibrado e com a patrimonialização nacional do mercado interno.

Nesta seção, abordaremos, em esforço de sistematização constitucional, outras tantas normas da constituição econômica que dão materialidade e pragmatismo ao princípio da soberania econômica. Desta análise despontará, veremos, uma ferramenta essencial da soberania econômica que não se encontra, ao menos não de forma explícita, sintetizada em norma constitucional: a infraestrutura.

Como reconhece a doutrina, a constituição econômica não consiste num capítulo ou compartimento isolado da Constituição Federal de 1988, mas em matéria espraiada em diversos dispositivos constitucionais ao longo do diploma que expressam conteúdo normativo relevante ao domínio econômico.[262] É por intermédio desses diversos dispositivos, veremos agora, que o preceito da soberania econômica se materializa em comandos práticos.

Oscar Juan Asenjo, em *La Constituición Econômica Española*, tendo por objeto de estudo a Constituição espanhola de 1978, sustenta que a constituição econômica tem, por funções essenciais, a ordenação da atividade econômica, a satisfação das necessidades sociais e a direção do processo econômico geral. O autor ainda vislumbra uma quarta categoria excepcional de função da constituição econômica, de reforma das estruturas. [263]

A fala do constitucionalista espanhol permite enxergar com maior clareza como as normas espalhadas da constituição econômica orquestram-se em um todo maior, como o conjunto de engrenagens de uma locomotiva.

---

[262] Adverte André Ramos Tavares que a Constituição Econômica não é um conjunto isolado de normas na Constituição e que tal abordagem seria de todo insustentável. TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. 1. ed. São Paulo: Método, 2003, p. 83. No mesmo caminho, Gilberto Bercovici, sustentado nos ensinamentos de Natalino Irti, afirma a inadequação de se romper com a unidade da Constituição, decompondo-a numa pluralidade de núcleos isolados e independentes, como propôs a Escola Ordo-Liberal de Freiburg. Ao contrário disso, sustenta o autor que a Constituição deve ser aplicada como uma unidade nos vários campos e áreas específicos, incluindo-se o campo econômico. "A Constituição Econômica, para Irti, é a Constituição Política Estatal aplicada às relações econômicas". BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento:* Uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 13. Raúl Machado Horta, em visão semelhante, diz que a ordem econômica não é uma *ilha normativa apartada da Constituição* e, ao contrário disso, é uma parcela do todo, que a ele se integra e se ajusta de maneira sistêmica, em constante articulação de dispositivos. HORTA, Raul Machado. Constituição e Ordem Econômica e Financeira. *Revista de informação legislativa*, v. 28, n. 111, p. 5-20, jul./set. 1991, p. 20.

[263] "Enfocando la cuestión desde una perspectiva finalista se distinguen claramente tres áreas funcionales o grupos de funciones: ordenación de la actividad económica, satisfacción de necesidades sociales y dirección del proceso económico general. A ellas se podría añadir otra de carácter discontinuo y excepcional: la reforma de estructuras". ASENJO, Oscar de Juan. *La Constitución económica española.* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 101.

Gilberto Bercovici propôs-se a observar a Constituição Federal de 1988 à luz de referida esquematização finalística da constituição econômica traçada por Asenjo. Ao fazê-lo, o jurista brasileiro considerou a quarta categoria excepcional de finalidade da constituição econômica, qual seja, a função de *reforma ou transformação estrutural.*[264] Na construção de Bercovici, a reforma ou transformação social parece corresponder a uma especificação categórica da *direção do processo econômico* geral.

A direção do processo econômico, no que diz respeito especificamente à transformação estrutural (a quarta categoria excepcional), encontra-se prevista fundamentalmente no já tão citado artigo 3º da Constituição Federal. O artigo dispõe sobre os objetivos da República Democrática do Brasil, objetivos esses que também se traduzem em direitos sociais de matiz econômica.[265] Os objetivos transformadores da estrutura econômica do país são, recorde-se, (i) construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, inc. I da CF); (ii) garantir o desenvolvimento nacional (art. 3º, inc. II da CF); (iii) erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (art. 3º, inc. III da CF); e (iv) promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, inc. IV, da CF).

Os demais dispositivos constitucionais de direção do processo econômico geral brasileiro, de natureza operacional e não associados diretamente à transformação estrutural, são aqueles que versam sobre a política monetária, a distribuição de renda e o objetivo de pleno emprego.

A função de ordenação da atividade econômica está refletida na CF na seção que leva o *nomen juris* de *ordem econômica e financeira*, nos artigos 170 a 179 do diploma. Ordenação da atividade econômica refere-se à função de determinar os papéis de Estado e da iniciativa privada no campo econômico. Veja-se que é nessa específica seção da Constituição Federal que restam delineados os limites da iniciativa privada no exercício das atividades econômicas, através (i) da previsão do Estado como agente normativo/regulador/fiscalizador/planejador da generalidade das atividades econômicas; (ii) da previsão do Estado como explorador direto da atividade econômica, nos monopólios

---

[264] BERCOVICI, Gilberto. *Direito Econômico do Petróleo e dos Recursos Minerais*. São Paulo: Quarter Latin, 2011, p. 210.

[265] Conforme os ensinamentos de André Ramos Tavares, os direitos sociais de natureza econômica "envolvem todas as prestações positivas do Estado voltadas: 1º) à busca do pleno emprego; (2º) à redução das desigualdades sociais e regionais; (3º) àerradicação da pobreza e da marginalização; (4º) à defesa do consumidor e da concorrência". TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 726.

constitucionais da União e nas hipóteses de imperativo da segurança nacional ou de relevante interesse co letivo; e (iii) da previsão do regime geral de prestação de serviços públicos.

Por fim, a função de satisfação das necessidades sociais está materializada fundamentalmente nos diversos dispositivos constitucionais que estabelecem os serviços públicos de titularidade do Estado, entre os quais o art. 21, inc. X, que dispõe que o serviço postal é atividade de titularidade da União Federal; o art. 21, incs. XI e XII, que dispõe que são atividades de titularidade da União Federal os serviços de telecomunicações, radiodifusão sonora, energia elétrica e aproveitamento energético dos cursos d'água, navegação aérea, aeroespacial, infraestrutura aeroportuária, transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de mais de um Estado ou território, transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, exploração dos portos marítimos fluviais e lacustres; o art. 194, que dispõe que a seguridade social é um conjunto de ações de iniciativa do Poder Público; o art. 196 e seguintes, que dispõem que os serviços de saúde são dever do Estado; e o art. 205 e seguintes, que dispõem que o serviço de educação básica obrigatória é dever do Estado.

Os quatro últimos parágrafos refletem o exercício de sintetização da Constituição Federal à esquematização das três – para Asenjo – ou quatro – para Bercovici – funções da constituição econômica.[266]

A esquematização de Bercovici nos ajuda a entender como se dá a capilarização do princípio da soberania econômica pelos diversos dispositivos da constituição econômica.

O art. 3º carrega consigo o tão dito caráter transformador da sociedade, o predicado dirigente que distingue a Constituição atual de outras que a precederam. O agente fundamental dessa transformação, com vistas ao alcance da justiça social, é, não há dúvidas, **o Estado**. É do Estado a obrigação prestacional de realizar políticas de emancipação socioeconômica e não haveria outro agente capaz de fazê-lo.

O artigo 3º congrega os objetivos finais da República brasileira, que compreendem transformações radicais na estrutura econômica do país. Mas a Constituição não apregoou apenas os objetivos transformadores do Estado; juntamente, a Constituição concede ao Estado as ferramentas necessárias para se atingir tais objetivos. Quando nos deparamos com as funções de *ordenação da atividade econômica* e de *satisfação das necessidades*

[266] BERCOVICI, Gilberto. *Direito Econômico do Petróleo e dos Recursos Minerais*. São Paulo: Quarter Latin, 2011, pp. 210 e seguintes.

sociais e os respectivos dispositivos constitucionais que materializam tais funções, estamos a tratar da construção constitucional da ferramenta ou do instrumento para as transformações socioeconômicas pretendidas: um aparato estatal de alta participação e ingerência no domínio econômico.

É dizer, portanto, que a soberania popular, por meio do poder constituinte, traçou objetivos transformadores da estrutura econômica do país e muniu o Estado das ferramentas necessárias para realizar tais transformações. Esse exercício de soberania política configura **soberania econômica**, pois os objetivos imputados ao Estado são de natureza econômica e pressupõem, como ferramentas para a sua concretização, a plena e contínua atuação estatal na dimensão econômica.

Essa é a tônica com que o princípio da soberania econômica se corporifica em todos os dispositivos espraiados da constituição econômica, sintonizando-os como um sistema engendrado pela soberania popular, com objetivos norteadores e respectivos instrumentos para alcançar tais objetivos.

Nessa toada, destacamos que Bercovici realizou o supracitado exercício de identificação das diferentes categorias funcionais da constituição econômica na Constituição Federal, no contexto de seu estudo do *Direito Econômico do Petróleo e dos Recursos Minerais* e, de modo mais específico, no capítulo quarto da obra, dedicado ao exame particular da *Soberania Econômica na Constituição de 1988 e o Regime Jurídico do Petróleo e dos Recursos Minerais*. Na ocasião, o autor avança mais sobre o tema, debruçando-se sobre a Constituição Federal e identificando demais normas da constituição econômica nela inserta que concretizam o princípio da soberania econômica. Nesse sentido, o autor identifica, como elementos cardeais da soberania econômica:

(i) O art. 218 da CF, que atribui ao Estado o papel de promover e incentivar o "desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação". Segundo o autor, o desenvolvimento científico e tecnológico interno é um pressuposto da soberania econômica, pois consiste em elemento crucial para a internalização dos centros de decisão econômica;

(ii) O art. 219 da CF, segundo o qual "o mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos da lei federal". O autor sustenta que tal

previsão constitucional consagra o mercado interno como um ativo da nação, cabendo ao Estado empregá-lo e direcioná-lo em prol do desenvolvimento nacional. Ainda, segundo o autor, tal dispositivo teve inspiração teórica no conceito furtadiano de *desenvolvimento endógeno*[267].

(iii) O art. 172, que dispõe que a lei infraconstitucional "disciplinará, com base no interesse nacional, os investimentos de capital estrangeiro, incentivará os reinvestimentos e regulará a remessa de lucros". Explica o autor que o dispositivo reflete a necessidade de o país ter instrumentos jurídicos de limitação e fiscalização das empresas estrangeiras situadas no Brasil, sobretudo da remessa de lucros e dividendos para o exterior. O capital estrangeiro significa poder econômico externo, apto a potencialmente influenciar o Poder Público em decisões de política econômica, que devem ser guiadas pelos objetivos nacionais.[268]

---

[267] O artigo 219 ressalta a necessidade de promoção da autonomia tecnológica do país. Celso Furtado, em *Criatividade e dependência na civilização industrial*, demonstra a importância da criatividade humana empenhada na inovação científica e tecnológica para que um país consiga se desenvolver. Segundo o autor, todas as formas que assume a criatividade humana podem ser postas a serviço do processo de acumulação, "mas são aquelas cujos resultados são por natureza cumulativos – a ciência e a tecnologia – que melhor satisfazem as exigências desse processo, o que lhes vale o lugar privilegiado que ocupam na civilização industrial". A capacidade de inovação tecnológica e o acervo de tecnologia proporcionados por tal poder são, na civilização industrial, um ativo crucial e determinante na posição que uma nação ocupa e, consequentemente, na condição de vida de seu povo: "Como desconhecer que os povos do planeta [...] estão hoje em dia empenhados em adquirir ou preservar o domínio desse fabuloso acerbo de técnicas que emergiram no quadro da civilização industrial? E como não perceber que um grupo de países ocupa posição de vanguarda no processo de acumulação, vetor principal do avanço dessas técnicas? Essas duas indagações desnudam o cerne de uma realidade histórica a ter em conta em qualquer reflexão sobre o mundo contemporâneo". FURTADO, Celso. *Criatividade e dependência na civilização industrial*. São Paulo: Companhia das Letras, 2008, pp. 117 e 123.

[268] Sobre os investimentos de capital estrangeiro, ensina José Tadeu De Chiara que o dimensionamento da economia dos países industrializados, a partir da segunda metade do século XX, e seu interesse político em determinar áreas cada vez maiores de influência econômica, "ensejaram a migração internacional de capitais disputando novos mercados, por um lado, e a procura desses capitais pelos países deles necessitados e que neles viam a alternativa obrigatória para a consecução do desenvolvimento de suas economias, por outro". Completa o renomado doutrinador que o "capital estrangeiro é, sem dúvida, matéria que o legislador deve tratar com todo o cuidado, assegurando formas de controle sobre o mesmo e de seu direcionamento, de maneira a orientar-lhe um aproveitamento ótimo, para assegurar um real aumento da riqueza nacional". DE CHIARA, José Tadeu. Capitais Estrangeiros. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n. 26, São Paulo, pp. 67 a 85, 1977, aqui pp. 67 e 68. Ainda sobre o tema dos capitais estrangeiros, José Alfredo de Oliveira Baracho, ao comentar a disciplina do capital estrangeiro na Constituição Federal de 1988, anota que de acordo com o dispositivo constitucional, os investimentos estrangeiros "serão admitidos exclusivamente no interesse nacional e de conformidade com os princípios contidos na própria Constituição, não sendo possível fazer quaisquer discriminações, além das previstas constitucionalmente. A lei ordinária deverá incentivar os reinvestimentos e regular a remessa de lucros. [...] O país tem uma complexa e variada legislação ordinária que deve ser reexaminada à luz do novo texto constitucional. Mesmo assim, convém ressaltar que existe a necessidade de uma renovação dos textos existentes, para que, além de atenderem à Constituição, tenham como objetivo aprimorar e tornar mais moderno e operante todo o sistema que disciplina o capital estrangeiro". O autor cita ainda a necessidade de a legislação infraconstitucional, nesse exercício de adequação ao texto maior, observar não apenas as normas

(iv) Os arts. 20, em especial os incs. XIII e IX, segundo os quais "São bens da União: XIII – os potenciais de energia hidráulica; IX – os recursos minerais, inclusive do subsolo", e 176. Afirma o autor que o controle nacional sobre os recursos naturais estratégicos também decorre do preceito de soberania econômica. O autor dá particular ênfase aos recursos minerais e ao petróleo, que são o objeto específico de seu estudo e cuja titularidade pública foi tema de acirrada disputa na assembleia constituinte.

(v) Os arts. 21, incs. XI e XII, e 177, que atribui à União a titularidade das atividades econômicas relacionadas aos setores energético e de telecomunicações.[269]

No bojo dos itens (iv) e (v) acima, Bercovici adentra o ponto a que queremos chegar, matéria essa de raras expedições pela doutrina jurídica brasileira e que será o específico objeto da segunda parte desta dissertação que já se avizinha: a infraestrutura como elemento nuclear do princípio da soberania econômica e da correlata busca pela internalização dos centros de decisão econômica.

Bercovici aborda o tema sob a forma de severa crítica ao governo de Fernando Henrique Cardoso, que promoveu o desmonte das três empresas estatais responsáveis pela infraestrutura energética e de telecomunicação no país: a Vale do Rio Doce, a Telebrás e a Petrobras. Afirma o jurista, no tocante à prestação dos serviços públicos de energia e comunicações, que o Brasil necessita de uma "infraestrutura complexa, capaz de articular as várias regiões do país", e que a respectiva prestação de serviços públicos de energia e comunicações há de ser "acompanhada de preços básicos, o mais uniformizados possível, e instalações interligadas, para que não se excluam regiões e setores inteiros e importantes da possibilidade de participar do mercado interno e do mercado internacional".[270]

---

constitucionais específicas, como o artigo 172, mas também os princípios fundamentais previstos nos artigos 1º, 3º e 4º que traçam regras básicas para a conciliação da ordem interna com as relações internacionais, em particular a disposição do artigo 4º, parágrafo único que propõe a busca de uma integração econômica (também política, cultural e social) com os povos da América Latina. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. A Constituição de 1988 e a Nova Regulamentação do Capital Estrangeiro. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, UFMG, n. 69/70, p. 105 – 118, jul. 1988/jan. 1989, aqui pp. 115 e 116.

[269] Os cinco itens listados são abordados por Gilberto Bercovici na obra *Direito Econômico do Petróleo e dos Recursos Minerais*, ao longo do seu Capítulo 4, *A Soberania Econômica na Constituição de 1988 e o Regime Jurídico do Petróleo e dos Recursos Naturais*, subitem 4.1, *A Constituição de 1988 e a Internalização dos Centros de Decisão Econômica* (pp. 208 a 237).

[270] BERCOVICI, Gilberto. *Direito Econômico do Petróleo e dos Recursos Minerais*. São Paulo: Quarter Latin, 2011, p. 249.

A obra em comento de Bercovici traz originalidade no campo do direito, ao identificar no conjunto de decisões econômicas "liberalizantes" incorridas na década de 1990 a vulneração do princípio constitucional expresso da soberania econômica e de diversos dispositivos constitucionais que representam corolários de tal princípio. É particularmente inédito o trato da titularidade estatal da infraestrutura como um elemento essencial da soberania econômica. Traz-se para o campo da ciência jurídica, particularmente para o estudo da norma positiva constitucional, uma frente de querela que antes tinha voz eminentemente no campo da economia.

Essa voz pertence principalmente à Maria de Conceição Tavares, que, em particular em sua obra *A Destruição Não Criadora – Memórias de Um Mandato Popular Contra a Recessão, o Desemprego e a Globalização Subordinada*, diagnostica que o conjunto de medidas e ações de viés neoliberal do governo brasileiro nos 90, "centradas no objetivo de garantir o ingresso de capital externo, para fechar as contas do balanço de pagamentos", teve, na privatização das empresas estatais no setor de infraestrutura básica e serviços públicos correlatos, um dos mais deletérios golpes desferidos contra a formulação de um projeto nacional.

O desmantelamento das estatais em setores de infraestrutura, para a autora, consiste numa medida de crucial restrição dos "espaços de autonomia para a formulação de políticas nacionais de desenvolvimento econômico", que consiste em condição imperativa para se promover a "regeneração do Estado e de suas relações com a sociedade – não apenas com os setores dominantes, mas também com as classes médias e as populações excluídas".[271]

A autora enfatiza a circunstância da privatização da Vale do Rio Doce, que consistia em muito mais do que uma empresa mineradora; a Vale representava um instrumento de grande importância no "processo de inserção internacional com a integração produtiva nacional, dentro de um planejamento estratégico que contemple uma visão sistêmica e holística de desenvolvimento sustentado".[272]

Outra ocasião destacada pela autora é a tomada do conjunto de medidas chamadas liberalizantes relativas à Petrobras. A autora ilustra a questão a partir do substitutivo

---

[271] TAVARES, Maria da Conceição. *A destruição não criadora* – Memórias de um mandato popular contra a recessão, o desemprego e a globalização subordinada. Rio de Janeiro / São Paulo: Editora Record, 1999, pp. 22 e 23.

[272] TAVARES, Maria da Conceição. *A destruição não criadora* – Memórias de um mandato popular contra a recessão, o desemprego e a globalização subordinada. Rio de Janeiro / São Paulo: Editora Record, 1999, p. 149.

proposto pelo deputado Elizeu Rezende ao projeto de regulamentação do monopólio do petróleo. Tal proposta autorizaria a Petrobras a criar e vender subsidiárias em qualquer área de atuação, permitindo a "transformação da empresa numa holding de papel, para uma verdadeira privatização por dentro". Acrescenta a autora que tal medida "compatibilizaria a preservação formal da Petrobras com a sua destruição de fato".[273]

Tavares explica que as implicações desse processo de desmonte, que contemplou a criação de uma agência reguladora pretensamente tecnocrata – Agência Nacional do Petróleo – com amplos poderes de dispor das subsidiárias da Petrobras, transcendiam as fronteiras do Sistema ou Grupo Econômico Petrobras; como no Brasil a exploração do petróleo se organizou historicamente por meio de um monopólio de integração vertical, a alienação de subsidiárias desarticularia os elos da cadeia produtiva e faria desmoronar a estrutura de preços que sustenta a competitividade de outros setores da economia, em particular o da agroindústria.[274]

Maria da Conceição Tavares ressalta que a real contrapartida dos desmontes das estatais repousava num interesse açodado e inadvertido de tapar buracos do orçamento, em nome de uma maior estabilidade monetária. Essa real motivação se armava de dogmas dúbios emergidos do *pântano ideológico* da privatização, como o da promoção da concorrência e da eficiência do privado que se contrasta com a obsolescência do público. Ocorre que os setores integrados de energia e telecomunicações representavam uma infraestrutura de articulação dos vários subsistemas econômicos geograficamente dispersos em nosso país de dimensões continentais, um fator determinante para toda a economia nacional.

A competitividade em setores de infraestrutura extremamente caros ao desenvolvimento da economia nacional, por evidente, não se alcançaria ou se resolveria de supetão com a simples venda do patrimônio empresarial público brasileiro para empresas transnacionais, e nem mesmo compensaria tal sacrifício de amputação. Como diz a autora,

---

[273] TAVARES, Maria da Conceição. *A destruição não criadora* – Memórias de um mandato popular contra a recessão, o desemprego e a globalização subordinada. Rio de Janeiro / São Paulo: Editora Record, 1999, pp. 143 e 144.

[274] TAVARES, Maria da Conceição. *A destruição não criadora* – Memórias de um mandato popular contra a recessão, o desemprego e a globalização subordinada. Rio de Janeiro / São Paulo: Editora Record, 1999, pp. 144 e 145.

"é uma falácia discutir a concorrência neste tipo de setores, como se tratasse de alfinetes ou mesmo de montadoras de automóveis".[275]

Enfim, o governo brasileiro negociou empresas pertencentes ao Estado, de infraestrutura estratégica para a sustentação de todo o sistema econômico, tal como se vende uma empresa de sapatos, sem qualquer advertência em relação aos efeitos de tal ato de despojo para a capacidade futura do país de se autodesenvolver, de determinar seu próprio caminho, por decisões próprias e não dependentes do interesse interno ou do interesse de seletas elites internas. Fez isso em partidarismo de um dogma liberal não testado.

Aliás, conforme veremos mais tarde nesta dissertação, o Estado, quando não abriu mão da titularidade ou do controle das empresas de infraestrutura estratégica, abriu mão por completo de sua gestão, através de uma política indiscriminada de outorga de operação ao privado.

Outra importante voz foi a do jornalista econômico Aloysio Biondi, que ecoou por meio do folhetim *O Brasil Privatizado: Um Balanço do Desmonte do Estado*.

Nela, o autor denuncia diversas irracionalidades econômicas assistidas nas privatizações, a evidenciar que tal programa do governo consistia num pacto de subordinação. Dentre as referidas irracionalidades, destacam-se (i) os investimentos públicos maciços nas estatais na iminência de sua venda, e em valor muito superior ao preço de arrematação; (ii) a assunção de passivos das estatais pelo Estado; (iii) a entrega das estatais com altos numerários em caixa; e (iv) os empréstimos públicos paternais concedidos pelo Estado brasileiro aos privados, como forma de financiar a compra pelos últimos das empresas estatais. Tais denúncias referiam-se, em grande parte, às estatais dos setores de infraestrutura.[276]

---

[275] TAVARES, Maria da Conceição. *A destruição não criadora* – Memórias de um mandato popular contra a recessão, o desemprego e a globalização subordinada. Rio de Janeiro / São Paulo: Editora Record, 1999, p. 133.

[276] "Compre você também uma indústria pública, um banco, uma ferrovia, uma rodovia, um porto. O governo vende baratíssimo, ou pode doar. Aproveite a política de privatizações do governo brasileiro. [...] Antes de vender as empresas telefônicas, o governo investiu 21 bilhões de reais no setor, em dois anos e meio. Vendeu tudo por uma 'entrada' de 8,8 bilhões de reais ou menos – porque financiou metade da 'entrada' para grupos brasileiros. [...] Na privatização da Rodovia dos Bandeirantes, em São Paulo, a empreiteira que ganhou o leilão está recebendo 220 milhões de reais de pedágio por ano desde que assinou o contrato – e até abril de 1999 não começara a construção da nova pista. [...] Assim é a privatização brasileira: o governo financia a compra no leilão, vende 'moedas podres' a longo prazo e ainda financia os investimentos que os 'compradores' precisam fazer – até a Light recebeu um empréstimo de 730 milhões de reais no ano passado. E para aumentar os lucros dos futuros 'compradores', o governo 'engole' dívidas bilionárias, demite funcionários, investe maciçamente e até aumenta tarifas e preços antes da privatização". BIONDI, Aloysio. *O Brasil Privatizado*: Um balanço do desmonte do Estado. São Paulo: Fundação Pérsio Abramo, 2001, p. 5.

Biondi ressalta, com especial incredulidade, o fato de o governo ter aberto mão da gestão até mesmo de sociedades em que permaneceu detentor de participação acionária majoritária.[277] É o caso da Companhia Energética de Minas Gerais (CEMIG), em que, por meio de um acordo de acionistas, o Estado de Minas Gerais cedeu à minoritária Southern Electric do Brasil Participações Ltda. o pleno poder de controle da sociedade. A constitucionalidade e legalidade de referido acordo de acionistas foi objeto de pareceres jurídicos antagônicos de Eros Grau e Adilson Abreu Dallari, sendo que o primeiro entendia ser o acordo de acionistas negócio jurídico ilegal e nulo de pleno direito[278], ao passo que o segundo defendia a plena legalidade e aderência do acordo de acionistas ao ordenamento jurídico pátrio.[279]

Reinaldo Gonçalves, em *Globalização e Desnacionalização*, apresenta as evidências do amplo e rápido (instantâneo) processo de desnacionalização da economia brasileira, ocorrido a partir de 1995. O autor mostra os desdobramentos específicos de tal processo nos setores de energia elétrica, meios de comunicação, aviação, bancário, mineração, seguros, autopeças e laticínios.[280]

Particularmente no setor de energia elétrica, o autor destaca uma importante revelação advinda da pesquisa de Maria Angela Jabur: no bojo da flexibilidade do setor à privatização, houve grande pulverização das participações acionárias das geradoras e distribuidoras de energia elétrica entre diversos agentes privados nacionais e estrangeiros. Tal circunstância permitiu que grupos transnacionais se tornassem majoritários com diminuta participação acionária, como no exemplo abaixo:

> O Grupo norte-americano AES, por exemplo, detém 1% do mercado total de distribuição de eletricidade. No entanto, controla a AES-Sul, Distribuidora do Rio Grande do Sul, a Light, do Rio de Janeiro, e, por meio da Light, a paulista Eletropaulo Metropolitana. [...] Juntas, Light e Metropolitana passaram a deter 22% do mercado da Região Sul/Sudeste.[281]

---

[277] BIONDI, Aloysio. *O Brasil Privatizado*: Um balanço do desmonte do Estado. São Paulo: Fundação Pérsio Abramo, 2001, p. 37.

[278] GRAU, Eros. Sociedade de economia mista – nulidade de acordo de acionistas que importa em mudança de seu acionista controlador. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, pp. 348 -357, out/dez. 2000.

[279] DALLARI, Adilson Abreu. Acordo de acionistas. Empresa estadual concessionária de serviço público federal. Manutenção da qualidade de acionista controlador. Interesse Público, Belo Horizonte, v. 2, n. 7, jul. 2000.

[280] GONÇALVES, Reinaldo. *Globalização e Desnacionalização*. São Paulo: Paz e Terra, 1999, pp. 157 a 175.

[281] JABUR, Maria Ângela, *A ofensiva dos estrangeiros na geração de energia*, Gazeta Mercantil, 5 de janeiro de 1999 *apud* GONÇALVES, Reinaldo. *Globalização e Desnacionalização*. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 172.

Ou seja, o processo de privatização proporcionou, entre outras severas vulnerabilidades e efeitos perversos aos setores envolvidos, no caso particular da energia elétrica – setor estratégico de infraestrutura, uma ocasião econômica de *risco moral* (*moral hazard*), proveniente da assimetria entre propriedade e capacidade de decisão. *Moral hazard* designa o fato de que quem responde pelos prejuízos dos seus atos atua de maneira zelosa, cuidadosa e prudente. No caso, o controle societário oriundo de tão diminuta titularidade acionária incentiva os controladores privados e transnacionais a agirem de maneira amplamente arrojada, buscando oportunidades demasiadamente arriscadas de lucro, ao risco da energia elétrica brasileira, e ao risco do desenvolvimento econômico e social que dela dependem.

O acordo de acionistas celebrado entre o Estado de Minas Gerais e a Southern Electric, de um lado, e o controle da AES em virtude da pulverização acionária nas empresas de energia elétrica, de outro, sugerem que as medidas liberalizantes do governo brasileiro não estavam guiadas por mera necessidade de caixa (o que já seria reprovável); tais medidas sinalizam uma estranha disposição, indiferença e até mesmo interesse do governo brasileiro em entregar à iniciativa privada estrangeira a administração de setores estratégicos da economia nacional. O pacote das medidas liberalizantes reflete uma ideologia de que a administração da economia brasileira estaria melhor não nas mãos do povo brasileiro e nem mesmo na mão de um brasileiro em particular; a economia brasileira andaria bem, segundo tal ideologia, nas mãos do livre mercado, entidade essa de duvidosa liberdade (a despeito do nome), haja vista o poder que sobre ela exercem as nações centrais do capitalismo e seus respectivos conglomerados empresariais.

Prosseguindo, Reinaldo Gonçalves identifica, entre os contornos da *herança trágica do governo FHC*, efeitos concatenados de (i) desmantelamento do aparelho produtivo, com a deterioração da infraestrutura econômico-social, degradação do sistema nacional de inovações e ineficiência dinâmica; (ii) degradação do tecido social, com a negligência à questão social, desigualdade na distribuição de renda e riqueza, pobreza, exclusão e tensão social; (iii) desestabilização macroeconômica, com o acúmulo de distorções nas políticas macroeconômicas, economia travada, incapacidade de geração de emprego e crescente vulnerabilidade externa; e (iv) deterioração político-institucional, com

o aumento de concentração do poder econômico, agravamento da fragilidade do setor público, reformas predatórias e falta de reformas efetivas e deterioração das instituições.[282]

A perplexidade diante da política de governo de autodespojamento das empresas estatais nos setores de infraestrutura, retratada pelos autores e nas obras listados acima, renova-se em Márcio Gimene de Oliveira, que atribuí tal mazela à "égide do discurso da separação entre o que supostamente seria público e privado"[283]. O autor caracteriza tal discurso como uma das *fraudes inocentes* de que falava John Kenneth Galbraith.[284] Por fim, o autor exemplifica, com meridiana clareza, os efeitos anestesiantes do discurso de segregação de funções públicas e privadas na economia:

> Se, por exemplo, uma empresa como a Vale, entregue a acionistas privados por valores irrisórios, exporta minério de ferro sem agregar valor nem pagar adequados impostos e royalties, isso passa a ser visto como uma questão fora da alçada estatal. A notória insensatez de o país importar trilhos e locomotivas para os inadiáveis investimentos ferroviários, ao invés de produzi-los internamente, passa quase que desapercebida, prevalecendo uma sensação de impotência frente ao predomínio da esfera privada sobre a pública.[285]

Os exemplos de Márcio Gimene de Oliveira, note-se, referem-se a setores da infraestrutura. Nesse sentido, a superação da influência malfazeja do discurso de segregação das funções estatais e privadas no plano econômico é alçada por Luis Fernando

---

[282] GONÇALVES, Reinaldo. *Globalização e Desnacionalização*. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 213.

[283] OLIVEIRA, Márcio Gimene. Planejamento, projeto nacional e desenvolvimento regional. *Revista Brasileira de Planejamento e Orçamento*, v. 1, n. 1, p. 15-27, 2011, aqui p. 20.

[284] John Kenneth Galbraith, em sua célebre obra *The Economics of innocent fraud*, dedica um capítulo próprio para debelar o *"mito dos dois setores"*, isto é, o mito da distinção entre os setores público e privado. O autor concentra sua análise na indústria armamentista norte-americana, e em como as decisões públicas de defesa nacional são orientadas por interesses privados: "The accepted distinction between the public and the private sectors has no meaning when seriously viewed. Rhetoric, not reality. A large, vital and expanding part of what is called the public sector is for all practical effect in the private sector. In the fiscal year of 2003, close to half of the total of United States government discretionary expenditure (outlay not mandated for a particular use, such as Social Security or service of the public debt) was used for military purposes – for defense, as more favorably it is commonly called. A large part was for weapons procurement or for weapons innovation and development. Nuclear-powered submarines run to billions of dollars, individual planes to tens of millions each. Similarly, if less spectacularly, other weaponry and military equipment. Such expenditure proceeds from the advocacy and influence of those involved and rewarded, even on to nuclear defense, so called. Arms expenditure does not occur after detached analysis by the public sector as commonly understood. Much is at the initiative and with the authority of the arms industry and its political voice – the private sector. From the relevant industrial firms come proposed designs for new weapons, and to them are awarded production and profit. [...] In an impressive flow of influence and command, the weapons industry accords valued employment, management pay and profit in its political constituency, and indirectly it is a treasured source of political funds. The gratitude and the promise of political help go to Washington and to the defense budget, on to the Pentagon need and decision. And to foreign policy or, recently in Vietnam and Iraq, to war".GALBRAITH, John Kenneth, The Economics of innocent fraud: Truth for our time, Boston and New York: Houghton Mifflin Company, 2004, pp. 34 e 35.

[285] OLIVEIRA, Márcio Gimene. Planejamento, projeto nacional e desenvolvimento regional. *Revista Brasileira de Planejamento e Orçamento*, v. 1, n. 1, p. 15-27, 2011, aqui p. 20.

Massonetto à condição de pressuposto metodológico para a compreensão macrojurídica do Direito Econômico em geral, e da infraestrutura, em particular. Segundo Massonetto, o pressuposto metodológico consiste precisamente em "abandonar a tensão Estado-indivíduo como fundamento do Direito Econômico", uma vez que a atividade econômica deve ser compreendida "em sua dimensão integradora dos diversos ciclos do capital, com suas múltiplas temporalidades, e que tem no Estado uma força indispensável para a sustentação do processo de valorização".[286]

Mais recentemente, Luiz Carlos Bresser-Pereira, ao detalhar a sua proposição de novo desenvolvimentismo, contemplou a infraestrutura como um setor que deve estar albergado pelo planejamento estatal. Segundo o renomado economista, a economia brasileira deve ser dividida, como a norte-americana e a chinesa, em dois setores*:* "um setor competitivo e um setor menor, mas de grandes empresas, infraestrutura e algumas empresas de base". Como justificativa para tanto, Bresser-Pereira aponta que o mercado é bem melhor do que o Estado para coordenar a atividade empresarial de milhares de empresários e suas respectivas ideias e inovações; ao passo que, no outro setor, o da infraestrutura e das empresas de base, o planejamento do Estado é necessário.[287]

Há, portanto, por diversos enfoques, a fundamentada e convincente percepção, pela ciência econômica, de que a indiscriminada relegação da infraestrutura brasileira ao arbítrio do setor privado, inclusive de empresas transnacionais, configurou um ato de lesa-pátria, malfazejo aos interesses coletivos da nação brasileira.

A infraestrutura escorreu das mãos públicas pelo mesmo caminho que outros setores industriais, através de uma correnteza retórica que permitiu a prevalência de uma política econômica neoliberal de esvaziamento dos ativos industriais públicos, despreocupada com a internalização dos centros de decisão econômica.

---

[286] MASSONETO, Luís Fernando. Aspectos macrojurídicos do financiamento da infraestrutura. *In*: BERCOVICI, Gilberto; VALIM, Rafael. *Elementos de Direito da Infraestrutura.* São Paulo: Contracorrente, 2015. p. 27-52, aqui p. 32 e 33.

[287] "Deve-se dividir a economia brasileira, como a economia americana, como a chinesa, em dois setores: um setor competitivo e um setor menor, mas de grandes empresas, infraestrutura e algumas empresas de base. O mercado é muito melhor do que o Estado para coordenar a atividade empresarial de centenas, de milhares de empresários e suas ideias, suas invenções. Já no outro setor, precisa-se de planejamento do Estado. Essa é a primeira regra. A segunda é que existe a macroeconomia, aqueles cinco preços que disse. Estamos cansados de saber que na macroeconomia o mercado não funciona". BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. É hora de as elites se juntarem para a salvação nacional. *Um Brasil*, Análises e discussões sobre um povo em busca de uma identidade. Columbia Global Centers, p. 33-39, mar. 2016, aqui pp. 36.

O jurista Alessandro Octaviani, de modo panorâmico e sem se adentrar na especificidade da infraestrutura, explicita tal contexto retórico. Diz o autor que a década de noventa foi marcada no Brasil por severa crítica de determinados segmentos da sociedade à "capacidade e qualidade da força industrial instalada". Tal crítica apontava, como solução alternativa à indústria nacional, "a abertura de mercados, tanto para forçar eventual competição como para eliminar setores inteiros (pois produzir seria menos racional do que adquirir feito)". Com isso, levou-se a cabo uma intensa transferência de controle de setores das mãos do Estado para as mãos do capital internacional (com o capital nacional se acoplando na condição de sócio minoritário), "em mais uma fuga para frente, que não conseguiu enfrentar o dilema de internalização da capacidade inovadora". Por fim, o autor conclui que o arranjo de forças que sustentava essa *fuga para frente* neoliberal não exprimiu qualquer preocupação com a internalização dos centros decisórios e com a homogeneização social.[288]

O que fazem os trabalhos jurídicos citados nesta seção, e o que faz Bercovici em especial com a original abordagem do liame entre soberania econômica e infraestrutura, é revelar que os grandes equívocos nas decisões econômicas liberalizantes tomadas na década de 1990 não representam, meramente, equívocos em decisões econômicas (reconhecidos por diversos economistas brasileiros, e contestado por outros tantos)[289]. Tais decisões econômicas seriam somente um equívoco se estivessem dentro da margem de legítima decisão de política econômica que a soberania popular, por meio do poder constituinte, conferiu aos poderes constituídos. Mas esse não é o caso, como demonstra a análise detida da Constituição, fruto da deliberação constituinte.

Tais decisões econômicas tomadas no passado e presente são, portanto, infringentes da Constituição. São anticonstitucionais no sentido mais genuíno e profundo que se possa

---

[288] LUÍS, Alessandro Serafin Octaviani. *O ordenamento da inovação:* a economia política da forma jurídica. Rio de Janeiro, 2009. Artigo exposto no seminário internacional International Seminar INCT-PPED Promoting Strategic Responses to Globalization, pp. 7 e 8.

[289] A escola liberal da economia brasileira tem como um de seus maiores expoentes Gustavo Henrique de Barroso Franco. Em recentíssimo artigo eletrônico, referindo-se ao cenário político e econômico de 2019, o renomado economista pontuou que "a República está confusa, pois está em transição, ou seja, conforme o velho clichê, o velho ainda não morreu, e o novo ainda não é dominante. O velho é o Estado Desenvolvimentista-inflacionista, e o novo é o setor privado. Este enredo se chama 'destruição criadora', e não há como escapar. [...] Não vai haver mais investimento público e por três motivos: (i) acabou o dinheiro; (ii) a capacidade de execução de obras públicas colapsou, basta olhar a proporção de obras paradas pelos piores motivos; e (iii) os governantes não querem criar novas estruturas que vão elevar os gastos correntes. Nem de graça, os governadores e prefeitos querem um estádio de futebol, pois a folha cresce… Portanto, o investimento público tem de (acabar de) morrer para que o investimento privado tome o seu lugar. Esse é o sentido da História". FRANCO, Gustavo H. de Barroso. Boas e más notícias. Instituto Millenium, publicação em 25 nov. 2019. Disponível em: https://www.institutomillenium.org.br/artigos/gustavo-franco-boas-e-mas-noticias/ Acesso em: 08 jan. 2020.

empregar a esse vocábulo, pois violam normas decorrentes do princípio da soberania econômica, que, por sua vez, é pressuposto de conservação da própria soberania política do povo, que, por sua vez, consiste no fundamento legitimador da Constituição e do Estado constitucional.

Um povo só pode ser politicamente soberano se estiver plenamente empregado, se os indivíduos que o compõem vivem em algum patamar de proximidade social e econômica, se os pobres não são miseráveis, se tiverem acesso à educação e a recursos estruturais para existirem de forma digna e para desenvolverem, em sua individualidade, ocupação econômica e compreensão e opinião política.

O povo não pode ser politicamente soberano se a maior parte das pessoas, como condição de sua subsistência, passa seis horas diárias no trajeto entre a sua residência na periferia e o seu emprego no centro corporativo – um emprego de baixo valor agregado e que não proporciona relevante capacitação intelectual ou potencial de evolução de carreira. Essa pessoa está materialmente privada de qualquer chance real de ingresso na sociedade, de manifestar ou exercer qualquer identidade política. Essa pessoa está condenada a apenas sobreviver. Este é um exemplo de como a atividade econômica e infraestrutural de logística de transporte afeta a capacidade popular de exercer sua soberania. Significa a mazela da soberania econômica, que é mazela da soberania popular.

A soberania econômica exige do Estado um planejamento econômico, em nome mesmo de possibilitar que o povo exerça sua soberania política de maneira plena. A soberania econômica, como já pontuamos alhures, é metassoberania; designa-se à realização e afirmação da soberania popular num país cuja posição periférica no capitalismo mundial tende a obstar o povo a exercer dito poder político.

Esta dissertação tem, além do propósito que ora se cumpre de identificar o conteúdo da soberania econômica e seu elo com a soberania política, também o desígnio de aprofundar o estudo jurídico de um elemento específico da soberania econômica, que é a infraestrutura – o que faremos no capítulo que virá.

4 INFRAESTRUTURA E SOBERANIA ECONÔMICA

4.1 Introdução

Nos recortes trazidos na seção 3.6 do capítulo anterior, vimos que há forte corrente econômica que aponta a infraestrutura como uma das chaves do desenvolvimento nacional. O direito, através de uma seleta base de autores que investigam a fundo o conteúdo normativo do princípio constitucional da soberania econômica e as demais regras constitucionais decorrentes de tal princípio, reconhece a titularidade estatal da infraestrutura como norma jurídica estritamente necessária à internalização dos centros de decisão econômica e, assim, à concretização da soberania econômica e da soberania nacional.

Mas tal reconhecimento doutrinário no plano jurídico não se deu em meio a um exame especificamente voltado à infraestrutura e suas características enquanto fenômeno do direito. Isso se explica até mesmo porque, embora a expressão "infraestrutura" apareça duas vezes no texto constitucional, não se pode dizer que venha, por tais aparições pontuais e incidentais, a configurar uma categoria ou preceito constitucional instituído.[290]

A infraestrutura é, em termos de direito positivo, uma categoria de certa forma estranha ao texto constitucional, mas que se encontra materialmente disciplinada na Constituição através da regulação direta das atividades e dos bens e recursos naturais que compõem o seu conjunto.

Há, ainda, um recente ramo do conhecimento jurídico intitulado direito da infraestrutura que, sem prejuízo da profusão de conhecimento jurídico gerado pelos juristas que o estudam, não trata, de modo geral, da matéria sob o prisma do Direito Econômico. Isto é, o direito da infraestrutura, grosso modo, não lida com o aspecto teleológico do papel que a infraestrutura exerce no desenvolvimento nacional. O direito da infraestrutura, como hoje se delineia, dedica-se muito mais ao estudo das *modelagens* das concessões e parcerias público-privadas para *viabilizar* projetos de infraestrutura, sendo que o termo viabilidade aqui empregado significa basicamente a oferta, dentro dos limites formais instituídos pelos diplomas infraconstitucionais pertinentes, do melhor negócio possível ao particular.

---

[290] Os dispositivos constitucionais que empregam a expressão infraestrutura serão analisados no decorrer deste capítulo.

Cite-se, como exemplo, a doutrina do "modelo noiva" de parcerias estratégicas entre Estado e iniciativa privada para projetos de infraestrutura. Nesse modelo que ganha certa institucionalidade jurídica por meio da Lei das Parcerias Público-Privadas (Lei nº 11.079/2004) e por meio de esforços doutrinários do direito da infraestrutura, o Estado figura metaforicamente como uma noiva que está sendo cuidadosamente vestida e arrumada para atrair pretendentes que queiram desposá-la.

Fernando Marcato e Mariana Saragoça dissertam sobre o modelo noiva, aplicável, segundo eles, em concessões nas quais "a 'mão' do Poder Concedente ou uma entidade a ele vinculada (e.g., empresa estatal) como sócia minoritária da concessionária é 'oferecida' aos parceiros privados expressamente nos termos do edital do procedimento licitatório".[291] A doutrina do modelo noiva se sustenta no art. 9º, § 4º da Lei das Parcerias Público-Privadas, que estabelece que as "PPPs" serão juridicamente concebidas por meio de uma sociedade de propósito específico, em que "fica vedado à Administração Pública ser titular da maioria do capital votante das sociedades de que trata este Capítulo".

O direito da infraestrutura que aqui critico[292] não pondera se tal dispositivo da Lei das Parcerias Público-Privadas e sua respectiva doutrina do modelo noiva estão efetivamente em consonância com as escolhas traçadas na Constituição Federal dirigente, em que vigora o princípio da soberania econômica e as tantas normas dele decorrentes que foram tratadas no capítulo anterior desta dissertação, como meio ao atingimento dos objetivos fundamentais da República, delineados no art. 3º da CF. Essa ponderação é de maior relevo, pois as escolhas constituintes, que concebem a constituição econômica que há dentro da Constituição, vinculam os poderes constituídos, sejam legislativos, sejam executivos.

---

[291] MARCATO, Fernando S.; SARAGOÇA, Mariana. Parcerias estratégicas entre Empresas Públicas e Privadas no setor de infraestrutura. *In*: MARCATO, Fernando S.; PINTO JUNIOR, Mário Engler. (coord.). *Direito da Infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, FGV Direito SP, 2017. v. 1. p. 149-189, p. 185.

[292] Salientamos que a crítica feita se dirige a uma vertente do conhecimento jurídico, e não propriamente a seus representantes. Essa nota se faz necessária porque a vertente aqui criticada foi erigida, antes de qualquer coisa, por estímulo de previsões infraconstitucionais (e até mesmo constitucionais derivadas – vide Emenda Constitucional nº 9) colidentes com a constituição econômica, mas que, de todo o modo, foram promulgadas e, então, vigem; e não se pode condenar os operadores do direito por, basicamente, operar o direito objetivo posto e, bem assim, comentá-lo, glosá-lo e procurar entender a regra que dele se extrai. Sendo assim, a crítica se dirige, com maior precisão e justiça, à falta de maior reflexão crítica sobre a incongruência de tais normas com os ditames da constituição econômica. É preciso que se diga, ainda, que há, sim, escritos jurídicos de alta categoria e erudição sobre infraestrutura que transcendem o objetivo de modelar oportunidades que aguçam o apetite da iniciativa privada, e que se põem a analisar a infraestrutura à luz da Constituição Federal e das normas que consubstanciam seu caráter programático. Cite-se como exemplo, de antemão, a coordenação *Elementos de direito da infraestrutura*, de Gilberto Bercovici e Rafael Valim, e a obra *Direito da Infraestrutura – perpesctiva pública*, de André Castro Carvalho, que serão novamente rememorados ao longo deste capítulo.

Se o artigo 9º, § 4º da Lei de Parcerias Público-Privadas causa perplexidade à constituição econômica por ignorar o princípio da soberania econômica, tal perplexidade apenas se agrava quando nos deparamos com o § 5º, que excepciona o § 4º na seguinte ocasião: "A vedação prevista no § 4º deste artigo não se aplica à eventual aquisição da maioria do capital votante da sociedade de propósito específico por instituição financeira controlada pelo Poder Público em caso de inadimplemento de contratos de financiamento".

Vejam as estranhas premissas da parceria público-privada. O particular é o controlador da sociedade de propósito específico, para afastar a ingerência supostamente nefasta do Estado na infraestrutura. Esse controlador privado contará com uma *contraprestação pecuniária* paga pelo Estado para complementar o ganho tarifário de exploração do serviço público que prestará. Além disso, esse controlador privado conta ainda com empréstimos de bancos públicos para realizar a sua atividade.

Essa disposição normativa reitera a velha narrativa neoliberal de justificação das privatizações indiscriminadas nos anos 90, de que o Estado estaria consumido pela dívida externa e não teria recursos para conduzir atividades econômicas estratégicas. Estranhamente, como ocorreu nas privatizações e ocorre nas parcerias público-privadas, o ingresso do particular é financiado pelo Estado. Ou seja, o Estado supostamente não tem recursos financeiros para fazer, mas tem recursos financeiros para emprestar para quem faça, e empresta em condições muito melhores do que um banco privado. O propalado essencial investimento do capital privado de que o Estado necessitaria, veja-se, é capital emprestado do Estado.

Como se vê, o espírito que animou o legislador infraconstitucional e que anima esse ramo do direito da infraestrutura aqui criticado em muito se identifica com o espírito "liberalizante" que neutraliza a incidência do princípio constitucional da soberania econômica. Falamos de uma prática jurídica voltada fundamentalmente a transformar a infraestrutura brasileira na mais atraente oferta ao setor privado, inclusive com linhas de financiamento públicas similares àquelas outrora concedidas aos arrematantes das estatais, no curso dos anos 90.

Esse ramo do direito vê pouca relevância na titularidade pública do bem e da atividade, vê pouco significado no ato delegatório da concessão, vê pouca ou nenhuma distinção material entre executar um serviço público e explorar uma atividade econômica livre à iniciativa privada.[293] O aspecto teleológico de ter o poder constituinte deliberado tais

[293] A infraestrutura como serviço público será analisada no decorrer deste capítulo.

atividades como pertencentes à União e destinadas ao desenvolvimento nacional não é um dado sensível para tal disciplina do direito. Para o chamado direito da infraestrutura, importa apenas que a Constituição facultou a concessão, e então é possível pôr em prática.

Propomo-nos, então, a examinar a infraestrutura sob uma perspectiva jurídica distinta da do *direito da infraestrutura*, e afeita ao Direito Econômico. A proposta deste capítulo é desvendar o significado e as características da infraestrutura em meio à constituição dirigente. Pretendemos entender a importância da infraestrutura como instrumento da soberania econômica para promover o desenvolvimento endógeno, a internalização dos centros de decisão econômica e, assim, fazer frente aos compromissos expressos de desenvolvimento, erradicação da pobreza e marginalidade e atenuação das desigualdades sociais.

4.2 O que se diz infraestrutura – uma primeira incursão ao conceito

O termo infraestrutura é, hoje e já há algum tempo, utilizado vulgarmente para definir um certo conjunto de atividades econômicas. Essa definição, que aproxima infraestrutura de atividade econômica, será examinada com maior profundidade ao longo deste capítulo (nesta e nas próximas seções), em sua parcela de verdadeiro, em sua parcela de impróprio e nos perigos de sua inadvertida ou literal aceitação.

Utilizemos, como ponto de partida, o dicionário. O Dicionário Houaiss da língua portuguesa traz para infraestrutura um significado puro ou original e um significado urbanístico (o próprio dicionário assim o qualifica, por meio da abreviação "urb.", que se refere a "urbanismo" ou "planejamento urbano").

O significado de origem da palavra infraestrutura é "suporte geralmente escondido e invisível, que é base indispensável à edificação, à manutenção ou ao funcionamento de uma estrutura concreta ou abstrata, visível ou percebida racionalmente"[294]. Essa terminologia é comumente empregada quando nos referimos a edificações. Por exemplo: "a ponte desabou porque sua infraestrutura era frágil". O vocábulo se refere à base invisível que suporta uma construção.

No significado urbanístico apresentado pelo dicionário, fala-se em infraestrutura como "sistema de serviços públicos de uma cidade, como rede de esgotos, abastecimento de água, energia elétrica, coleta de águas pluviais, rede telefônica, gás canalizado". Tal definição está muito mais próxima do que juridicamente se entende por infraestrutura, pois

[294] HOUAISS, Antônio. Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa. 1 ed., Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 1.616.

contempla um conjunto de ativos e atividades de natureza pública que uma cidade deve ostentar e oferecer a seus moradores.[295]

O primeiro sentido é originário, o segundo é derivado. Importa-nos aqui investigar mais a fundo como se deu tal derivação de significado.

Como anotado por André Castro Carvalho, a composição do conjunto de atividades denominado infraestrutura não é absoluta ou estanque, ela varia a depender do enfoque sob o qual é abordado. Isso se dá em virtude de ser uma nomenclatura compartilhada por diferentes campos do conhecimento, seja em ciências exatas, sobretudo na engenharia, seja nas ciências humanas, como o direito e a economia.[296]

A referência mais remota do emprego jurídico do termo *infraestrutura* se encontra nas convenções reais francesas sobre ferrovias, em 1883. Tais convenções utilizavam a dicotomia infraestrutura/superestrutura, própria da engenharia de transportes, ficando o Estado responsável pela infraestrutura das ferrovias, e o particular pela superestrutura.[297] Em comentário a tais convenções, Henry Berthélemy associa o termo infraestrutura às vias de ferro, estações, túneis e pontes.[298]

Note-se que a referência francesa não denominava uma atividade econômica ou grupo de atividades econômicas, mas sim uma das etapas do trabalho de engenharia de uma obra ou um edifício, ou uma parte da matéria edificada. Grosso modo, a expressão *infraestrutura* nomeia os trabalhos de fundação, isto é, os alicerces que dão sustentação para o restante de uma edificação.

Tal definição se mostra atual e adequada ao cenário regulatório brasileiro, já que o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT) classifica a infraestrutura

---

[295] HOUAISS, Antônio. Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa. 1 ed., Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 1.616.

[296] CARVALHO, André Castro. *Direito da infraestrutura:* perspectiva pública. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 93.

[297] "Résumé des conventions de 1883. — Voici, dans leurs traits principaux, les stipulations qui résultent, de part et d'autre, des grandes conventions: [...] L'État, d'après les conventions antérieures, n'avait à sa charge que l'acquisition des terrains, l'infrastructure des voies et la construction des travaux d'art. Les concessionnaires faisaient, à fonds perdu, les frais de la superstructure". BERTHÉLEMY, Henry. *Traité Élémentaire de Droit Administratif*. Paris: Premier Fascicule, Librairie Nouvelle de Droit e Jurisprudence Arthur Rousseau, 1900, p. 642.

[298] "On supprimait pour elle le plus gros élément d'insécurité en mettant au compte de l'État la charge des acquisitions des terrains par voie d'expropriation ou à l'amiable, les terrassements, la construction des ouvrages d'art, des ponts, des tunnels, des stations". BERTHÉLEMY, Henry. *Traité Élémentaire de Droit Administratif*. Paris: Premier Fascicule, Librairie Nouvelle de Droit e Jurisprudence Arthur Rousseau, 1900, p. 636. Nesse mesmo sentido, ver BERCOVICI, Gilberto. Infraestrutura e Desenvolvimento. *In*: BERCOVICI, Gilberto; VALIM, Rafael, *Elementos de Direito da Infraestrutura*. São Paulo: Contracorrente, 2015. p. 17-26, aqui p. 17.

ferroviária como sendo “o conjunto de obras que formam a plataforma da estrada e suporta a superestrutura, sendo composta por terraplanagem (cortes e aterros), sistemas de drenagem superficial e profundo, obras de artes correntes e especiais (pontilhões, pontes e viadutos) e túneis”, em contraposição à superestrutura ferroviária, consistente nos “trilhos, acessórios de fixação, os aparelhos de mudança de via, os dormentes, o lastro e o sublastro, elementos estes que se encontram sujeitos às ações de degradação provocadas pela circulação dos veículos e de deterioração por ataque do meio ambiente”.[299]

Trata-se, a todo sentir, de um termo técnico da engenharia de edifícios que foi, pouco a pouco, sendo apropriado em outras áreas do conhecimento para denominar as grandes obras voltadas à prestação de serviços públicos e as próprias atividades de operação e gestão desses serviços.

Uma etapa de relevo na progressão terminológica de infraestrutura foi o seu emprego corrente na linguagem militar, a partir da Segunda Guerra Mundial. A expressão significava as construções militares desenvolvidas para possibilitar as operações de combate e de defesa dos exércitos.

A guerra requer dos exércitos o desenvolvimento de veículos de combate em terra, na água e no ar; tais maquinários bélicos, por sua vez, exigem uma grande estrutura que os suporte, como portos e aeroportos, armazéns, hangares, estaleiros, oficinas, pistas, rodovias próprias, enfim. Além disso, essa grande estrutura é ocupada permanentemente por uma tropa em atividade, o que faz erigir edifícios de moradia e de treinamento em seu entorno. Tudo isso de modo a formar um complexo de diversas construções que se comunicam, que operam e que orbitam em torno de um dado propósito de guerra.[300]

Foi no contexto da linguagem militar que ocorreu a assimilação internacional do termo “infraestrutura”, em virtude de seu emprego pela Organização do Tratado do Atlântico Norte (OTAN).

A acepção militar, note-se, também se pautou na ilustração das *fundações* para o seu conteúdo próprio da expressão. A infraestrutura militar é o conjunto das obras

---

[299] DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTES – DNIT. *Seminário de Consolidação do Sistema de Custos Referenciais de Obras* (SICRO). Brasília, set. 2018. Disponível em: http://www.dnit.gov.br/custos-e-pagamentos/sicro/eventos-1/seminario-de-consolidacao-do-sicro-2018/ConsolidacaodoSICRO2018-SuperestruturaFerroviaria.pdf. Acesso em: 18 out. 2019.

[300] “Não havia como desencadear operações militares sem o apoio de uma infraestrutura de base. Os veículos terrestres e as tropas do exército precisavam de rodovias para poder avançar, os navios de guerra da marinha necessitavam de estaleiros e portos para as suas operações; os aviões de guerra, igualmente, tinham como imprescindível a existência de aeroportos militares. Essa relação da infraestrutura com as operações militares munidas de armas específicas e tropas passou a ser fundamental para o sucesso nas guerras”. CARVALHO, André Castro. *Direito da infraestrutura:* perspectiva pública. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 95.

fundacionais das atividades do exército, são as construções basilares para então se erguer um exército com plenas ou satisfatórias condições de operar uma guerra.

Sucessivamente à evolução do conceito militar, vislumbrou-se o surgimento de uma significação de *infraestrutura* própria para o campo da ciência econômica. A exemplo do que ocorreu na seara militar, o conceito econômico também se apegou à raiz léxica do termo, que remete à ideia de fundação ou alicerce.

Assim começa Walter Buhr o seu artigo econômico *What is Infraestructure*: "Até hoje, não dispomos de uma definição bem fundamentada e útil de infraestrutura ('infra' deriva da língua latina, que significa abaixo, logo infraestrutura pode ser utilizada para expressar 'fundação')".[301] Como sugere o tronco semântico da palavra, os elementos que a ciência econômica define como infraestruturais são voltados a produzir o ambiente necessário ou mais favorável à realização de um sistema econômico, de um sistema de atividades econômicas. O autor confirma tal inferência ao diagnosticar que, enquanto tradicionalmente a expressão infraestrutura remetia a instalações permanentes para finalidades militares, seu emprego moderno dirige-se aos alicerces econômicos e organizacionais de uma economia altamente desenvolvida, tais como as redes de transporte e a força de trabalho.[302]

De acordo com Walter Buhr, o trabalho pioneiro de sistematização daquilo que seria a infraestrutura numa dimensão econômica foi de Reimut Jochimsen, segundo o qual:

> A infraestrutura é definida como a soma de instalações e dados materiais, institucionais e pessoais disponíveis para os agentes econômicos e que contribuem para realizar a equalização da remuneração de insumos comparáveis no caso de uma alocação adequada de recursos, ou seja, integração completa e nível máximo de atividades econômicas.[303]

---

[301] "Until today we cannot dispose of a well-founded and useful definition of infrastructure ('infra' stems from the Latin language, meaning below, thus 'infrastructure' can be taken to express 'foundation')". BUHR, Walter. *What is infrastructure?* Siegen, Germany, University of Siegen, Department of Economics, 2003. (Discussion Paper, n. 107-3), p. 1

[302] "Traditionally, 'infrastructure' has been applied to permanent installations required for military purposes. Modern general usage of the term concerns the necessary economic and organizational foundation of a highly developed economy (transport network, labor force etc.)". BUHR, Walter. *What is infrastructure?* Siegen, Germany, University of Siegen, Department of Economics, 2003. (Discussion Paper, n. 107-3), p. 1 e 2.

[303] "The sum of material, institutional and personal facilities and data which are available to the economic agents and which contribute to realizing the equalization of the remuneration of comparable inputs in the case of a suitable allocation of resources, that is complete integration and maximum level of economic activities". JOCHIMSEN, Reimut, *Theorie der Infrastruktur:* Grunlagen der marktwirtschaftlichen Entwicklung. Tübingen, J.C.B. Mohr, 1966, p. 100 *apud* TORRISI, Gianpiero. Public infrastructure: definition, classification and measurement issues. *Munich Personal RePEc Archive*, Paper n. 12.990, Jan. 2009, p. 7.

Para Reimut Jochimsen, a infraestrutura se dividia em três planos: institucional, pessoal e material.

O plano institucional é o direito objetivo no tocante à ordem econômica, isto é, o conjunto de normas jurídicas que estabelecem as diretrizes e o plano essencial da nação sobre o desenvolvimento econômico do país e dos cidadãos.

A infraestrutura pessoal consiste na capacitação da população, isto é, como o Estado e a conjuntura de um dado país possibilitam a preparação e qualificação de seus governados para ingressarem na economia. Os agentes econômicos são as pessoas, são elas que compõem o plano econômico em todos os seus polos, posições e cadeias; logo, a qualidade dessas pessoas será determinante para o nível de desenvolvimento da economia do respectivo país. A análise da infraestrutura pessoal de um dado país concentra-se num exame sobre a sua capacidade de educar e de profissionalizar, o grau qualitativo da educação que proporciona e a faixa da população que acessa a educação.

Por fim, temos a infraestrutura material, que consiste nos bens de capital necessários à constituição de um ambiente apto à proliferação de atividades econômicas variadas e à organização da vida social em um adequado nível de satisfação, dignidade e bem-estar. Em termos pragmáticos, o autor delineava a infraestrutura material como sendo:

> 1. a totalidade dos ativos rentáveis, equipamentos e capital circulante em uma economia que servem ao fornecimento de energia, serviços de transporte e telecomunicações; devemos acrescentar 2. estruturas para a conservação dos recursos naturais e rotas de transporte no sentido mais amplo e 3. edifícios e instalações da administração pública, educação, pesquisa, assistência médica e bem-estar social.[304]

Reimut Jochimsen e diversos sucessores, como René Frey, Dieter Biehl e Peter Nijkamp,[305] defendiam em suas formulações que a infraestrutura material havia de ser fornecida pelo Estado.

---

[304] "1. the totality of all earning assets, equipment and circulating capital in an economy that serve energy provision, transport service and telecommunications; we must add 2. structures etc. for the conservation of natural resources and transport routes in the broadest sense and 3. buildings and installations of public administration, education, research, health care and social welfare". JOCHIMSEN, Reimut, *Theorie der Infrastruktur:* Grunlagen der marktwirtschaftlichen Entwicklung. Tübingen, J.C.B. Mohr, 1966, p. 103 in TORRISI, Gianpiero. Public infrastructure: definition, classification and measurement issues. *Munich Personal RePEc Archive*, Paper n. 12.990, Jan. 2009, p. 7.

[305] Segundo o estudo de Walter Buhr, os autores referidos (René Frey, Dieter Biehl e Peter NijKamp) e outros mais sustentaram diversas formulações que tinham como ponto em comum a noção de que a infraestrutura deve ser provida pelo Estado: "Numerous formulations have been put to the test, leading to a substantial diversity and complexity of suggestions and problems which shall not be described here in detail (cf., for example, Jochimsen/Gustafsson 1970a, 1970b, Frey 1972, 1978, Biehl 1986, Nijkamp 1986, Lakshmanan 1989, Aberle 1995, Rietveld/Bruinsma 1998, Haughwout 2000b, Nijkamp 2000). All of these formulations have in common that infrastructure, essentially material infrastructure, is to be supplied by the

Os exatos bens de capital e atividades que fazem parte do conjunto intitulado infraestrutura ou, na categorização de Reimut Jochimsen, infraestrutura material, variam a depender do país, do tempo e do autor. Essa variação é perfeitamente natural, pois os componentes essenciais ao desenvolvimento do ambiente econômico dependem da perspectiva temporal e espacial em que é analisada a sociedade. Por exemplo, não seria possível incluir as atividades de telefonia como infraestrutura material de uma sociedade do início do século XIX; da mesma forma, não seria possível incluir as atividades de construção e gestão portuária como infraestrutura material de um país que não tenha acesso ao mar e não ostente rios navegáveis.

Quanto à composição atual do setor de infraestrutura, podemos citar três firmes referências atuais da doutrina jurídica pátria.

André Castro Carvalho formula que "taxonomicamente, a infraestrutura é um gênero, subdividindo-se em setores operados por indústrias em espécies (subsistemas físicos) determinadas", sendo que "tais setores, atualmente, são representados por quatro categorias: saneamento básico, telecomunicações, energia e transportes". O autor arremata a sua definição taxonômica afirmando que "como indústrias, consideram-se aquelas que exploram a própria infraestrutura e os serviços públicos correlatos (como transporte público, distribuição de gás, energia, água e esgoto e serviços de telecomunicações) nos subsistemas físicos (rodovias, ferrovias, dutovias, portos, aeroportos, hidrovias, antenas de telecomunicações, torres de transmissão e postes de energia)".[306]

Gilberto Bercovici, Walfrido Warde e José Francisco Siqueira Neto anotam que a acepção sistêmica da infraestrutura econômica "contempla invariavelmente projetos de (i) eletricidade e gás; (ii) petróleo; (iii) água, esgoto e lixo; (iv) construção pesada; (v) transporte terrestre; (vi) transporte aquaviário; (vii) transporte aéreo; (viii) atividades auxiliares de transporte e entrega; e (ix) telecomunicações".[307] A classificação proposta pelos autores se baseia na classificação adotada pelo sistema do Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES para a apresentação estatística das informações de desembolso.

---

state". BUHR, Walter. *What is infrastructure?* Siegen, Germany, University of Siegen, Department of Economics, 2003. (Discussion Paper, n. 107-3), p. 1 e 2.

[306] CARVALHO, André Castro. *Direito da infraestrutura:* perspectiva pública. São Paulo: Quartier Latin, 2014., p. 178.

[307] BERCOVICI, Gilberto; WARDE JR., Walfrido Jorge; SIQUEIRA NETO, José Francisco. *Um plano de ação para o salvamento do projeto nacional de infraestrutura*. São Paulo: Contracorrente, 2015, p. 13.

Cite-se, por fim, Maurício Portugal Ribeiro e Paulo Meira Lins, cuja proposta de agrupamento de infraestrutura econômica compreende os seguintes setores:

> Transportes – portos, aeroportos, rodovias, ferrovias, hidrovias e eclusas, metropolitano e de massa (metrô, VLT, terminais de ônibus/metrô/ferroviário); Comunicações (telefonia fixa, cabo, infra-estrutura satelital, 'backbone de internet', rede submarina); Energia (distribuição, geração e transmissão); Águas e Saneamento, processamento e tratamento de esgoto, infra-estrutura de irrigação, infra-estrutura de controle de irrigação e alagamentos; Distribuição de gás; Processamento e distribuição de lixo.[308]

As propostas de conjuntos apresentadas acima se harmonizam entre si, com alguma variação de especificidade de serviços. Vemos que os juristas brasileiros consagram como infraestrutura, além dos setores de energia, telecomunicação e transportes apontados no artigo econômico de Reimut Jochimsen, também o setor de tratamento de água, lixo e esgoto.

Nesse sentido, Anna Zamojska e Joanna Próchniak, em recente artigo econômico sobre os impactos sociais de projetos de infraestrutura, anotam que, "num nível muito básico, infraestrutura significa ativos, equipamentos e capital circulante relativo ao transporte, às telecomunicações e à energia fornecida ao público para satisfazer expectativas e necessidades sociais". As autoras, no entanto, ressaltam e acolhem uma esfera de definição mais atual e abrangente de infraestrutura, que inclui precisamente os projetos de tratamento de água e saneamento.[309]

O *Relatório sobre o Desenvolvimento Mundial*, emitido pelo Banco Mundial em 1994, dedicado especificamente à *Infra-estrutura para o Desenvolvimento*, traz subsídios para enrijecer a fluída definição de infraestrutura. De acordo com mencionado relatório, há um corte a se fazer entre infraestrutura social e infraestrutura econômica. O primeiro grupo

---

[308] RIBEIRO, Maurício Portugal; LINS, Paulo Meira. *Infraestrutura, crescimento e desigualdade social*. Curso de Direito da Infraestrutura da Fundação Getúlio Vargas Rio de Janeiro, 2008. (Apresentação de slides, aulas 1 a 3). Disponível em: https://pt.slideshare.net/portugalribeiro/curso-de-direito-da-infraestrutura-aula-1-infraestrutura-crescimento-e-desigualdade-social-3650693. Acesso em: 18 out. 2019.

[309] "A very basic level, infrastructure means assets, equipment or circulating capital that serve transport, telecommunications and energy provided to the public to meet social needs and expectations. More precise definitions include buildings and installations for education, health care, culture, research, and public administration needs. […] Infrastructure projects can vary in the type of land use (railway, waste water treatment plant, roads, etc.), type of intervention (upgrade, construction, etc.), location or service provided (cultural activities, cargo traffic, etc.). Summing up different categories, infrastructure projects can be divided into: transport (roads, railways, air, public transport, intermodal, etc.), environmental (water, sanitation, waste management, environmental remediation, recycling, etc.), social (education, health care, etc.), energy (low-carbon energy, renewable sources, etc.), and broadband investments foreseen as internet access". ZAMOJSKA, Anna; PRÓCHNAK, Joanna. Measuring the Social Impact of Infrastructure Projects: the case of Gdansk Fair Co., *Journal of Entrepreneurship, Management and Innovation* – JEMI, Wizsza Szkola Biznesu National Louis University – WSB-NLU, v. 13, p. 25-42, Jan. 2017, aqui pp. 25 e 27.

a que o relatório se dedica "estaria geralmente relacionado à educação e à saúde", ao passo que o segundo grupo, da infraestrutura econômica, compreenderia:

> [O]bras de engenharia, equipamentos e instalações que servem à produção econômica e às famílias. Incluem-se aí os serviços públicos (energia, gás encanado, telecomunicações, abastecimento de água, saneamento e esgotos, coleta e disposição de lixo), obras públicas (represas, canais de irrigação e estradas) e outros setores de transportes (ferrovia, transporte urbano, portos e vias navegáveis e aeroportos)"[310]

Diante da definição demasiadamente genérica de infraestrutura social provida pelo Banco Mundial, André Castro Carvalho aponta que a literatura estrangeira inclui em tal categoria escolas, parques, estruturas esportivas e usinas de lixo, sendo que há vertentes doutrinárias que ainda incluem nesse rol igrejas, fazendas, minas, indústria alimentícia e florestas.[311]

Tomemos, nesta dada altura, cuidado diante de taxonomia tão fluída e difusa, já que os conceitos de infraestrutura social e de infraestrutura econômica parecem ter o potencial de abarcar uma gama muito abrangente e heterogênea de elementos. Se assim for, tornar-se-iam conceitos abstratamente indelimitáveis, com o que deixariam de ser conceitos e seria impossível estudá-los.

Fiquemos com a seleção de setores realizada pelos juristas brasileiros há pouco citados, que converge com o entendimento das autoras polonesas (Anna Zamojska e Joanna Próchniak) e com o que o Banco Mundial chama de *infraestrutura econômica*. Como reflexo desse denominador comum, a infraestrutura, hoje, contorna fundamentalmente os setores de **energia, telecomunicações, saneamento e logística**. Reforçam a convenção desse sentido estrito de infraestrutura José Antonio Trujillo del Valle,[312] Martin Stewart-Smith,[313] Arturo Israel[314] e Christine Kessides.[315] No mesmo sentido vão as definições do BNDES[316] e da CEPAL.[317]

---

[310] BANCO MUNDIAL. *Relatório sobre o Desenvolvimento Mundial 1994* – Infra-estrutura para o desenvolvimento. Rio de Janeiro-São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 1994, p. 14.

[311] CARVALHO, André Castro. *Direito da infraestrutura:* perspectiva pública. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 157 e 158.

[312] "En todo caso, hemos de aclarar que nos estamos refiriendo a lo que más tradicionalmente se entiende por grandes infraestructuras (red viaria: carreteras, túneles, puertos ; transporte colecti- vo: ferrocarril, metro; bases de transporte: ae- ropuertos, puertos; s ervicios: ciclo del agua, gas, electricidad), pues el término infraestructu- ra se utiliza cada vez con más generalidad para incluir otros conceptos como la red sanitaria, las instalaciones deportivas, etc". DEL VALLE, José Antonio Trujillo. *Financiación de infraestructuras:* los riesgos y su mitigación. Notas Técnicas. Washington: Inter-American Development Bank, 2004, p. 3.

Mas restam pendentes, nesses esforços de definição conceitual, algumas pontas soltas. Deixando-se de lado as discussões sobre os setores abrangidos e adotando-se dogmaticamente a delimitação dos quatro setores acima mencionados (energia, telecomunicação, logística de transporte e saneamento), há ainda, com o perdão da redundância, grande margem de indefinição na definição conceitual jurídica de infraestrutura.

A indefinição maior não está nos setores que compõem a infraestrutura, até porque, como mencionado alhures, essa composição é anatomicamente dinâmica no tempo e no espaço, a depender de fatores tecnológicos e geográficos.

O problema ou a indefinição maior reside na falta de contornos abstratos sobre o que propriamente significa infraestrutura e sob qual perspectiva ela se relaciona com os setores econômicos que a compõem. É claro e certo que a infraestrutura é gênero do qual

---

[313] STEWART-SMITH, Martin. *Industry Structure and Regulation.* Washington: World Bank, 1995. (Policy Research Working Paper, 1419), p. 9 a 20.

[314] "Sin embargo, se demuestra que una definición es útil si existe un grupo de sectores que comparten características y problemas en un grado tal que justifica agruparlos para fines analíticos. Claro está que no todos los sectores seleccionados deben compartir la totalidad de las características o problemas, pero debe haber significativos elementos comunes. En este documento se incluyen los servicios prestados en los cinco sectores siguientes: i) energía eléctrica, ii) Riego, iii) telecomunicaciones, iv) transporte, y v) abastecimiento de agua y saneamiento, tanto en el ámbito urbano como en el rural". ISRAEL, Arturo. *Gestión de la infraestructura en él decenio de 1990.* Washington: World Bank, 1993. (World Bank Discussion Papers, n. 171), p. 7.

[315] "Infraestructure – defined here to include the sectors of transport, water and sanitation, power, telecommunications, and irrigation – represents a large portfolio of expenditure in all countries, ranging from a third to one-half of public investment". KESSIDES, Christine. *The contributions of infrastructure to economic development*: a review of experience and policy implications. Washington: World Bank, Sept. 1993. (World Bank Discussion Papers, n. 213), p. ix – sumário executivo.

[316] Os economistas do quadro do BNDES José Carlos Pires e Maurício Conti Piccini, em artigo de publicação eletrônica do BNDES sobre os desafios de regulação no setor de infraestrutura, delimitam seu objeto como contemplando os "setores de telecomunicações, energia elétrica, petróleo e gás natural, transportes e saneamento básico". No entanto, os próprios autores ressalvam que, na sua visão, "embora não pertença ao setor de infra-estrutura, o segmento de petróleo é mencionado na análise do presente trabalho pela sua interligação com o segmento de gás natural". PIRES, José Carlos Linhares; PICCINI, Maurício Conti. *A Economia brasileira nos anos 90: A regulação dos setores de infra-estrutura no Brasil*, Rio de Janeiro: publicações BNDES, pp.217-270, 1999, aqui p. 220. Disponível em: https://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/livro/eco90_07.pdf. Acesso em: 05 jan. 2020. A delimitação proposta no artigo se coaduna com aquela utilizada pelo BNDES em seus relatórios periódicos de desembolsos e desempenho. Ver, p.e., o último *Boletim de Desempenho* do BNDEs, datado de setembro de 2019, que indica o setor de infraestrutura como compreendendo "energia elétrica, construção, transporte rodoviário, transporte ferroviário, outros transportes, atividades auxiliares de transporte, serviçosa de utilidade pública, telecomunicações e outros". Disponível em https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/transparencia/estatisticas-desempenho/desembolsos. Acesso em 05.01.2020.

[317] SÁNCHEZ, Ricardo J. (coord.). *Reti infraestrutturali in America Latina.* Cepal, Nazione Unite, Santiago del Cile, ago. 2008. *In:* CAMPANELLA, Raffaele. *America Latina e Caraibi Infraestrutture e Integrazione.* Roma: Collana di Studi Latinoamericani, Economia e Società, 2008, pp. 12 e 13.

certos setores econômicos são espécie. Mas, novamente, sob qual perspectiva se constrói essa relação de gênero-espécie? Infraestrutura é um gênero de atividades econômicas ou um gênero de bens aplicados em atividades econômicas? E ainda, de quais atividades econômicas estamos falando, daquelas diretamente associadas aos setores indicados, ou, por exemplo, das atividades de engenharia e construção das obras públicas associadas aos setores indicados (isto é: a construção de uma hidroelétrica é infraestrutura, ou infraestrutura é a atividade de geração de energia elétrica?)?

A própria terminologia "setor econômico" contribui para certa perplexidade jurídica, pelo seu teor relativamente genérico e sua falta de correspondência a qualquer preceito jurídico.

Ressalte-se, aliás, como diagnostica Bercovici, que a delimitação do conjunto da infraestrutura tomou a seguinte linha evolutiva: primeiro os economistas se concentraram em discutir quais seriam as atividades componentes do conjunto; só depois se observou, com base num grupo pré-selecionado de atividades, o esforço para delimitar as características abstratas que fazem com que uma dada atividade configure infraestrutura e possa vir a compor o grupo.[318]

O direito segue a mesma linha, num percurso ainda inacabado. O conceito se desenvolveu de maneira turva, atendendo ao pragmatismo dos operadores do direito, e sem maiores cuidados relativos à delimitação teórica, daí porque a infraestrutura é um elemento de difícil assimilação à ciência do direito. A infraestrutura se apresenta para o direito como uma matéria digna de discriminação e de tratamento próprio, em virtude da magnitude dos respectivos projetos de construção e operação. Referimo-nos ao colossal capital requerido; ao longo tempo para a realização dos empreendimentos à enorme complexidade de feixes de contratos de engenharia, de montagem, de aquisição de bens e de serviços; à quantidade de participantes envolvidos, entre eles sempre o Estado; aos enormes desafios regulatórios; e às garantias igualmente soberbas que o empreendimento requer. Enfim, por essas questões essencialmente pragmáticas associadas à execução de projetos, esses setores de atividade constituem uma categoria própria relevante para os operadores do direito chamada infraestrutura.

---

[318] BERCOVICI, Gilberto. Infraestrutura e Desenvolvimento. *In*: BERCOVICI, Gilberto; VALIM, Rafael, *Elementos de Direito da Infraestrutura.* São Paulo: Contracorrente, 2015. p. 17-26, aqui p. 18.

Essa parece ser a lógica que fundamenta o agrupamento dos setores energético, de telecomunicações, de transporte e de saneamento básico sob a taxonomia ou denominação de infraestrutura.

Após essas primeiras reflexões sobre a definição jurídica de infraestrutura e suas dificuldades e limitações, investigaremos mais a fundo a assimilação do conceito ao direito, de modo a revelar a sua íntima relação com a soberania econômica.

4.3 As crises sobre a identidade da infraestrutura

4.3.1 Bem e/ou atividade?

Como concluímos na seção anterior, os esforços de definição pragmática de infraestrutura deixam permanecer uma dúvida conceitual de grande relevo. A infraestrutura é atividade econômica? Infraestrutura coincide com um grupo de atividades econômicas?

A questão é sinuosa, uma vez que as definições de infraestrutura costumam conjugar atividades econômicas e as obras públicas ou o conjunto de equipamentos empregados em tais atividades econômicas.

Aliás, quando falamos em projetos de infraestrutura, curiosamente, a monumentalidade de tais projetos na qual repousa a *differentia specifica*[319] desse conceito pragmático e imperfeito, construído até aqui por operadores do direito, está ligada mais à realização da obra pública do que à atividade que nela será praticada. Isto é, o colosso de capital injetado e o demorado tempo de maturação que conduziram os operadores do direito à concepção dos *project finances* no setor estão relacionados muito mais à construção do porto, da ferrovia, da rodovia, da hidroelétrica, e não à operação de referidas obras.

---

[319] *Differentia specifica* é termo criado no âmbito da biotaxonomia, isto é, o campo do conhecimento científico voltado à classificação e ao agrupamento da infinidade de seres vivos existentes na natureza. Em determinado estágio da evolução desse ramo das ciências biológicas, os seus estudiosos convencionaram a utilização de nomes compostos (binários) para individualizar espécies de seres vivos, sob a seguinte dinâmica: as espécies de um mesmo gênero levam o primeiro nome idêntico a todas elas. O segundo nome, por sua vez, é o epíteto específico, isto é, uma referência a uma característica que torna a espécie única em relação às demais do seu gênero. Como exemplo, pensemos no gênero dos hominídeos: em *homo sapiens*, o segundo nome significa sábio, em referência à capacidade de raciocínio, linguagem e inteligência; em *homo erectus*, o segundo nome significa ereto, em razão da postura, perfeitamente adaptada à locomoção bípede, diferenciando-os das espécies ancestrais; em *homo habilis*, o segundo nome significa hábil, por serem eles a primeira espécie a utilizar as mãos para fabricar ferramentas rudimentares. A expressão *differentia specifica* foi apropriada por outros ramos do conhecimento, para significar a característica nuclear que diferencia um dado conceito de outros que lhe são congêneres.

Por essa linha, estranhamente, a infraestrutura estaria então muito mais associada à atividade de engenharia de grandes obras.

Assim, para bem endereçar a complexidade do questionamento (sobre se infraestrutura corresponde a uma atividade econômica), devemos considerar que a construção da obra pública, evidentemente, congrega um sem número de atividades econômicas, de elaboração de projeto, de construção, de fornecimento e de prestação de serviços. Essas atividades econômicas empregadas na construção da obra pública seriam infraestrutura?

Na análise taxonômica de André Castro Carvalho, transcrita na seção anterior, esse dilema, sobre se a infraestrutura é atividade econômica, mantém-se muito claro. O autor primeiramente define infraestrutura como um gênero formado por "setores operados por indústrias em espécies", para, em seguida, complementar que "como indústrias, consideram-se aquelas que exploram **a própria infraestrutura** e os serviços públicos correlatos". É dizer: dentro da definição maior ou lata de infraestrutura, enquanto congregação de setores da indústria – o que parece equivaler à atividade econômica –, existe um segundo emprego menor ou estrito do termo infraestrutura, que parece significar *bem de capital*, isto é, um ativo necessário à consecução da atividade econômica.

Ou seja, há uma crise de definição, sobre se a infraestrutura é, de forma metafórica (i) a fábrica; ou (ii) a atividade econômica de fabricação; ou ainda (iii) a atividade econômica precedente de construção e montagem da fábrica; ou, por fim, (iv) o somatório de alguns ou de todos os itens anteriores.

Essa crise, veremos mais adiante, não é de menor relevo, pois ela induz perspectivas sobre a matéria que levam ao esquecimento do caráter inerentemente público da infraestrutura. Isto é, levam ao esquecimento ou desconsideração da imprescindibilidade da infraestrutura na realização da **soberania econômica** e nos correlatos objetivos de internalização dos centros de decisão econômica, desenvolvimento endógeno e a construção de um capitalismo brasileiro autônomo e independente.

Essa crise de definição se consagra inclusive na própria Constituição Federal, já que as duas aparições do termo no texto constitucional são bastante incidentais e não permitem a precisa identificação do significado atribuído à *infraestrutura* na espécie.

Vejamos. O art. 21, inc. XII, alin. c, da Constituição Federal estabelece que "Compete à União Federal: XII) explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: c) a navegação aérea, aeroespacial e a **infra-estrutura aeroportuária**".

É dúbia a redação, pois "explorar infraestrutura" pode significar explorar um bem de capital na realização de uma atividade econômica – hipótese na qual *infraestrutura aeroportuária* se aproximaria de bem de capital; ou, numa linguagem mais figurada ou coloquial, "explorar infraestrutura" pode significar explorar uma atividade econômica, hipótese na qual *infraestrutura aeroportuária* se aproximaria de atividade econômica.

Já o art. 177, par. 4º, inc. II, alin. c da Constituição Federal assim estabelece: "a lei que instituir contribuição de intervenção no domínio econômico relativa às atividades de importação ou comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível deverá atender aos seguintes requisitos: II - os recursos arrecadados serão destinados: c) ao financiamento de programas **de infra-estrutura de transportes**".

A pura gramática normativa aqui pouco nos acode, pois os *programas* objetos de financiamento tanto poderiam se voltar à construção de estradas, rodovias, ferrovias e transportes metropolitanos, quanto à atividade econômica correlata de operação dessas obras públicas.

Tais nomenclaturas constitucionais também são encontradas na legislação infraconstitucional, na lei de criação da Empresa Brasileira de **Infra-Estrutura Aeroportuária** (Infraero) (Lei nº 5.862/1972) e na lei de criação do Departamento Nacional de **Infra-Estrutura dos Transportes** – DNIT (Lei nº 10.233/2001).

Os diplomas infraconstitucionais apresentam elementos importantes para o discernimento do significado de infraestrutura. O conteúdo de tais diplomas reforça mesmo a impressão de que infraestrutura significa dois elementos congregados: a obra pública e a sua exploração econômica. Ao mesmo tempo, tais diplomas revelam detalhes importantes sobre como se dá tal congregação de elementos.

A Infraero consiste numa *empresa de infraestrutura aeroportuária*, pois sua finalidade, nos termos do art. 2º de sua lei de regência, é "implantar, administrar, operar e explorar industrial e comercialmente a infraestrutura aeroportuária que lhe for atribuída pela Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República".

Ou seja, ser uma empresa de infraestrutura significa realizar atividades econômicas que orbitam a infraestrutura, consistente numa obra pública. O sentido jurídico imediato de infraestrutura é o de obra pública designada a certas atividades. As atividades econômicas de construção da obra pública e as atividades econômicas realizadas por meio da operação da obra pública concluída acabam sendo incorporadas também ao conceito, o que o torna tão complexo e ambivalente.

A lei de regência do DNIT, no mesmo caminho, prevê em seu art. 2º, que o Sistema Nacional de Viação "é constituído pela infra-estrutura viária e pela estrutura operacional dos diferentes meios de transporte de pessoas e bens, sob jurisdição da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios". A expressão é utilizada aqui em sua acepção jurídica imediata das obras públicas viárias.

Mais adiante no diploma, o art. 80 estabelece, como objetivo institucional do DNIT, "implementar, em sua esfera de atuação, a política formulada para a administração da infra-estrutura do Sistema Federal de Viação, compreendendo sua operação, manutenção, restauração ou reposição, adequação de capacidade, e ampliação mediante construção de novas vias e terminais, segundo os princípios e diretrizes estabelecidos nesta Lei".

O perfilhamento dos dois dispositivos supracitados da lei de regência do DNIT ajuda a entender de que forma o conceito jurídico de *infraestrutura* alberga tanto a obra pública (como significado imediato) quanto as atividades econômicas que giram em torno dela (como significado mediato).

Veja-se que o artigo 80 nomeia de *administração da infraestrutura* todas as atividades que orbitam a infraestrutura. Administrar a infraestrutura significa, de um lado, operar, manter e restaurar a infraestrutura existente, e, de outro lado, construir infraestrutura nova.

Sendo assim, o que se extrai dos diplomas legais em comento é que a infraestrutura consiste, de modo rigoroso e imediato, no bem de capital, na obra pública. As atividades econômicas genericamente chamadas de administração de infraestrutura, que contemplam construção, operação e manutenção, acabam sendo chamadas também de infraestrutura, como um significado mediato, produzido numa espécie de apropriação linguística.

Infere-se da lei, portanto, que infraestrutura é, em primeiro lugar, a obra pública, e, em segundo lugar, as atividades econômicas orbitantes.

Tal inferência se harmoniza à definição do Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), segundo o qual infraestrutura significa "o conjunto de estruturas de engenharia e instalações – geralmente de longa vida útil – que constituem a base sobre a qual são prestados os serviços considerados necessários para o desenvolvimento produtivo, político, social e pessoal".[320]

A harmonia se perfaz ou se aperfeiçoa através do entendimento esposado pelo Instituto de Pesquisas Avançadas em Economia (IPEA), a partir da definição de

[320] BANCO INTERAMERICANO DE DESAROLLO – BID. *Un Nuevo Impulso a la Integración de la Infraestructura Regional en América del Sur*. Washington, D.C, 2010, p. 13.

infraestrutura do BID acima transcrita. O IPEA, na pessoa dos seus pesquisadores Carlos Alvares da Silva Campos Neto e Iansã Melo Ferreira, sustenta que, com base na definição do BID de infraestrutura, "é possível distinguir dois conceitos complementares: i) serviços de infraestrutura – que visam satisfazer às necessidades de um indivíduo ou de uma sociedade e são considerados serviços de interesse público; e ii) infraestrutura – que é a base física sobre a qual se dá a prestação destes serviços". O IPEA, então, propõe o termo "infraestrutura econômica", que engloba a base física e os serviços decorrentes, sendo que tal agregação se justifica, "tendo em vista que os serviços de infraestrutura só podem ser executados com a existência do aparato físico, enquanto este só faz sentido quando para a viabilização dos serviços".[321]

Em caminho idêntico, a CEPAL, sob coordenação de Ricardo J. Sánchez, também em análise da supracitada definição do BID sobre infraestrutura, observa ser possível fazer uma "distinção entre serviços de infra-estrutura, que respondem às necessidades do indivíduo ou da sociedade, e infra-estruturas, que formam a base na qual a prestação desse serviço se baseia". Arremata que, como "as atividades de infraestrutura e a prestação de serviços vinculados às infraestruturas contribuem para a formação da mesma cadeia produtiva, gerando sinergias recíprocas, muitas vezes a literatura não distingue os impactos únicos que são criados na sociedade".[322]

Dessa forma, pode-se concluir que, do ponto de vista anatômico, a infraestrutura consiste no bem (obra pública) e na atividade (serviços à população) em estado de plena sinergia, já que a obra é construída com a finalidade de possibilitar a atividade, e a atividade depende da obra que a suporta.

---

[321] INSTITUTO DE PESQUISAS AVANÇADAS EM ECONOMIA – IPEA. *Infraestrutura econômica no Brasil:* diagnósticos e perspectivas para 2025. Brasília, Ipea, 2010. (Série Eixos Estratégicos do Desenvolvimento Brasileiro: Infraestrutura Econômica, Social e Urbana, livro 6, v. 1), pp. 16 e 17.

[322] "Questa definizione consente di fare una distinzione tra servizi infrastrutturali, che rispondono ad un'esigenza dell'individuo o della società, e infrastrutture, che costituiscono la base sulla quale poggia l'erogazione di tale servizio. Tuttavia, poiché le attività infrastrutturali e l'erogazione dei servizi, legati alle infrastrutture, concorrono alla formazione della stessa catena produttiva, generando sinergie reciproche, molto spesso la letteratura non distingue i singoli impatti che si creano nella società". SÁNCHEZ, Ricardo J. (coord.). *Reti infraestrutturali in America Latina.* Cepal, Nazione Unite, Santiago del Cile, ago. 2008. *In:* CAMPANELLA, Raffaele. *America Latina e Caraibi Infraestrutture e Integrazione.* Roma: Collana di Studi Latinoamericani, Economia e Società, 2008, p. 12.

4.3.2 Infraestrutura como capital fixo social

É viva a discussão sobre o significado preciso de infraestrutura para o direito e mesmo para os demais ramos do conhecimento, discussão essa que toma rumos mais profundos do que a dicotomia entre bem e atividade.

Luis Fernando Massonetto, em seu estudo sobre os *Aspectos Macrojurídicos do Financiamento da Infraestrutura*, define infraestrutura como um *capital social fixo*.[323]

Capital fixo, na microperspectiva de produção particular, significa o capital empregado num ativo imobilizado, isto é, num ativo que não se consome, ao menos não com grande instantaneidade, no processo produtivo. O capital fixo de uma empresa é a parte do seu capital empregado no seu ativo imobilizado, isto é, fundamentalmente nos seus maquinários, terrenos e imóveis.

Capital fixo contrapõe-se a capital circulante, sendo que o primeiro não se consome ou se transforma durante uma única rotação do ciclo do capital, isto é, numa única rotação do circuito de transformação do capital-monetário (também chamado de capital-dinheiro) em capital-produtivo, do capital-produtivo em capital-mercadoria (também chamado de capital-mercantil) e do capital-mercantil em capital-dinheiro novamente;[324] ao passo que o segundo é plenamente utilizado, consumido e transformado em um único período da supracitada rotação.

É importante ressaltar que a expressão "consumir-se" diz respeito não a um fenômeno de destruição e desaparecimento de capital, mas de transformação do capital, conforme o ciclo mencionado no parágrafo anterior.

O capital fixo é assim chamado – fixo – por ser ele uma categoria de capital-produtivo, isto é, do capital empregado no processo produtivo, que não se transforma em mercadoria ou não se transfere para a mercadoria produzida. Em virtude disso, o capital

---

[323] MASSONETO, Luís Fernando. Aspectos macrojurídicos do financiamento da infraestrutura. *In*: BERCOVICI, Gilberto; VALIM, Rafael. *Elementos de Direito da Infraestrutura*. São Paulo: Contracorrente, 2015. p. 27-52, aqui pp. 35 e 36.

[324] O ciclo do capital nas formas monetária, produção e mercadoria é explicado com clareza no seguinte excerto de *O Capital*: "Em nossa exposição, partimos do pressuposto de que o valor de capital se apresenta integralmente, com sua grandeza plena de valor, como capital monetário, capital produtivo ou capital-mercadoria. Assim, por exemplo, partimos das £422 inteiramente na forma de capital monetário; em seguida, elas foram integralmente convertidas em capital produtivo e, por fim, em capital-mercadoria: fio no valor de £500 (das quais £78 de mais-valor). [...]. Diferentes frações do capital percorrem sucessivamente os diversos estágios e formas funcionais. Cada forma funcional, embora nela se expresse sempre outra parte do capital, percorre seu próprio ciclo ao mesmo tempo que as outras. Uma parte do capital, que muda e se reproduz sem cessar, existe como capital-mercadoria, que se converte em dinheiro; outra parte existe como capital monetário, que se converte em capital produtivo; a terceira, capital produtivo, se converte em capital-mercadoria. A existência constante dessas três formas é mediada justamente pelo ciclo do capital total que percorre essas três fases". MARX, Karl. O Capital, Crítica da Economia Política. São Paulo: Boitempo Editorial, 2014, *Livro II – O Processo de Circulação do Capital*, pp. 200 e 204.

fixo, como as máquinas e os imóveis, pode tornar a ser empregado no processo produtivo por diversas vezes, ficando imobilizado em sua forma, de certa maneira alheio à vocação circulante do capital.

A antítese de capital fixo, o capital circulante, é representada, sobretudo, pelo capital empregado na compra de insumos, matéria-prima e na força de trabalho que é consumido integralmente na produção da mercadoria, para, em seguida, retornar ao capitalista sobre forma de capital-dinheiro obtido com a venda da mercadoria. Tal capital não experimenta maior período de imobilização, ele está sempre mudando de forma ao sabor do ciclo rotativo do capital.

Diante de tal dicotomia entre capital fixo e capital circulante, David Harvey, ao debruçar-se sobre *O Capital*, de Karl Marx, conclui que a fluidez e o dinamismo são características fundamentais do capitalismo, mas que, por outro lado, existe uma dada categoria do capital designada a viabilizar tal estado característico de fluidez – a qual em si não é fluída, mas estática. Ela existe porque "uma parte do capital tem de estar fixa, para que o restante se mantenha em movimento".[325]

Fora da microperspectiva de produção particular, David Harvey avista outra existência muito mais ampla e sistêmica do capital fixo, uma existência no cenário da sociedade. Diz assim o autor:

> Ao irmos além da imagem do capital fixo como mera máquina, pegamo-nos contemplando um quadro do capital construindo paisagens de campos cultivados e fábricas, rodovias e ferrovias, portos e aeroportos, represas, usinas e redes elétricas, cidades reluzentes e grande capacidade industrial.[326]

Essa reflexão de David Harvey é um facho daquilo que, de forma mais particular e mais profunda, Albert Otto Hirschman concebeu como a ideia de *capital fixo social.*

Hirschman, em *The Strategy of Economic Development*, estabelece os conceitos contrastantes de capital fixo social (CFS) e atividades diretamente produtivas (ADP), como os dois grandes componentes do sistema econômico.

---

[325] "We have seen repeatedly how continuity, fluidity and speed-up are essential qualities of capital flow, but now we encounter a category designed to facilitate that fluidity but which itself is not fluid, but fixed. A part of the capital has to be fixed in order for the rest of capital to keep in motion". HARVEY, David. A companion to Marx's Capital. Londres e Nova York: Verso, 2013, v. II, p. 77.

[326] O excerto é tradução livre para o português da seguinte passagem da obra de David Harvey: "When we go beyond the image of fixed capital as mere machine, we find ourselves conjuring up a picture of capital building whole landscapes of cleared fields and factories; of highways and railways; of ports, harbors and airports; of dams, power stations and electric grids; of gleaming cities and massive industrial capacity". HARVEY, David. A companion to Marx's Capital. Londres e Nova York: Verso, 2013, v. II, p. 77.

No modelo de Hirschman, a sociedade capitalista reproduz, em dimensões mais amplas, o modelo capital fixo/capital circulante da produção particular de cada empresa. Quer dizer que o universo mimetiza a unidade: a sociedade mimetiza a empresa.

O continente, que é a sociedade, e o conteúdo, que é a empresa, são ditados pelo mesmo modelo categórico binário das formas de capital que os compõe: fixo e circulante. A sociedade é uma reprodução aumentada da empresa ou vice-versa (ou a empresa é uma réplica reduzida da sociedade).

Numa empresa, temos (i) o capital fixo, que não é consumido instantaneamente em cada ciclo: máquinas e imóvel (no campo incorpóreo, podemos falar também em direitos autorais e patentes); e (ii) o capital circulante, perfeitamente consumido em cada ciclo: valor de matéria-prima, combustíveis e força de trabalho. Na sociedade, segundo Albert Hirschman, temos o (i) capital fixo social – CFS, constituído pela **infraestrutura** e pelos serviços públicos; e (ii) as atividades diretamente produtivas – ADP, que são as atividades econômicas praticadas pelas empresas.

Em palavras exatas, Hirschman sustenta que o capital fixo social é assim definido e constituído:

> CFS é geralmente definido como compreendendo os serviços básicos sem os quais as atividades produtivas primária, secundária e terciária não conseguem funcionar. Num sentido mais amplo, inclui todos os serviços públicos, desde a justiça e a ordem, passando por educação e saúde pública, até o transporte, comunicações, suprimento de água e de energia, bem como ainda o capital fixo agrícola, qual seja, os sistemas de irrigação e de drenagem. O núcleo do conceito restringe-se, possivelmente, a transporte e energia.[327]

A visão de Hirschman dialoga com os esboços (*Grundrisse*) de Karl Marx, para quem "a produção de meios de comunicação, das condições físicas da circulação, classifica-se sob a categoria de produção do capital fixo". Prossegue o célebre filósofo numa linha de pensamento que ele próprio admite inacabada – que "ainda não pode ser delineada com nitidez" – na qual se descobre uma "relação específica do capital às

[327] O excerto é tradução livre para o português da seguinte passagem da obra de Albert Hirschman: "SOC [Social Overhead Capital] is usually defined as comprising those basic services without which primary, secondary and tertiary productive activities cannot function. In its wider sense, it includes all public services from law and order through education and public health to transportation communications, power and water supply, as well as such agricultural overhead capital as irrigation and drainage system. The hard core of the concept can probably be restricted to transport and power". HIRSCHMAN, Albert Otto. The Strategy of economic development, New Haven: Yale University Press, 1958, p. 83.

condições coletivas, gerais da produção social, em contraste com as condições do capital particular e do seu processo de produção particular".[328]

Ou seja, Karl Marx tateou, ainda admitidamente sem nitidez, um elemento do sistema capitalista que correspondia a um capital fixo externo ou autônomo aos processos de produção particulares. Trata-se de um capital fixo de ordem coletiva, que exorbita o espaço de cada unidade de processo produtivo, e diz respeito ao cosmo da sociedade capitalista.

Trata-se de um capital fixo que não integra o *processo de produção imediato*, mas sim as *condições gerais de produção*. Marx dá a esse capital fixo de ordem coletiva o predicado de *autônomo*, uma vez que ele não se acopla ao interior de um processo de produção específico, como um instrumento exclusivo ou próprio de referido processo. Além disso, Marx elenca exemplos concretos desse capital fixo de ordem autônoma que correspondem ao que hoje conhecemos como infraestrutura. *In verbis*, o autor relata situações em que "o capital fixo não aparece como simples instrumento de produção no interior do processo de produção, mas como forma autônoma do capital, p. ex., na forma de ferrovias, canais, estradas, aquedutos, como capital incorporado à terra etc.".[329]

Note-se que a dicotomia de Hirschman entre *custo fixo social* e as *atividades diretamente produtivas* em muito se inspira e se assemelha à dicotomia de Marx entre *condições gerais de produção* e os *processos de produção imediatos.*

As reflexões de *Grundrisse* que levaram Marx a identificar um capital fixo que não se interioriza em qualquer *processo de produção imediato*, de tal sorte a compor a categoria das *condições gerais de produção*, giram, sobretudo, em torno da figura da estrada. O autor vê na estrada um atributo *enigmático* que se associa à sua natureza de capital fixo.[330] É enigmático porque a estrada não é um elemento suscetível de ser lido e ser entendido pela linguagem ordinária da dinâmica do capital produtivo, fundada na realização de valor através da troca. A estrada não é construída por um capitalista porque

---

[328] "Todas as condições gerais, coletivas, da produção – enquanto sua produção ainda não pode se realizar pelo capital enquanto tal, sob suas condições – serão custeadas, por conseguinte, por uma parte da renda do país, pelo erário público, e os trabalhadores aparecem não como trabalhadores produtivos, muito embora aumentem a força produtiva do capital. Aliás, o resultado de nossa digressão é que a produção de meios de comunicação, das condições físicas da circulação, classifica-se sob a categoria de produção do capital fixo, não se constituindo, portanto, um caso particular. Só que, incidentalmente, abriu a perspectiva, que neste ponto ainda não pode ser delineada com nitidez, de uma relação específica do capital às condições coletivas, gerais da produção social, em contraste com as condições do capital particular e do seu processo de produção particular. MARX, Karl. Grundrisse, São Paulo: Boitempo Editorial, 2011, pp. 713 e 714.

[329] MARX, Karl. Grundrisse, São Paulo: Boitempo Editorial, 2011, p. 921.

[330] MARX, Karl. Grundrisse, São Paulo: Boitempo Editorial, 2011, p. 700.

ele realizará o valor da estrada em sua troca; a estrada é construída porque ela é uma condição necessária para a circulação do capital e, portanto, uma condição necessária ao capitalismo: “Suponha que o valor da estrada não se valoriza. No entanto, é construída, porque é um valor de uso necessário”.[331]

A partir da ilustração do enigma da estrada, Marx alcança uma brilhante constatação que se estende para os meios de transporte e de comunicação em geral. Antes de serem analisados como atividades do capitalismo em curso e como atividades suscetíveis de lucro advindo da circulação e da troca, os meios de transporte e de comunicação são **condições físicas de troca** e, portanto, são condições estruturantes do sistema capitalista ou, nas palavras do autor, “condições para a produção fundada no capital”:

> Quanto mais a produção se baseia no valor de troca e, em consequência, na troca, tanto mais importantes se tornam para ela as condições físicas da troca – meios de comunicação e transporte. É da natureza do capital mover-se para além de todas as barreiras espaciais. A criação das condições físicas da troca – de meios de comunicação e transporte – devem uma necessidade para o capital em uma dimensão totalmente diferente – a anulação do espaço pelo tempo. Dado que o produto imediato só pode ser valorizado em massa, em mercados distantes, quando os custos de transporte diminuem, e dado que, por outro lado, os próprios meios de transporte e comunicação só podem representar esferas de valorização do trabalho acionado pelo capital, e à medida que tem lugar um intercâmbio massivo – pelo qual é reposto mais do que o trabalho necessário –, a produção de meios de transporte e comunicação baratos é condição para a produção fundada no capital e, *em consequência*, é criada por ele.[332]

Portanto, Karl Marx, ainda que ele mesmo considerasse que sua visão não estava perfeitamente nítida sobre a matéria, já havia realizado a conclusão-chave de que os meios de transporte e de comunicação ocupavam uma dimensão diferente ou especial no sistema capitalista, pois antes de serem atividades econômicas, são condição precedente para a concepção e o desenvolvimento do sistema econômico.

Em reunião das visões e contribuições de Karl Marx, David Harvey e Albert Hirschman, temos que o sistema capitalista tem por característica fundamental o constante fluxo de capital. O fluxo, a circulação, o movimento contínuo de capital sob dinâmica de transformação rotativa de capital-dinheiro/capital-produtivo/capital-mercadoria são a marca essencial que define o sistema econômico capitalista em funcionamento. É o fluxo de capital que determina e proporciona a geração de valores, de serviços, de produtos, de mercados e de empregos. O capital em estado permanente de circulação e transformação é

---

[331] MARX, Karl. Grundrisse, São Paulo: Boitempo Editorial, 2011, p. 701.

[332] MARX, Karl. Grundrisse, São Paulo: Boitempo Editorial, 2011, p. 699.

o espírito e a filosofia desse sistema econômico. Isso dito, embora o capitalismo se defina pela natureza circulante do capital, para que referido sistema possa ser colocado em funcionamento e possa se desenvolver, ele depende de uma base estruturante que, de maneira algo paradoxal, destaca-se pela imobilização permanente de grandes quantidades de capital.

Essa base estruturante se manifesta tanto na dimensão da sociedade, quanto na dimensão de cada atividade produtiva individualmente considerada. Na esfera da sociedade, temos o capital fixo social, que consiste (i) na construção da infraestrutura, isto é, uma colossal quantidade de capital permanentemente imobilizado para edificar grandes plataformas artificiais voltadas à provisão de meios de transporte e de comunicação à coletividade; e (ii) os respectivos serviços públicos.

Na dimensão de cada atividade produtiva individualmente considerada, a base estruturante consiste no capital fixo, que é uma parcela do capital que há de ser imobilizado em determinados fatores essenciais de produção (máquinas, terreno, planta) que condicionam o desenvolvimento da atividade produtiva.

O capitalismo, portanto, significa um sistema econômico baseado no capital em movimento, no capital em incessante dinâmica; mas tal sistema paradoxalmente necessita, como condição imprescindível de sua existência e evolução, de uma grande parcela de capital fixo, tanto na perspectiva social, quanto na perspectiva das atividades diretamente produtivas individualmente consideradas.

O sistema econômico capitalista convive, portanto, em meio a uma tensão filosófica entre a estática e a dinâmica dos capitais. David Harvey vê em referida oposição entre a fixidez e o movimento no sistema capitalista um *problema fascinante*. Segundo o autor, "o problema do capital fixo é precisamente, em suma, que ele é fixo, quando o capital tem tudo a ver com valor em movimento".[333]

---

[333] Para além da questão filosófica, David Harvey sustenta que crises efetivas do capitalismo adviram de dita oposição entre capital fixo e circulante, em ocasiões nas quais a parcela imobilizada do capital existente no sistema não se harmonizava com necessidade do próprio sistema de expandir a quantidade de capital em circulação: "The deep, crisis-prone contradiction between fixity and motion is palpable: and fixed capital is at the center of it all. The trouble with fixed capital is precisely, in short, that it is fixed, when capital is all about value in motion. This opposition constitutes a fascinating problem. And it has been and still is a frequent source of crises that are independent in principle (though not always in practice) from the crises that arise out of the perpetually contested capital-labor relation. Such crises occur when the fixity can no longer accommodate the expansionary motion. The latter has to break with the constraints imposed by that part of capital that is fixed. The result is the devaluation of large swathes of fixed capital, as circulating and highly mobile money capital moves elsewhere (deindustrialization from the mid-1970s onwards left behind abandoned factories and warehouses, decaying physical infrastructures—even shrinking cities, like Detroit)". HARVEY, David. A companion to Marx's Capital. Londres e Nova York: Verso, 2013, v. II, p. 78.

Dessa sucessão de reflexões, temos que a infraestrutura consiste numa categoria bastante específica dentro do sistema capitalista, com um papel essencial na concepção do sistema. Conforme estabelecido por Hirschman, a infraestrutura representa, no sistema capitalista, o *capital fixo social*. Embora o capitalismo seja executado como um processo de valorização do capital através de seu fluxo constante em movimento rotativo, o funcionamento de tal processo depende de uma enorme quantidade de capital imobilizada na forma de estruturas sociais de transporte, de comunicação e de energia.

A infraestrutura é, portanto, elemento imprescindível a todo e qualquer sistema capitalista; por outro lado, a infraestrutura não é atividade perfeitamente subsumível ou interpretável segundo a lógica ordinária do ciclo do capital. Isso porque, a infraestrutura não consiste numa *atividade direta de produção* ou num *processo de produção imediato* e não consiste numa atividade à superfície do capitalismo em funcionamento; pelo contrário, a infraestrutura é, como o próprio nome diz, um elemento fundante do sistema capitalista, uma estrutura interior que não se vê, mas que é estritamente necessária à sustentação do edifício.

Isso explica sua característica em contracorrente às premissas do capitalismo posto. Uma sociedade capitalista não pode dispor da inteireza do capital nela existente para que seja empregado no processo imediato de produção. Boa parcela do capital da sociedade tem de ser endereçado ao investimento imobilizado das bases estruturantes do ciclo de troca. A infraestrutura é o meio, criado artificialmente pelo homem, para possibilitar e fomentar os movimentos de troca e de transformação do capital.

A artificialidade da infraestrutura, aliás, é uma característica digna de nota, e que se encontra em íntimo liame com a sua condição de *capital fixo social*, em contraste com as atividades diretamente produtivas.

André Castro Carvalho, inspirado pelas lições de José Luis Villar Ezcurra, destaca que a artificialidade é uma das características que definem o conceito de infraestrutura: "quando se intenta traçar um conceito de infraestrutura, deve-se ter em consideração a sua artificialidade, o que lhe permite diferenciá-la de rios, mares ou montanhas, por exemplo".[334]

[334] "Com destaque à primeira característica, quando se intenta traçar um conceito de infraestrutura, deve-se ter em consideração a sua artificialidade, o que lhe permite diferenciá-la de rios, mares ou montanhas, por exemplo. [...] Não se exige, entretanto, que a infraestrutura seja integralmente artificial: uma hidrovia, por exemplo, pode ser considerada uma infraestrutura, ainda que se valha, substancialmente, de um bem público natural – a água. [...] Por conta de a infraestrutura ser vista como um insumo (instrumento), não se pode incorrer no erro de considerar qualquer tipo de insumo como infraestrutura, sobretudo quando há o elemento artificial envolvido. A luz solar, por si só, não é infraestrutura; sem embargo, a partir do momento em que o

Tal qualidade característica à infraestrutura, a da artificialidade, em primeiro olhar, aparenta ser um detalhe conceitual singelo, de menor relevância. Porém, o que há por trás dessa constatação da inerente e característica artificialidade da infraestrutura é, em suma, o pensamento seminal de Marx sobre as *condições gerais de produção*, e seu contraste com os efetivos *processos de produção imediatos*.

A infraestrutura é o cenário, é a intervenção na paisagem natural em decorrência do sistema econômico criado pelo homem. Infraestrutura não é a atividade, mas as interferências do homem na geografia da natureza para construir as bases de funcionamento do seu sistema econômico de troca. Marx, em *Grundrisse*, ressalta que a natureza não constrói máquinas, locomotivas, ferrovias ou telégrafos. Ao invés disso, são "produtos da indústria humana; material natural transformado em órgãos da vontade humana sobre a natureza ou de sua atividade na natureza". O capital fixo de ordem social corresponde justamente ao material natural transformado em órgãos da vontade **sobre a natureza**. Para Marx, o desenvolvimento de capital fixo permite deduzir até que ponto o saber social geral ou o conhecimento humano é canalizado não em força produtiva imediata, mas sim na transformação, reorganização e conformação das "condições do processo vital da sociedade".[335]

As condições gerais de produção ou, mais especificamente, o capital fixo social, consiste na cidade capitalista – nas palavras de David Harvey, "a cidade capitalista é,

---

ser humano constrói uma usina solar – como a recente MPX Tauá, no Estado do Ceará, construída em 2011 – e em que a utiliza para geração e posterior distribuição de energia, a agregação torna-se uma infraestrutura" CARVALHO, André Castro. *Direito da infraestrutura:* perspectiva pública. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 133-135.

[335] "A natureza não constrói máquinas nem locomotivas, ferrovias, telégrafos elétricos, máquinas de fiar automáticas, etc. Elas são produtos da indústria humana; material natural transformado em órgãos da vontade humana sobre a natureza ou de sua atividade na natureza. Elas são órgãos do cérebro humano criados pela mão humana; força do saber objetificada. O desenvolvimento do capital fixo indica até que ponto o saber social geral, conhecimento, deveio força produtiva imediata e, em consequência, até que ponto as próprias condições do processo vital da sociedade ficaram sob o controle do intelecto geral e foram reorganizadas em conformidade com ele. Até que ponto as forças produtivas da sociedade são produzidas, não só na forma do saber, mas como órgãos imediatos da práxis social; do processo real da vida." MARX, Karl. Grundrisse, São Paulo: Boitempo Editorial, 2011, p. 944. Tal excerto é especificamente referido por David Harvey como objeto de reflexões constantes em suas viagens aéreas, passando por sobre os grandes centros metropolitanos: "I think of this quote whenever I look at the skyline of New York City or fly into London, São Paulo, Buenos Aires, or wherever, and I find myself thinking of these places, for both good and ill, as 'organs of the human brain, created by the human hand; the power of knowledge objectified.' I see the offices, factories, workshops, houses and hovels, schools and hospitals, pleasure palaces of all kinds, streets and back alleys, highways, railroads, airports and ports, parks and iconic memorials not only as mere physical objects but as a humanly constructed material world, a constitutive site of daily life for millions of human beings, produced through human labor, endowed with social meaning, and a world through which vast amounts of capital circulate on a daily basis, amortizing loans and creating vast flows of rent and interest payments, all the while indulging the speculative fantasies, dreams, and coldly calculated expectations of property owners both great and small." HARVEY, David. A companion to Marx's Capital. Londres e Nova York: Verso, 2013, v. II, p. 86.

certamente, o mais impressionante exemplo do poder de um certo tipo de desejo, conhecimento e prática objetificados"[336] –, isto é, nos espaços artificiais produzidos pelo homem, não como força produtiva imediata, mas como criação da arena, do campo de jogo das incessantes trocas e transformações rotativas do capital. Aí se enquadra a infraestrutura, não como a atividade em si, mas como o meio artificial em que as atividades ocorrem.

No progresso desta seção, vê-se, com crescente nitidez, que o dilema estudado na seção anterior, sobre a infraestrutura corresponder a um bem ou a uma atividade, não é propriamente o xis da questão.

A infraestrutura, se vista sob uma dada perspectiva, materializa-se em grandes obras e plataformas ao redor das quais orbitam certas atividades, razão pela qual poder-se-ia dizer que consistem em enormes bens de produção (produção dessas atividades). Por uma espécie de apropriação linguística, pode ser dito também que tais atividades praticadas através desses bens são atividades de infraestrutura. Além disso, conforme fizeram o BID, IPEA e CEPAL, a infraestrutura pode ser definida também como o somatório do bem físico à atividade correlata, dada a notória sinergia que os une. Todas essas acepções fazem sentido, a depender do contexto em que estudamos o instituto.

Porém, tais sentidos atribuídos à infraestrutura, bastante usuais, acabam por gerar nebulosidade quanto à real posição que a infraestrutura ocupa na cadeia do sistema capitalista. A infraestrutura não faz parte do produto final proporcionado pelo capitalismo pronto e acabado, isto é, a análise do conceito de infraestrutura não pode ser equalizada na frequência ordinária das atividades produtivas geradoras de circulação de capital. A infraestrutura é o capital fixo social, alocado perpetuamente para a elaboração do ambiente apto para que o capitalismo se realize.

Em curtas palavras, a infraestrutura é, antes, pré-condição do capitalismo e das atividades produtivas de mercadorias e serviços do que atividade produtiva em si.

Gilberto Bercovici, em comentário à obra de René L. Frey, anota que advém da teoria econômica e social o sentido geral de infraestrutura como "'fundamento da atividade econômica' ('Unterbau der Wirtsfchaft'), o que implica dizer que os empreendimentos de infraestrutura são pré-condição para que as demais atividades possam se desenvolver".[337]

---

[336] O excerto é tradução livre para o português da seguinte passagem: "The capitalist city is, surely, the most stunning example of the power of a certain kind of desire, knowledge, and practice objectified". HARVEY, David. A companion to Marx's Capital. Londres e Nova York: Verso, 2013, v. II, p. 86.

[337] BERCOVICI, Gilberto. Infraestrutura e Desenvolvimento. *In*: BERCOVICI, Gilberto; VALIM, Rafael, *Elementos de Direito da Infraestrutura.* São Paulo: Contracorrente, 2015. p. 17-26, aqui p. 18.

Luis Fernando Massonetto aduz que a infraestrutura, enquanto capital fixo social, constitui um "insumo importante para o aumento da produtividade de fatores, para o crescimento econômico e como parte da estratégia de desenvolvimento nacional". Conclui o autor que "mesmo representando uma parcela do estoque da riqueza social, a infraestrutura é fundamental para o incremento da acumulação privada e para a elevação das taxas de retorno do capital".[338]

As falas dos dois ilustres professores de direito econômico supracitados sinalizam a posição particular que a infraestrutura ocupa no sistema econômico capitalista. Infraestrutura é pré-condição ou condição precedente para o desenvolvimento das atividades econômicas genericamente consideradas; ela é, ao mesmo tempo, uma alavanca de produtividade das demais atividades econômicas, de sorte que quão maior e melhor for a infraestrutura de um país, tão maiores e melhores serão as atividades produtivas da infindável gama da indústria de consumo.[339]

Daí a importância estratégica da infraestrutura para o desenvolvimento nacional. A infraestrutura condiciona e catalisa (i) a capacidade produtiva dos agentes econômicos; (ii) o dinamismo da sinergia entre fatores de produção – terra, trabalho e capital; e (iii) a proliferação de atividades econômicas. Sendo, então, a infraestrutura um elemento desencadeador de desenvolvimento do sistema econômico capitalista, um planejamento estratégico nacional que vise transformar estruturas econômicas viciadas, arcaicas ou obsoletas de um país compreende necessariamente um cuidado governamental permanente com a infraestrutura. Gilberto Bercovici dirá que a infraestrutura deve ser compreendida sob a perspectiva do Estado, pois, "afinal, toda e qualquer decisão sobre infraestrutura é uma decisão política, inserida na estratégia estatal de promoção do desenvolvimento".[340]

Chama-se atenção para uma expressão em especial empregada por Luis Fernando Massonetto nas passagens de há pouco: disse o autor que a infraestrutura representa

---

[338] MASSONETTO, Luís Fernando. Aspectos macrojurídicos do financiamento da infraestrutura. *In*: BERCOVICI, Gilberto; VALIM, Rafael. *Elementos de Direito da Infraestrutura*. São Paulo: Contracorrente, 2015. p. 27-52, aqui pp. 35 e 36.

[339] Nesse aspecto, a ideia de infraestrutura guarda certa relação com o conceito de *indústria de base*. O vocábulo é utilizado para nomear as indústrias pesadas, como mineradoras e petrolíferas, que são voltadas à produção dos bens de produção da indústria de consumo. A indústria de base, muito embora consista numa atividade econômica, exerce também o papel de base necessária à viabilização de uma gama muito grande de atividades econômicas essenciais. A infraestrutura, assim como a indústria de base, podem consistir ou contemplar em si uma atividade voltada para o lucro, mas, antes disso, elas exercem outro papel no sistema capitalista: elas fazem parte do terreno do sistema, elas são elementos viabilizadores do sistema de trocas.

[340] BERCOVICI, Gilberto. Infraestrutura e Desenvolvimento. *In*: BERCOVICI, Gilberto; VALIM, Rafael, *Elementos de Direito da Infraestrutura*. São Paulo: Contracorrente, 2015. p. 17-26, p. 22.

parcela do estoque da riqueza social. A expressão denota, tanto quanto a própria expressão *capital fixo social* estudada ao longo desta seção, outra importante característica da infraestrutura: a sua natureza de elemento comunitário, de bem e atividade de atendimento à coletividade e de pertencimento público.

Como um elemento de riqueza social, riqueza que atende a todos de uma sociedade, a infraestrutura se oferece não só como uma plataforma necessária para o perfazimento do sistema econômico, condicionando-o; se, no plano econômico, a infraestrutura exerce papel sobretudo instrumental, no plano eminentemente social, ela consiste, de modo imediato, num fator de melhoria da condição de vida da população. A infraestrutura, ao mesmo tempo em que condiciona e catalisa o desenvolvimento das atividades econômicas, sob outra faceta, alheia ao econômico e afeta a um prisma exclusivamente social, corresponde a uma entrega social imediata: a infraestrutura – os bens e as atividades em sinergia – provê à população condições de uma vida mais digna.

Por todo esse conjunto de cirscunstâncias deduzidas nesta seção, mostra-se imperfeita e distorcida a compreensão da infraestrutura como algo que se equipare ou que guarde equivalência com uma atividade econômica ordinária, que pode ou não vir a ser desenvolvida, ao sabor de regras de mercado. A infraestrutura é instituto outro, de categoria distinta daquela em que repousam as atividades econômicas gerais, situado em outra localidade ou patamar do sistema econômico, servindo a tal sistema como plataforma de sustentação e como verdadeira condição precedente. Para além desse peculiar papel no cenário econômico, a infraestrutura é um aparato de imediata entrega social, por meio do qual o Estado está, a despeito do sistema econômico, provendo melhor condição de existência à população.

A infraestrutura, em virtude de seu duplo caráter de impulsionadora do sistema econômico e de fornecedora direta de proveitos sociais, desempenha uma função de extrema importância para o desenvolvimento. Nas palavras de Georg Hünnekens, invocadas por Bercovici, a infraestrutura corresponde a uma "categoria vinculada ao desenvolvimento", sendo que "as ações no campo da infraestrutura não representam a sedimentação de um *status quo*, mas sim a propiciação do desenvolvimento presente e futuro da coletividade".[341]

---

[341] "Na síntese de Hünnekens, 'as ações no campo da infraestrutura não representam a sedimentação de um status quo, mas sim a propiciação do desenvolvimento presente e futuro da coletividade, [...] a infraestrutura é uma categoria vinculada ao desenvolvimento, incluindo todas as intalações e demais ações, que constituem o fundamento material e institucional –necessário e tecnicamente apropriado – para o desenvolvimento econômico de cada indivíduo e disponibilizados, em razão do interesse público que atendem, para toda a

Como veremos com maior vagar algumas seções à frente, as características ora reveladas da infraestrutura, que a distinguem de uma vala comum de bens de produção ou de atividades econômicas ordinários e ordinárias, e que a elevam a uma categoria própria vinculada ao desenvolvimento, não são – certamente não podem ser – fatos indiferentes à constituição econômica. Em outras palavras, o ordenamento jurídico, no que se põe à necessária disciplina da dimensão econômica da sociedade e do país, não pode estar alheio a tais propriedades do conceito de infraestrutura. Isso é tão mais verdade quando estamos a tratar das constituições marcadamente dirigentes, que assumem por premissa a *direção do processo econômico*[342] rumo ao desenvolvimento e à transformação da realidade presente.

4.3.3 As características da infraestrutura que a aproximam do domínio público e a afastam da ideia de mercado

Na seção anterior, vimos que a infraestrutura ocupa uma posição e categoria particular e estratégica, na base do sistema capitalista, que a distingue dos bens de produção e das atividades econômicas comuns, ainda que a infraestrutura corresponda anatomicamente a uma soma de bens e atividades em sinergia.

Vimos, ainda, que a infraestrutura, enquanto elemento fundante do capitalismo, ostenta característica antitética ao resultado do capitalismo em funcionamento: o último consiste num sistema de capitais em constante circulação e transformação; o primeiro corresponde a uma enorme matéria de capital fixo, imobilizado em definitivo sob a mesma forma e corpo. O capitalismo assim se oferece, tal qual um sistema de partículas em estado perfeitamente dinâmico que orbitam um núcleo estático que as mantém.

No presente capítulo, baseado em tais premissas, estudaremos as características elementares que a doutrina atribui à infraestrutura, e como tais características fortalecem a conclusão de que a infraestrutura é um elemento de índole pública, necessariamente.

O economista australiano Philip O'Neill deduz quatro características cardeais ou princípios que delineiam o conceito de infraestrutura. São elas a universalidade, a integração, o acesso e as externalidades positivas.[343]

---

coletividade." BERCOVICI, Gilberto. Infraestrutura e Desenvolvimento. *In*: BERCOVICI, Gilberto; VALIM, Rafael, *Elementos de Direito da Infraestrutura*. São Paulo: Contracorrente, 2015. p. 17-26, p. 22. O excerto referido por Bercovici de Georg Hünnekens refere-se à obra *Rechtsfragen der wirtschaftlichen Infrastruktur*.

[342] Ver nota 263, sobre o trabalho de Oscar de Juan Asenjo.

[343] O'NEILL, Philip M. Infrastructure financing and operation in the contemporary city. *Geographical Research*, Institute of Australian Geographers, v. 48, n. 1, p. 3-12, Feb. 2010, aqui pp. 7 a 10.

A universalidade significa "a aspiração da infraestrutura a estar disponível em qualquer circunstância". A infraestrutura trata de bens e serviços que têm de estar disponíveis a todos, em todos os momentos e lugares, de maneira, portanto, universal.

O'Neill se utiliza da imagem da rua como símbolo paisagístico maior da ideia de universalidade. Diz o autor que a rua, mais do que uma via de tráfego de pedestres e veículos, consiste em "expressão da noção civilizada do direito de todos a água, esgoto, energia elétrica e telecomunicação". O autor explica que a disposição logística das moradias familiares ao longo de uma rua pressupõe a expectativa social (a expectativa daquela sociedade que adota tal disposição logística) de que o Estado forneça a todas as famílias, de modo universal, os direitos mais básicos à dignidade, nomeadamente, água, esgoto, energia e telecomunicação.[344]

A característica da integração[345] remete à circunstância de os diferentes itens de infraestrutura serem dispostos à população através de canais trançados ou entrelaçados, de tal sorte que o acesso a um desses itens induz e garante o acesso aos demais itens de infraestrutura.

O autor se acode mais uma vez da figura da rua para ilustrar seu ponto. A maioria das ruas urbanas contempla os quatro elementos de infraestrutura citados há pouco – água, esgoto, energia elétrica e telecomunicação –, ainda que em nível bastante rudimentar. Esses elementos de infraestrutura compartilham de um canal ou instrumento comum para a sua disponibilização à população, qual seja, a rua. Com isso, as residências ao longo da rua

---

[344] "First, to the principle of universality. This asserts the aspiration for infrastructure that it should be available in all circumstances. The principle of universality can be explained by thinking about the street. The simple idea of forcing people to live in dwellings lined along a street is rarely contested for the reason that living along a street ensures that the residents in every household receive an entitlement to basic, life-enabling services. The street was developed as more than a thoroughfare for vehicles and pedestrians. It is the most common expression of the civilised notion of a public right to water, to sewerage, to power and telecommunications. The street also gathers households into formations that demand, by their very presence, the expectation that governments provide a basic infrastructure entitlement to every household". O'NEILL, Philip M. Infrastructure financing and operation in the contemporary city. *Geographical Research*, Institute of Australian Geographers, v. 48, n. 1, p. 3-12, Feb. 2010, aqui p. 7.

[345] O termo integração é tradução livre feita para a expressão original do inglês *bundling* que, de modo mais literal e coloquial, significa *empacotamento*. André Castro Carvalho, no livro *Direito da Infraestrutura, Perspectiva Pública*, ao referir-se ao trabalho de Philip O'Neill e aos respectivos quatro princípios que o autor australiano atribui ao conceito de infraestrutura, traduz *bundling* pelo termo *emaranhamento*. Nesta dissertação, preferiu-se a expressão *integração*, que enfatiza a ideia de os elementos de infraestrutura serem oferecidos sob forma conjugada, enlaçados num único canal. A expressão *emaranhamento*, por outro lado, apesar de refletir em expressão o enlace entre elementos de infraestrutura, traz ínsita também a ideia de confusão ou complicação, que não parecem ser significados que podem ser extraídos do vocábulo original *bundling*.

dispõem e fazem uso desses elementos de infraestrutura como um pacote integrado de produtos.[346]

A característica ou o princípio do acesso, que resta traduzido com maior expressão através do termo "livre acesso", consiste, bem da verdade, num subproduto ou num corolário da soma das qualidades anteriormente destacadas, de universalidade e integração. Assim ressalta o próprio autor, Philip O'Neill, para quem "juntos, [os princípios da] universalidade e integração produzem e executam o princípio do acesso".[347] Isto é, os predicados da universalidade e integração da infraestrutura estabelecem a premissa de que os cidadãos gozam do direito de acesso a serviços básicos.

À luz do princípio do acesso ou livre acesso, o autor aborda a importância da infraestrutura de transporte para possibilitar a ampliação do espaço urbano, a ampliação do alcance territorial e populacional de uma cidade. A infraestrutura de transporte é peça-chave na disposição urbana, pois ela determina o grau de amplitude espacial viável entre local de trabalho e local de moradia. Quanto mais desenvolvida é a infraestrutura de transporte, maior será a capacidade das pessoas para acessar os centros de trabalho partindo de novos e distantes subúrbios.[348]

Tal reflexão acerca da importância da infraestrutura de logística de transporte para a capacidade de crescimento espacial e demográfico de uma cidade remete, uma vez mais, à posição da infraestrutura como uma pré-condição do capitalismo e como um catalisador do sistema produtivo capitalista. Recordemos que o trabalho é um dos fatores de produção. Portanto, um centro de produção de atividades econômicas depende da presença de trabalhadores, que carregam em seu corpo e sua mente a força de trabalho. Assim sendo, as limitações temporais ou espaciais para que um centro produtivo disponha da força de

---

[346] "Bundling refers to the delivery of items of infrastructure in braided channels so that access to any infrastructure item guarantees access to others, and so that all infrastructure items can deliver publicly in complementary fashion. Bundling comes naturally to infrastructure provided at the scale of the street. Most of the world's urban streets comprise just four infrastructures, however rudimentary: a water pipe, a drain, an electricity line and a telephone line. The point of having a common delivery device – the street – is that basic infrastructure items can be bundled so that every household has coordinated use of the whole package." O'NEILL, Philip M. Infrastructure financing and operation in the contemporary city. *Geographical Research*, Institute of Australian Geographers, v. 48, n. 1, p. 3-12, Feb. 2010, aqui p. 8.

[347] O excerto é tradução livre para o português da seguinte passagem: "Together, universality and bundling produced and enforced the principle of access." O'NEILL, Philip M. Infrastructure financing and operation in the contemporary city. *Geographical Research*, Institute of Australian Geographers, v. 48, n. 1, p. 3-12, Feb. 2010, aqui p. 8.

[348] "Universality and bundling made it normal to accept a citizen's right to access basic services, and to access places of employment from new suburbs." O'NEILL, Philip M. Infrastructure financing and operation in the contemporary city. *Geographical Research*, Institute of Australian Geographers, v. 48, n. 1, p. 3-12, Feb. 2010, aqui p. 8.

trabalho são barreiras à expansão do capitalismo. É certo dizer, também, como retomaremos mais à frente, que o índice de empregabilidade de uma dada região está intimamente relacionado à capacidade da respectiva infraestrutura de transporte.

Vale dizer que, como bem anota Philip O'NEILL, diante da análise desse rol de princípios incidentes à infraestrutura, até aqui composto dos princípios de universalidade, integração e acesso (falaremos, em seguida, do princípio ou da característica das externalidades positivas), os elementos de infraestrutura exercem grande influência na geografia e conformação espacial das paisagens urbanas. Na mesma medida em que influencia a geografia urbana, a infraestrutura afeta também o modo rotineiro de se viver em comunidades urbanizadas:

> Juntos, universalidade, integração e acesso produziam o ritmo da vida diária para as comunidades urbanas. Um dia normal era agrupado no tempo em sequências que eram super-determinadas pela natureza e papel da infraestrutura urbana com a qual os residentes cruzavam. O horário do trem ou do ônibus era ligado precisamente ao horário do dia de trabalho, o horário de pico matinal registrava o início do dia de trabalho e o horário de pico vespertino determinava o seu fim. O dia escolar era aninhado dentro do horário de trabalho. E assim também os horários de abertura das lojas eram parte do ritmo diário e semanal estabelecido em torno do uso e operação da infraestrutura.[349]

Por fim, o autor elenca, como última característica ou princípio da infraestrutura, as externalidades positivas. O termo remete a uma das chamadas falhas de mercado evidenciadas pela microeconomia.[350] Externalidades são, fundamentalmente, os efeitos benéficos ou prejudiciais experimentados por pessoas não envolvidas numa transação.

Um exemplo bastante ilustrativo é o da casa que contrata um segurança. O segurança foi contratado apenas pelo dono daquela casa. O serviço de segurança consiste

---

[349] "Together, universality, bundling and access produced a rhythm in daily life for urban communities. A normal day was bundled time-wise into sequences that were over-determined by the nature and role of the urban infrastrucuture with which householders intersected. The timing of the train or bus was linked precisely with the timing of the working day, the morning peak hour inscribing the start of the working day and the afternoon peak determining its end. The school day was then nested inside the paid-work schedule. So too the opening hours of shops were part of daily and weekly rhytums around infrastructure use and operation." O'NEILL, Philip M. Infrastructure financing and operation in the contemporary city. *Geographical Research*, Institute of Australian Geographers, v. 48, n. 1, p. 3-12, Feb. 2010, aqui p. 8.

[350] "Adam Smith (it is widely believed) argued that markets by themselves are efficient. Arrow and Debreu established the sense in which that was true (Pareto efficiency, i.e. no one could be made better off without making someone else worse off), and the conditions under which it was true (perfect competition, no externalities, no public goods). Subsequently, Greenwald and Stiglitz showed that whenever information is imperfect or markets incomplete—that is, always—there is a presumption that markets are not (constrained) pareto efficient.4 Thus, the notion that markets, by themselves, lead to efficient outcomes has, today, no theoretical justification: no one believes that the conditions under which that statement is true are satisfied." STIGLITZ, Joseph, Government Failure vs. Market Failure: Principles of Regulation. Cambridge, Massachusetts: Cambridge University Press, 2010, p. 13-51, aqui p. 14.

em ficar do lado de fora da casa, protegendo e vigiando o imóvel de possíveis invasores. A par disso, a mera presença do segurança no lado externo de uma casa já tem um relevante valor em si, pois exerce um fator de grande desencorajamento para aqueles que eventualmente pretendam invadir a casa. Agora lembremos que essa casa está situada num bairro com outras casas, vizinhas àquela que contratou o serviço. As casas contíguas à casa que contratou o segurança acabam por experimentar efeitos positivos de tal contratação, mesmo que elas não tenham feito parte da transação. Isso porque, a presença do segurança no lado externo da casa que o contratou inibe também o ímpeto de invasores nas demais casas. Além disso, o segurança, estando do lado externo da casa constantemente, conhece os moradores da vizinhança e provavelmente não ficaria alheio a uma tentativa de invasão nas casas ao seu lado ou à sua frente. Para todos os efeitos, ele está vigiando não apenas a casa que o contratou, mas também as demais casas da vizinhança alcançada por seu campo de visão.

De outro lado, a poluição gerada em processos fabris é um exemplo clássico de externalidade negativa, isto é, um custo que não é internalizado dentro dos partícipes da relação de transação, e acaba sendo sentido e experimentado por terceiros.

Sendo as externalidades positivas ou negativas, isto é, sendo os efeitos gerados a terceiros não envolvidos na transação bons ou ruins, em qualquer hipótese são consideradas falhas de mercado, pois quando os efeitos exorbitam as partes envolvidas numa contratação, considera-se que a contratação de referido produto ou serviço é insuscetível ou problemática de ser efetivada numa lógica de mercado.

No caso da infraestrutura, como estamos a tratar de bens e atividades grandiosos, voltados ao atendimento das massas, com grandes efeitos no espaço urbano e no dia a dia da população, as externalidades sentidas pela mais ampla escala da comunidade social constituem fator típico do conceito ora estudado. Philip O'Neill dá bons exemplos concretos dessas externalidades de amplo alcance: para cada consumidor individual de água e saneamento, contribui-se para uma cidade limpa e higiênica. *A contrario sensu*, para cada indivíduo carente de consumo de tais serviços básicos, temos uma cidade ou região bem mais suscetível de moléstias epidêmicas. Para cada usuário de transporte público, há redução de poluição emitida no ar daquela cidade. Para cada usina e rede elétrica construída com o intuito de iluminar e aquecer os lares, parte dessa energia será também acessada e utilizada por produtores de bens e serviços. Para cada sistema viário construído

para dirigir o trânsito para marginais e vias arteriais, espera-se ter ruas mais silenciosas e menos perigosas nos bairros residenciais.[351]

Tais exemplos, concebidos por um economista australiano, podem ser complementados com externalidades mais adequadas às necessidades de superação de grandes carências em países subdesenvolvidos. Pensemos que, num país como o Brasil, em que famílias carentes moram muitas vezes em regiões bastante distantes de uma escola ou dos centros corporativos que oferecem oportunidades de emprego, a implantação de uma rede de transporte público que atenda a todos de maneira eficiente contribuiria para o aumento da escolaridade e da empregabilidade, o que, por sua vez, contribuiria para a redução da pobreza e da desigualdade. Note-se que, quanto mais subdesenvolvido um país, maior o potencial que a infraestrutura tem de proporcionar externalidades positivas de caráter altamente transformador.

Os quatro princípios de O'Neill, vistos de forma integrada, alinham-se à noção que se construiu na seção anterior, da infraestrutura como uma categoria específica do desenvolvimento e como um elemento do sistema econômico capitalista indedutível de intelecção segundo a lógica, regra ou dinâmica de mercado aplicável ao conjunto ordinário de atividades de cunho econômico. A infraestrutura, seja por sua condição de engrenagem necessária ao erguimento dessas demais atividades que movem o capital de maneira imediata, seja pela sua capacidade única de atenuar graves gargalos no plano social, evidentemente requer tratamento diverso do que uma atividade qualquer de cunho econômico.

Note-se ainda, da análise integrada dos quatro princípios incidentes à infraestrutura segundo O'Neill, que esse elemento peculiar chamado infraestrutura tem uma irresistível e inexorável vocação ao domínio público, à titularidade do Estado. As características cardeais de universalidade, integração, acesso e externalidades positivas conspiram, todas elas, para a conclusão de que o Estado há de ser o titular da infraestrutura, bem como deve estar altamente envolvido em sua gestão e operação, de maneira constante.

Nesse caminho, André Castro Carvalho identifica uma corrente doutrinária de economistas que enxerga e aborda o conceito de infraestrutura sob um viés público.[352] Tal corrente tem como notáveis representantes Johan Fourie e Brett Frischmann, que sustentam

---

[351] O'NEILL, Philip M. Infrastructure financing and operation in the contemporary city. *Geographical Research*, Institute of Australian Geographers, v. 48, n. 1, p. 3-12, Feb. 2010, aqui p. 8.

[352] CARVALHO, André Castro. *Direito da infraestrutura:* perspectiva pública. São Paulo: Quartier Latin, 2014, pp. 109 - 113.

que o viés público da infraestrutura se decodifica em dois elementos principais, nominadamente, a não rivalidade (*non-rivalry*) e a não excludabilidade (*non-excludability*).

Não rivalidade descreve o estado ou a situação do bem que permite o seu uso concomitante por mais de uma pessoa, podendo, portanto, **ser compartilhado**. Não excludabilidade, por sua vez, descreve o estado ou a situação de um bem em relação ao qual seu possuidor não tem a capacidade de excluir ou restringir o acesso de terceiros.

Ambos os conceitos são medidas quantitativas, mais do que critérios qualitativos.[353] Um bem não rival é aquele que permite que diversas pessoas partilhem o seu acesso ao mesmo tempo. Não significa dizer que ele é infinitamente impartilhável; basta pensarmos numa estrada, um bem não rival, mas que não raras vezes pode chegar ao estado de congestionamento. Nada obstante, a estrada apresenta nesse tocante uma distância abissal para bens como um biscoito, que permitem apenas o consumo impartilhável e esgotante por uma única pessoa.

A não excludabilidade também é medida quantitativa, relativa ao custo de exclusão; um bem não excludente é aquele cuja exclusão de terceiros de seu uso se mostra extremamente custosa. Seguindo-se o mesmo exemplo anterior, manter a posse exclusiva de um biscoito é tarefa relativamente pouco custosa se comparada à posse de uma estrada.

A reunião das qualidades de não rivalidade e não excludabilidade resulta num bem público puro, ao passo que a reunião das qualidades de rivalidade e excludabilidade definem um bem privado puro. A infraestrutura tem viés público, justamente porque se aproxima ou se enverga com clareza em direção à categoria de bem público, que é compartilhável[354] e que apresenta alto custo de exclusão de acesso dos usuários interessados. De modo rigoroso, a maioria dos itens de infraestrutura é classificada como bem público impuro ou imperfeito, devido ao supracitado exemplo do congestionamento de uma estrada ou, do ponto de vista da não excludabilidade, às tarifas telefônicas ou

---

[353] "Analysts frequently classify resources based on the degree to which the resource is (non)rival and (non)excludable. (…) As economists recognize, this classification scheme oversimplifies the true nature of resources. Both rivalrousness and excludability are matters of degree, and these two characteristics often comprise only a piece of the economic puzzle, a point brought into relief by this Article". FRISCHMANN, Brett. An Economic Theory of Infrastructure and Commons Management, *Minesotta Law Review*, v. 89, p. 917 – 1.030, 2004-2005, aqui p. 942.

[354] "In short, this characteristic describes the sharable nature of infrastructure resources. Infrastructures are sharable in the sense that the resources can be accessed and used by multiple users at the same time. Infrastructure resources vary in their capacity to accommodate multiple users, and this variance in capacity differentiates nonrival (infinite capacity) resources from partially (non)rival (finite but renewable capacity) resources". FRISCHMANN, Brett. An Economic Theory of Infrastructure and Commons Management, *Minesotta Law Review*, v. 89, p. 917 – 1.030, 2004-2005, aqui p. 942.

pedágios cobrados em estradas, que macularíam a pureza ou perfeição do estado de não rivalidade e não excludabilidade[355].

A par dos enquadramentos imperfeitos e das localizações cinzentas, ocasionadas por situações como as de congestionamento de infraestrutura rodoviária e de cobrança de tarifa, a infraestrutura se localiza muito mais próxima do estado conceitual de bem público do que de bem privado, uma vez que ela apresenta altos graus de não rivalidade e de não excludabilidade.

De qualquer modo, a ideia mais importante por detrás do estudo da infraestrutura à luz dos conceitos de não rivalidade e não excludabilidade é a conclusão pela nítida incongruência da infraestrutura com a categoria dos bens privados e, por consequência, com a dinâmica de mercado.

Recorde-se que, como mencionado há pouco em relação ao princípio das externalidades positivas suscitado por Philip O'Neill, a condição de bem público também representa uma das chamadas falhas de mercado identificadas pela economia neoclássica.

Aliás, externalidades e bens públicos são falhas de mercado que apresentam um parentesco próximo, já que um bem se torna público precisamente porque a sua não rivalidade e não excludabilidade acabam por proporcionar permanentemente enormes externalidades na oferta e no consumo de referido bem. As externalidades estão, bem da verdade, na gênese do fenômeno do bem público.

Sendo assim, a excludabilidade e a rivalidade dos bens são algumas das premissas, na economia neoclássica, para a efetiva configuração de um mercado. O mercado é o ambiente que abriga um vasto número de agentes econômicos, produtores e consumidores, sendo que a busca do produtor para maximizar lucros e do consumidor para maximizar satisfação atuam como forças contrapostas que se equilibrariam de maneira ótima. A formação desse ambiente, adverte a economia neoclássica em revisão ao abstracionismo e à alienação do liberalismo clássico,[356] depende de uma série de fatores da realidade, sem os

---

[355] Brett Frischmann define como bens públicos impuros os lagos, estradas e internet, em virtude de sua característica de parcial não rivalidade, pois tais bens estão sujeitos a congestionamento. FRISCHMANN, Brett. An Economic Theory of Infrastructure and Commons Management, *Minesotta Law Review*, v. 89, pp. 917 – 1.030, 2004-2005, p. 953. No mesmo sentido, André Castro Carvalho, invocando as lições de Johan Fourie em *Economic Infrastrucuture: a review of definitions, theory and empirics*, alude que a infraestrutura normalmente se posiciona como um bem misto entre o público e o privado, em virtude das ocorrências de congestionamentos e em virtude das tarifas incidentes sobre, por exemplo, linhas telefônicas. CARVALHO, André Castro. *Direito da infraestrutura:* perspectiva pública. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 112.

[356] A economia neoclássica revisita a definição clássica de mercado. Conforme observa Richard Swedberg, os economistas oitocentistas tinham para si, como significado de mercado, um abstrato mecanismo formador de preços que ocupava função central na alocação de recursos na economia. Tal significado trazia consigo uma carga ideológica, bem traduzida no slogan político de Ronald Reagan *"The magic of the market"*. A

quais esse equilíbrio ótimo de forças não consegue operar. Um dos fatores exigidos para a formação do mercado é que o bem objeto de oferta e demanda consiga ser deduzido numa conexão unitária, em que um produtor oferta um bem a um consumidor. A incapacidade de se excluir o acesso de outros consumidores ao bem ofertado (não excludabilidade) e a qualidade do bem de ser concomitantemente utilizado por mais de um consumidor (não rivalidade) são circunstâncias que impedem a constituição do mercado.

As características da infraestrutura impõem falhas que inflexionam a dinâmica mercadológica. Por serem bens não rivais e não excludentes, as infraestruturas geram, de forma constante, enormes externalidades, de modo tal a caracterizá-las como um bem público que, como tal, não consegue ser sintetizado pelo mercado.

Tudo a reforçar que as características essenciais que definem o conceito de infraestrutura inviabilizam sua intelecção em mercado.

Por fim, outra importante característica típica da infraestrutura reconhecida pela doutrina é a sua **configuração em rede**.

Destaca-se, no campo específico das redes, o jurista espanhol Juan Miguel de la Cuétara Martínez e, especificamente, seu título *Sobre infraestructuras en red y competencia entre redes*.

O autor, primeiramente, explica como, na experiência empírica do cotidiano, é fácil constatar as redes objeto de seu estudo. Elucida que na mera contemplação da atuação de empresas de conhecimento do público espanhol, como a Telefónica, bem como no simples olhar sobre o organograma do Ministério do Desenvolvimento espanhol, deparamo-nos com as redes elétricas, as redes de telecomunicação, os oleodutos, gasodutos, as redes rodoviária e ferroviária, portuária e aeroportuária. Todas essas redes supracitadas, observa Cuétara Martínez, correspondem a obras que a engenharia classifica como infraestrutura.[357]

---

revisão da ideia de mercado pela escola neoclássica é bem representada pelo trabalho de um de seus maiores expoentes na Inglaterra, Alfred Marshall. Swedberg conta que Alfred Marshall foi o primeiro a captar o mercado como um fenômeno empírico, sujeito a conformações práticas determinadas por cinco principais fatores: espaço, tempo, regulação formal, regulação informal e a familiaridade entre compradores e vendedores. Essa mudança de percepção frente ao conceito de mercado é a gênese da teoria das falhas de mercado. SWEDBERG, Richard. Markets as social structures *In:* SMELSER, Neil.; SWEDBERG, Richard. *The handbook of economic sociology*. Princeton: Princeton University Press; New York: Russell Sage foundation, 1994. p. 255-283, aqui pp. 255, 259 e 260.

[357] "Estas redes son fáciles de describir. En España, basta con atender a lo que tienen en sus manos empresas como REDESA o Telefónica, como CLH a ENAGAS, o con observar el organigrama del Ministerio de Fomento, para tener inmediatamente sobre la mesa las redes eléctricas, de telecomunicaciones, de oleoductos, de gasoductos, junto a las redes viaria y ferroviaria, portuaria y aeroportuaria, reclamando nuestro interés. O basta con observar lo que los economistas e ingenieros consideran 'infraestructura', para tropezarnos inmediatamente con ellas". MARTINEZ, Juan Miguel de la Cuétara. Sobre infraestructuras en

Afinando-se à convicção de que a infraestrutura ocupa uma categoria especial no plano econômico, seja por sua função estruturante da economia, seja pelo papel desempenhado na esfera social (convicção essa cada vez mais robusta no desenrolar da presente dissertação), Cuétara Martínez afirma que as supramencionadas infraestruturas, em sua típica configuração sob forma de rede, repercutem direta e intensamente na vida de uma dada coletividade, "facilitando intercâmbios, dinamizando a economia, incrementando a interação social, ou, em poucas palavras, tornando-a ativa e produtiva". O autor arremata que a infraestrutura e sua disposição em rede são objeto de merecida atenção por juristas e estudiosos de ciências sociais, em virtude de seu especial desígnio de (i) **organizar e sustentar o tecido social**; e (ii) **facilitar a atividade econômica dentro de sistemas cada vez maiores e mais complexos.**[358]

Entre os atributos comuns às redes de energia elétrica, de transporte e de telecomunicação, Cuétara Martínez identifica, além da importância vital para a coletividade e além de sua função transcendental da dimensão econômica para a social, o fato de a construção de tais redes requerer "grandes inversões de capital a longo prazo e gerar grandes economias de escala".[359]

Chama-se economia de escala o fenômeno econômico por meio do qual o custo unitário de produção de um dado bem diminui conforme aumenta a quantidade produzida. Essa inversão ocorre quando o custo fixo de uma dada atividade é enorme se comparado ao seu custo variável.

As infraestruturas, pela configuração em rede que lhe são próprias, geram grandes economias de escala. Pensemos na construção de uma rodovia da cidade A para a cidade Z. O custo fixo é a construção da rodovia, que é altíssimo e exige a injeção de quantidade maciça de capital. Ocorre que essa rodovia, uma vez construída e operante, não serve

---

red y competencia entre redes *In* BARTOLOMÉ, Rafael Izquierdo de (coordenador). *Nuevo derecho de las infraestructuras*. Madri: Montecorvo, 2011, p. 197-275, aqui p. 198.

[358] "Desde esta perspectiva, las infraestructuras en red que interesan son las que repercuten directa e intensamente sobre la vida de una colectividad dada, facilitando los intercambios, dinamizando la economía, incrementando la interacción social, o, en pocas palabras, haciéndola activa y productiva. Las redes de que aquí se trata organizan y sostienen el tejido social y facilitan la actividad económica dentro de sistemas cada vez mayores y más complejos. Son, para cualquier estudioso de las ciencias sociales, un merecido objeto de atención. También, lógicamente, para el jurista". MARTINEZ, Juan Miguel de la Cuétara. Sobre infraestructuras en red y competencia entre redes *In* BARTOLOMÉ, Rafael Izquierdo de (coordenador). *Nuevo derecho de las infraestructuras*. Madri: Montecorvo, 2011, p. 197-275, aqui p. 197.

[359] MARTINEZ, Juan Miguel de la Cuétara. Sobre infraestructuras en red y competencia entre redes *In* BARTOLOMÉ, Rafael Izquierdo de (coordenador). *Nuevo derecho de las infraestructuras*. Madri: Montecorvo, 2011, p. 197-275, aqui p. 197. No mesmo sentido, ver CARVALHO, André Castro. *Direito da infraestrutura:* perspectiva pública. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 134.

apenas a um consumidor individual que deseja se transportar da cidade A para a cidade Z. A rodovia conecta a cidade A, como um todo, à cidade Z, como um todo, constituindo uma rede de usuários que contempla a totalidade da população dos dois municípios.

O enorme custo de construção da rodovia é um custo fixo e, portanto, não muda com o atendimento de 1, 2, 10, 100 ou, digamos, 50.000 usuários que desejam viajar de A para Z ou de Z para A. Por sua vez, o custo variável por atendimento de cada usuário é mínimo ou tendente a zero. Com isso, o custo unitário de produção diminui com o aumento da quantidade de usuários, pois aquele custo fixo gigantesco consistente no capital injetado na construção da rodovia se distribui por um número maior de unidades produzidas, isto é, pelo número de usuários da rodovia.

Note-se que o aspecto de rede da infraestrutura não se encerra, no exemplo em tela, na "rede de usuários" formada pelas populações dos municípios A e Z. Essa mesma rodovia, uma vez construída, necessitará de investimentos relativamente diminutos para atender moradores das cidades B, C, D, E... e Y, que se encontram no caminho entre as cidades A e Z, e que queiram se locomover para A ou para Z. Para atender os usuários de B que desejam ir para A ou para Z, não é necessário construir uma ou duas novas estradas (uma estrada de B para a A e outra estrada de B para Z), mas tão somente construir uma via de acesso entre o município B e a estrada já existente. Ao fazê-lo, todo o município B entra em rede, gerando um grande aumento de usuários, que pulverizará ainda mais o custo fixo, de modo a diminuir o custo unitário de produção; os municípios C, D, E... e Y farão o mesmo, e a rede se multiplica imensamente, com uma gigantesca economia de custo fixo se comparado ao cenário em que cada conexão individual entre cada um dos 26 municípios em questão (A, B, C, D, E, F, G, H, I, J, K, L, M, N, O, P, Q, R, S, T, U, V, W, X, Y e Z) necessitasse da construção de uma rodovia própria.

É dizer que, em atividades que proporcionam tamanho ganho de escala, a oferta contempla a forma de um monopólio natural, pois o ofertante proeminente já instalado tem esmagadora vantagem sobre um novo entrante que pretenda exercer concorrência. Além da formação dos custos de produção, que já induz o monopólio, temos ainda no caso das infraestruturas a questão, tão ressaltada ao longo desta seção, do enorme impacto espacial de sua implementação; dessa forma, não fosse economicamente irracional o mercado livre de ofertantes de diversas estradas para um mesmo lugar, teríamos ainda uma impossibilidade logística e espacial para tanto.

Assim, as infraestruturas, pela magnitude e pela configuração de rede que lhe são típicas, apresentam custos fixos cavalares e custos variáveis ínfimos, de sorte a constituírem **monopólios naturais**.[360]

Vitor Schirato analisa as infraestruturas como monopólios naturais, também em virtude da consumação exclusiva e não realocável de um bem público (expressão aqui utilizada no sentido jurídico, de bem de titularidade do Estado, e não em seu sentido econômico de falha de mercado). O renomado administrativista ressalta que a utilização de determinados bens públicos, para a construção de determinadas infraestruturas, "reforça o seu caráter de monopólios naturais". Isso se dá porque "a construção de uma determinada infraestrutura demanda a utilização de determinados bens públicos, que se exaurem após a primeira utilização, não admitindo outra para a mesma finalidade". É esse o caso, exemplifica o autor, das linhas de transporte metroviário, em que, uma vez utilizados os bens públicos necessários à sua construção, não haverá como aproveitá-los para outra finalidade, bem como não haverá outros bens públicos disponíveis para replicar a infraestrutura – e não haverá ainda sentido em tal replicação. Conclui o autor que o fenômeno ocorre em virtude da dependência que tais atividades têm de *redes de suporte* para a sua prestação.[361] O termo *rede de suporte* empregado pelo autor não é outra coisa que a configuração sob forma de rede, aqui tratada como característica marcante e distintiva da infraestrutura.

Note-se que, no padrão comum que ditou a presente subseção, cada característica típica da anatomia da infraestrutura desemboca numa chamada falha de mercado reconhecida pela economia neoclássica, sejam as externalidades, o bem público ou o monopólio natural.

É dizer que as características várias que determinam o conceito de infraestrutura concordam e convergem, todas elas, para a incompatibilidade da subsunção das respectivas atividades ao ditame do mercado. Não há mercado que se possa verdadeiramente constituir para bem dirigir a alocação da oferta e da demanda para a infraestrutura.

---

[360] André Castro Carvalho, ao examinar a doutrina estudiosa sobre infraestrutura, detecta uma categoria intitulada *redes únicas*, que denominam "aquelas infraestruturas que não comportariam um aparecimento duplicado por razões econômicas, técnicas, comerciais, sociais, ambientais, ou até mesmo de segurança, como no traçado de rodovias e ferrovias – em alguns casos, até mesmo em serviços como o controle de tráfego de aeroportos". CARVALHO, André Castro. *Direito da infraestrutura:* perspectiva pública. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 144.

[361] SCHIRATO, Vitor Rhein. *A noção de serviço público em regime de competição*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, mar. 2011, pp. 172 e 173.

Há múltiplos atributos da infraestrutura que correspondem a falhas de mercado, isto é, a condições que fazem malograr a formação de um mercado dotado do poder de determinar, por suas forças intrínsecas, a alocação eficiente da produção e do consumo de um bem.

Com isso, temos que a infraestrutura, pelas características nucleares que a conceituam, encontra-se sempre colhida ao domínio público e à titularidade estatal,[362] e sempre distante da ideia de mercado.

Gilberto Bercovici dirá que a infraestrutura constitui, de modo geral, um monopólio natural controlado pelo Estado, "fornecendo produtos ou serviços para um grande número de usuários, afetando, assim, o bem-estar da população e o desempenho das empresas e produzindo efeitos diretos e indiretos por toda a economia".[363]

Na mesma direção, recordemos a já citada lição de Bresser-Pereira, segundo a qual a gestão da economia deve ser cindida em dois setores, sendo um setor competitivo, abrangedor das atividades econômicas ordinárias, e outro menor, composto essencialmente pela infraestrutura e algumas empresas de base. O mercado dirige o primeiro setor, por ser ele "muito melhor do que o Estado para coordenar a atividade empresarial de centenas, de milhares de empresários e suas ideias, suas invenções", ao passo que "no outro setor, precisa-se de planejamento do Estado".[364]

Sobre o imprescindível planejamento estatal sobre os setores de infraestrutura, Maria da Conceição Tavares destaca que certos investimentos, por sua natureza ou magnitude, não conseguem ser induzidos apenas pela demanda presente e, por isso, pressupõem uma "capacidade de previsão e de decisão autônoma que só pode ser atribuída ao Estado e/ou a alguns raros empresários inovadores". A célebre economista ilustra o seu

---

[362] Alexis de Tocqueville, um francês de origem nobre vivido na primeira metade dos oitocentos, estudou a democracia norte-americana quando lá esteve enviado pelo governo francês, com a atribuição de avaliar o sistema prisional daquela jovem nação. Um ponto marcante de sua conhecida obra *Da democracia na América* é a constatação da proliferação de elementos de infraestrutura conforme a nação se industrializa, e do caráter público de tais elementos que se proliferam: "Na medida em que a nação se torna mais industrial, ela sente uma necessidade maior por rodovias, canais, portos e outros trabalhos de natureza semipública que facilitam a aquisição de riquezas, e na proporção em que é mais democrática, os particulares experimentam mais dificuldade em executar semelhantes trabalhos, e o Estado, mais facilidade em realizá-los". TOCQUEVILLE, Alexis de. *Da democracia na América*. Tradução do original francês: Pablo Costa e Hugo Medeiros. São Paulo: Vide Editorial, 2019, p. 814.

[363] BERCOVICI, Gilberto. Infraestrutura e Desenvolvimento. *In*: BERCOVICI, Gilberto; VALIM, Rafael, *Elementos de Direito da Infraestrutura.* São Paulo: Contracorrente, 2015. p. 17-26, aqui p. 22.

[364] BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. É hora de as elites se juntarem para a salvação nacional. *Um Brasil*, Análises e discussões sobre um povo em busca de uma identidade. Columbia Global Centers, p. 33-39, mar. 2016.

ponto citando justamente os chamados investimentos de base, que "dificilmente terão lugar com a necessária antecipação, a não ser por intermédio de decisões governamentais".[365]

Por todos esses reforços doutrinários, resta clara a incompatibilidade da infraestrutura com o mercado, que está incindivelmente vinculada ao domínio público.

4.3.4 Conclusões sobre as crises de definição da infraestrutura

Em conclusão deste capítulo, pode-se dizer que as crises de definição da infraestrutura podem ser atribuídas, em grande medida, a um problema no ponto de vista pelo qual costumamos tentar definir o conceito. Explica-se.

Quando se pensa em infraestrutura, nossos reflexos empíricos nos levam logo a estabelecer, como premissa, tratar-se de um elemento de grande importância à economia e ao sistema capitalista. Essa premissa está, como vimos, absolutamente correta.

A partir de tal premissa, porém, é tentador que nosso raciocínio passe a trabalhar na tentativa de subsunção da infraestrutura às categorias do processo econômico que estão na superfície visível, isto é, atividade econômica, bens (de produção, de capital ou de consumo) ou fatores de produção, o que nos leva ao dilema inicial desta seção: a infraestrutura é um bem empregado numa atividade econômica ou é, em si, a atividade econômica? Ou seria a conjunção dos dois? Esse dilema é equivocado. É nele que reside o equívoco de ponto de vista a que me refiro.

Esse equívoco é, ainda, alimentado pelo fato de que, anatômica ou fisicamente, a infraestrutura, sim, decompõe-se em um conjunto de bens (obras de grande porte) e atividades. Isto é, aquilo que palpavelmente identificamos como infraestrutura é uma composição de edificações e de atividades proporcionadas através dessas edificações.

Somos, então, facilmente conduzidos a uma assimilação errada: assimilamos, de um lado, as edificações que compõem a infraestrutura a um bem de capital de um processo produtivo qualquer e ordinário, por exemplo, uma fábrica de sapatos; e, de outro,

---

[365] "O primeiro deles diz respeito à escolha das faixas de substituições. Em face do que dissemos anteriormente, é evidente que essa escolha não pode ser feita à luz de uma visão estática do mercado interno e/ou da estrutura de importações existente num dado momento. Isso significa, por um lado, que nem todos os investimentos podem ser apenas induzidos pela demanda presente e pressupõe, por outro, uma capacidade de previsão e de decisão autônoma que só pode ser atribuída ao Estado e/ou a alguns raros empresários inovadores. Os chamados "investimentos de base", por exemplo, dificilmente terão lugar com a necessária antecipação, a não ser por intermédio de decisões governamentais, quer promovendo-os diretamente quer estimulando ou amparando a iniciativa privada através de medidas de caráter financeiro e outras". TAVARES, Maria da Conceição. O Processo de Substituição de Importações como Modelo de Desenvolvimento na América Latina/O Caso do Brasil. *In*: SICSÚ, João; PORTARI, Douglas. *Maria da Conceição Tavares, Desenvolvimento e Igualdade* – Homenagem aos oitenta anos de Maria da Conceição Tavares. Rio de Janeiro: Ipea, 2010, pp. 55 e 56.

assimilamos as atividades que compõem a infraestrutura a uma atividade econômica fim de um processo produtivo qualquer e ordinário, por exemplo, a fabricação e comercialização de sapatos. Foi essa a assimilação que fizemos páginas atrás, na subseção 4.3.1, recorde-se:

> "Ou seja, há uma crise de definição sobre se infraestrutura é (i) a fábrica; ou (ii) a atividade econômica de fabricação; ou ainda (iii) a atividade econômica precedente de construção ou montagem da fábrica; ou, por fim (iv) o somatório de alguns ou de todos os itens anteriores".

A infraestrutura é, sim, fisicamente, um somatório de bens públicos e das atividades que orbitam esses bens públicos, inclusive as atividades de sua construção e montagem. Mas este, nem de longe, é o ponto fulcral para se entender o que efetivamente é a infraestrutura, pois os edifícios de infraestrutura não são assimiláveis a fábricas de bens de consumo, assim como os serviços gerados através desses edifícios não são assimiláveis a atividades econômicas corriqueiras. A crise descrita no excerto transcrito desta própria dissertação consiste numa **pista falsa** para a real compreensão do significado da infraestrutura e de sua relevância para a economia e para a sociedade.

O erro de ponto de vista é tentar olhar a infraestrutura como uma espécie do gênero de processos produtivos que habitam ou compõem a superfície visível do sistema capitalista em funcionamento, pois não é nesse local que a infraestrutura se encontra. A infraestrutura não é parcela do resultado gerado pelo funcionamento do sistema capitalista. A infraestrutura faz parte das fundações do sistema, é um material de construção da economia. Trata-se de uma categoria específica dos elementos que condicionam o erguimento do sistema econômico – por isso dizer que a infraestrutura é pré-condição das demais atividades econômicas.

Aí vem a obviedade e precisão do nome que leva: a infraestrutura faz parte da *infraestrutura* da economia, ao passo que os processos produtivos ordinários, tais quais as fábricas de sapato, são *superestrutura* da economia. O resultado visível do capitalismo está nas atividades econômicas em que se produz bens e serviços, que ativam uma contínua circulação de capital. A infraestrutura é um fator invisível, é o suporte subterrâneo para viabilizar tais atividades econômicas visíveis à superfície e sem o qual tais atividades não existiriam ou existiriam em condições extremamente limitadas, sem qualquer capacidade de desenvolvimento e expansão.

A bem da verdade, a infraestrutura nesse caso possui uma expressão física bastante visível, pois ela contempla obras de engenharia gigantescas. Mas ela é, para o sistema capitalista, metaforicamente invisível e subterrânea, pois essas arquiteturas grandiosas não

se voltam à produção econômica imediata, de um bem ou produto para o consumo final de um indivíduo identificável, ou de um bem ou insumo a ser utilizado nos processos produtivos de certas indústrias identificáveis. A infraestrutura é uma enorme plataforma que atende, que pressupõe e que beneficia toda a sociedade econômica coletivamente e indiscriminadamente considerada.

Em poucas palavras, o equívoco de ponto de vista consiste precisamente na tentativa de equalizar a infraestrutura dentro da categoria dos processos produtivos, ponderando se ela é uma atividade econômica ou se é um bem de capital... Enquanto, na realidade, a infraestrutura, como o seu próprio nome sugere, encontra-se em outro compartimento da cadeia, em outro andar, em distinta dimensão; ela é pressuposto do funcionamento do sistema econômico e não um produto de seu funcionamento.

Isso fica claro na subseção 4.3.2, em que nos afastamos do "dilema bem ou atividade" para estudar as bases filosóficas da definição do conceito. Infraestrutura é *capital fixo social*, uma categoria própria e distinta das *atividades diretamente produtivas* (essa dicotomia de Albert Hirschman, recordemos, em muito se assemelha à dicotomia de Karl Marx entre *condições gerais de produção* e *processo de produção imediato*). A infraestrutura – capital fixo social –, inclusive, apresenta perfil e características opostas às das atividades diretamente produtivas, marcadamente, a imensa quantidade de capital imobilizado perpetuamente sobre a mesma forma. Infraestrutura e atividades econômicas são, portanto, sob certo prisma, antípodas, ou seja, são diametralmente opostas, e tal oposição é, em essência, o capitalismo em sua plena estrutura e em seu pleno funcionamento.

A incompatibilidade entre infraestrutura e o infindável conjunto de atividades econômicas ordinariamente componentes da economia em sua dimensão de funcionamento se faz clara na subseção 4.3.3, em que restou demonstrado que as características conspícuas da infraestrutura correspondem, cada qual, a uma diferente espécie das chamadas falhas de mercado identificadas pela economia neoclássica. A universalidade, a integração e o livre acesso desdobram-se em externalidades; a não rivalidade e a não excludabilidade desembocam na circunstância de bem público; a configuração sob forma de rede propicia o monopólio natural.

Todos esses caminhos robustecem a conclusão de que a infraestrutura não é e não pode ser considerada como, tratada como ou equiparada a uma atividade econômica ordinária, tanto é que, sob diversas perspectivas, o mercado não consegue se constituir em relação a tal setor – ele falha. Significa que as atividades de infraestrutura não funcionam

sob a dinâmica mercadológica, isto é, não funcionam submetidas à iniciativa particular, em que as forças de mercado supostamente dariam conta de encontrar um equilíbrio ótimo e resultado ótimo às pessoas que necessitam dos respectivos serviços. A contrario sensu, a infraestrutura é, então, vocacionada ao domínio público, à titularidade pública e à gestão pelo Estado.

Por fim, a fortalecer tal entendimento, lembremos que, a despeito da dimensão estritamente econômica, em que a infraestrutura já desponta como elemento de domínio público em virtude da posição fundacional que ocupa no soerguimento da economia, a infraestrutura representa, no plano social, a entrega de uma melhora imediata na condição de vida das pessoas, a permissão de que os mais carentes consigam viver em condições mais condignas de sua humanidade.

Considerado esse poderoso efeito social que a infraestrutura tem o poder de proporcionar, com mais razão a sua titularidade, isto é, a titularidade do conjunto de bens e atividades que a constituem, deve repousar no domínio público do Estado, com o que este estará dotado de maior capacidade estratégica para planejar e executar o desenvolvimento econômico e social.

Na seção próxima, agora munidos de relevante compreensão sobre as principais características da infraestrutura e de sua exata localidade no sistema econômico, analisaremos a sua importância enquanto instrumento jurídico para a efetivação do princípio da soberania econômica.

4.4 A importância da infraestrutura para a soberania econômica

Conforme visto no capítulo 3 desta dissertação, soberania econômica é princípio jurídico voltado à instituição de contínuo planejamento econômico estatal, com vistas a impedir a tendente captura do poder político pela elite econômica local e pelas nações centrais do capitalismo.

Dadas as circunstâncias históricas de país periférico latino-americano, entre elas a herança colonial que lhe imprimiu um modelo econômico baseado na desigualdade de classes e no servilismo a interesses estrangeiros, o Brasil é daqueles países que vivenciam o ciclo vicioso da pobreza, também chamado de armadilha da pobreza.

Esse fenômeno, da armadilha da pobreza, deve-se em grande medida à alta capacidade da elite econômica de influenciar as instituições políticas confiadas pelo povo, de tal sorte que a concepção do direito objetivo e as medidas executivas acabam por atender o interesse particular das classes dirigentes, que é diametralmente oposto ao

interesse do povo. Através de tal captura do interesse público pelo interesse particular da classe economicamente dominante, o ordenamento jurídico acaba sendo concebido e executado não com o objetivo de transformar a sociedade, vencendo os gargalos e as deficiências econômicas e sociais, mas sim com o objetivo de manutenção ou mesmo recrusdecimento de tais deficiências, que se revertem em benefício para as classes dirigentes.

Daí advém a ideia de *soberania bloqueada* e de *crise constituinte*. Significa o poder econômico bloquear os propósitos para os quais o constitucionalismo e as instituições democráticas foram concebidos, impedindo que a soberania do povo se perfaça para além de marcos meramente formais. O poder econômico neutraliza o que deveria ser a conquista constitucional da soberania do povo e a transforma numa aristocracia velada, tão perniciosa quanto as aristocracias francas do passado.

Se no passado o privilégio do governo se pautava na força ou na religião, o que desafiava qualquer senso de igualdade ou racionalidade, ele hoje tem por vetor o poder econômico, realidade esta que se encobre por uma indumentária democrática.

A soberania econômica é princípio caro aos países subdesenvolvidos que experimentam com todo o peso as incongruências desse turvo sistema de poder. A soberania econômica significa a capacidade de um povo de se autodeterminar economicamente, a capacidade de desenvolver em seu seio, de maneira independente, fatores econômicos, como os padrões de consumo, as necessidades de consumo, o mercado, a tecnologia, a inovação, a indústria de base, a indústria de bens de consumo, as fontes energéticas, as vias de escoamento, o setor financeiro, e por aí vai.

A soberania econômica repousa na ideia de planejamento nacional, conduzido pelo Estado, para propiciar a internalização dos centros de decisão econômica e o desenvolvimento endógeno. E a soberania econômica se oferece, como visto, como um pressuposto da soberania política. É preciso, através de um plano econômico, interromper o mecanismo espiral que impede a sociedade brasileira de transformações qualitativas de sua realidade. A efetiva soberania política do povo só consegue se expressar com um relevante planejamento econômico para desarticular ou amenizar os fatores da dependência econômica externa e interna.

Ainda no capítulo 3, vimos que, entre os instrumentos de efetivação do princípio constitucional da soberania econômica, está a infraestrutura (juntamente com o mercado interno, o incentivo à inovação e tecnologia, a educação, o controle do capital estrangeiro), setor que é constantemente objeto de interesse da iniciativa privada e que, pelas

progressivas medidas liberalizantes de governos sob captura, vem paulatinamente sendo afastado do domínio público.

Neste capítulo 4, nas seções anteriores, vimos que a infraestrutura apresenta as seguintes características: (i) ela abarca fundamentalmente os setores de energia, logística de transportes, telecomunicações e saneamento; (ii) do ponto de vista anatômico ou físico, a infraestrutura consiste em bens (obras públicas) e atividades (serviços à população) em plena sinergia (a obra é construída com a finalidade de possibilitar a atividade e a atividade depende da obra que a suporta); (iii) a infraestrutura é capital fixo social, distinguindo-se dos processos produtivos imediatos e situando-se como uma basilar pré-condição para o desenvolvimento da gama de atividades econômicas ordinárias; (iv) a infraestrutura, pelos seus atributos de universalidade, integração, livre acesso, não excludabilidade, não rivalidade e configuração sob a forma de rede, apresenta-se como um campo cominado por múltiplas falhas de mercado, quais sejam, externalidades, bem público e monopólio natural, que a impedem de ser submetidas ao mercado e, assim, vinculam-na ao domínio público; e (v) para além de ocupar categoria própria e especial na dimensão econômica, a infraestrutura tem importante significado social, por sua capacidade de promover a melhora na condição de vida da população.

O objetivo desta seção é convergir os caminhos analíticos da soberania econômica e da infraestrutura, para compreender com maior clareza a importância da infraestrutura como instrumento para a efetivação do princípio da soberania econômica e os desdobramentos jurídicos correspondentes a esse vínculo instrumental.

4.4.1 Infraestrutura como serviço público

Falamos, em seções passadas, sobre a forma bastante incidental, até mesmo aleatória, com que o termo infraestrutura encontra-se previsto na Constituição Federal.

Por outro lado, conforme desenvolvido ao longo de toda esta dissertação, a infraestrutura consiste num importante instrumento de efetivação do princípio da soberania econômica. Assim sendo, pergunta-se: não estaria esse essencial instrumento da soberania econômica presente com maior significância no texto constitucional?

A resposta é positiva, e se encontra precisamente encarnada no instituto do serviço público.

O serviço público encontra-se previsto na Constituição Federal em seu artigo 175, segundo o qual: “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”.

Entre os serviços públicos em espécie que são deduzidos do texto constitucional, estão, justamente, os serviços do setor de telecomunicação, energia, logística de transporte e saneamento, como podemos ver nos artigos 21, XI, XII e XX, e 23, IX da CF, arrolados abaixo:

> Art. 21. Compete à União:
> [...]
> XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;
>
> XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:
> [...]
> b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos;
> c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária;
> d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território;
> e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros;
> f) os portos marítimos, fluviais e lacustres;
> [...]
> XX - instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos;
> [...]
> Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:
> [...]
> IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;

Recorde-se que a infraestrutura se espraia fundamentalmente nos setores de energia, logística de transporte, telecomunicações e saneamento,[366] atividades estas que estão, todas, expressamente previstas nos dispositivos supracitados como serviços públicos de competência do Estado.

---

[366] O setor de saneamento básico recebe tratamento constitucional mais turvo, em que não resta tão claro o seu enquadramento como serviço público, circunstância essa que se torna ausente de qualquer dúvida ou controvérsia quando nos deparamos com a legislação infraconstitucional, em particular a Lei do Saneamento Básico (Lei nº 11.445/2007) que logo em seu art. 2º determina que "os serviços públicos de saneamento básico serão prestados com base nos seguintes princípios...". Sobre o setor, de regulação bastante intrincada, o jurista especializado Augusto Neves Dal Pozzo pondera ser o saneamento básico, assim considerado o fornecimento de água e a coleta e destinação final de esgoto, "um dos serviços públicos mais negligenciados pela Administração Pública Brasileira", sendo que, na visão do autor, "a explicação para esse completo descaso com um serviço tão fundamental repouse, especialmente na falta de planejamento estatal para a sua efetiva consecução" DAL POZZO, Augusto Neves. O Dever de planejamento estatal e a efetividade na prestação de serviço público de saneamento básico. *In*: BERCOVICI, Gilberto; VALIM, Rafael, *Elementos de Direito da Infraestrutura.* São Paulo: Contracorrente, 2015. p. 207-239.

Desse modo, podemos dizer que a infraestrutura se encontra prevista constitucionalmente através da tutela dos serviços públicos.

André Castro Carvalho trata detalhadamente sobre o tema da intersecção entre a infraestrutura e os serviços públicos no direito brasileiro em capítulo próprio da sua obra *Direito da Infraestrutura – Perspectiva pública*, intitulado *Infraestrutura e o regime preponderante do serviço público*.

O autor observa que o serviço público ganha amplo tratamento na Constituição Federal, enquanto que a infraestrutura, em si, não foi disciplinada. Nada obstante, André Castro Carvalho explica que "na prática, isso não imprime maiores reflexos, tendo em vista que a regulação jurídica do serviço público acaba acompanhando a infraestrutura que lhe serve como sustentáculo".[367] Na passagem, o autor claramente se refere à infraestrutura como o bem, o suporte físico, e o serviço público como a atividade correlata que se presta valendo-se de tal suporte.

Em sequência, o autor expressa uma relação de sinonímia entre infraestrutura e serviço público no direito brasileiro. *In verbis*:

> Portanto, a doutrina jurídica, ao analisar a infraestrutura sob a ótica dos serviços públicos, costuma utilizar ambos os conceitos como sinônimos. Não que haja uma classificação equivocada: o fato é que, sob a análise do arcabouço jurídico brasileiro, os dois conceitos aparecem associados, de forma que um estudo conjunto facilita a identificação do regime jurídico de cada infraestrutura, mormente na esfera do direito público (regime jurídico-administrativo)[368].

Serviço público não é exatamente sinônimo de infraestrutura, uma vez que o regime jurídico de serviço público se aplica a outras tantas atividades de interesse e utilidade pública que não se caracterizam como infraestrutura, como é o caso da educação, saúde ou mesmo do serviço de correios. Da mesma forma, é preciso dizer, temos o exemplo da exploração petrolífera, comumente enquadrada na doutrina como componente do conjunto da infraestrutura, mas que não está prevista constitucionalmente como um serviço público, e sim como um monopólio constitucional da União.

De toda sorte, temos que o conceito não-legal de infraestrutura e o conceito legal de serviço público guardam íntima conexão.

Primeiramente porque, de simples olhar, temos que o espectro constitucionalmente delimitado dos serviços públicos engloba grande parte dos setores de infraestrutura.

---

[367] CARVALHO, André Castro. *Direito da infraestrutura:* perspectiva pública. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 166.

[368] CARVALHO, André Castro. *Direito da infraestrutura:* perspectiva pública. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 167 e 168.

Mas não é esse o ponto-alvo, as semelhanças são mais profundas e remetem às raízes da ideia de serviço público.

Notemos, antes de qualquer coisa, que o serviço público, tanto quanto a infraestrutura, encontra certo grau de indiscriminação entre bem e atividade. Para se ter ideia da certa indissociabilidade entre bem e atividade no instituto do serviço público, invoca-se a figura extremamente corrente da *concessão de serviço público precedida da execução de obra pública*. Essa figura não é doutrinária ou informal; ela é prevista na Lei de Concessões (Lei nº 8.987/1995), primeiro e principal diploma infraconstitucional a regular a outorga da execução de serviço público ao particular. Assim define o artigo 2º, III da Lei de Concessões:

> Concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado.

Essa é a comuníssima forma com que se dão os projetos de construção de rodovias, aeroportos e usinas hidroelétricas: a construção da obra pública e a sua operação se mesclam numa mesma solução contratual, em que o investimento do concessionário na construção é amortizado e, após, remunerado com a exploração do serviço propriamente dito e as respectivas tarifas incidentes sobre os usuários.

A criação de tal modalidade legal e a sua profusão nos casos práticos mostram a conectividade e indissociabilidade entre a obra pública e o serviço público, tal qual ocorre quando falamos em infraestrutura[369].

Em alguns casos, obra e serviço se indissociam por completo, a formar uma aparente relação de identidade. Tomemos o exemplo da rodovia, em que a atividade ou o serviço é simplesmente a disposição da obra para a utilização por usuários.

Sobre a conexão umbilical entre obra e serviço, Gilberto Bercovici observa o exemplo do direito alemão, em que "a administração da infraestrutura é inseparável da

[369] Sobre a indissociabilidade referida entre obra e serviços, André Castro Carvalho destaca duas modalidades de interação ou interpenetração do bem à atividade: diz o autor que alguns tipos de infraestruturas se confundem com o próprio serviço público, pois aparecem como um "pressuposto para a sua prestação"; outras infraestruturas, sobretudo aquelas relacionadas à logística de transporte, apresentam-se como um bem para *disponibilização* a uso para terceiros. CARVALHO, André Castro. *Direito da infraestrutura:* perspectiva pública. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 163.

concepção de serviço público (*'Daseinsvorsorge'*) como instrumento essencial para o cumprimento da tarefa estatal de prestação dos serviços públicos"[370].

E note as palavras empregadas pelo autor: uma obra pública que é "instrumento essencial para o cumprimento de uma tarefa estatal". É precisamente por essa visão, por essa ideia, de uma obra em sinergia com uma atividade que perfazem o cumprimento de uma tarefa estatal, que chegamos à alma da semelhança entre a infraestrutura e o conceito jurídico de serviço público.

Infraestrutura é serviço público, pois é um bem artificial em harmonia com uma atividade ou complexo de atividades, sendo que tal harmonização **perfaz o cumprimento de uma função estatal de prestação aos governados** de um serviço de necessidade ou grande utilidade pública.

Não à toa, as características determinantes que Philip O'Neill identifica na infraestrutura, de universalidade, integração, livre acesso e externalidades em muito recordam e se parecem com as chamadas *Leis do serviço público*, sistematizadas por Louis Rolland no início do século XX e que até hoje baseiam os princípios norteadores do instituto do serviço público. São três as *Leis do serviço público* originais: a continuidade, a igualdade e a mutabilidade[371]. A lei da continuidade diz que o serviço não pode ser interrompido; a lei da igualdade diz que o serviço deve ser prestado de maneira igualitária a todos, indistintamente (o que pressupõe a universalidade); e a mutabilidade diz que o serviço tem de ser prestado sob um regime tal que permita a mutação de seus meios e suas formas para melhor atender o interesse público em questão[372].

---

[370] BERCOVICI, Gilberto. Infraestrutura e Desenvolvimento. *In*: BERCOVICI, Gilberto; VALIM, Rafael, *Elementos de Direito da Infraestrutura.* São Paulo: Contracorrente, 2015. p. 17-26, aqui p. 24.

[371] "Qu'elles constituet ou non des services publies au sens étroit du mot, toutes enterprises publiques ont en France des caractères communs qui doivent être mis en vedettes. 1º Elles sont toutes places sous la direction plus ou moins effective des gouvernants. 2º Devant les charges et les profits de toutes, les particuliers sont egaux. C'est la règle de l'égalité devant les services publics. Elle découle des principes poses dans la Déclaration des droits de l'homme de 1789 (art. 1, 6, 18) et domine notre régime politique et administratif. 3º Elles sont toutes une si grande importance pour le public, que'elles doivent fonetionnes sans heurts, sans à-coups, sans arrêts. C'est ce que l'on exprime en parlant de la continuité des services publics". ROLLAND, Louis. *Précis de droit administratif*. 12. ed. Paris: Dalloz, 1928, pp. 15 e 16.

[372] Sabe-se que a sistematização original de Louis Rolland foi ampliada, recebeu novos princípios, que apresentam variação de autor para autor. Cite-se, por exemplo, Celso Antônio Bandeira de Mello, que lista como princípios incidentes ao serviço público o dever inescusável do Estado de promover-lhe a prestação, supremacia do interesse público, continuidade, impessoalidade, universalidade, modicidade tarifária, transparência, motivação, adaptabilidade e controle. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 33. ed., revista e atualizada até a Emenda Constitucional 92, de 12 jul. 2016. São Paulo: Malheiros, 2016, pp. 706 e 707; ao passo que, para Hely Lopes Meirelles, os princípios são os da permanência (equivalente a continuidade), generalidade (equivalente a igualdade e universalidade), eficiência, modicidade e cortesia. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 41. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2015, p. 416.

O serviço público é, como podemos perceber, expressão jurídica e constitucional da infraestrutura (sendo certo que os serviços públicos compreendem setores outros que não os de infraestrutura). E o ponto de contato entre os dois remete à ideia subjacente ao serviço público.

Ensina a ilustre administrativista Dinorá Adelaide Grotti que a definição do conceito de serviço público hoje se pauta pelo critério dito subjetivo, uma vez que "cada povo diz o que é serviço público em seu sistema jurídico" de tal sorte que "aquilo que hoje é considerado serviço público num dado ordenamento jurídico pode bem não o ser em outro"[373].

Mas esse critério subjetivo é firmado, no plano de fundo, por um fundamento objetivo ou fixo que pauta o movimento comum às sociedades e aos sistemas jurídicos de constituir serviços públicos. Há de existir uma definição, um modelo abstrato de significação que supere um estado conceitual que beire o truísmo. Dinorá Grotti aponta esse caminho ao suscitar as razões distintas pelas quais uma atividade pode ser considerada um serviço público:

> Razões diversas levam a considerar certa atividade como serviço público, dentre as quais: 'retirar da especulação privada setores delicados; propiciar o benefício do serviço aos menos favorecidos; suprir carência da iniciativa privada; favorecer o progresso técnico; ordenar o aproveitamento de recursos finitos (como os hidroelétricos); controlar a utilização de materiais perigosos (como os potenciais nucleares); favorecer o rápido desenvolvimento nacional; manter a unidade do país e assim por diante[374].

---

[373] GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti, Evolução da teoria do serviço público. Enciclopédia jurídica da PUC – SP. *in* NUNES JÚNIOR, Vidal Serra; ZOCKUN, Maurício; ZOCKUN, Carolina Zancaner; FREIRE André Luiz (coord.) Tomo II: Direito Administrativo e Constitucional. 1 ed., São Paulo: Pontifícia Universalidade Católica de São Paulo, 2017, p. 2. Jacqueline Morand-Deviller apresenta um exemplo ilustrativo da subjetividade e amplitude que o conceito de serviço público alcançou. A renomada publicista francesa conta que o célebre jurista Maurice Hauriou assim fundamentava a eleição da produção de tabaco como um serviço público: "[...] al organizar el monopolio de los estancos 'que le generale grandes ingressos', el Estado fomenta 'una distracción o una diversión [...] el uso del tabaco, aun cuando presenta ciertos inconvenientes no es muy peligroso para salud pública y sobre todo no tiene influencia sobre la moralidad'". Por outro lado, conta ainda a autora, Hauriou negava a condição de serviço público ao teatro, por entender de todo inconveniente e inadequado o fato de o teatro "'exaltar la imaginación, acostumbrar los espíritus a una vida fácil y ficticia, en gran detrimento de la vida seria, y excitar las pasiones del amor, las cuales son tan peligrosas como las del juego y de la intemperancia'". MORAND-DEVILLER, Jacqueline, *Derecho Administrativo*, Curso, Temas de Reflexión, Comentarios y Análisis de Fallos. Tradução de Zoraida Rincón Ardila/ Juan Carlos Peláez Gutiérrez. 14 ed. (2015), Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017, p. 501.

[374] GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti, Evolução da teoria do serviço público. Enciclopédia jurídica da PUC – SP. *in* NUNES JÚNIOR, Vidal Serra; ZOCKUN, Maurício; ZOCKUN, Carolina Zancaner; FREIRE André Luiz (coord.) TOMO: Direito Administrativo e Constitucional. 1 ed., São Paulo: Pontifícia Universalidade Católica de São Paulo, 2017, p. 2.

A fala da ilustre autora dá indícios do que vem a ser o fundamento objetivo da definição, já que todas as razões elencadas se referem, em maior ou menor medida, a necessidades, requerimentos ou interesses da coletividade.

O assunto merece breve rememoração às origens do instituto, em cena protagonizada pelo notável Léon Duguit (o célebre professor da Escola de Bordeaux foi previamente estudado nesta dissertação, na subseção 2.3.2).

Como descreve Jacqueline Morand-Deviller, Duguit definia serviço público sob uma concepção objetiva, em que a delimitação do conceito seria um reflexo da "consciência e da solidariedade social", de tal modo que as atividades em espécie intituladas serviço público seriam aquelas cujo "cumprimento é indispensável para a realização e desenvolvimento da solidariedade social" e que apresentam natureza tal que "não pode se realizar completamente senão com a intervenção da força governamental"[375].

Jacqueline Morand-Deviller descreve que tal entendimento foi se enfraquecendo com o tempo, em virtude da expansão talvez excessiva do conceito para uma diversidade muito grande de atividades, que claramente exorbitavam o alcance da definição objetiva de Duguit. Ganhou força, então, a concepção subjetiva de serviço público, traçada pelo sucessor de Duguit na liderança da Escola de Bordeaux, Gaston Jèze. De maneira subjetiva, o serviço público consistia nas "necessidades de interesse geral que os governantes de um determinado país, em um momento preciso, decidiram satisfazer por meio do procedimento de serviço público"[376].

Ponto é, e isso se evidencia da própria definição subjetiva acima transcrita, que as perspectivas objetivas e subjetivas **não são colidentes**, uma vez que elas nem mesmo habitam a mesma dimensão. A perspectiva objetiva diz respeito ao significado abstrato do conceito, ao passo que a perspectiva subjetiva trata do exercício, no mundo fenomênico, de identificação das atividades em espécie que se subsumem ao conceito abstrato.

---

[375] O excerto é tradução livre do texto original "toda actividad cuyo cumplimiento debe ser garantizado, regulado y controlado por los gobernantes, en razón a que su cumplimiento es indispensable para lá realización y el desarrollo de la interdependencia social y a que es de tal naturaleza que no puede realizarse completamente sino con la intervención de la fuerza gubernamental" MORAND-DEVILLER, Jacqueline, *Derecho Administrativo*, Curso, Temas de Reflexión, Comentarios y Análisis de Fallos. Tradução de Zoraida Rincón Ardila/ Juan Carlos Peláez Gutiérrez. 14 ed. (2015), Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017, p. 498.

[376] O excerto é tradução livre do texto original "son punica y exclusivamente servicios públicos las necesidades de interés general que los gobernantes de un determinado país, en un momento preciso, decidieron satisfacer por el procedimiento del servicio público" MORAND-DEVILLER, Jacqueline, *Derecho Administrativo*, Curso, Temas de Reflexión, Comentarios y Análisis de Fallos. Tradução de Zoraida Rincón Ardila/ Juan Carlos Peláez Gutiérrez. 14 ed. (2015), Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017, p. 499.

A constatação de que o elenco de setores que serão considerados serviços públicos varia, ou, nas palavras de Hely Lopes Meireles, "flutua ao sabor das necessidades e contingências políticas, econômicas, sociais e culturais de cada comunidade, em cada momento histórico"[377], não vulnera a definição abstrata de serviço público que se vincula às necessidades coletivas essenciais que o Estado não pode olvidar, que o Estado precisa garantir a todos e a cada um, sem distinção.

Parece-nos, portanto, falsa a impressão de superação do conceito objetivo de serviço público e sua substituição por um conceito subjetivo, pois, a bem da verdade, o conceito subjetivo não há.

Odete Medauar, com precisão ímpar, refuta o discurso de que o serviço público seria uma *noção-proteu* ou um *conceito jurídico indeterminado*. A renomada catedrática de direito administrativo postula que "o conceito em si não é indeterminado, como conceito". Ocorre que, completa a autora, "não é possível *a priori* identificar todas as situações que se enquadram na noção. Mas no momento em que a noção se aplica a uma situação, efeitos ou consequências ocorrem. Seria melhor considerá-las noções catalisadoras".[378]

E não se trata apenas da consequência jurídica aplicável àqueles setores que forem, *in casu*, constitucionalmente escolhidos – pela decisão fundamental da constituinte – como serviços públicos. O ponto fulcral é que, independentemente dos setores escolhidos em cada caso concreto, a consequência, que é o regime especial aplicável ao serviço público, justifica-se em razão **da definição conceitual objetiva de serviço público**, que é a atividade de necessidade ou alto interesse público e coletivo, que o Estado tem de garantir que seja prestado a todos.

Repita-se que esse elemento objetivo e crucial para a definição do conceito nunca se perdeu; o subjetivismo há na subsunção, para cada sociedade em concreto, dos setores que representam tal necessidade social que o Estado não pode olvidar.

Tanto é assim que esse elemento objetivo se faz presente na definição conceitual traçada pelos grandes administrativistas brasileiros da atualidade. Cite-se aqui, com destaque, o que Celso Antônio Bandeira de Mello define como sendo o *substrato material da noção de serviço público*:

---

[377] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 41. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2015, p. 407.

[378] MEDAUAR, Odete. Serviço público. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 189, p. 100-113, jul. 1992, aqui pp. 108 e 109.

> [A] atividade estatal denominada *serviço público* é a prestação consistente no oferecimento, *aos administrativos em geral*, de *utilidades ou comodidades materiais* (como água, luz, gás, telefone, transporte coletivo etc.) singularmente fruíveis pelos administrados que o *Estado assume como próprias*, por serem reputadas imprescindíveis, necessárias ou apenas correspondentes a conveniências básicas da Sociedade, em dado tempo histórico. Aliás, é por isto que as presta sob regime de *Direito Público*, diretamente ou através de alguém por ele qualificado para tanto. Esta oferta é feita aos *administrados em geral*. Daí falar-se, com razão, no princípio da universalidade ou generalidade do serviço público, pois o serviço diz respeito a necessidades ou comodidades básicas da Sociedade[379].

A definição de Bandeira de Mello, que não se vê com facilidade outra mais completa ou precisa, destaca o espírito subjacente do conceito: o serviço público é e sempre foi um instituto proveniente de um contexto maior de formação do Estado Social, em que, (i) de um lado, o Estado não representa somente uma instância materializadora do poder que coordena e viabiliza a vida em sociedade, mas também, e sobretudo, um agente incumbido de diversas prestações de natureza coletiva aos governados, prestações essas relacionadas ao estabelecimento de condições próprias de vida e de desenvolvimento, que não podem ser negadas a ninguém; e (ii) de outro lado, em relação a essas mesmas prestações devidas aos governados, o Estado tem um dever positivo, comissivo, que se deduz da constatação experiente de que o individualismo das iniciativas particulares em

---

[379] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 33. ed., revista e atualizada até a Emenda Constitucional 92, de 12 jul. 2016. São Paulo: Malheiros, 2016, pp. 702 a 703. Outros tantos administrativistas trazem definições de serviço público que, a exemplo de Celso Antônio Bandeira de Mello, enfatizam o elemento objetivo da necessidade ou interesse público sobre a atividade. Nessen sentido, Hely Lopes Meirelles define serviço público como "todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para **satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade, ou simples conveniências do Estado**" MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 41. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2015, p. 408; Maria Sylvia di Pietro define serviço público como "toda a atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, **com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas**, sob regime jurídico total ou parcialmente de direito público" PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito Administrativo*, São Paulo: Atlas, 1993, p. 80; Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Roque Garrofano, em digressão histórica sobre o instituto do serviço público, ensinam que a construção doutrinária no Brasil surge, sobre forte influência francesa, "a partir dos anos 40, com as obras de Viveiros de Castro, Mário Masagão, Francisco Campos, Tito Prates da Fonseca e Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, Meirelles Teixeira, Luís de Anhaia Melo, Bilac pinto, entre outros". Explicam ainda os autores que o doutrinador que mais se aproximou da doutrina francesa foi Temístocles Brandão Cavalcanti, em virtude da "afirmação da ideia de serviço público como um conceito que encerra a subtração dessas atividades do regime de liberdade, de livre concorrência, para serem avocadas pelo Estado. Os elementos que ele cita como caracterizadores correspondem basicamente à mesma ideia geral de serviços públicos adotada ainda hoje pela doutrina nacional". Por fim, Floriano Azevedo e Rafael Garrafano, embora defendam uma visão de serviço público mais flexível à ideia de regime de concorrência orientada mediante regulação estatal, sustentam que, em todos os casos, "permanecerá o Estado, independentemente de ser a atividade prestada diretamente por ente estatal ou não, detentor de prerrogativas e sujeito a obrigações **tendentes a assegurar o cumprimento das pautas de políticas públicas e dos objetivos determinados pelos comandos constitucionais e legais na busca pela consagração dos interesses da coletividade**". MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; GARRAFANO, Rafael Roque. *Notas sobre o conceito de serviço público e suas configurações na atualidade.* Revista de Direito Público da Economia - RDPE, ano 12, n. 46, pp. 63 a 77, abril/jun. 2014, aqui pp. 66 e 75.

liberdade não é capaz de oferecer tais prestações a todos de modo satisfatório, e que, na omissão estatal, prospera a desigualdade crescente, que torna ainda mais longínquo o objetivo pretendido de uma sociedade de pessoas todas supridas das condições ideais ou mínimas de vida e de desenvolvimento.

É esse o elemento subjacente ao conceito de serviço público, é essa a razão pela qual o Estado elege alguns setores estratégicos para sua titularidade e gestão. Ele o faz por ser um Estado de viés social, constituído conforme o ideal de que o Estado tem diversas prestações para com seus governados, sem distinção, e que tais prestações contemplam setores, bens e atividades que, pela circunstância exata de representarem necessidades elementares de todo e qualquer indivíduo, estão retiradas da dinâmica mercadológica da livre inicativa privada. Não por outra razão, Bandeira de Mello complementa sua definição sobre o substrato material de serviço público com expressa menção à *exclusão da esfera do comércio privado*:

> Ditas atividades, portanto, salvo algumas exceções ao diante referidas (educação, saúde, previdência social e assistência social), estão excluídas da esfera do comércio privado. De conseguinte, as atividades em questão *não pertencem à esfera da livre iniciativa*, sendo estranhas, então, ao campo da "exploração da atividade econômica"[380].

No mesmo sentido que Bandeira de Mello, que demarca a segregação entre serviços públicos e comércio privado, Alexandre Santos de Aragão dirá que os serviços públicos são "as atividades que marcam a divisão entre a esfera pública e a esfera privada"[381].

Sobre os valores do Estado Social que estão encrustados no conceito não superado de serviço público, Canotilho e Vital Moreira, em comentários à Constituição Portuguesa e ao respectivo preceito tríplice de *democracia económica, social e cultural* nela previsto, anotam que tal preceito representa a "fórmula constitucional para aquilo que em vários países se designa por Estado Social", que significa fundamentalmente "a responsabilidade pública pela promoção do desenvolvimento econômico, social e cultural, na proteção do direito dos trabalhadores, na satisfação de níveis básicos de prestações sociais para todos, e na correção das desigualdades sociais"[382].

---

[380] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 33. ed., revista e atualizada até a Emenda Constitucional 92, de 12 jul. 2016. São Paulo: Malheiros, 2016, pp. 703 e 704.

[381] ARAGÃO, Alexandre Santos. Direito dos Serviços Públicos. 3. Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013, pp. 126 e 127.

[382] CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. CRP Constituição da República Portuguesa anotada. 1 ed brasileira e 4 ed portuguesa. São Paulo e Coimbra: Revista dos Tribunais e Coimbra Editora, 2007, v. 1 – artigos 1º a 107, p. 210.

Portanto, serviço público pressupõe o Estado Social, fundado na ideia de que o Estado tem prestações a fazer para toda a coletividade, prestações essas relativas à satisfação de níveis sociais básicos à vida e ao desenvolvimento. Tais prestações excluem o procedimento de mercado, como forma de o Estado prevenir a desigualdade e de alcançar positivamente a maior igualdade.

É nesse *substrato material* que o conceito jurídico de serviço público se torna tão íntimo e tão próximo da infraestrutura. Como visto na seção passada (4.3), a infraestrutura é igualmente incompatível com o mercado privado, por suas características naturais e inerentes que determinam a sua importância para a sustentação do sistema econômico, bem como a sua condição de prestação social imediata.

Essa intimidade entre infraestrutura, serviço público e Estado, forjada em virtude da própria anatomia da infraestrutura (com destaque para a sua configuração sob a forma de rede, tratada na subseção 4.3.3), é tão genuína e inexorável que, como observa Vitor Schirato, mesmo em ordenamentos jurídicos como o alemão, que não adotam formalmente o conceito francês de serviço público, os monopólios naturais advindos das economias de rede são tidos como "fontes de responsabilidade estatal pelo fornecimento da atividade com exclusividade". Isto é, mesmo sem o intermédio do *nomen juris* serviço público, o direito alemão aplica a respectiva consequência jurídica da *responsabilidade estatal* aos setores dotados de economias de rede[383].

Os setores de infraestrutura são componentes inafastáveis do conceito jurídico de serviço público que, por sua vez, como bem salientado na seção 3.6 desta dissertação, fazem parte dos instrumentos normativos para a concretização do princípio da soberania econômica.

Em resumo, o serviço público é o meio pelo qual a infraestrutura se expressa constitucionalmente como um instrumento de efetivação do princípio da soberania econômica. Ao definir-se constitucionalmente como serviço público, significa que o Poder Constituinte, como bem observa Alexandre Santos Aragão, "em função de uma avaliação do interesse da coletividade em determinado momento histórico, entendeu que o Estado deveria, para cumprir as suas funções constitucionais de proteção dos liames sociais, tomar

[383] SCHIRATO, Vitor Rhein. *A noção de serviço público em regime de competição*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, mar. 2011, p. 178.

a atividade como sua"[384]. Ou seja, o Poder Constituinte brasileiro avaliou que o Estado deve tomar o setor de infraestrutura como seu.

Vale dizer, por fim, que embora o elenco de setores específicos denominados serviços públicos possa variar de ordenamento jurídico para ordenamento jurídico, a depender do momento, do local e da sociedade, os setores de infraestrutura há muito configuram núcleo duro dos serviços públicos de grande parte das jurisdições[385], justamente em razão das suas características narradas na seção 4.3.

4.4.2 Infraestrutura e direitos sociais de natureza econômica

Como vimos, a infraestrutura está definida como serviço público, sendo essa a sua expressão constitucional.

Com isso, a infraestrutura ingressa no sistema normativo constitucional e, em particular, no sistema normativo da constituição econômica.

Como vimos na seção 3.6 desta dissertação, sobretudo na análise do modelo de sistematização da constituição econômica espanhola por Oscar de Juan Asenjo, a constituição econômica se divide em quatro funções, sendo três delas a *ordenação da atividade econômica*, a *satisfação das necessidades sociais* e a *direção do processo econômico voltada à transformação estrutural*.

Como bem identificou Bercovici, transpondo ditas funções para a Constituição Federal, a primeira função, de *ordenação da atividade econômica*, repousa na seção constitucional da ordem econômica e financeira, artigos 170 a 179, em que, em apertadíssima síntese que atende ao propósito desta específica linha de raciocínio ora traçada, divide o mapa da dimensão econômica em dois territórios, sendo um de domínio público e regime público – os serviços públicos e os monopólios da União; e o outro de regime privado – as atividades econômicas em sentido estrito.

A segunda função, de *satisfação das necessidades sociais*, corresponde na Constituição Federal fundamentalmente ao artigo 21 e incisos, que estabelecem os serviços públicos de titularidade do Estado. É nesta função, propriamente, que a infraestrutura aparece, já que os setores de infraestrutura foram todos eles contemplados como serviços públicos.

---

[384] ARAGÃO, Alexandre Santos. Direito dos Serviços Públicos. 3. Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013, p. 127.

[385] "Tradicionalmente existe o chamado 'núcleo pacífico dos serviços públicos': água, luz, iluminação pública, coleta de lixo, limpeza de ruas, correio" MEDAUAR, Odete. Serviço público. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 189, p. 100-113, jul. 1992, aqui pp. 109.

A terceira e mais ambiciosa função, *direção do processo econômico voltada à transformação estrutural*, traduz-se, na Constituição Federal, em seu artigo 3º e incisos, que tornam direito posto o compromisso e a busca do Estado Brasileiro pela construção de uma sociedade justa e solidária, pelo desenvolvimento nacional e pela erradicaão da pobreza e redução das desigualdades sociais e regionais.

Essas três funções da Constituição Federal diagnosticadas por Bercovici não são compartimentos incomunicáveis e segregados entre si. Elas se correlacionam, como um sistema de engrenagens, em que a primeira ativa a segunda que ativa a terceira: os dispositivos de *ordenação da atividade econômica* estabelecem uma categoria jurídica da dimensão econômica reservada ao domínio e regime públicos – os serviços públicos. Os dispositivos de *satisfação das necessidades sociais* identificam os serviços públicos em espécie, harmonizando tal escolha às necessidades sociais, de tal sorte que a execução de tais serviços colabore para as *transformações estruturais* previstas no artigo 3º. É interessante notar a circularidade dessa rede de ativações, já que é o anseio pelas *transformações estruturais* previstas no artigo 3º que inspira e fundamenta o modo de *ordenação da atividade econômica*, justamente prevendo a existência da categoria dos serviços públicos.

Sendo assim, os setores de infraestrutura, ao ingressarem no universo jurídico constitucional através da nominação como serviços públicos, automaticamente entram nesse canal de comunicação com as normas de caráter transformador do artigo 3º, também chamadas de direitos sociais de natureza econômica.

Tal comunicação não ocorre no mundo jurídico; ela ocorre na realidade e decorre no mundo jurídico. É dizer, a previsão normativa de determinado setor como serviço público é o reconhecimento jurídico ou a constatação jurídica de uma realidade fática antecedente, qual seja, a capacidade de referido setor para impulsionar transformações estruturais na sociedade.

Em outros termos, é intuitiva e visível a conexão entre serviços públicos, sobretudo os setores de infraestrutura, e direitos fundamentais, sobretudo de natureza econômica.

Nessa toada, Gilberto Bercovici, de maneira dirigida à infraestrutura, dispõe que a função integrativa por ela exercida é essencial para que o Estado consiga promover o desenvolvimento. Note que o autor traça uma linha conectiva ou fio condutor entre o perfil intervencionista do Estado, os serviços públicos e o compromisso pelo desenvolvimento nacional: “a atribuição da responsabilidade pela infraestrutura ao Estado é dada pela

Constituição, ao prever um Estado intervencionista, prestador de serviços públicos e que deve promover o desenvolvimento"[386].

Em caminho parecido, Dinorá Adelaide Musetti Grotti propugna que os serviços públicos, dentre os muitos prismas pelos quais se pode observar tal instituto, consistem numa "técnica de prestação de direitos humanos, consoante a maneira conjuntural de abordar a realidade social em determinado momento histórico"[387].

Vitor Schirato, por sua vez, afirma que "a prestação dos serviços públicos, neste trilhar, é uma obrigação estatal esteada pelos direitos fundamentais contidos no texto constitucional"[388]. Schirato, aliás, aprofunda-se na forma de interação entre os serviços públicos específicos de infraestrutura e os direitos fundamentais, alicerçado na doutrina alemã de Georg Hermes, que descreve precisamente como a capacidade conectiva e integradora da infraestrutura lhe transforma numa necessidade social:

> [U]m corpo comunitário organizado como Estado, que pretenda integrar todos os moradores de um território, não pode existir sem que seja assegurado o direito mínimo de cada pessoa de ter acesso aos canais de conexão que permitem a vida em comunidade, razão pela qual existe em cada setor de infraestrutura, juntamente com a necessidade de uma conexão, um fomento à possibilidade de acesso a todas as condições de um oferecimento seguro dos serviços universais[389].

O excerto transcrito bem demonstra a infraestrutura como uma condição necessária de existência de uma sociedade moderna. Schirato, diante das supracitadas lições de Georg Hermes, conclui que os direitos fundamentais de liberdade, os direitos econômicos e sociais e os objetivos do Estado esculpidos na Constituição Federal **demandam, para a sua plena realização, o acesso amplo e universal aos serviços de infraestrutura**[390].

---

[386] BERCOVICI, Gilberto. Infraestrutura e Desenvolvimento. *In*: BERCOVICI, Gilberto; VALIM, Rafael, *Elementos de Direito da Infraestrutura.* São Paulo: Contracorrente, 2015. p. 17-26, aqui p. 24.

[387] GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 139.

[388] SCHIRATO, Vitor Rhein. *A noção de serviço público em regime de competição*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, mar. 2011, p. 71.

[389] HERMES, Georg. *Versorgungssicherheit und Infrastrukturverantwortung des Staates*. *Apud* SCHIRATO, Vitor Rhein. *A noção de serviço público em regime de competição*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, mar. 2011, p. 72.

[390] "Analisando-se a Constituição Federal de 1988, verifica-se que tanto os direitos fundamentais de liberdade (em essência, insculpidos no art. 5º da Carta Constitucional Brasileira), quanto os fundamentos (artigo 1º), os objetivos do Estado (artigo 3º) e os direitos fundamentais econômicos e sociais demandam, para a sua plena realização, o acesso amplo e universal aos serviços de infraestrutura". SCHIRATO, Vitor Rhein. *A noção de serviço público em regime de competição*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, mar. 2011, pp. 72 e 73.

Considerando-se os setores de infraestrutura e suas características estudadas ao longo da seção 4.3 desta dissertação, há múltiplas correlações entre tais atividades e a consecução de direitos sociais de natureza econômica, sendo que tais correlações se manifestam sob diferentes enfoques ou vertentes.

A **primeira vertente** pela qual associamos a infraestrutura ao cumprimento de direitos sociais de natureza econômica, reside na capacidade dos setores de infraestrutura de satisfação imediata de carências sociais que determinam uma condição de pobreza. Os setores de infraestrutura aqui considerados são aqueles ligados imediatamente às condições da vida domiciliar da população: acesso à luz elétrica, saneamento básico e telefonia.

A literatura contemporânea sobre pobreza, muito inspirada pelas contribuições de Amartya Sen, superou a definição da pobreza baseada unicamente no critério de renda, passando a adotar cumulativamente critérios mais complexos, baseados sobretudo na ideia de capacidade de utilização de renda para obter satisfação e felicidade. Nessa toada, o acesso à infraestrutura dita domiciliar, sobretudo luz elétrica, água encanada e instalações sanitárias, é hoje componente obrigatório nos estudos econômicos que se prestem a medir índices de pobreza.

Veja-se, nesse sentido, o ensaio *Pobreza no Brasil: uma perspectiva multidimensional*, dos renomados professores do Instituto de Economia da Universidade Estadual de Campinas (Unicamp) Angela Kageyama e Rodolfo Hoffmann, no qual a proposição para a classificação de pobres e não pobres baseou-se "numa combinação de nível de renda e três itens básicos de infraestrutura domiciliar, considerados indispensáveis para uma existência minimamente aceitável". A justificativa para tal proposta de classificação, esclarecem os autores, é justamente a necessidade de "considerar pobreza não apenas pela baixa renda, mas também incluindo algum indicador de privação de bens essenciais cuja disponibilidade depende em parte de gastos públicos"[391].

Na mesma trilha, Kaizô Beltrão e Sonoe Sugahara, do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), em estudo destinado à analise da infraestrutura dos domicílios brasileiros, asseveram que a *infraestrutura básica*, por eles *in casu* definida como disponibilidade de iluminação elétrica, de água de rede geral, de sanitário próprio no domicílio, de acesso direto à rede de esgoto ou via fossa séptica e de coleta de lixo, é parte essencial da qualidade de vida dos cidadãos e do parâmetro da pobreza. Dessa sorte, concluem os autores, essa denominada infraestrutura básica "deve constar de qualquer

[391] KAGEYAMA, A.; HOFFMANN, R. Pobreza no Brasil: uma perspectiva multidimensional. *Economia e Sociedade*, Campinas, v. 15, n. 1 (26), p.79-112, jan./jun. 2006, p. 84.

agenda que envolva discussão sobre metas sociais ao lado de temas como redução da pobreza, melhoria do padrão de vida, educação, saúde" uma vez que "infraestrutura adequada é uma condição necessária (embora não suficiente) para o desenvolvimento"[392].

Há alguns estudos internacionais que merecem referência.

Em 2011, Carlos Aparício, Miguel Jaramillo e Cristiana San Román realizaram estudo sobre a correlação entre desenvolvimento da infraestrutura e redução da pobreza no Peru. O estudo distinguia os conceitos de pobreza transitória e pobreza crônica, sendo a pobreza crônica aquela experimentada em localidades que tiveram graves índices de pobreza de maneira constante durante todo um intervalo de quatro anos considerados, e pobreza transitória aquela experimentada em localidades que tiveram graves índices de pobreza durante um período parcial do mesmo intervalo. O estudo revelou, como uma de suas conclusões, que os investimentos em infraestrutura de água potável, telecomunicação e eletricidade eram mais efetivos na redução da pobreza crônica, sendo que tais políticas devem ser consideradas prioritárias para zonas mais vulneráveis[393].

Em 2008, o economista Phim Runsinarith elaborou um estudo sobre o impacto da variação da infraestrutura na pobreza no Cambodja, que contemplou como base amostral 1200 residências nas províncias de Banteay Meanchey e Svay Rieng. O estudo analisou a sensibilidade na variação do nível de pobreza de tais residências diante do acesso aos seguintes segmentos de infraestrutura: eletricidade, telefonia (do tipo móvel), irrigação e estradas. As simulações de impacto na pobreza indicaram números realmente expressivos para todas as infraestruturas analisadas, sendo as mais impactantes na redução da pobreza o acesso à telefonia móvel e o acesso à eletricidade, seguido de irrigação e estradas. O autor menciona que tais resultados se harmonizam com outros estudos similares realizados em outros países do Sudeste Asiático e na Índia[394].

---

[392] BELTRÃO, Kaizô Iwakami; SUGAHARA, Sonoe. Infra-estrutura dos domicílios brasileiros: uma análise para o período 1981-2002. Rio de Janeiro: IPEA, mar. 2005. (Texto para Discussão, n. 1.077). Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_1077.pdf. Acesso em: 07 jan. 2020.

[393] "La pobreza es heterogénea y dinámica y debe ser analizada como tal; la pobreza tiene determinantes de corto plazo (pobreza transitoria) y de largo plazo (pobreza crónica). En este contexto de análisis, es importante reconocer cuál es el rol de la infraestructura en la reducción de la pobreza en el corto y en el largo plazo […]. Es importante también reconocer que algunas infraestructuras permiten reducir de manera más efectiva la pobreza crónica. De esta manera, se debería priorizar el desarrollo de la infraestructura de telecomunicaciones, electricidad y agua potable en las zonas más vulnerables". APARICIO, Carlos; JARAMILLO, Miguel; SAN ROMÁN, Cristina. Desarrollo de la infraestructura y reducción de la pobreza: el caso peruano. *Centro de Investigación da Universidad del Pacífico* e *Consorcio de Investigación Económica e Social – CIES*, 2011, p. 40 e 43.

[394] "The simulations to detect the impact of infrastructure variables on poverty produce encouraging results. Cell phone, irrigation, electricity and road could reduce poverty incidence by 94 percent, 56 percent, 88 percent and 64 respectively. The effect of infrastructure is not limited to those who live near poverty lines but

A **segunda vertente** pela qual associamos a infraestrutura ao cumprimento de direitos sociais de natureza econômica reside na capacidade dos setores de infraestrutura de proporcionar a integração das pessoas aos centros econômicos.

A infraestrutura que logo nos vem à mente é a logística de transportes, sobretudo as estradas. As estradas despontam como uma forma ímpar de integrar as zonas rurais pobres e obsoletas aos centros econômicos. A depender da localidade, as estradas têm o potencial imediato de retirar a população inteira de uma dada região isolada de uma condição de profunda pobreza.

A construção de estradas, metrôs e ferrovias, de um lado, permite que os moradores de uma dada localidade inóspita acessem oportunidades de emprego, escola e hospital em centros mais desenvolvidos; de outro lado, possibilita e encoraja a profusão de plantas fabris em regiões periféricas, mais distantes dos centros urbanos.

De mais a mais, é intuitivo que a infraestrutura voltada a conectar regiões tenha grande impacto e influência na redução da desigualdade regional. Conecta-se o centro desenvolvido às cidades ou províncias subdesenvolvidas, de tal modo que a população mazelada da região pobre possa acessar as oportunidades existentes no centro desenvolvido.

A situação é semelhante na **terceira vertente** pela qual associamos a infraestrutura ao cumprimento de direitos sociais de natureza econômica, que reside na sua capacidade de aumentar a produtividade da economia, de proporcionar "o incremento da acumulação privada e para a elevação das taxas de retorno do capital"[395].

A logística de transporte novamente tem papel fundamental nessa vertente. A atividade econômica requer a interação dos fatores de produção, isto é, terra, força de trabalho e capital. Estradas, ferrovias e aeroportos são formas de expandir e dinamizar a interação dos fatores de produção, são formas de reduzir fronteiras espaciais entre os fatores.

---

run deeper. […] Grameen phone exemplifies a good case of phone use for poverty reduction. There is evidence showing that poverty is substantially low in irrigated areas compared with unirrigated areas in India, Philippines, Thailand and Vietnam (Bhattarai et al 2002). Electricity is also found to have strong impact on poverty reduction in other countries (Fan et al 2002; Balisacan and Permia 2002). There are positive impact of road on poverty reduction (Kwon2000; Balisancan, Pernia, and Asra 2002; Fan et al 2002; Jalan and Ravallion 2002)". RUNSINARITH, Phim. *Infrastructure Development and Poverty Reduction*: Evidence from Cambodia's Border Provinces. Graduate School of International Studies. Nagoya University, 2008, pp. 16 a 20.

[395] MASSONETTO, Luís Fernando. Aspectos macrojurídicos do financiamento da infraestrutura. *In*: BERCOVICI, Gilberto; VALIM, Rafael. *Elementos de Direito da Infraestrutura.* São Paulo: Contracorrente, 2015. p. 27-52, aqui p. 36.

Um centro corporativo pujante, para satisfazer sua potencialidade de crescimento e de geração de riquezas, clama por mais força de trabalho e mais espaço físico. A logística de transporte aproxima pessoas e lugares, tornando-os acessíveis ao processo produtivo[396].

Na terceira vertente, do aumento da produtividade, a infraestrutura de energia elétrica também desponta como um setor de alto impacto na redução da pobreza. Para uma fácil compreensão disso, pensemos no ganho de produtividade que a eletricidade gera na agricultura e pecuária. Existem várias etapas das atividades agropecuárias que são facilitadas e otimizadas (com grande redução do tempo de execução) em virtude da eletricidade, com o uso de equipamentos de ordenha, sistemas de irrigação, controle de umidade e temperatura (resfriadores e aquecedores), sistema de triagem de produtos mecanizado, trituradores, etc.

Em razão dessas duas vertentes (a segunda e a terceira), multiplicam-se os estudos econômicos que associam o investimento em infraestruturas de logística de transporte e de energia elétrica à superação da pobreza.

O principal estudo nacional sobre o tema está registrado no artigo *Os efeitos dos gastos públicos em infraestrutura e em capital humano no crescimento econômico e na redução da pobreza no Brasil*, de autoria de Aline Cristina Cruz, Erly Cardoso Teixeira e Marcelo José Braga, os três professores de economia na Universidade Federal de Viçosa.

A premissa do artigo é simples: mensurar a eficiência dos gastos públicos em saúde, educação, energia e estradas no aumento da produtividade e na redução da pobreza. O estudo contemplou os gastos públicos federais e estaduais no Brasil entre 1980 e 2007, submetendo os dados correspondentes ao intervalo referido a um sistema de equações simultâneas.

O resultado obtido confirma a intuição:

> No que se refere ao papel dos gastos públicos no combate à pobreza, comprovou-se a eficiência das despesas públicas em educação e saúde, bem

[396] Hanan Jacoby analisou, no cenário do Nepal, os benefícios que as estradas rurais proporcionam à população rural, sobretudo em termos de acesso a mercados. Segundo o autor, sob a perspectiva dos agricultores rurais, os investimentos em estradas rurais geram, além dos benefícios principais de diminuição do preço de transporte da fazenda para os mercados agrícolas, outros ganhos associados ao melhor acesso a escolas e serviços de saúde e, de modo geral, acesso a uma maior variedade de bens de consumo (o excerto é tradução livre da seguinte passagem: “Finally, it is important to mention the other benefits of rural roads besides cheaper transport to and from agricultural markets, such as better access to schools and health facilities and, more generally, to a greater variety of consumer goods”). JACOBY, Hanan. Access to markets and the benefits of rural roads. *Economic Journal*, v.110, p.713- 737, 2000, aqui p. 735.

> como em estradas e energia, quanto à melhora da qualidade do capital humano e físico no País. Demonstrou-se também que a educação e a saúde, bem como a qualidade das estradas e a capacidade de geração de energia, afetam, positivamente, o rendimento per capita e a produtividade da economia. Nesse sentido, uma vez que o crescimento da renda per capita e da PTF possibilitam a redução da pobreza, pode-se afirmar que, ainda que de forma indireta, os gastos públicos nessas categorias econômicas constituem medidas eficazes para implantar um modelo de crescimento com desenvolvimento, marcado pela inclusão social. [...] As principais conclusões mostram que os dispêndios da União e dos estados em educação e saúde (capital humano) e em capital físico (estradas e energia) são extremamente relevantes para a geração da renda e para o aumento da produtividade da economia, que tem impacto positivo sobre os salários da economia, o que se permite a redução da pobreza. Todavia, no que se refere à redução do desemprego no Brasil, apenas os gastos em saúde e em energia demonstraram eficiência neste tipo de meta.[397]

Note-se que os investimentos em saúde referidos no excerto transcrito como de forte impacto na produtividade, na geração de emprego e na redução da pobreza são compostos, em parte, por investimentos em infraestrutura de saneamento básico.

Temos, mais recentemente, um valoroso estudo empenhado pelos professores de economia da Universidade Federal do Ceará Jair Araújo, Guaracyane Campelo e Emerson Marinho, com escopo semelhante de avaliar o impacto da infraestrutura sobre a pobreza no Brasil, compreendendo o intervalo entre 1995 e 2009.

O estudo destaca que o Brasil se encontra num quadro de círculo vicioso da pobreza e que os investimentos em infraestrutura influenciam diretamente a trajetória temporal da pobreza no Brasil, pois exercem uma força de reversão desse quadro. A investigação procedida traz evidências empíricas de que a infraestrutura tem sido fundamental para reduzir a pobreza. Este substancial impacto, intitulado no artigo como *impacto pró-pobre*, é atribuído às despesas públicas nos seguintes setores: transportes, energia e recursos minerais, comunicação, saúde e saneamento[398].

No plano internacional, o principal e mais completo trabalho econômico desenvolvido se encontra na pesquisa dos economistas chilenos César Calderón e Luís Servén, que compreendeu um painel de dados macroeconômicos de 121 países, no intervalo temporal entre 1960 e 2000, para medir o impacto da infraestrutura no crescimento e **na distribuição de renda**. A pesquisa considera os quatro grandes setores de infraestrutura: energia, transportes, telecomunicações e saneamento.

---

[397] CRUZ, Aline Cristina; TEIXEIRA, Erly Cardozo; BRAGA, Marcelo José. Os efeitos dos gastos públicos em infraestrutura e em capital humano no crescimento econômico e na redução da pobreza no Brasil. *Revista Economia*, Brasília, v. 11, n. 4, p.163-185, dez. 2010, pp. 183 e 184.

[398] ARAUJO, Jair; CAMPELO, Guaracyane; MARINHO, Emerson. O impacto da infraestrutura sobre a pobreza para o Brasil. *Encontro Associação Nacional dos Centros de Pós-Graduação em Economia – ANPEC*, Foz do Iguaçu, 2014, pp. 15 e 16.

Pode-se resumir os resultados do trabalho de Calderón e Servén em três conclusões fundamentais: (i) o volume de estoque de infraestrutura tem substancial efeito positivo no crescimento econômico em longo prazo; (ii) a quantidade e qualidade da infraestrutura tem um impacto robusto na **redução da desigualdade de renda**; e (iii) baseado nas duas primeiras conclusões, o desenvolvimento da infraestrutura representa um *ingrediente-chave duplamente positivo* ("key win-win ingredient") para a redução da pobreza, uma vez que promove crescimento econômico e altera as proporções distributivas em que tal crescimento ocorre[399].

A título ilustrativo, os autores trazem o prognóstico de que se todos os países latino-americanos igualassem o país líder da região em termos de qualidade e quantidade de infraestrutura – a Costa Rica –, seus ganhos de crescimento per capita de longo prazo aumentariam num percentual de 1,1 a 4,8% ao ano, ao passo que seu coeficiente Gini reduziria entre 0,02 e 0,1 pontos[400].

Cite-se, por fim, o importante estudo comandado por Jeffrey Sachs sobre os caminhos para extirpar a armadilha da pobreza (*poverty trap*) no continente africano. O estudo em questão, que envolveu 33 países da África Subsaariana, traz como uma de suas relevantes constatações a de que a inserção de infraestrutura básica (no caso, o autor especificou eletricidade, estradas e portos) em países de baixa renda proporciona um grande aumento na produtividade marginal da produção fabril[401].

---

[399] "Our main results can be summarized in five points. First, the volume of infrastructure stocks has a significant positive effect on long-run economic growth. […] Second, infrastructure quantity and quality have a robust negative impact on income inequality. […] Third, these results are obtained in a framework that controls for reverse causation, and survive a variety of statistical tests that fail to show any evidence of misspecification. From this we conclude that the above results reflect causal, and not merely coincidental, effects of infrastructure on growth and inequality. […] Fourth, a variety of illustrative experiments show that our empirical findings are significant not only statistically but also economically. […] Finally, and perhaps most importantly, the conclusion that infrastructure both raises growth and lowers income inequality implies that infrastructure development may be a key win-win ingredient for poverty reduction. In addition to raising society's overall level of income, it would help raise the income of the poor more than proportionately. This suggests that infrastructure development should rank at the top of the poverty reduction agenda". CALDERÓN, César; SERVÉN, Luis. *The Effects of Infrastructure Development on Growth and Income Distribution.* Washington: World Bank, 2004. (Policy Research Working Paper, n. 3400), pp. 26 e 27.

[400] CALDERÓN, César; SERVÉN, Luis. *The Effects of Infrastructure Development on Growth and Income Distribution.* Washington: World Bank, 2004. (Policy Research Working Paper, n. 3400), pp. 26 e 27.

[401] "Factory production requires, for example, a basic infrastructure of electricity, roads, and a functioning port, as well as a literate and numerate labor force. When these basic conditions are not present, small increments of *k* (capital-labor ratio) may have little effect. However, once the basic infrastructure and human capital are in place, the marginal productivity of capital may indeed become very high in a low-income country" SACHS, Jeffrey D.; MCARTHUR, John; SCHMIDT-TRAUB, Guido; KRUK, Margaret; BAHADUR, Chandrika; FAYE, Michael; MCCORD, Gordon. Ending Africa's Poverty Trap. *Economic Studies Program,* The Brookings Institution, vol. 35(1), pages 117-240, 2004, aqui p. 125.

Podemos aventar uma **quarta vertente** de associação entre infraestrutura e cumprimento de direitos sociais. A exploração de certos setores de infraestrutura é indissociável de uma definição da macropolítica econômica, impactante nos aspectos mais básicos da vida das pessoas.

Como exemplo, não há como explorar individualmente os modais de transporte – estradas, ferrovias, aeroportos – sem, em alguma medida, estar determinando o perfil nacional no que tange aos modais logísticos de transporte de pessoas e de escoamento de produtos para os mercados interno e externo. A determinação desse perfil nacional, realizada em sistema ou em cadeia, é questão fundamental para a garantia do pleno emprego, da atenuação de desigualdades sociais e regionais e para o desenvolvimento econômico como um todo.

Aprofundando o exemplo, pensemos na greve dos caminhoneiros ocorrida no segundo semestre de 2018, que deixou a cidade de São Paulo, maior capital brasileira, sob ameaça de desabastecimento de combustível e de comida em questão de dias[402]. Os efeitos da vulnerabilidade logística, como se verificou naquela ocasião, ecoam mais do que rapidamente em toda a cadeia produtiva e nas necessidades mais elementares da população.

Essa quarta vertente de vinculação entre infraestrutura e direitos sociais de natureza econômica advém de duas características típicas da infraestrutura, devidamente identificadas na subseção 4.3.3: a integração e a configuração sob forma de rede.

O fato de cada setor de infraestrutura consistir numa rede, somado ao fato de as redes de cada setor de infraestrutura se integrarem umas às outras, faz com que o conjunto de setores de infraestrutura corresponda a uma teia que cobre e articula toda a vida social e econômica. Daí o severo grau com que a infraestrutura afeta os direitos sociais de natureza econômica e daí a sua clara necessidade de repousar sob o domínio público e a titularidade do Estado.

Não é com outro pensamento e visão que Michael Mann forjou seu conceito de *poder infraestrutural do Estado*: o poder infraestrutural denomina a capacidade do Estado

[402] Vale recordar que a greve dos caminhoneiros teve como causa, em grande medida, o preço do petróleo, que, por sua vez, impactou o preço dos combustíveis. O petróleo é, também, tido por muitos como um setor de infraestrutura, e sua relevância social é notória, justamente porque o petróleo e seus derivados são a matéria prima da gasolina e do óleo diesel (e combustível de aviação), principais combustíveis utilizados nos automóveis que escoam alimentos e todo o tipo de produto comercializado no país.

de penetrar efetivamente na sociedade civil e de coordenar de modo centralizado as atividades dessa sociedade civil, por meio de sua infraestrutura[403].

Ou seja, a infraestrutura pode também ser vista como os instrumentos necessários ao Estado para coordenar plenamente as atividades da sociedade e garantir o seu bom funcionamento. Esse poder de coordenação é estritamente necessário para o próprio cumprimento dos direitos sociais de natureza econômica.

Portanto, sob várias vertentes, a infraestrutura se apresenta como ferramenta para cumprir os objetivos do artigo 3º da Constituição Federal, de promoção do desenvolvimento nacional, de garantia de uma sociedade livre, justa e solidária, de erradicação da pobreza e da marginalidade e de redução das desigualdades sociais e regionais. Esses objetivos são também chamados de direitos sociais de natureza econômica. Por isso, ela foi classificada como serviço público e, consequentemente, por isso ela está sob a égide pública do Estado.

Por fim, como última reflexão desta subseção, é possível notar que a infraestrutura não apenas se presta ao cumprimento ou efetivação dos direitos sociais de natureza econômica, mas também faz cumprir liberdades públicas.

A doutrina bem reconhece que na sociedade industrial contemporânea, as liberdades públicas dependem de atividades estatais[404], isto é, não mais se expressam como um dever de abstenção do Estado. A infraestrutura, em muitas ocasiões, representa essa prestação estatal que viabiliza o exercício de liberdades públicas.

Pensemos na liberdade de ir e vir, uma liberdade pública das mais genuínas que é o direito de se locomover pelo território do país. Que é a liberdade de locomoção nos dias atuais para alguém que não tem dinheiro para comprar um automóvel, e que mora numa região não abastecida por uma digna infraestrutura de transporte público? Se a pessoa não consegue se locomover com mínima celeridade para locais próprios de uma rotina social (da residência para o local de trabalho, para a escola, para o hospital, para o mercado, e assim por diante), ela não tem liberdade de locomoção; não se pode dizer que ela tem

---

[403] "What do we mean by 'the power of the state'? […] The first sense concerns what we might term the *despotic power* of the state elite […]. But there is a second sense in which people talk of 'the power of the state', especially in today's capitalist democracies. We might term this *infrastructural power*, the capacity of the state actually to penetrate civil society, and to implement logistically political decisions throughout the realm. […] The first sense denotes power by the state elite itself *over* civil society. The second sense denotes the power of the state to penetrate and centrally coordinate the activities of civil society through its own infrastructure". MANN, Michael. The Autonomous Power of the State: its Origins, Mechanisms and Results *in* HALL, John A. (coord.) *States in History*, Cambridge:Basil Blackwell, 1986, p. 113 e 114.

[404] TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 725.

liberdade de ir e vir simplesmente porque nenhuma autoridade pública a impede mecanicamente de se locomover. Ela não é livre porque não tem meios de o ser.

Pensemos agora na livre iniciativa, considerada em sua modalidade privado-econômica. O tema é algo espinhoso, muito em razão de o instituto ser superdimensionado pelo viés do intérprete ultraliberal, esvaziado por completo pelo leitor "ultraestadista" e manejado para aqui e para ali pelos vieses intermediários. Ou seja, é um conceito jurídico sobre o qual orbitam grandes pretensões de influência política.

A par disso, não parece haver maior dúvida sobre a existência, em algum grau, um grau considerável, da liberdade pública de exercer empresa, indústria, comércio e contrato. Ou seja, as pessoas podem praticar atividades econômicas genericamente consideradas, dentro de limites que existem em prol da realização da justiça social e do bem-estar coletivo[405], sendo os serviços públicos um exemplo alegórico de tais limites.

Mas, novamente, que é a liberdade para poder empreender (o *free enterprise*) a uma pessoa que nasce e cresce em residência sem acesso a luz elétrica, água encanada, rede de esgoto? Essa pessoa não goza da efetiva liberdade de conceber um negócio, uma atividade econômica, tornar-se um empresário. Por mais que o Estado não a prive mecanicamente disso ou por mais que o Estado não lhe imponha qualquer obstáculo positivo, ela não ostenta sozinha, por suas próprias forças individuais, capacidade de ingressar na vida econômica.

Essa pessoa está condenada socialmente a viver à margem da vida econômica, participando dela apenas como um empregado de baixíssimo patamar salarial, e sendo aflingido por circunstâncias estagnantes que o impedem de alcançar maiores progressos. Nem se pode dizer, no caso dessa pessoa, que ela ostenta liberdade de profissão, pois as profissões que lhe cabem são poucas e não são exercidas por opção.

A infraestrutura, então, está no cerne da atividade estatal positiva viabilizadora de certas liberdades públicas, num fenômeno de miscigenação de distintas dimensões de direitos fundamentais. Diante da realidade atual, em que a infraestrutura a ser provida pelo Estado é condição permanente para o exercício de liberdades públicas, vigora o paradigma português da **liberdade igual**. Como explica Canotilho, a liberdade igual "aponta para a *igualdade real*, o que pressupõe a tendencial possibilidade de todos terem acesso aos bens econômicos, sociais e culturais". Os exemplos tornam precisa a ideia de liberdade igual:

---

[405] TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. 1. ed. São Paulo: Método, 2003, p.251.

> ‘Liberdade igual’ significa, por exemplo, não apenas o direito da inviolabilidade de domicílio, mas o direito a ter casa; não apenas o direito à vida e integridade física, mas também o acesso a cuidados médicos; não apenas o direito de expressão, mas também a possibilidade de formar a própria opinião; não apenas o direito ao trabalho e emprego livremente escolhido, mas também a efectiva posse de um posto de trabalho.[406]

Como conclusão, a infraestrutura, isto é, a providência pelo Estado de energia, de logística de transporte, de telecomunicações e saneamento básico, em regime de serviço público e seus princípios condizentes, é ferramenta para o cumprimento dos direitos sociais de natureza econômica, mas não só; tomando emprestado o paradigma português, a infraestrutura faz cumprir também as liberdades iguais de ir e vir, de livre iniciativa (econômico-privada), de exercício de profissão, entre outras mais.

4.4.3 A delegação da infraestrutura à operação pela iniciativa privada

Nas subseções anteriores, vimos que os setores de infraestrutura, por suas características nucleares, foram reconhecidos pela Constituição Federal como serviços públicos.

Vimos, ainda, que tal qualificação jurídica implica a titularidade estatal dos bens e das atividades das infraestruturas e vimos, por fim, que a infraestrutura constitui importante mecanismo de satisfação dos direitos sociais de natureza econômica e até mesmo de liberdades públicas (sendo essa, aliás, a provável razão de o Poder Constituinte ter elegido os setores de infraestrutura como serviço público: seu grande potencial de fomento ao desenvolvimento nacional e de satisfação direta de direitos sociais de matiz econômica).

Se o Poder Constituinte estabeleceu um corte no campo econômico, selecionando diversos setores como serviços públicos, para assim restarem afastados da dinâmica de mercado e ficarem sob titularidade estatal e sob regime público de exploração, com vistas a garantir a satisfação de prestações sociais – enfim – se o Poder Constituinte arquitetou todo esse calculado mecanismo de engrenagens, é certamente essencial aos valores constitucionais que a infraestrutura **seja explorada sob regime de direito público**.

Previu o Poder Constituinte, em relação aos setores de infraestrutura, a hipótese de delegação dos serviços públicos para que sejam operados por empresas privadas, faculdade essa que é perfeitamente comum e que se observa em tantas outras jurisdições.

---

[406] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 478.

O instrumento jurídico pelo qual se dá referida delegação é a concessão de serviço público, nos termos estabelecidos pela Constituição Federal, em seu artigo 175:

> Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.
> Parágrafo único. A lei disporá sobre:
> I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;
> II - os direitos dos usuários;
> III - política tarifária;
> IV - a obrigação de manter serviço adequado.

Como determinou o Poder Constituinte, a lei infraconstitucional deverá regular o regime de concessão de serviços públicos, devendo consagrar todos os elementos refletivos da categoria especial que os serviços públicos ocupam nos planos econômico e social. Note-se que os incisos I a IV do artigo 175 exigem expressamente do legislador infraconstitucional o regramento (i) do *caráter especial do contrato e de sua prorrogação*; (ii) das *condições de caducidade*; (iii) da *fiscalização*; (iv) da *rescisão*; (v) do *direito dos usuários*; (vi) da *política tarifária*; e (vii) da *obrigação de manter o serviço adequado*.

Observe-se que os parâmetros expressamente determinados pelo Constituinte dão conta da existência de um regime especial, completamente avesso à livre atuação de mercado. A delegação da operação ao particular exige, portanto, um contrato tal, regido de tal forma pela lei infraconstitucional, que garanta que o particular realizará os serviços públicos com os mesmos compromissos incidentes sobre o Estado.

Vemos, então, que a legislação infraconstitucional a que o Poder Constituinte confiou a regulação do regime de concessão é norma das mais sensíveis, que exige absoluta precisão e rigor do legislador. O legislador deve forjá-la de tal modo a necessariamente estabelecer medidas eficazes para impedir o concessionário de fazer aquilo que ele está, por sua natureza, programado a fazer: explorar a atividade conforme seu interesse particular, deixando-se de lado o relevante interesse público a ser satisfeito com a prestação do serviço.

A questão não é banal, pois se o legislador infraconstitucional não tiver isso em mente, ou se lhe faltar perícia na formulação dos comandos legais, todo esse engenhoso sistema de engrenagens no qual se baseia a constituição econômica evaporará, e os conceitos jurídicos de serviço público e concessão tornar-se-ão caixas vazias. Se o legislador falhar nessa complexa missão, não haverá diferença entre o serviço público e a

atividade econômica em regime de mercado, que não meramente a formalidade de um procedimento licitatório.

A tarefa é especialmente árdua justamente por estar a iniciativa privada programada a agir guiada somente pelo interesse particular de maximizar o seu benefício individual. Não poderia ser mais adequada a metáfora utilizada por Irene Patrícia Nohara para descrever a tendência nata do particular à fuga do regime jurídico administrativo: o particular é o prisioneiro que costumeiramente tem êxito em seu objetivo de escapar do confinamento do cárcere, uma vez que o seu anseio de liberdade é maior do que a obstinação do carcereiro em mantê-lo preso[407].

Valendo-se de tal ilustração, a célebre administrativista adverte para o potencial de "maiores oficializações de um regime paralelo ao direito público"[408], pois o instinto e desejo do particular costuma ser mais forte do que os poderes da regulação, ou mesmo do que a consciência do legislador a respeito do múnus público que carrega consigo.

Se assim ocorresse, estaríamos diante de outra manifestação concreta do fenômeno da soberania bloqueada ou da crise do constituinte, em que a soberania popular realizada pelo poder constituinte restaria sequencialmente bloqueada ou desarmada por forças econômicas de grupos dirigentes da sociedade. Estaríamos, portanto, diante de uma violação ao princípio da soberania econômica.

Pois bem. Como último passo desta dissertação, trataremos do potencial de violação ao princípio da soberania econômica que se avista nos atuais diplomas infraconstitucionais pelos quais os setores de infraestrutura vêm sendo outorgados à operação da iniciativa privada.

Os diplomas a que nos referimos são a Lei nº 8.987 de 1995, também chamada de Lei das Concessões, e, sobretudo, a Lei nº 11.079 de 2004, também chamada de Lei das PPPs.

Sobre a Lei das Concessões, destaca-se um fato notório atinente ao contexto de sua promulgação. Como observa Egon Bockmann Moreira, a Lei de Concessões foi concebida no âmbito maior do intitulado Programa Nacional de Desestatização, programa este que foi instituído, primeiramente, pela Lei nº 8.031 de 1990, posteriormente revogada pela Lei nº

---

[407] NOHARA, Irene Patrícia. Aspectos gerais de concessões de serviços públicos e parcerias público-privadas, contratação pública e infraestrutura. *In*: BERCOVICI, Gilberto; VALIM, Rafael, *Elementos de Direito da Infraestrutura.* São Paulo: Contracorrente, 2015. p. 89-114, aqui p. 109.

[408] NOHARA, Irene Patrícia. Aspectos gerais de concessões de serviços públicos e parcerias público-privadas, contratação pública e infraestrutura. *In*: BERCOVICI, Gilberto; VALIM, Rafael, *Elementos de Direito da Infraestrutura.* São Paulo: Contracorrente, 2015. p. 89-114, aqui p. 109.

9.491 de 1997. O autor explica que a promulgação da Lei de Concessões se inseriu num contexto de transição da política econômica nacional. Em palavras exatas do autor, o Programa Nacional de Desestatização consistia em "um dos principais mecanismos do processo de reforma do Estado"[409].

Fernão Justen de Oliveira, de maneira mais detalhada, dirá que "a crise do Estado de Bem-Estar conduziu ao exercício de criatividade para que as atribuições da Administração se realizassem sem a promoção direta pelo Estado". Conclui o autor que "dentre as modalidades cogitadas está o aproveitamento pelo Estado da atividade econômica privada para realizar serviço público de forma duradoura, eficiente e desoneradora dos cofres estatais[410]".

Ocorre que esse *processo de reforma do Estado*, diante de alegada *crise do Estado de Bem-Estar*, teria, evidentemente, que ser fidedigno às disposições da então recém promulgada Constituição Federal e, em particular, de sua respectiva constituição econômica, dotada de caráter manifestamente dirigente.

Realizar um processo de reforma do Estado em resposta a uma suposta crise da política econômica nacional em voga evidentemente não é algo que possa ocorrer no plano infraconstitucional apenas, indiferentemente aos postulados da Constituição.

Veja-se, ainda, que o Programa Nacional de Desestatização tinha como um dos seus objetivos fundamentais expressos, nos termos do artigo 1º, incisos I da Lei nº 9.491 de 1997, o de "reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público".

Em seguida, o artigo 2º, inciso III do mesmo diploma determina que "poderão ser objeto de desestatização, nos termos desta Lei: [...] III - serviços públicos objeto de concessão, permissão ou autorização".

A soma desses dois dispositivos revela que o Programa Nacional de Desestatização, instituído em 1990 e aprimorado em 1997, colide frontalmente com a constituição econômica no que diz respeito aos serviços públicos.

Os artigos combinados demonstram que, no espírito do legislador da Lei nº 9.491 de 1997, os serviços públicos previstos na Constituição hão de ser transferidos à iniciativa privada, por se tratarem de "atividades indevidamente exploradas pelo setor público".

---

[409] MOREIRA, Egon Bockmann, *Direito das concessões de serviço público, inteligência da Lei 8.987/1995* (Parte Geral). São Paulo: Malheiros, 2010, p. 19.

[410] JUSTEN DE OLIVEIRA, Fernão. *Parceria público-privada, aspectos de direito público econômico (Lei nº 11.079/2004)*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007, pp. 61 e 62.

Ocorre que a motivação do legislador para transferir os serviços públicos à iniciativa privada, qual seja, a de que a exploração de tais serviços pelo setor público seria *indevida*, **contradiz** a Constituição Federal, que, em seu art. 175, afirma que incumbe ao Poder Público **diretamente ou sob regime de concessão** a prestação do serviço público.

Em primeiro lugar, se a Constituição prevê que cabe ao Estado prestar diretamente ou sob a forma de concessão, significa que as duas formas são **constitucionalmente adequadas** e, portanto, a prestação dos serviços públicos diretamente pelo Estado jamais poderia ser tida pelo legislador infraconstitucional como indevida *in abstracto*.

Em segundo lugar, é estranho que o legislador infraconstitucional preveja, como o fez no seu artigo 2º, que os serviços públicos – que já podem, por disposição constitucional, ser objeto de concessão – possam ser objeto de *desestatização*.

Concessão e desestatização não podem ser sinônimos; do contrário, o artigo 2º, inciso III seria completamente despropositado. Se não é despropositado, e se desestatização é coisa diversa de concessão, então a o Programa Nacional de Desestatização está formalmente esvaziando o sentido constitucional de serviço público, ao aparentemente dispor que atividades contempladas em tal categoria jurídica migrarão para um regime de exploração privada.

Essa aparente intenção do legislador infraconstitucional é ratificada por outros dois objetivos fundamentais do Programa Nacional de Desestatização, previstos no artigo 1º, incisos IV e V:

> IV - contribuir para a reestruturação econômica do setor privado, especialmente para a modernização da infra-estrutura e do parque industrial do País, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia, inclusive através da concessão de crédito;
>
> V - permitir que a Administração Pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais;

O inciso IV deixa claro que os setores de infraestrutura estão no centro do plano de desestatização que, como visto, é algo que vai além da concessão, em infringência à Constituição Federal.

Por fim, o inciso V previu como objetivo fundamental que a Administração Pública concentre esforços naquelas atividades em que a presença estatal seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais, o que reforça a impressão de que o legislador infraconstitucional **destituiu os serviços públicos instituídos pela Constituição Federal**.

A categoria jurídica constitucional de serviços públicos se define, justamente, pela fundamentalidade de tais atividades para a consecução das prioridades nacionais. Se o

legislador determina que os serviços públicos sejam desestatizados para que o Estado fique restrito à sua atuação fundamental para os anseios nacionais, deparamo-nos com uma inflexão conceitual absoluta, na qual o preceito constitucional de serviço público se desintegra por completo.

Sendo assim, o Programa Nacional de Desestatização, por seus preceitos fundamentais, demonstra a rápida *oficialização de um regime paralelo ao direito público*, e notadamente infringente à constrituição econômica. Um ágil movimento de bloqueio de importantes conquistas da soberania popular.

Essa transição de política econômica nacional, ocorrida no âmbito jurídico por meio do Programa Nacional de Desestatização e com visível indiferença à constituição econômica, tinha como estofo teórico o modelo do Estado regulador. Esse modelo propugna um Estado que não mais participe ativamente da economia, para, ao invés disso, focar seus esforços e recursos no desenvolvimento de agências tecnocratas capazes de produzir regulações que corrijam as falhas de mercado de setores estratégicos.

Tal modelo de política econômica contribuiu ainda mais para o afastamento do Estado da operação e gestão dos serviços públicos. Isso ocorreu especialmente no setor de infraestrutura, uma vez que congrega atividades cominadas com múltiplas falhas de mercado.

A teoria do Estado regulador, conquanto se fundamente na premissa de que o Estado é ineficiente para atuar como agente econômico, confia em absoluto na plena eficiência do Estado para o ofício extremamente complexo de regulação técnica de setores com vistas à superação de falhas de mercado e promoção da concorrência. Sobre a realidade da eficiência estatal na regulação técnica, Celso Antônio Bandeira de Mello sustenta que a linguagem oficial que preside juridicamente o assunto não apresenta qualquer semelhança com o que se observa na prática:

> Esta é a lógica que preside o assunto, embora não seja minimamente a realidade. As agências reguladoras que na linguagem oficial foram supostamente criadas para assegurar os direitos dos usuários comportam-se como se fossem inteiramente desinteressadas disto e muito mais interessadas nos interesses das concessionárias, ao ponto de se poder supor que foram introduzidas entre nós com este deliberado propósito. A situação calamitosa dos serviços aéreos serve de excelente demonstração da nulidade das agências reguladoras na defesa dos usuários[411].

[411] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 33. ed., revista e atualizada até a Emenda Constitucional 92, de 12 jul. 2016. São Paulo: Malheiros, 2016, pp. 705.

Tal ineficiência estatal na atividade regulatória não provocou maiores revisões na corrente dominante do modelo do Estado regulador, que permanece, apesar disso, fiando-se no dogma da inexorável ineficiência do Estado para operar ou gerir atividades econômicas.

Essas medidas e doutrinas liberais em confluência resultaram numa rápida crise do poder constituinte, deflagrada de modo juridicamente sub-repitício, com o simples desuso, esquecimento ou ainda controle hermenêutico enviesado da Constituição Federal.

Essa crise do poder constituinte teve na infraestrutura seu elemento nuclear, e teve na Lei das PPPs a sua manifestação mais franca.

Como identificado por Fernão Justen de Oliveira, a origem da Lei das PPPs remete à Medida Provisória nº 122, de 25 de junho de 2003 (convertida na Lei nº 10.753/2003) que, entre outras providências, autorizava o Poder Executivo a instituir o chamado "Programa de Incentivo à Implementação de Projetos de Interesse Social – PIPS.[412]

A finalidade do PIPS encontra-se descrita no artigo 4º, caput, da Medida Provisória nº122/2003 e na Lei nº 10.753/2003:

> Art. 4º Fica o Poder Executivo autorizado a instituir o Programa de Incentivo à Implementação de Projetos de Interesse Social - PIPS, voltado à implementação de projetos estruturados na área de desenvolvimento urbano em infraestrutura, nos segmentos de saneamento básico, energia elétrica, gás, telecomunicações, rodovias, sistemas de irrigação e drenagem, portos e serviços de transporte em geral, habitação, comércio e serviços, por meio de Fundos de Investimento Imobiliário - FII, e de Fundos de Investimento em Direitos Creditórios - FIDC, lastreados em recebíveis originados de contratos de compromisso de compra, de venda, de aluguéis e de taxas de serviços, provenientes de financiamento de projetos sociais, com participação dos setores público e privado.

Como se vê, a Lei das PPPs foi voltada especificamente à concessão de serviços públicos de infraestrutura. Nesse sentido, Kléber Zanchim sustenta que a promulgação da Lei das PPPs consolidou "uma evolução nas opções contratuais do Estado brasileiro: contrato administrativo – contrato de concessão – contrato de PPP". Assim descreve o

---

[412] "A introdução da parceria público-privada no Brasil foi formalmente cogitada, pela primeira vez, em um boletim publicado em 2002 pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão denominado O desafio do planejamento governamental, em que foi delineada a prestação de serviço público em sistema de colaboração entre setores público e privado em molde mais estreito do que o proporcionado pela concessão tradicional de serviços públicos. Logo no ano seguinte, o Executivo Federal editou a Medida Provisória nº 122/2003, convertida na Lei nº 10.753/2003, que instituiu o Programa de Incentivo à Implementação de Projetos de Interesse Social (PIPS), destinado a sustentar o financiamento de energia, saneamento, gás, telecomunicações, habitação, irrigação e drenagem, comércio e serviços. O art. 4º da Lei nº 10.753/2003, previu expressamente a participação dos setores público e privado na realização conjunta dessas tarefas, de modo a permitir o desenvolvimento humano. JUSTEN DE OLIVEIRA, Fernão. *Parceria público-privada, aspectos de direito público econômico (Lei nº 11.079/2004)*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007, p. 112.

autor a linha evolutiva: "no primeiro, a ideia era suprir as demandas do Estado. No segundo, universalizar os serviços públicos. No terceiro, completar o trabalho, saneando os 'gargalos de infraestrutura' do país"[413].

A Lei de PPPs, não há dúvidas, dirigiu-se à concessão do setor de infraestrutura à exploração privada, em especial através da modalidade de concessão patrocinada.

Sobre referido instituto, Kléber Zanchim explica que a definição legal de concessão patrocinada é tautológica[414]; falta-lhe o componente descritivo da norma, e o instituto da concessão patrocinada é definido tão somente por um comando prescritivo (um *dever-ser*): concessão patrocinada é definida como a concessão de serviços públicos ou de obras públicas quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado[415]. A pergunta que se faz é: quando uma concessão envolve contraprestação pecuniária do Poder Concedente? A Lei não permite responder a essa questão.

A rigor, a disposição da Lei das PPPs que efetivamente conduz a escolha pela utilização da concessão patrocinada ou de outro modelo é o artigo 4º, inciso VII, segundo o qual na contratação de parceria público-privada serão observadas, entre outros aspectos, a *"sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas dos projetos de parceria"*.

Diante dessa norma, a doutrina versada no diploma em questão interpreta que a escolha do gestor público depende fundamentalmente da apuração do elemento intitulado *Value for Money* ou, em português, *vantajosidade do projeto*.

Fernão Justen de Oliveira explica abaixo o significado da expressão *Value for Money*:

> A apuração do Value for Money demonstra a relação entre a eficiência da prestação direta pelo Estado e a eficiência da prestação delegada do serviço. O Value for Money indica se é mais (ou menos) eficiente submeter um projeto ao sistema da parceria público-privada. Na medida em que as vantagens

[413] ZANCHIM, Kleber Luiz. *Contratos de Parceria Público-Privada (PPP*): Risco e Incerteza. São Paulo: Quarter Latin, 2012, p. 81.

[414] "A concessão patrocinada é definida de maneira tautológica (§1º do artigo 2º da Lei n. 11.079/2004): 'Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado'. Apesar da falha técnica, o conceito deixa expressa a ideia de delgação de serviço ou obra pública, fato característico de qualquer concessão". ZANCHIM, Kleber Luiz. *Contratos de Parceria Público-Privada (PPP*): Risco e Incerteza. São Paulo: Quarter Latin, 2012, p. 74 e 75.

[415] "A *concessão* patrocinada é em sua essência uma *concessão de serviço público*, tendo como principal diferencial em relação ao regime de Lei n. 8.987/95 o modo de remuneração do concessionário, vez que na concessão patrocinada incide, simultaneamente com a cobrança de tarifa dos usuários, contraprestação, por parte do concedente, em forma pecuniária". ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Contrato Administrativo. São Paulo: Quarter Latin, 2012, pp. 267 e 268.

> socioeconômicas estão alçadas à condição de norma-objetivo pela Lei de PPP, a parceria público-privada será apropriada na hipótese de ficar demonstrado, pela apuração do Value for Money, que a relação custo-benefício para concretizar determinado projeto mostra-se mais vantajosa mediante a celebração de parceria público-privada do que por meio de outro instrumento jurídico[416].

Embora isso seja tratado com trivialidade, o conceito jurídico de concessão patrocinada baseado no parâmetro do *Value for Money* ou da *vantajosidade* significa a relegação do regime à absoluta discricionariedade do melhor interesse do particular.

Não há qualquer outro critério objetivo que separe as modalidades de concessão comum e patrocinada que não a *vantajosidade* para o particular. O sujeito a quem se dirige a *vantajosidade* é o parceiro particular.

De mais a mais, o surgimento da modalidade patrocinada de concessão também revela como os poderes Executivo e Legislativo aparentemente descartaram qualquer hipótese de o Estado formar um corpo técnico que assuma papel relevante de gestão das operações que compõem os serviços públicos. A legislação infraconstitucional está desenhada sob a premissa de que o Estado necessariamente entrega, de maneira plena e integral, a atividade ao particular.

O elemento normativo da Lei das PPPs que denota com maior clareza o descaminho da função e destinação que a Constituição Federal atribuiu à infraestrutura repousa no seu artigo 9º, parágrafos 4º e 5º, que assim dispõe:

> Art. 9º Antes da celebração do contrato, deverá ser constituída sociedade de propósito específico, incumbida de implantar e gerir o objeto da parceria.
> [...]
> § 4º Fica vedado à Administração Pública ser titular da maioria do capital votante das sociedades de que trata este Capítulo.
>
> § 5º A vedação prevista no § 4º deste artigo não se aplica à eventual aquisição da maioria do capital votante da sociedade de propósito específico por instituição financeira controlada pelo Poder Público em caso de inadimplemento de contratos de financiamento.

Por meio da regra acima transcrita, a concessão de infraestrutura assume a forma de uma sociedade de propósito específico, na qual o Poder Concedente figurará como acionista minoritário, e a iniciativa privada como controlador.

Essa circunstância, em si mesma, já não faz sentido, uma vez que, como a infraestrutura é serviço público, a titularidade dos bens e da atividade é do Estado. Logo, é

---

[416] JUSTEN DE OLIVEIRA, Fernão. *Parceria público-privada, aspectos de direito público econômico (Lei nº 11.079/2004)*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007, p. 126.

o Estado quem deveria constar como controlador da atividade, e o privado que a opera, como minoritário.

Na posição de minoritário, o Estado figura como mero aportador de recursos, na forma de contraprestação pecuniária; o parceiro privado é quem terá o poder de tomada de decisões. Nada nessa estrutura remete ao regime público, no qual o Estado deveria gozar de plena capacidade de controlar a atividade do concessionário, garantindo que está sendo prestada de acordo com o interesse público dos usuários.

O artigo 9º consagra o que a doutrina versada em direito da infraestrutura chama de modelo noiva de concessões, modelo este em que se busca, **por princípio**, extirpar qualquer capacidade de ingerência do Poder Público, como forma de exercer maior atração dos agentes privados e fomentar a concorrência. Fernando Marcato e Mariana Saragoça assim definem o modelo:

> O terceiro modelo adotado para a seleção de parceiros estratégicos é informalmente conhecido como "modelo noiva, modelo usualmente aplicado quando há uma concessão na qual a "mão" do Poder Concedente ou uma entidade a ele vinculada (e.g., empresa estatal) como sócia minoritária da concessionária é "oferecida" aos parceiros privados expressamente nos termos do edital do procedimento licitatório, não havendo a opção de constituição da sociedade de propósito espercífico sem participação da empresa estatal no seu capital social[417].

Marcato e Saragoa, então, resumem o que seria a filosofia que norteia o modelo, em que "quanto menor a necessidade de ingerência do ente público na gestão da parceria, maior é a possibilidade de se estruturar um processo seletivo de parceiros que mais se assemelha a uma concorrência tradicional"[418]. Seguindo-se a metáfora da noiva, quanto maior o dote oferecido, maior o número de pretendentes.

Os autores oferecem, como exemplo da aplicação prática do modelo noiva, as concessões dos aeroportos de Guarulhos, Viracopos, Brasília, Galeão e Confins. Nelas, informam os autores, as condições de governança do modelo sugerem que a "Infraero atuará primordialmente como uma observadora, com poucos poderes de veto, sendo

---

[417] MARCATO, Fernando S.; SARAGOÇA, Mariana. Parcerias estratégicas entre Empresas Públicas e Privadas no setor de infraestrutura. *In*: MARCATO, Fernando S.; PINTO JUNIOR, Mário Engler. (coord.). *Direito da Infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, FGV Direito SP, 2017. v. 1. p. 149-189, aqui p. 185.

[418] MARCATO, Fernando S.; SARAGOÇA, Mariana. Parcerias estratégicas entre Empresas Públicas e Privadas no setor de infraestrutura. *In*: MARCATO, Fernando S.; PINTO JUNIOR, Mário Engler. (coord.). *Direito da Infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, FGV Direito SP, 2017. v. 1. p. 149-189, aqui p. 187.

provável, inclusive, a diluição de sua participação ao longo do tempo, na medida em que os acionistas privados passem a fazer aumentos de capital na concessionária”[419].

No modelo noiva, como se vê, não resta qualquer resquício do instituto do serviço público e seu regime especial estabelecidos pela Constituição Federal. A presença do Poder Concedente é escancaradamente encarada como uma reles formalidade, e o objetivo do modelo é garantir que tal formalidade seja cumprida da forma mais protocolar possível, sem que gere ao Estado qualquer poder de ingerência na atividade.

A distorção dos serviços públicos de infraestrutura se agrava ainda mais quando adentramos a composição das sociedades de propósito específico em casos práticos. No setor energético, diversas usinas apresentam, no quadro acionário da respectiva SPE, empresas de contrução detentoras de relevante participação e relevante influência. Essas SPEs têm como objeto social, fundamentalmente, a gestão de um enorme contrato de construção da usina, sendo que, não raras vezes, a empresa contratada para a construção é a construtora sócia da SPE, ocasionando uma situação de grave conflito de interesses. A construtora, enquanto acionista da SPE, gere um colossal contrato de construção de longo prazo consigo mesma.

Essa situação é descrita em estudo de autoria de Josinaldo Aleixo e Nathália Condé, sobre os proprietários das cinco maiores hidroelétricas na região amazônica, quais sejam, Santo Antônio, Jirau, Belo Monte, Estreito e Teles Pires. Os autores chamam a atenção para a “presença ostensiva dos três maiores grupos privados do paísno setor da construção civil: Odebrecht, Camargo Correa e Andrade Gutierrez. Ressalte-se que elas não estão apenas na etapa da construção, mas nos consórcios responsáveis pela operação destas hidrelétricas”[420].

Ao fim e ao cabo, a legislação infraconstitucional está a propiciar uma estrutura de prestação dos serviços públicos de infraestrutura, na qual empresas e grupos empresariais recebem aportes públicos do Poder Concedente para gerir contratos de construção consigo mesmos, numa governança corporativa arquitetada para lesar o Estado.

Causa ainda maior perplexidade a redação do artigo 9º, § 5º, que estabelece que a Administração Pública só poderá ser majoritária na SPE referente à concessão de infraestrutura na ocasião de “eventual aquisição da maioria do capital votante da sociedade

---

[419] MARCATO, Fernando S.; SARAGOÇA, Mariana. Parcerias estratégicas entre Empresas Públicas e Privadas no setor de infraestrutura. *In*: MARCATO, Fernando S.; PINTO JUNIOR, Mário Engler. (coord.). *Direito da Infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, FGV Direito SP, 2017. v. 1. p. 149-189, aqui p. 186.

[420] ALEIXO, Josinaldo; CONDÉ, Nathália. *Quem são os proprietários das hidroelétricas da Amazônia?*. Instituto Mais democracia, Rio de Janeiro: 2015.

de propósito específico por instituição financeira controlada pelo Poder Público em caso de inadimplemento de contratos de financiamento".

Tal disposição completa o manancial de benefícios ao parceiro privado, que (i) cobra tarifa; (ii) recebe contraprestação pecuniária do Poder Concedente; e, por fim (iii) ingressa com um "capital privado" que é, na realidade, dinheiro tomado emprestado de um banco estatal, em condições bem melhores do que faria uma instituição financeira privada.

Há um visível anacronismo nesse financiamento estatal do ingresso privado nas concessões de infraestrutura, já que os programas de desestatização se pautam em tese na redução de gastos públicos. Está ocorrendo, portanto, um contínuo "financiamento público da política de redução de gastos públicos", como bem atentamente reconheceu Danilo Tavares da Silva[421].

O autor identifica as infraestruturas de transporte como grandes exemplos do supracitado anacronismo, advindo do financiamento público do ingresso privado na atividade. Danilo Tavares da Silva explica que diversas concessões ferroviárias, rodoviárias, arrendamentos portuários e aeroportos foram licitados pelo critério de maior valor pago ao Poder Concedente. O valor de outorga era pago, via de regra, diretamente ao Tesouro ou à alguma entidade federal ligada ao setor objeto da concessão; ocorre que essas mesmas concessões tiveram relevante fomento por parte do BNDES ou mesmo do próprio Tesouro[422].

Sobre esse estranho e aparentemente ilógico estado de coisas – em que Estado financia o particular para que opere serviço público para desonerar o Estado – Danilo Tavares da Silva assim conclui:

> À luz disso, a política de financiamento pública das desestatizações certamente tem o potencial de produzir efeito de estranhamento e crítica, dado que seria de se supor a desnecessidade do fundo público para a viabilidade ou atratividade de atividades que saem da órbita da operação estatal justamente em razão do argumento de que estariam mais bem exploradas na exclusiva esfera do capital privado. Desde o início do PND, o capital público teve que se fazer presente em dimensão nada desprezível, e não há sinais de que isso vai se encerrar. Ao contrário, a última década apresentou uma tendência do fomento financeiro via

[421] TAVARES DA SILVA, Danilo. Desestatização da infraestrutura federal de transportes e financiamento público: alguns pontos de discussão. *In*: BERCOVICI, Gilberto; VALIM, Rafael, *Elementos de Direito da Infraestrutura*. São Paulo: Contracorrente, 2015. p. 241-276, aqui p. 258.

[422] TAVARES DA SILVA, Danilo. Desestatização da infraestrutura federal de transportes e financiamento público: alguns pontos de discussão. *In*: BERCOVICI, Gilberto; VALIM, Rafael, *Elementos de Direito da Infraestrutura*. São Paulo: Contracorrente, 2015. p. 241-276, aqui p. 273.

> fundo público no setor de infraestrutura – seja pelo aumento dos aportes do BNDES ou da rápida expansão de crédito propiciada pelo FI- FGTS[423].

Por todos esses fatores[424], conclui-se que a atual legislação infraconstitucional aplicável à concessão da operação da infraestrutura, a Lei das PPPs, desnuda-se como uma manifestação de bloqueio da soberania em relação a importantes conquistas populares obtidas na Constituição Federal, sobretudo no que diz respeito à constituição econômica. Tal bloqueio se mostra especialmente lesivo, uma vez que tem lugar em disciplina jurídica que representa um importante mecanismo de transformação estrutural e de aquebrantamento dos ciclos viciosos de influência do poder econômico.

Ressalte-se que a delegação ao particular da operação de atividades do setor de infraestrutura não representa, por si só, infringência ou ameaça à soberania econômica – pelo contrário. É sabida a necessidade de interação entre os setores público e privado no desenvolvimento da infraestrutura, dada a sua magnitude. O busílis está na normatização do ato delegatório, que (i) não pode se pautar na premissa da incapacidade e/ou indisposição do Estado para tomar parte na gestão central da operação; e (ii) não pode assumir como principal norte a oferta de *vantajosidades* que atraiam investidores privados a qualquer custo e sacrifício.

O instituto da concessão de infraestrutura, para que não se torne um nome desprovido de valor jurídico, tem de ser reconfigurado no plano infraconstitucional de modo a garantir um relevante grau de participação direta do Poder Concedente na direção central da operação da infraestrutura, em plena convivência e sinergia com o concessionário ou os concessionários, sendo que estes devem atuar na operação de segmentos parciais dentro do todo. O Estado tem de ser preparado para tanto, tem de se

---

[423] TAVARES DA SILVA, Danilo. Desestatização da infraestrutura federal de transportes e financiamento público: alguns pontos de discussão. *In*: BERCOVICI, Gilberto; VALIM, Rafael, *Elementos de Direito da Infraestrutura*. São Paulo: Contracorrente, 2015. p. 241-276, aqui pp. 275 e 276.

[424] Sublinhe-se, ainda, que a Lei das PPPs, novamente com o objetivo de proporcionar a maior vantajosidade ao parceiro particular, nos termos do seu artigo 8º, previu a prestação de garantias pels Administração Pùblica relativamente às obrigações pecuniárias contraídas. Trata-se de mais um dispositivo sintomático da completa distorção do regime imposto pela legislação infraconstitucional na delegação da operação da infraestrutura. A perplexidade causada por tal normativo da Lei das PPPs está bem representada na fala do renomado doutrinador Fernando Facury Scaff, que recorda que "o vetusto e já revogado Regulamento do Código de Contabilidade Pública previa a necessidade de que fossem prestadas cauções *em favor do Poder Público*, em qualquer contratação com este, enquanto a regulamentação atual prevê que as garantias, gênero que inclui as cauções, devam ser prestadas *em favor de quem contrata com o Poder Público*. Até mesmo os funcionários públicos que eram encarregados de pagamentos, arrecadação ou guarda de dinheiros públicos tinham que prestar caução. Eram outros tempos... Hoje, além de receber, o Estado tem que prestar garantias". SCAFF, Fernando Facury. Controle Público de Projetos de Infraestrutura *In*: BERCOVICI, Gilberto; VALIM, Rafael, *Elementos de Direito da Infraestrutura*. São Paulo: Contracorrente, 2015. p. 277-304, aqui p. 294.

munir de quadros técnicos virtuosos e capacitados para sempre exercer um papel diretivo, ainda que o serviço esteja concedido à operação privada.

5 CONCLUSÃO

Como estipulado na introdução desta dissertação, o seu objetivo era compreender o real significado do princípio da soberania econômica, previsto pela primeira vez na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 170, I, e enteder a importância da infraestrutura para a consecução de referido princípio.

A investigação sobre o princípio da soberania econômica requereu a compreensão de sua localização e seu contexto dentro da longa história do conceito de soberania política no tempo.

A soberania é conceito descoberto por Bodin no século XVI. Viu-se que, no correr dos séculos seguintes (XVII, XVIII e XIX), a soberania sofreu transformações radicais, acompanhando as metamorfoses estruturais das sociedades ocidentais.

O significado nuclear de soberania que se manteve com o tempo é o de superior poder de mando social, relativamente exclusivo e indivisível, canalizado na figura pública do Estado Nacional. Do Antigo Regime até as atuais democracias constitucionais, a soberania se mantém – não sem muitas mudanças de forma e conteúdo, de objeto e de sujeito – como o modelo de poder que engrena a organização social, através de uma canalização do poder de mando de última instância na figura pública do Estado Nacional. Esse modelo se mantém em contraposição ao antecedente modelo da constituição mista medieval, em que o poder estava pulverizado em diversos polos que procuravam viver sob permanente mediação de suas forças e espaços de mando.

As transformações no percurso podem ser assim sintetizadas:

(i) A soberania em Bodin pertencia genuinamente ao príncipe, como um poder exclusivo que não encontrava praticamente limite algum (subseção 2.2.1).

(ii) Em Hobbes, isto é, no estágio profundo do absolutismo, esse poder é transferido subjetivamente do príncipe para a figura do Estado, e, em seu conteúdo, torna-se ainda mais supremo e insuscetível de qualquer limite ou contraste (subseção 2.2.2).

(iii) Em Rousseau, esse poder se transfere da pessoa do príncipe ou do Estado para a povo, que passa a ser seu reconhecido titular. Essa importante transferência subjetiva do poder faz consagrar a democracia (subseção 2.3.1).

(iv) Com o advento do constitucionalismo, a soberania experimenta uma importante mudança de seu conteúdo, que se torna bastante mais complexo.

> Num Estado constitucional, a soberania se manifesta em duas dimensões distintas. A soberania nacional se manifesta no momento de concepção da unidade política e ordem jurídica, através do poder constituinte, resultando na constituição, e se manifesta no momento de vigência da ordem e normalidade, com os mecanismos constitucionais que visam garantir a presença e influência do povo nos poderes constituídos, como o sufrágio (seção 2.4).

(v) Em Duguit, no contexto de concepção da ideia de Estado social, fundado na solidariedade social, aglutina-se ao conceito de soberania, até aqui visto sobretudo como um poder, o dever de prestação e satisfação das necessidades sociais elementares (subseção 2.3.2).

Nessa linha do tempo, a soberania econômica aparece como a mais nova rodada de transformação e complexização do conceito político de soberania, propulsionada pelo fenômeno da globalização no século XX.

Com o surgimento e a consolidação do capitalismo industrial, nos séculos XVIII e XIX, e, posteriormente, com o desenvolvimento do capitalismo financeiro, no início do século XX, a economia se tornou um **poderoso vetor autônomo** de alto impacto nas estruturas sociais. No século XX, o capitalismo financeiro atinge o cosmopolitismo absoluto. A economia se autonomiza por completo dos limites políticos nacionais, de modo a caracterizar um mundo de contraste entre a fragmentação política na escala das nações e a globalização econômica.

A globalização econômica não resultou na aproximação das pessoas em seus modos e suas condições de vida, não gerou igualdade. A livre interação econômica num mundo politicamente fragmentado resultou em predação, em colonização econômica. A dominação colonial não cessou em seu mérito com o reconhecimento da independência política dos países de Terceiro Mundo. Ela converteu-se numa dominação econômica, através do fenômeno da globalização.

Em tal cenário, passa-se a compreender que a soberania nacional, para ser efetiva, tem como condição precedente o atingimento de independência e autonomia econômica do país.

A soberania econômica, portanto, como se observa na seção 3.2 da dissertação, consiste **no estágio de autonomia da economia nacional que permite ao seu povo exercer de maneira efetiva a sua soberania política**. A soberania econômica é a

metassoberania, pois é a soberania prévia que um país tem de atingir para possibilitar que seu povo seja de fato politicamente soberano.

Sem a soberania econômica, as decisões do povo em sua soberania política são constantemente subvertidas por interesses econômicos externos e da elite interna, de modo a configurar o fenômeno intitulado pela doutrina brasileira de *crise do poder constituinte* ou *soberania bloqueada*.

A soberania econômica, vê-se, é um conceito geopoliticamente relativo: preocupam-se com a soberania econômica aqueles países que, por sua posição periférica no sistema capitalista, encontram-se presos num permanente estado de *crise do poder constituinte*, com o contínuo bloqueio das decisões políticas do povo.

Sob tal contexto, como demonstrado na seção 3.4, a soberania econômica aparece como um conteúdo típico das constituições econômicas dos países periféricos do capitalismo.

Como demonstrado na seção 3.5.1, o conteúdo normativo do princípio da soberania econômica reflete os conceitos furtadianos e cepalinos da busca de internalização dos centros de decisão econômica e de desenvolvimento endógeno.

De maneira pragmática, o princípio da soberania econômica induz a necessidade de planejamento nacional da economia, conforme demonstrado na subseção 3.5.2. Em nossa Constituição Federal, o planejamento nacional da economia encontra-se expressamente consagrado num sistema de dispositivos articulados (artigos 174, 21, inc. IX e 43).

Assim, o princípio da soberania econômica tem como essencial conteúdo normativo o planejamento nacional da economia, com vistas à internalização dos centros de decisão econômica.

Nessa tarefa, o princípio da soberania econômica está capilarizado em uma série de outras normas constitucionais, representativas dos elementos que o Estado deve articular no planejamento nacional da economia. Conforme demonstrado na seção 3.6, são normas decorrentes do princípio da soberania econômica, por exemplo, (i) o artigo 218 da CF, sobre o papel do Estado na promoção e incentivo do desenvolvimento da ciência, tecnologia e inovação; (ii) o artigo 219, que determina que o mercado interno integra o patrimônio nacional; (iii) o artigo 172, que determina que os investimentos de capital estrangeiro serão disciplinados com base no interesse nacional; (iv) os artigos 20, incs. XIII e IX e 176, que determinam o controle nacional sobre recursos naturais estratégicos; e (v) os artigos 21, incs. XI, XII, XX e 177, que atribuem à União a titularidade das atividades econômicas relacionadas a setores de infraestrutura.

Os itens (iv) e (v) indicados no parágrafo anterior referem-se ao domínio público e à titularidade estatal dos **setores de infraestrutura**, incluindo os bens e as atividades. Significa dizer, portanto, que a titularidade estatal da infraestrutura consiste num importante mecanismo de efetivaão do princípio da soberania econômica.

Para bem entender a importância vital da infraestrutura, é preciso investigar esse elemento econômico e social que se encontra de certa forma oculto em nosso ordenamento jurídico.

Em primeiro lugar, como visto na seção 4.2, infraestrutura é definida fundamentalmente como o conjunto dos setores de energia, telecomunicações, logística de transporte e saneamento básico. E, como visto na subseção 4.3.1, entende-se infraestrutura, do ponto de vista anatômico ou físico, como sendo os bens (obras públicas) e as atividades (serviços à população) em plena sinergia (a obra é construída com a finalidade de possibilitar a atividade e a atividade depende da obra que a suporta).

Apesar do que a sua composição anatômica pode sugerir, a infraestrutura não pode ser lida ou vista como uma atividade econômica pura e simplesmente, conforme tratado na subseção 4.3.2. Quando falamos em atividades econômicas, referimo-nos às *atividades diretamente produtivas* (na sistemática de Albert Hirschman) ou aos *processos de produção imediatos* (na sistemática de Karl Marx) que promovem a circulação contínua de capital.

As atividades econômicas se encontram na superfície do sistema capitalista em funcionamento, promovendo o ciclo constante de capital, nas formas monetária, de produção e mercadoria. A infraestrutura não se encontra em tal dimensão, ela não é um elemento do capitalismo em funcionamento; ela está na edificação que permite o sistema funcionar. A infraestrutura não é capital em circulação, pelo contrário, ela é *capital fixo social* (na sistemática de Albert Hirschman) ou *condição geral de produção* (na sistemática de Karl Marx). A infraestrutura é uma pré-condição ao desenvolvimento do sistema econômico e das demais atividades econômicas. Para além de seu papel na esfera econômica, a infraestrutura, na esfera fundamentalmente social, ostenta capacidade de provisão imediata de melhoria na condição de vida das pessoas.

Em função de categoria especial que ocupa no sistema econômico, categoria de *capital fixo social*, a infraestrutura apresenta uma série de características que a vinculam ao domínio público e estatal e que a afastam do mercado. São elas, como demonstrado detalhadamente na subseção 4.3.3, a universalidade, integração, livre acesso, não excludabilidade, não rivalidade e configuração sob a forma de rede. Tais atributos

proporcionam múltiplas falhas de mercado, quais sejam, externalidades, bem público e monopólio natural, que impedem a infraestrutura de ser submetida ao mercado e, assim, a vinculam ao domínio público.

Por todas essas condições específicas dos setores de infraestrutura, a Constituição Federal os incluiu na categoria jurídica de serviço público. Conforme indicado na subseção 4.4.1, a categoria jurídica de serviços públicos é a expressão jurídica e constitucional da infraestrutura. É por meio de tal instituto jurídico que os setores de infraestrutura se colocam como instrumentos do princípio da soberania econômica, e são integrados no sistema de engrenagens da constituição econômica dirigente, voltado à realização de transformações estruturais na sociedade.

Conforme demonstrado na subseção 4.4.2, a infraestrutura também se apresenta como um mecanismo de satisfação dos direitos sociais de natureza econômica previstos no artigo 3º da Constituição Federal, o que ratifica a sua condição de instrumento da soberania econômica.

Por fim, na subseção 4.4.3, advertimos o fato de que, sendo a infraestrutura um instrumento tão essencial à efetivação da soberania econômica (e consequentemente, da soberania popular) a legislação infraconstitucional aplicável à delegação da operação dos setores de infraestrutura à iniciativa privada deve ser extremamente cuidadosa, de tal modo que a delegação não comprometa a capacidade da infraestrutura de satisfação dos direitos sociais de natureza econômica.

Porém, o que se vê é justamente o contrário: a legislação infraconstitucional de delegação da infraestrutura, consubstanciada sobretudo na Lei das PPPs e norteada pela filosofia maior do Programa Nacional de Desestatização, consagra diversos mecanismos que permitem ao concessionário explorar as atividades de infraestrutura em regime fundamentalmente de direito privado, e em atendimento de interesses exclusivamente particulares. São exemplos desses mecanismos o modelo da concessão patrocinada e a regra que impede o Poder Concedente de deter participação majoritária nas sociedades de propósito específico constituídas para cada projeto de infraestrutura.

Sendo assim, a atual legislação infraconstitucional que disciplina a delegação da operação da infraestrutura à iniciativa privada representa clara manifestação do fenômeno de *crise do poder concedente* ou *soberania bloqueada*. Tal manifestação desse fenômeno é particularmente lesiva, pois está a bloquear um instrumento crucial concebido pela constituição econômica para efetivar as transformações estruturais de que a sociedade brasileira tanto necessita.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEIXO, Josinaldo; CONDÉ, Nathália. *Quem são os proprietários das hidroelétricas da Amazônia?*. Instituto Mais democracia, Rio de Janeiro: 2015.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Contrato Administrativo. São Paulo: Quarter Latin, 2012.

APARICIO, Carlos; JARAMILLO, Miguel; SAN ROMÁN, Cristina. Desarrollo de la infraestructura y reducción de la pobreza: el caso peruano. *Centro de Investigación da Universidad del Pacífico* e *Consorcio de Investigación Económica e Social – CIES*, 2011.

ARAGÃO, Alexandre Santos. Direito dos Serviços Públicos. 3. Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013.

ARAUJO, Jair; CAMPELO, Guaracyane; MARINHO, Emerson. O impacto da infraestrutura sobre a pobreza para o Brasil. *Encontro Associação Nacional dos Centros de Pós Graduação em Economia –ANPEC*, Foz do Iguaçu, 2014.

ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *As Novas Dimensões do Princípio da Soberania*. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

ASENJO, Oscar de Juan. *La Constitución económica española.* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

ATHIAS, Jorge Alex Nunes. *A Ordem Econômica e a Constituição de 1988.* Belém do Pará: Cejup, 1997.

BANCO MUNDIAL. *Relatório sobre o Desenvolvimento Mundial 1994* – Infra-estrutura para o desenvolvimento. Rio de Janeiro-São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 1994.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 33. ed., revista e atualizada até a Emenda Constitucional 92, de 12 jul. 2016. São Paulo: Malheiros, 2016.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral da Soberania. *Revista Brasileira de Estudos Políticos,* Belo Horizonte, UFMG, n. 63/64, jul. 1986/jan. 1987.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. A Constituição de 1988 e a Nova Regulamentação do Capital Estrangeiro. *Revista Brasileira de Estudos Políticos,* Belo Horizonte, UFMG, n. 69/70, p. 105 – 118, jul. 1988/jan. 1989.

BARROS, Alberto Ribeiro de. O conceito de soberania no Methodus de Jean Bodin. *Discurso*, v. 27, n. 1, p. 139-155, jun. 1996.

BARROSO, Luis Roberto. *A Ordem Econômica Constitucional e os Limites à Atuação Estatal no Controle de Preços. Revista Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 226, p. 187-212, out./dez. 2001.*

BASTOS, Benedicto Ferri de. O futuro do Estado. *In*: MARTINS, Ives Gandra. (coord.). *O Estado do Futuro*. São Paulo: Pioneira, Associação Internacional de Direito e Economia, 1998. p. 148-163.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1994.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Teoria Geral do Estado e Ciência Política*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

BASTOS, Celso Ribeiro. Estado do Futuro *In*: MARTINS, Ives Gandra. (coord.). *O Estado do Futuro*. São Paulo: Pioneira, Associação Internacional de Direito e Economia, 1998. p. 164-174.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil* (promulgada em 5 de outubro de 1988). São Paulo: Saraiva, 1990. v. 1 e 7.

BEAUD, Olivier. *La Puissance de l'État*. Paris: Presses Universitaires de France, 1994.

BELTRÃO, Kaizô Iwakami; SUGAHARA, Sonoe. Infra-estrutura dos domicílios brasileiros: uma análise para o período 1981-2002. Rio de Janeiro: IPEA, mar. 2005. (Texto para Discussão, n. 1.077). Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_1077.pdf. Acesso em: 07 jan. 2020.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento:* Uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005.

BERCOVICI, Gilberto. O estado de exceção econômico e a periferia do capitalismo. *Revista Pensar*, Fortaleza, v.11, p. 95-99, fev. 2006.

BERCOVICI, Gilberto. *Direito Econômico do Petróleo e dos Recursos Minerais*. São Paulo: Quarter Latin, 2011.

BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição:* para uma crítica do constitucionalismo. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

BERCOVICI, Gilberto. Infraestrutura e Desenvolvimento. *In*: BERCOVICI, Gilberto; VALIM, Rafael, *Elementos de Direito da Infraestrutura*. São Paulo: Contracorrente, 2015. p. 17-26.

BERCOVICI, Gilberto. A soberania econômica e o desmonte do Estado no Brasil. *Carta Maior*, 20 abr. 2017 Disponível em: http://www.cartamaior.com.br/?/Editoria/Politica/A-soberania-economica-e odesmonte- do-Estado-no-Brasil/4/37985. Acesso em: 11 ago. 2019.

BERCOVICI, Gilberto; MASSONETTO, Luís Fernando. A constituição dirigente invertida: a blindagem da Constituição Financeira e a agonia da Constituição Económica. *Boletim de Ciências Económicas*, Coimbra, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, v. XLIX, p. 57-77, 2006.

BERCOVICI, Gilberto; WARDE JR., Walfrido Jorge; SIQUEIRA NETO, José Francisco. *Um plano de ação para o salvamento do projeto nacional de infraestrutura*. São Paulo: Contracorrente, 2015.

BERTHÉLEMY, Henry. *Traité Élémentaire de Droit Administratif*. Paris: Premier Fascicule, Librairie Nouvelle de Droit e Jurisprudence Arthur Rousseau, 1900.

BIELSCHOWSKY, Ricardo. *Pensamento econômico brasileiro:* o ciclo ideológico do desenvolvimentismo. 4. ed. Rio de Janeiro: Contraponto, 2000.

BIONDI, Aloysio. *O Brasil Privatizado*: Um balanço do desmonte do Estado. São Paulo: Fundação Pérsio Abramo, 2001.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 11. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília – UnB, 1998. v. 1.

BODIN, Jean. *Methodus ad Facilem historiarum cognitionem*. Edizione, traduzione e comento a cura di Sara Miglietti. Pisa: Edizoni Della Normale, Scuola Normale Superiore Pisa, 2013.

BODIN, Jean. *Os Seis Livros da República*, Livro Primeiro. Tradução de José Carlos Orsi Morel e José Ignácio Coelho Mendes Neto. 1. ed. São Paulo: Editora Ícone, 2011. (Coleção Fundamentos do Direito).

BONAVIDES, Paulo. *Do País Constitucional ao País Neocolonial:* A derrubada da Constituição e a Recolonização pelo Golpe de Estado Institucional. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BONAVIDES, Paulo. Reflexões sobre nação, Estado social e soberania. *Estudos Avançados*, Revista USP, v. 22, n. 62, p. 195-206, 2008.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1991.

BOURGEOIS, Léon. Solidarité. 3. ed. Paris: Armand Colin, 1902.

BRANDÃO, Carlos. Evolução do Estado no mundo globalizado. *In*: MARTINS, Ives Gandra. (coord.). *O Estado do Futuro*. São Paulo: Pioneira, Associação Internacional de Direito e Economia, 1998. p. 114-124.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. É hora de as elites se juntarem para a salvação nacional. *Um Brasil*, Análises e discussões sobre um povo em busca de uma identidade. Columbia Global Centers, p. 33-39, mar. 2016.

BUENO, Antônio Pimenta. *Direito Público Brazileiro e anályse da Constituição do Império*. Rio de Janeiro: 1857.

BUHR, Walter. *What is infrastructure?* Siegen, Germany, University of Siegen, Department of Economics, 2003. (Discussion Paper, n. 107-3).

CAETANO, Marcello José das Neves Alves. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1977. v. I. Direito Comparado. Teoria Geral do Estado e da Constituição. As Constituições do Brasil.

CALDERÓN, César; SERVÉN, Luis. *The Effects of Infrastructure Development on Growth and Income Distribution*. Washington: World Bank, 2004. (Policy Research Working Paper, n. 3400).

CANO, Wilson. *Soberania e Política Econômica na América Latina*. São Paulo: Unesp, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. CRP Constituição da República Portuguesa anotada. 1 ed brasileira e 4 ed portuguesa. São Paulo e Coimbra: Revista dos Tribunais e Coimbra Editora, 2007, v. 1 – artigos 1º a 107.

CANTÚ, Cesare. *História Universal*. São Paulo: Editora das Américas, 1954. v. 22.

CARVALHO, André Castro. *Direito da infraestrutura:* perspectiva pública. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional:* teoria do Estado e da Constituição. 14. ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2008.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão Cavalcanti. *Teoria do Estado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

CHANG, Ha-Joon. *Chutando a escada, a estratégia do desenvolvimento em perspectiva histórica*. Tradução Luiz Antônio Oliveira de Araújo. São Paulo: Unesp, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. Por que não a soberania dos pobres? *In*: SADER, Emir. (org.). *Constituinte e Democracia no Brasil Hoje*. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1985. p. 85-109.

CRUZ, Aline Cristina; TEIXEIRA, Erly Cardozo; BRAGA, Marcelo José. Os efeitos dos gastos públicos em infraestrutura e em capital humano no crescimento econômico e na redução da pobreza no Brasil. *Revista Economia*, Brasília, v. 11, n. 4, p.163-185, dez. 2010.

CURTIS, A. Kenneth; LANG, J. Stephen; PETERSEN, Randy. *The 100 Most Important Events in Christian History*. 9. ed. Michigan: Fleming H. Revell, 2002.

DALLARI, Adilson Abreu. Acordo de acionistas. Empresa estadual concessionária de serviço público federal. Manutenção da qualidade de acionista controlador. Interesse Público, Belo Horizonte, v. 2, n. 7, jul. 2000.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da teoria geral de Estado*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

DAL POZZO, Augusto Neves. O Dever de planejamento estatal e a efetividade na prestação de serviço público de saneamento básico. *In*: BERCOVICI, Gilberto; VALIM, Rafael, *Elementos de Direito da Infraestrutura*. São Paulo: Contracorrente, 2015. p. 207-239.

DE CHIARA, José Tadeu. Capitais Estrangeiros. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n. 26, São Paulo, pp. 67 a 85, 1977.

DEL VALLE, José Antonio Trujillo. *Financiación de infraestructuras:* los riesgos y su mitigación. Notas Técnicas. Washington: Inter-American Development Bank, 2004.

DEL VECCHIO, Giorgio. *Crisis del Derecho y crisis del Estado*. Tradução de Mariano Castano. Madrid: Librería General de Victoriano Suarez, 1935.

DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTES – DNIT. *Seminário de Consolidação do Sistema de Custos Referenciais de Obras* (SICRO). Brasília, set. 2018. Disponível em: http://www.dnit.gov.br/custos-e-pagamentos/sicro/eventos-1/seminario-de-consolidacao-do-sicro-2018/ConsolidacaodoSICRO2018-SuperestruturaFerroviaria.pdf. Acesso em: 18 out. 2019.

DORIA, Antonio de Sampaio. *Os Direitos do Homem*. São Paulo-Rio de Janeiro-Recife-Porto Alegre: Companhia Editora Nacional, 1942.

DUGUIT, Léon. *Traité de droit constitutionnel* – Tome Deuxième: La théorie générale de l'État. 10. ed. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing & G, 1923. 4v.

DUGUIT, Léon. *Fundamentos do Direito*. Traduções e notas de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003.

DUGUIT, Léon. *Las transformaciones del derecho público y privado*. Tradução de Adolfo Posada e Ramón Jaén. Granada: Comares editorial, 2007.

DURKHEIM, Émile. Da divisão do trabalho social, Tradução de Carlos Brandão, 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. (Coleção Tópicos).

ESMEIN, Adhémar. *Éléments de Droit Constitutionnel français et compare*. 8. ed. Paris: Librairie de la société du Recuiel Sirey, 1927, t. 1.

FACULDADE DE ECONOMIA, ADMINISTRAÇÃO E CONTABILIDADE DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO – FEA/USP. *O que é economia?* São Paulo. Disponível em: https://www.fea.usp.br/economia/graduacao/o-que-e-economia. Acesso em: 01 jan. 2020.

FAORO, Raymundo. Constituinte: a verdade e o sofisma. *In*: SADER, Emir. (org.). *Constituinte e Democracia no Brasil Hoje*. 2. ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1985. p. 7-16.

FERRAJOLI, Luigi. *A Soberania no mundo moderno*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2002.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição.* 1. ed. São Paulo: Max Limonad, 1986.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O Estado do futuro e o futuro do Estado. *Revista Direito e Democracia*, Canoas, v. 1, n. 1, p. 81-94, 1. sem. 2000.

FERREIRA, Luiz Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo: Editora Saraiva, 1994. 6 v.

FERREIRA, Luiz Pinto. *Da Soberania*. Tese (Concurso para professor docente-livre de Teoria Geral do Estado) – Faculdade de Direito de Recife, Oficinas Gráficas do Jornal do Commercio, Recife, 1943.

FERRERO, Guglielmo. *El poder*, Los Genios invisibles de la Ciudad. Tradução de Eloy García, Madri: Tecnos, 1992.

FIORI, José Luís. *Em Busca do Dissenso Perdido:* Ensaios Críticos sobre a Festejada Crise do Estado. Rio de Janeiro: Insight, 1995.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Curso de Direito Constitucional Brasileiro.* São Paulo: Revista Forense, 1958.

FRANCO, Gustavo H. de Barroso. Boas e más notícias. Instituto Millenium, publicação em 25 nov. 2019. Disponível em: https://www.institutomillenium.org.br/artigos/gustavo-franco-boas-e-mas-noticias/ Acesso em: 08 jan. 2020.

FRISCHMANN, Brett. An Economic Theory of Infrastructure and Commons Management, *Minesotta Law Review*, v. 89, pp. 917 – 1.030, 2004-2005.

FROSINI, Tommaso Edoardo. Elogio dela sovranità. Editoriale. *Percorsi Costituzionali*, Roma, Sovranità vs Sovranazionalità, n. 1, 2013.

FURTADO, Celso. *A pré-revolução brasileira*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1962.

FURTADO, Celso. *O Mito do Desenvolvimento Econômico*. São Paulo: Círculo do Livro, 1974.

FURTADO, Celso. Desenvolvimento e Subdesenvolvimento. *In*: BIELSCHOWSKY, Ricardo. (org.). *Cinquenta anos de pensamento na Cepal.* Rio de Janeiro/São Paulo: Editora Record, 2000. v. 1 p. 239-263.

FURTADO, Celso. Os Desafios da Nova Geração. *Revista de Economia Política*, v. 24, n 4 (96), pp. 483-486, out.-dez. 2004.

FURTADO, Celso. *A Formação Econômica do Brasil*. 12. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

FURTADO, Celso. *Criatividade e dependência na civilização industrial*. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

GALBRAITH, John Kenneth, The Economics of innocent fraud: Truth for our time, Boston and New York: Houghton Mifflin Company, 2004.

GALVÊAS, Ernane. Visões do século XXI. *In*: MARTINS, Ives Gandra. (coord.). *O Estado do Futuro*. São Paulo: Pioneira, Associação Internacional de Direito e Economia, 1998. p. 125-135.

GARCÍA, Pedro de Veja. El tránsito del positivismo jurídico al positivismo jurisprudencial en la doctrina constitucional. *UNED, Revista Teoría y Realidad Constitucional*, n. 1, p. 65-87, 1. sem. 1998.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 17. ed. Atualizada por Fabrício Motta. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRAU, Eros. Sociedade de economia mista – nulidade de acordo de acionistas que importa em mudança de seu acionista controlador. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, pp. 348 -357, out/dez. 2000.

GONÇALVES, Reinaldo. *Globalização e Desnacionalização*. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

GRAU, Eros Roberto. Comentários à Constituição do Brasil – artigo 170, caput e inciso I. *In*: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Editoras Saraiva, Almedina e Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, 2013. p. 1785-1797.

GROSSI, Paolo. *Diritto Senza Stato (La Nozione di Autonomia come Fundamento dela Costituizone Giuridica Medievale)*. Quaderni Fiorentini, per la storia del pensiero giuridico moderno. 25. ed. Milano: Gioffrè, 1996.

GROTIUS, Hugo. *Direito da guerra e da paz* (de jure belli ac pacis). Tradução de Ciro Mioranza. Ijuí: Editora Unijuí, 2004.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti, Evolução da teoria do serviço público. Enciclopédia jurídica da PUC – SP. *in* NUNES JÚNIOR, Vidal Serra; ZOCKUN, Maurício; ZOCKUN, Carolina Zancaner; FREIRE André Luiz (coord.) Tomo II: Direito Administrativo e Constitucional. 1 ed., São Paulo: Pontifícia Universalidade Católica de São Paulo, 2017.

HARVEY, David. *A companion to Marx's Capital, Volume 2*, Londres e Nova York: Verso, 2013.

HAURIOU, Maurice. *Principios de Derecho Público y Constitucional*. Traducción, estudio preliminar, notas y adiciones por Carlos Ruiz Del Castillo. 2. ed. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1927.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luis Afonso Heck. 20. ed. alemã. Porto Alegre: Editor Sérgio Antônio Fabris, 1998.

HESSE, Konrad. *Teoría Fundamental do Directo Constitucional*. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Martires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Selección y traducción Pedro Cruz Villalón. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.

HIRSCHMAN, Albert Otto, The Strategy of economic development, New Haven: Yale University Press, 1958.

HOBBES, Thomas. *Leviatã*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 2. ed. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 1999.

HORTA, Raul Machado. Constituição e Ordem Econômica e Financeira. *Revista de informação legislativa*, v. 28, n. 111, p. 5-20, jul./set. 1991.

HOUAISS, Antônio. Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa. 1 ed., Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

INSTITUTO DE PESQUISAS AVANÇADAS EM ECONOMIA – IPEA. *Infraestrutura econômica no Brasil:* diagnósticos e perspectivas para 2025. Brasília, Ipea, 2010. (Série Eixos Estratégicos do Desenvolvimento Brasileiro: Infraestrutura Econômica, Social e Urbana, livro 6, v. 1).

ISRAEL, Arturo. *Gestión de la infraestructura en él decenio de 1990*. Washington D.C.: World Bank, 1993. (World Bank Discussion Papers, n. 171).

JACOBY, H. Access to markets and the benefits of rural roads. *Economic Journal*, v.110, p.713- 737, 2000.

JAYASURIYA, Kanishka. Globalization, Law, and the Transformation of Sovereignty: The Emergence of Global Regulatory Governance. *Indiana Journal of Global Legal Studies*. v. 6, Iss. 2, art. 3, p. 425-455, 1999.

JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado*. Buenos Aires: Albatros, 1943.

JUSTEN DE OLIVEIRA, Fernão. *Parceria público-privada, aspectos de direito público econômico (Lei nº 11.079/2004)*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.

KAGEYAMA, A.; HOFFMANN, R. Pobreza no Brasil: uma perspectiva multidimensional. *Economia e Sociedade*, Campinas, v. 15, n. 1 (26), p.79-112, jan./jun. 2006.

KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado. Tradução de Luis Carlos Borges. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KESSIDES, Christine. *The contributions of infrastructure to economic development*: a review of experience and policy implications. Washington D.C., World Bank, Sept. 1993. (World Bank Discussion Papers, n. 213).

LEAL, Rosemiro Pereira. *Direito Econômico:* soberania e mercado mundial. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

LIST, Georg Friedrich. *Sistema Nacional de Economia Política*. Tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo: Nova Cultural, 1986.

LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la constitución*. Traducción y estudio sobre la obra por Alfredo Gallego Anabitarte. 3. ed. Barcelona: Ariel Ciencia Política, 1983.

LUÍS, Alessandro Serafin Octaviani. *O ordenamento da inovação:* a economia política da forma jurídica. Rio de Janeiro, 2009. Artigo exposto no seminário internacional International Seminar INCT-PPED Promoting Strategic Responses to Globalization.

MAGALHÃES, Juliana Neuenshwander. *Formação do conceito de soberania:* a história de um paradoxo. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MALISKA, Marcos Augusto. Comentários à Constituição do Brasil – art. 1º, inc. I, *In*: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Editoras Saraiva, Almedina e Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, 2013. p. 116-118.

MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MANN, Michael. The Autonomous Power of the State: its Origins, Mechanisms and Results *in* HALL, John A. (coord.) *States in History*, Cambridge:Basil Blackwell, 1986.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; GARRAFANO, Rafael Roque. *Notas sobre o conceito de serviço público e suas configurações na atualidade*. Revista de Direito Público da Economia - RDPE, ano 12, n. 46, pp. 63 a 77, abril/jun. 2014.

MARTÍNEZ, Juan Miguel de la Cuétara. Sobre infraestructuras en red y competencia entre redes *In* BARTOLOMÉ, Rafael Izquierdo de. *Nuevo derecho de las infraestructuras*. Madri: Montecorvo, 2011, p. 197-275.

MARTINS, Ives Gandra. O Estado do futuro. *In*: MARTINS, Ives Gandra. (coord.). *O Estado do Futuro*. São Paulo: Pioneira, Associação Internacional de Direito e Economia, 1998. p. 13-28.

MARUYAMA, Natália. Liberdade, Lei Natural e Direito Natural em Hobbes: Limiar do direito e da política na modernidade. *Transformação*, Revista de Filosofia da Unesp, v. 32, n. 2, p. 45-62, 2009.

MARX, Karl. Grundrisse, São Paulo: Boitempo Editorial, 2011.

MARX, Karl. O Capital, Crítica da Economia Política, *Livro II – O Processo de Circulação do Capital*, São Paulo: Boitempo Editorial, 2014.

MASSONETTO, Luís Fernando. Aspectos macrojurídicos do financiamento da infraestrutura. *In*: BERCOVICI, Gilberto; VALIM, Rafael. *Elementos de Direito da Infraestrutura*. São Paulo: Contracorrente, 2015. p. 27-52.

MEDAUAR, Odete. Serviço público. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 189, p. 100-113, jul. 1992.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 41. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2015.
MELLO, João Manuel Cardoso de. *O Capitalismo Tardio*. São Paulo: Brasiliense, 1982.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo III – Estrutura Constitucional do Estado. 4. ed. Lisboa: Coimbra, 1998.

MONCADA, Luís Cabral de. *Direito Económico*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2018.

MORAND-DEVILLER, Jacqueline, *Derecho Administrativo*, Curso, Temas de Reflexión, Comentarios y Análisis de Fallos. Tradução de Zoraida Rincón Ardila e Juan Carlos Peláez Gutiérrez. 14 ed. (2015). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, CASTRO, Paulo Rebello de. O Futuro do Estado: do pluralismo à desmonopolização do poder. *In*: MARTINS, Ives Gandra. (coord.). *O Estado do Futuro*. São Paulo: Pioneira, Associação Internacional de Direito e Economia, 1998. p. 45-61.

MOREIRA, Egon Bockmann, *Direito das concessões de serviço público, inteligência da Lei 8.987/1995* (Parte Geral). São Paulo: Malheiros, 2010.

MOREIRA, Vital. Economia e Constituição. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1979.

MÜLLER, Friedrich, *Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo*. Tradução por Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MYRDAL, Gunnar. *Teoria econômica e regiões subdesenvolvidas*. Tradução de N. Palhano. 3. ed. Rio de Janeiro: Saga, 1972.

NOGUEIRA, Ataliba. *O Estado é meio e não fim*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1955.

NOHARA, Irene Patrícia. Aspectos gerais de concessões de serviços públicos e parcerias público-privadas, contratação pública e infraestrutura. *In*: BERCOVICI, Gilberto; VALIM, Rafael, *Elementos de Direito da Infraestrutura*. São Paulo: Contracorrente, 2015. p. 89-114.

NURKSE, Ragnar. *Problems of capital formation in underdeveloped countries*. New York: Oxford University Press, 1961.

O'NEILL, Philip M. Infrastructure financing and operation in the contemporary city. *Geographical Research*, Institute of Australian Geographers, v. 48, n. 1, p. 3-12, Feb. 2010.

OLIVEIRA, Márcio Gimene. Planejamento, projeto nacional e desenvolvimento regional. *Revista Brasileira de Planejamento e Orçamento*, v. 1, n. 1, p. 15-27, 2011.

PAUPÉRIO Arthur Machado. *O conceito polêmico de soberania e sua revisão contemporânea*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958.

PERROUX, François. A economia do século XX. Tradução de José Lebre de Freitas. Lisboa: Livraria Morais Herder, 1967.

PEREIRA, Luísa Rauter. O Conceito de Soberania: dilemas e conflitos na construção e crise do Estado Imperial Brasileiro (1750-1870). *Intellèctus*, Rio de Janeiro, UERJ, ano IX, n. 2, nov. 2010.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito Administrativo*, São Paulo: Atlas, 1993.

PIRES, José Carlos Linhares; PICCINI, Maurício Conti. *A Economia brasileira nos anos 90: A regulação dos setores de infra-estrutura no Brasil*, Rio de Janeiro: publicações BNDES, pp.217-270, 1999, aqui p. 220. Disponível em: https://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/livro/eco90_07.pdf Acesso em: 05 jan. 2020.

POMPEU, Gina Marcilio; PONTES, Rosa Oliveira de. O princípio da democracia econômica e social e a Constituição brasileira de 1988. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 8, n. 2, p. 230-256, maio/ago. 2017.

PRADO JR., Caio. *Formação do Brasil Contemporâneo.* São Paulo: Brasiliense, 2000. (Coleção Grandes nomes do pensamento brasileiro, Folha de S.Paulo).

PREBISCH, Raúl. *El Desarrollo económico de la América Latina y algunos de sus principales problemas.* Santiago, Cepal, 1949.

PROUDHON, Joseph-Pierre. *De la justice dans la révolution et dans l'église*. Paris: Librairie de Granier Frères, 1858, t. 1.

RIBEIRO, Maurício Portugal; LINS, Paulo Meira. *Infraestrutura, crescimento e desigualdade social.* Curso de Direito da Infraestrutura da Fundação Getúlio Vargas Rio de Janeiro, 2008. (Apresentação de slides, aulas 1 a 3). Disponível em:

https://pt.slideshare.net/portugalribeiro/curso-de-direito-da-infraestrutura-aula-1-infraestrutura-crescimento-e-desigualdade-social-3650693. Acesso em: 18 out. 2019.

RODRIGUEZ, Octávio. *O estruturalismo latino americano*. Tradução Maria Alzira Brum Lemos. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009.

ROLLAND, Louis. *Précis de droit administratif*. 12. ed. Paris: Dalloz, 1928.

ROSANVALLON, Pierre. *La Sociedad de iguales*. Buenos Aires: Manantial, 2015.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social ou o discurso sobre a economia política*. Tradução Márcio Pugliesi e Norberto de Paula Lima. 7. ed. São Paulo: Hemus, 1995.

ROVIRA, Ricardo Calleja. Jean Bodin a la sombra de Thomas Hobbes. En los orígenes de la teoría de la soberanía. *Revista de Estudios Políticos*, n. 166, p. 13-40, out./dez. 2014.

RUNSINARITH, Phim. *Infrastructure Development and Poverty Reduction*: Evidence from Cambodia's Border Provinces. Graduate School of International Studies. Nagoya University, 2008.

SACHS, Jeffrey D.; MCARTHUR, John; SCHMIDT-TRAUB, Guido; KRUK, Margaret; BAHADUR, Chandrika; FAYE, Michael; MCCORD, Gordon. Ending Africa's Poverty Trap. *Economic Studies Program*, The Brookings Institution, vol. 35(1), pages 117-240, 2004.

SALDANHA, Nelson. *O Poder Constituinte*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

SÁNCHEZ, Ricardo J. (coord.). *Reti infraestrutturali in America Latina*. Cepal, Nazione Unite, Santiago del Cile, ago. 2008. *In:* CAMPANELLA, Raffaele. *America Latina e Caraibi Infraestrutture e Integrazione.* Roma: Collana di Studi Latinoamericani, Economia e Società, 2008.

SCAFF, Fernando Facury. Controle Público de Projetos de Infraestrutura *In*: BERCOVICI, Gilberto; VALIM, Rafael, *Elementos de Direito da Infraestrutura*. São Paulo: Contracorrente, 2015. p. 277-304.

SCHIRATO, Vitor Rhein. *A noção de serviço público em regime de competição*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, mar. 2011.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978.

SCHMITT, Carl. *El valor del Estado y el significado del individuo.* Edición, estudio introductorio y traducción Celestino Pardo. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2011.

SEN, Amartya. A ideia de justiça. Tradução de Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SEN, Amartya. Desenvolvimento como liberdade. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SIMÓN, José Luís Muñoz de Baena. Una clave de las teorías decimonónicas del Estado: la autolimitación del soberano. *In:* GARCIA, Juan Antonio Gómez. (coord.). *Legalidad y Legitimidad en el Estado Contemporáneo*. Madrid, Editora Dykinson, 2014. p. 43-68.

SMANIO, Gianpaolo Poggio; ROGUET, Patrícia; FILHO, Murilo Magacho. Consideração sobre as origens do princípio da solidariedade social e sua distinção com a fraternidade. *RBSD – Revista Brasileira de Sociologia do Direito*, v. 4, n. 3, p. 156-175, set./dez. 2017.

SOLON, Ari Marcelo. *Teoria da soberania como problema da norma jurídica e da decisão*. Porto Alegre: Editor Sergio Antonio Fabris, 1997.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Curso do Direito do Trabalho:* teoria geral do direito do trabalho. São Paulo, LTr, 2011. v. 1.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; MENDONÇA, José Vicente Santos de. Fundamentalização e fundamentalismo na interpretação do princípio constitucional da livre iniciativa. *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (org.). *A constitucionalização do direito*: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007. p. 709-741.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Teoria da Constituição Econômica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

STEWART-SMITH, Martin. *Industry Structure and Regulation*. Washington, DC: World Bank, 1995. (Policy Research Working Paper, 1419).

STRAUSS, Leo. *A filosofia política de Hobbes:* suas bases e sua gênese. Tradução Élcio de Gusmão Verçosa Filho São Paulo: É realizações Editora, 2016.

STRENGER, Irineu. *Da autonomia da vontade:* direito interno e internacional**.** 2. ed. São Paulo: LTR, 2000.

SWEDBERG, Richard. Markets as social structures *In:* SMELSER, Neil.; SWEDBERG, Richard. *The handbook of economic sociology*. Princeton: Princeton University Press; New York: Russell Sage foundation, 1994. p.255-283.

TÁCITO, Caio. O retorno do pêndulo: Serviço público e empresa privada. O exemplo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 202, p. 1-10, out. 1995.

TÁCITO, Caio. O Estado e a empresa. *In*: TÁCITO, Caio. *Temas de Direito Público:* estudos e pareceres. Rio de Janeiro, Renovar, 1997. v. 1. p. 659-665.

TAVARES DA SILVA, Danilo. Desestatização da infraestrutura federal de transportes e financiamento público: alguns pontos de discussão. *In*: BERCOVICI, Gilberto; VALIM, Rafael, *Elementos de Direito da Infraestrutura*. São Paulo: Contracorrente, 2015. p. 241-276.

TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. 1. ed. São Paulo: Método, 2003.

TAVARES, André Ramos. Os princípios fundamentais na Constituição de 1988: estudo de sua evolução em 20 anos. *In*: MARTINS, Ives Gandra; REZEK, Francisco (coord.). *Constituição Federal* – Avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais e Centro de Extensão Universitária, 2008.

TAVARES, André Ramos. O discurso dos direitos fundamentais na legitimidade e deslegitimação de uma Justiça Constitucional substantiva. *Fórum administrativo - Direito Público*, v. 100, p. 19-29, jun. 2009.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

TAVARES, Maria da Conceição. *A destruição não criadora* – Memórias de um mandato popular contra a recessão, o desemprego e a globalização subordinada. Rio de Janeiro / São Paulo: Editora Record, 1999.

TAVARES, Maria da Conceição. O Processo de Substituição de Importações como Modelo de Desenvolvimento na América Latina/O Caso do Brasil. *In*: SICSÚ, João; PORTARI, Douglas. *Maria da Conceição Tavares, Desenvolvimento e Igualdade* – Homenagem aos oitenta anos de Maria da Conceição Tavares. Rio de Janeiro: Ipea, 2010.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *Da democracia na América*. Tradução do original francês: Pablo Costa e Hugo Medeiros. São Paulo: Vide Editorial, 2019.

TORRISI, Gianpiero. Public infrastructure: definition, classification and measurement issues. *Munich Personal RePEc Archive*, Paper n. 12.990, Jan. 2009.

VAZ, Manuel Afonso. *Direito Económico*: a ordem económica portuguesa. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1988.

ZAMOJSKA, Anna; PRÓCHNAK, Joanna. Measuring the Social Impact of Infrastructure Projects: the case of Gdansk Fair Co., *Journal of Entrepreneurship, Management and Innovation* – JEMI, Wizsza Szkola Biznesu National Louis University – WSB-NLU, v. 13, p. 25-42, Jan. 2017.

ZANCHIM, Kleber Luiz. *Contratos de Parceria Público-Privada (PPP*): Risco e Incerteza. São Paulo: Quarter Latin, 2012.

ZARKA, Yves Charles. *Hobbes y el pensamiento político moderno*. Traduzido por Luisa Medrano. Barcelona: Herder, Biblioteca de Filosofia, 1997.

ZIPPELIUS, Reinhold, *Teoria Geral do Estado – Ciência Política*. Traduzido por Antônio Franco e Antônio Francisco de Souza. São Paulo: Saraiva, 2016.

TRADUÇÃO DAS CITAÇÕES EM LÍNGUA ESTRANGEIRA

Trecho no idioma original	Tradução livre para o português
Nota 8 "La costituzione medievale non è articolata in un arcipelago di sovranità ma in un tessuto di autonomie. [...] È questo l'unico modo per ordinare situazioni complesse altrimenti pressoché indecifrabili: la convivenza – in uno stesso territorio – di diritto comune e diritti particolari; l'intrecciarsi continuo fra diritto imperiale, canonico, statutario, feudale, mercantile, che soltanto il relativismo e l'elasticità della nozione di autonomia permette di capire quale compresenza e convivenza di più ordinamenti [...]. Quel tessuto socio-giuridico medievale, che, di primo acchito, sembra un groviglio inestricabile, può ricevere luce definitiva in una ottica pluriordinamentale quale interazione di soggetti autonomi non sovrani". GROSSI, Paolo. *Diritto Senza Stato (La Nozione di Autonomia come Fundamento dela Costituizone Giuridica Medievale)*. Quaderni Fiorentini, per la storia del pensiero giuridico moderno. 25. ed. Milano: Gioffrè, 1996, p. 283.	"A constituição medieval não está articulada em um arquipélago de soberania, mas em um tecido de autonomia. [...] É este o único modo de ordenar situações complexas quase indecifráveis: coexistência – num mesmo território – de direito comum e direitos particulares; o entrelaçamento contínuo entre o direito imperial, canônico, estatutário, feudal e mercantil, que apenas o relativismo e a elasticidade da noção de autonomia nos permitem compreender que coexistência e convivência de mais de um ordenamento [...]. Esse tecido sócio-jurídico medieval, que, à primeira vista, parece ser um emaranhado indissociável, pode receber luz definitiva sob uma perspectiva plurisistêmica enquanto interação entre sujeitos autônomos não soberanos".
Nota 9 "Ed emerge decisa la conclusione che è segnata nel titolo del saggio: un diritto senza Stato, un diritto che si aggancia immediatamente al sociale e lo esprime nella sua interezza. [...] Il mondo moderno ha soluzioni assolutistiche ed esclusivistiche: un solo Stato e un solo ordinamento giuridico per un solo territorio; un solo soggetto proprietario e una sola proprietà unitaria per un solo patrimonio. Il mondo medievale, anche a livello patrimoniale, compie scelte esattamente opposte". GROSSI, Paolo. *Diritto Senza Stato (La Nozione di Autonomia come Fundamento dela Costituizone Giuridica Medievale)*. Quaderni Fiorentini, per la storia del pensiero giuridico moderno. 25. ed. Milano: Gioffrè, 1996, p. 283-284.	"E emerge decisivamente a conclusão que está marcada no título do ensaio: um direito sem Estado, um direito que se associa imediatamente ao social e o exprime em sua totalidade. [...] O mundo moderno possui soluções absolutistas e exclusivas: um único Estado e um único ordenamento jurídico para um único território; um único sujeito proprietário e uma única propriedade para apenas um único patrimônio. O mundo medieval, também no nível patrimonial, faz escolhas exatamente opostas".
Nota 12 "Ora, Aristoteles non definisce mai quel potere sovrano che egli stesso chiama *kyrion politeuma* [supremo potere politico] e *kyrian archén* [autorità suprema], e nel quale consiste <la maestà e> l'ordinamento di uno Stato". BODIN, Jean. *Methodus ad Facilem historiarum cognitionem*. Edizione, traduzione e comento a cura di Sara Miglietti. Pisa: Edizoni Della Normale, Scuola Normale Superiore Pisa, 2013, p. 357.	"Ora, Aristóteles nunca definiu qual o poder soberano que ele mesmo chama de *kyrion politeuma* [poder político supremo] e *kyrian archén* [autoridade suprema], e no que consiste <a majestade e> o ordenamento de um Estado".
Nota 17 "In ogni Stato, quindi, bisogna prima di tutto andare a vedere chi possa dare e togliere il potere ai magistrati <e chi possa sancire o abrogare le leggi>, se un solo individuo, una minoranza, o la maggioranza dei cittadini: una volta capito questo, si	"Em cada estado, portanto, deve-se, antes de tudo, identificar quem pode dar e tirar o poder aos magistrados <e quem pode sancionar ou revogar as leis>, se apenas um indivíduo, uma minoria ou a maioria dos cidadãos: uma vez compreendido isso, é

capisce facilmente quale sia l'ordinamento dello Stato. Non c'è infatti una quarta possibilità, anzi non è nemmeno possibile immaginarla." BODIN, Jean. *Methodus ad Facilem historiarum cognitionem*. Edizione, traduzione e comento a cura di Sara Miglietti. Pisa: Edizoni Della Normale, Scuola Normale Superiore Pisa, 2013, p. 403.	fácil compreender qual é o ordenamento do Estado. Não existe de fato uma quarta possibilidade, na verdade sequer é possível imaginá-la".
Nota 18 "La première est la distinction entre l'État et le gouvernement. Véritable machine de guerre contre l'idéal du régime mixte, elle vise à défendre l'unité et l'indivisibilité de l'État et également à préserver une large diversité dans le mode d'agencement des Magistrats." BEAUD, Olivier. *La Puissance de l'État*. Paris: Presses Universitaires de France, 1994, p. 131.	"A primeira é a distinção entre o Estado e o governo. Verdadeira máquina de guerra contra o ideal do regime misto, ela visa a defender a unidade e a indivisibilidade do Estado e igualmente a preservar uma ampla diversidade no arranjo dos magistrados".
Nota 23 "Bodies were piled up by the hundreds. Many were thrown into the Seine. The atrocities were appalling: one bookbinder was roasted in a fire fueled by his own books – along with seven children. Even babies were not exempt from the bloodletting". CURTIS, A. Kenneth; LANG, J. Stephen; PETERSEN, Randy. *The 100 Most Important Events in Christian History*. 9. ed. Michigan: Fleming H. Revell, 2002, p. 112.	"Os corpos foram empilhados às centenas. Muitos foram jogados no Sena. As atrocidades eram assustadoras: um livreiro foi queimado vivo numa fogueira feita de seus próprios livros – junto com sete crianças. Nem mesmo os bebês foram poupados do derramamento de sangue".
Nota 34 "Il n'en faut pas plus à la majorité de la littérature juridique pour qualifier ces lois fondamentales de constitution coutumière de la monarchie et surtout d'y voir la préfiguration de la constitution moderne. Cette idée, pour être répandue n'en est pas moins contestable. Le recours à l'idée de lois fondamentales constitutionnelles postule l'hétéro-limitation du Souverain par des normes supérieures". BEAUD, Olivier. *La Puissance de l'État*. Paris: Presses Universitaires de France, 1994, p. 181	"Não deveria mais a maioria da literatura jurídica qualificar essas leis fundamentais como a constituição costumeira da monarquia e, especialmente, ver nestas a prefiguração da constituição moderna. Essa ideia, mesmo que difundida, não é menos questionável. O manejo do conceito de leis constitucionais fundamentais postula a hetero-limitação do Soberano por normas superiores".
Nota 41 "Puesto que cada uno puede lo máximo, a saber, matar a otro, las diferencias individuales de fuerza o de inteligencia son desdeñables. Esta igualdad implica que ninguno de ellos puede instaurar su dominio sobre los demás. Por otro lado, como cada individuo está en la incertidumbre total de las intenciones de los demás, la igualdad de poder se transforma en igualdad de temor. [...] La igualdad bajo todas estas formas, lejos de ser un factor de paz y de concordia, conduce a la violencia". ZARKA, Yves Charles. *Hobbes y el pensamiento político moderno*. Traduzido por Luisa Medrano. Barcelona: Herder, Biblioteca de Filosofia, 1997, p. 215.	"Posto que cada um pode o máximo, ou seja, matar outrem, as diferenças individuais de força ou de inteligência são insignificantes. Essa igualdade implica que nenhum deles possa estabelecer seu domínio sobre os demais. Por outro lado, como cada indivíduo está em total incerteza quanto às intenções dos demais, a igualdade de poder se transforma em igualdade de temor. [...] A igualdade sob todas essas formas, longe de ser um fator de paz e harmonia, leva à violência".
Nota 61 "Los elementos de la soberanía concebida como	"Os elementos da soberania concebida como

propiedad del poder de gobierno – Hemos señalado ya uno de estos elementos, que es el poder de reinado o poder de dominación puro y simple. Se trata de uno de los atributos de la propiedad; reinar y dominar sin gobernar vale tanto como tener el disfrute del derecho sin estar obligado a conservar el ejercicio. Esta es la situación de los propietarios que tienen colonos, o aparceros, o concesionarios, y es una situación que pertenece jurídicamente a las facultades de la propiedad. E importa notar que el propietario que se despoja del ejercicio de su derecho por su arrendamiento cualquiera, no por eso renuncia al dominio eminente sobre su propiedad, a la conservación de un derecho de reinado y de dominación y de una influencia social, ya que permanece dueño de la cosa". HAURIOU, Maurice. *Principios de Derecho Público y Constitucional*. Traducción, estudio preliminar, notas y adiciones por Carlos Ruiz Del Castillo. 2. ed. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1927, pp. 248-249.	propriedade do poder do governo – Já apontamos um desses elementos, que é o poder do reinado ou o poder da dominação pura e simples. É um dos atributos da propriedade; reinar e dominar sem governar vale tanto quanto gozar do direito sem ser obrigado a manter o exercício. Esta é a situação dos proprietários que têm colonos, ou cortadores, ou revendedores, e é uma situação que pertence legalmente às faculdades da propriedade. E é importante notar que o proprietário que se priva do exercício de seu direito por qualquer arrendamento, não renuncia, portanto, ao domínio eminente de sua propriedade, à preservação de um direito de reinado, de domínio e de influência social, uma vez que permanece dono de coisa".
Nota 63 "La démocratie apparaît comme une nécessité en ce qu'à un certain état de civilization et d'instruction générale, la souveraineté ne peut s'exercer que du consentement du peuple. [...] La démocratie est, dans l'état actuel des choses, le seul gouvernement possible". BARTHELEMY, Joseph, DUEZ, Paul, Traité elémentaire de Droit Constitutionnel, 1926, p. 70	"A democracia surge como uma necessidade, pois, em determinado estado de civilização e de instrução geral, a soberania não pode ser exercida sem o consentimento do povo. [...] A democracia é, no estado atual de coisas, o único governo possível".
Nota 71 "Le première élément social qui doit entrer dans cette construction est assurément la collectivité. Le fait État implique l'existence d'une société humaine, d'un groupement social, et la forme la plus générale des groupements sociaux dans les pays parvenus aujourd'hui à un certain degré de civilisation est assurément la nation". DUGUIT, Léon. *Traité de droit constitutionnel* – Tome Deuxième: La théorie genérale de l'État. 10. ed. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing & G, 1923. 4v., p. 2.	"O primeiro elemento social que deve entrar nessa construção é seguramente a coletividade. O fato de o Estado implicar a existência de uma sociedade humana, de um agrupamento social, é a forma mais genérica de agrupamentos sociais nos países que hoje alcançam um certo grau de civilização é seguramente a nação".
Nota 72 "La second élément de l'État est ce que nous appelons la différenciation entre gouvernants et gouvernés. Réduit à ses éléments simples, ce fait est la séparation, dans un groupement social, d'individus qui ont une plus grande force que d'autres individus, et qui, en fait, peuvent imposer aux autres individus leur volonté par cette plus grande force". DUGUIT, Léon. *Traité de droit constitutionnel* – Tome Deuxième: La théorie genérale de l'État. 10. ed. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing & G, 1923. 4v., p. 2.	"O segundo elemento do Estado é o que chamamos de diferenciação entre governantes e governados. Reduzido a seus elementos simples, esse fato é a separação, em um agrupamento social, de indivíduos que têm maior força que outros indivíduos, e que, de fato, podem impor sobre outros indivíduos sua vontade por meio dessa maior força".
Nota 73 "Ainsi se trouve écartée la notion de souveraineté ou de puissance publique. La volonté des gouvernants	"Assim a noção de soberania ou poder público encontra-se rejeitada. A vontade dos governantes

sera sans doute un élément de l'État; mais ce n'est pas parce que cette volonté a le privilège de s'imposer par voie d'ordre aux gouvernés. C'est tout simplement parce que les gouvernants étant investis d'une plus grande force pourront mettre légitimement en mouvement cette plus grande force pour imposer leur volonté, quand elle sera conforme au droit". DUGUIT, Léon. *Traité de droit constitutionnel* – Tome Deuxième: La théorie genérale de l'État. 10. ed. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing & G, 1923. 4v., p. 3.	será sem dúvida um elemento do Estado; mas não é porque essa vontade tenha o privilégio de se impor por meio de uma ordem aos governados. É simplesmente porque os governantes investidos de uma força maior poderão legitimamente colocar essa força maior em movimento para impor sua vontade, o que estará em conformidade com a lei".
Nota 74 "Par-là, on est ramené à l'élément essentiel de tout État: la plus grande force. Elle peut être matérielle ou morale; mais, même lorsqu'elle n'est que morale, elle se traduit toujours par une puissance de contrainte. Il n'y a différenciation entre gouvernants et gouvernés que lorsque les gouvernants peuvent, en fait, imposer par la contrainte leur volonté aux gouvernés. A cette seule condition, il y a différenciation entre gouvernants et gouvernés et par conséquent, à cette seule condition, il y a un État". DUGUIT, Léon. *Traité de droit constitutionnel* – Tome Deuxième: La théorie genérale de l'État. 10. ed. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing & G, 1923. 4v., p. 3.	Desse modo, retornamos ao elemento essencial de qualquer Estado: a força maior. Ela pode ser material ou moral; mas, mesmo quando é apenas moral, sempre se traduz em um poder de coação. Não há diferenciação entre governantes e governados, exceto quando os governantes podem, de fato, impor sua vontade aos governados pela coação. Sob essa única condição, existe diferenciação entre governantes e governados e, portanto, apenas sob essa condição, existe um Estado".
Nota 75 "La différenciation entre les gouvernants et les gouvernés a pour milieu de formation la nation. Elle a pour limite un certain territoire. Et ainsi, tout de suite apparaît le rôle du territoire dans la constitution des États modernes: il est la limite matérielle de l'action effective des gouvernants". DUGUIT, Léon. *Traité de droit constitutionnel* – Tome Deuxième: La théorie genérale de l'État. 10. ed. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing & G, 1923. 4v., p. 46.	"A diferenciação entre os governantes e os governados tem como sua fórmula a nação. Ela tem por limite um determinado território. E assim, logo exsurge o papel do território na constituição dos Estados modernos: ele é o limite material da ação efetiva dos governantes".
Nota 76 "L'État n'est pas, comme on a voulu le faire et comme on a cru, quelque temps qu'il l'était, une puissance qui commande, une souveraineté; il est une coopération de services publics organisés et contrôlés par des gouvernants". DUGUIT, Léon. *Traité de droit constitutionnel* – Tome Deuxième: La théorie genérale de l'État. 10. ed. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing & G, 1923. 4v., p. 54.	"O Estado não é, como queríamos e como acreditávamos, por algum tempo que era, um poder que comanda, uma soberania; ele é uma cooperação de serviços públicos organizados e controlados pelos governantes".
Nota 79 "La noción de servicio público sustituye al concepto de soberanía como fundamento del derecho público. [...] La noción de servicio público nació en el espíritu de los hombres. En efecto, desde ese momento se ha comprendido que ciertas obligaciones se imponían a los gobernantes como los gobernados y que la realización de estos deberes	"A noção de serviço público substitui o conceito de soberania como fundamento do direito público. [...] A noção de serviço público nasceu no espírito dos homens. Com efeito, desde esse momento compreendeu-se que certas obrigações eram impostas aos governantes para com os governados e que o cumprimento desses deveres era tanto a

era a la vez y la consecuencia y la justificación de su mayor fuerza. Tal es esencialmente la noción de servicio público". DUGUIT, Léon. *Las transformaciones del derecho público y privado*. Tradução de Adolfo Posada e Ramón Jaén. Granada: Comares editorial, 2007, p. 19.	consequência quanto a justificativa de sua maior força. Essa é essencialmente a noção de serviço público".
Nota 81 "Los hombres políticos dignos de este nombre están de acuerdo en reconocer que se ha producido un gran cambio en la noción del Estado: que el Estado no tiene solamente el derecho de mandar, sino que tiene también grandes deberes que cumplir [...] Pero si no se cree en el derecho de los gobernantes, se cree en la existencia de obligaciones que se les imponen. En todos los tiempos han advertido las masas que los que ejercen el poder no podían imponer legítimamente la obediencia sino cuando prestaban ciertos servicios y en la medida que los prestaban. Son numerosos los ejemplos históricos de clases sociales que pierden su poder político por no administrar los servicios sociales, que eran precisamente la condición de este poder. Ese sentimiento, confuso durante mucho tempo en el espíritu de los hombres, ha llegado hoy a ser una concepción clara. Existe, pues, una correspondencia íntima entre la posesión del poder y la obligación de cumplir ciertas actividades, de prestar ciertos servicios. Esta correspondencia, sentida siempre, resulta claramente comprendida y querida con fuerza por el hombre moderno. Esto basta para fundamentar la obligación jurídica de los gobernantes. No existe hoy, en el mundo civilizado, un solo espíritu que no se halle profundamente penetrado de la idea de que todos aquellos que tienen el poder por un título cualquiera, emperadores, reyes, presidentes de la República, ministros, Parlamentos, es, no para su provecho, sino para el de los gobernados". DUGUIT, Léon. *Las transformaciones del derecho público y privado*. Tradução de Adolfo Posada e Ramón Jaén. Granada: Comares editorial, 2007, pp. 19-20, 23-24 e 25.	"Os políticos dignos desse nome concordam em reconhecer que houve uma grande mudança na noção de Estado: que o Estado não apenas tem o direito de comandar, mas também tem grandes deveres a cumprir [...] Mas se alguém não acredita no direito dos governantes, acredita na existência de obrigações que se lhes impõem. Em todos os tempos, as massas têm advertido que aqueles que exercem o poder não poderiam legitimamente impor a obediência sem que prestassem certos serviços e na medida em que prestassem. Existem inúmeros exemplos históricos de classes sociais que perdem seu poder político por não administrar serviços sociais, que eram precisamente a condição desse poder. Esse sentimento, confuso por muito tempo no espírito dos homens, hoje se tornou uma concepção clara. Existe, pois, uma correspondência íntima entre a posse do poder e a obrigação de realizar certas atividades, de prestar certos serviços. Essa correspondência, sentida sempre, é claramente compreendida e fortemente almejada pelo homem moderno. Isso é suficiente para fundamentar a obrigação jurídica dos governantes. Não existe hoje, no mundo civilizado, um único espírito que não esteja profundamente penetrado pela ideia de que todos aqueles que têm poder por um título qualquer, imperadores, reis, presidentes da República, ministros, Parlamentares, o têm, não para seu proveito, mas para o dos governados".
Nota 82 "La más célebre controversia fue la que opuso a dos grandes del derecho público [...] Léon Duguit (1859-1928) y su 'escuela de Bordeaux' llamada 'escuela del servicio público' y Maurice Hauriou (1856-1929) y su 'escuela de Toulouse'. El primero consideraba que el Estado no era una 'potencia que ordena, uma soberanía [...] sino una cooperación de servicios públicos organizados y controlados por gobernantes'. El segundo insistía en la importancia de conservar la potencia soberana del Estado, estimando que llevar el Estado a un conjunto de servicios públicos sobre el cual no ejercería sino un control era ciertamente seductor por una 'aparente simplicidad y una vena' lírica pero desmentida por	"A mais célebre controvérsia foi a que opôs dois grandes do direito público [...] Léon Duguit (1859 – 1928) e sua 'escola de Bordeaux' chamada 'escola do serviço púiblico' e Maurice Hauriou (1856 – 1929) e sua 'escola de Toulouse'. O primeiro considerava que o Estado não era um 'poder que ordena, uma soberania [...] e sim uma cooperação de serviços públicos organizados e controlados por governantes'. O segundo insistia na importância de conservar o poder soberano do Estado, estimando que reduzir o Estado a um conjunto de serviços públicos sobre o qual ele exerceria quando muito um controle era certamente um pensamento sedutor pela 'aparente simplicidade' e veia lírica, mas

la realidad que mostraba la importancia conservada por la soberanía y la potencia pública". MORAND-DEVILLER, Jacqueline, *Derecho Administrativo*, Curso, Temas de Reflexión, Comentarios y Análisis de Fallos. Tradução de Zoraida Rincón Ardila/ Juan Carlos Peláez Gutiérrez. 14 ed. (2015), Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017, pp. 495 e 496.	desmentido pela realidade que mostrava a importância conservada pela soberania e pela fora pública".
Nota 89 "Y he aquí la cuestión: Ante una persona jurídica dotada de la fuerza dominadora implícita en la idea de *imperium* (*Herrschaft*) qué sentido tiene hablar de un sistema de relaciones jurídicas con los ciudadanos que forzosamente – como advirtiera Carré de Malberg – quedan relegados, por la simple naturaleza de las cosas, a la condición de súbditos? Un gran admirador de Jellinek, como fue Orlando Vittorio Emanuele […], plantaría el problema en todo su dramatismo con las siguientes palabras: 'al presuponer que el derecho condiciona la misma legitimidad del mando del Estado, y a la inversa, al ser el propio Estado el que declara, sin otra posibilidad, lo que es derecho, éste pierde efectivamente el valor de una norma superior al Estado capaz de someterlo, ya que la no observación de la norma misma por parte del Estado no sería más que una legal modificación del derecho". GARCÍA, Pedro de Veja. El tránsito del positivismo jurídico al positivismo jurisprudencial en la doctrina constitucional. *UNED, Revista Teoría y Realidad Constitucional*, n. 1, p. 65-87, 1. sem. 1998, p. 71.	"E aqui está a pergunta: diante de uma pessoa jurídica dotada da força dominante implícita na ideia de *imperium* (*Herrschaft*), qual é o sentido de falar de um sistema de relações jurídicas com os cidadãos que necessariamente – como advertiu Carré de Malberg – são relegados, pela natureza simples das coisas, à condição de súditos? Um grande admirador de Jellinek, como Orlando Vittorio Emanuele [...], plantaria o problema em todo o seu drama com as seguintes palavras: 'ao pressupor que a lei condiciona a mesma legitimidade do comando do Estado e, no sentido oposto, sendo o próprio Estado quem declara, sem outra possibilidade, o que é o direito, este perde efetivamente o valor de uma norma superior ao Estado capaz de submetê-lo, uma vez que a não observância da própria norma pelo Estado seria nada mais que uma modificação legal do direito".
Nota 91 "En virtud de la autolimitación, el Estado – que, como el monarca autolegitimado, goza de la *plenitudo potestatis*, que es soberano y por tanto máximamente poderoso – se autorrestringe y al hacerlo se juridifica y autodetermina: el resultado es el reconocimiento de derechos de personalidades ajenas a él, que constituyen sus limites, lo cual otorga a su voluntad un contenido concreto, vinculante para los súbditos y para otros estados: autodeterminarse implica necesariamente autolimitarse y viceversa". SIMÓN, José Luís Muñoz de Baena. Una clave de las teorías decimonónicas del Estado: la autolimitación del soberano. *In:* GARCIA, Juan Antonio Gómez. (coord.). *Legalidad y Legitimidad en el Estado Contemporáneo*. Madrid, Editora Dykinson, 2014. p. 43-68, p. 53.	"Em virtude da autolimitação, o Estado – que, como o monarca autolegitimado, goza da *plenitudo potestatis*, que é soberano e, portanto, maximamente poderoso – se autorestringe e, ao fazê-lo, se juridiciza e se autodetermina: o resultado é o reconhecimento dos direitos de personalidades alheias a ele, que constituem seus limites, o que confere à sua vontade um conteúdo concreto, vinculante para os súditos e para outros estados: autodeterminar-se implica necessariamente autolimitar-se e vice-versa".
Nota 92 "La soberanía es una propiedad del poder de un Estado, en virtud de la cual corresponde exclusivamente a éste la capacidad de determinarse jurídicamente y de obligarse a si mismo". JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado*.	"A soberania é uma propriedade do poder de um Estado, em virtude da qual corresponde exclusivamente a este a capacidade de se determinar juridicamente e de se vincular".

Buenos Aires: Albatros, 1943, p. 392.	
Nota 92 "[E]l Estado que dispone de la facultad de *imperium* (*Herrschaft*), en el ejercicio de esa soberanía, y de sua potestad de autodeterminación, puede también autolimitarse. El que a sí mismo se determina, a sí mismo se limita". GARCÍA, Pedro de Veja. El tránsito del positivismo jurídico al positivismo jurisprudencial en la doctrina constitucional. *UNED, Revista Teoría y Realidad Constitucional*, n. 1, p. 65-87, 1. sem. 1998, p. 71.	"[O] Estado que dispõe a faculdade de *imperium* (*Herrschaft*), no exercício dessa soberania, e de seu poder de autodeterminação, também pode se autolimitar. Aquele que se determina, limita-se".
Nota 99 "È stato Hans Kelsen a chiudere la sua imponente opera, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale* (1920), con l'invito, angosciato e angoscioso, di rimuovere radicalmente il concetto di sovranità, perché 'è questa la rivoluzione della coscienza culturale di cui abbiamo per prima cosa bisogno!'. Ma la rimozione del concetto di sovranità era conseguenziale all'affermazione della teoria kelseniana sulla dottrina pura del diritto, laddove l'unico sovrano è l'ordinamento giuridico nel suo complesso, nella sua unità, nella sua coerenza logica. Scrive Kelsen: «sovranità - consapevolmente o meno - non può voler dire altro che quell'ordinamento coercitivo che si conosce come diritto e si suole personificare come Stato che viene presupposto come supremo ed autonomo». C'è da dire però che successivamente lo stesso Kelsen, a distanza di oltre quaranta anni, in una relazione da lui preparata per il secondo *Österreichischen Juristentag* del 1964 e intitolata *Die Funktion der Verfassung*, arrivò a sostenere che è la Costituzione la vera *Grundnorm* di un ordinamento giuridico, e dunque la sovranità appartiene non all'ordinamento giuridico complessivo, ma ala Costituzione, dalla quale l'ordinamento emana attraverso i gradi dello *Stufenbau*". FROSINI, Tommaso Edoardo. Elogio dela sovranità. Editoriale. *Percorsi Costituzionali*, Roma, Sovranità vs Sovranazionalità, n. 1, 2013, pp. 2-3.	"Hans Kelsen encerrou a sua obra imponente, *O problema da soberania e a teoria do direito internacional* (1920), com o convite, angustiado e angustiante, para eliminar o conceito de soberania, porque é 'a revolução da consciência cultural a primeira coisa de que precisamos!'. Mas a eliminação do conceito de soberania era consecutiva à afirmação da teoria kelseniana sobre a teoria pura do direito, na qual o único soberano é o sistema jurídico como um todo, em sua unidade, em sua coerência lógica. Kelsen escreve: 'a soberania – consciente ou não – não pode significar nada além do sistema coercitivo que é conhecido como direito e geralmente é personificado como um Estado que se supõe ser supremo e autônomo'. No entanto, deve-se dizer que, posteriormente, o próprio Kelsen, após mais de quarenta anos, em um relatório elaborado por ele para o segundo *Österreichischen Juristentag* de 1964 e intitulado *Die Funktion der Verfassung*, chegou a afirmar que a Constituição é a verdadeira *Grundnorm* de uma ordem legal e, portanto, a soberania não pertence ao ordenamento jurídico geral, mas à Constituição, da qual a ordem emana através dos graus do *Stufenbau*" [pirâmide normativa].
Nota 105 "Poder Constituyente es la voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre modo y forma de la propia existencia política, determinando así la existencia de la unidad política como un todo. De las decisiones de esta voluntad se deriva la validez de toda ulterior regulación legal-constitucional. Las decisiones, como tales, son cualitativamente distintas de las normaciones legal-constitucionales establecidas sobre su base. Una Constitución no se apoya en una norma cuya justicia sea fundamento de su validez. Se apoya en una decisión política surgida de un Ser Político, acerca del modo y forma del propio Ser. La palabra 'voluntad' denuncia – en contraste con toda dependencia respecto de una	"Poder Constituinte é a vontade política cuja força ou autoridade é capaz de adotar a decisão concreta como um todo sobre o modo e a forma da própria existência política, determinando assim a existência da unidade política como um todo. Das decisões dessa vontade deriva a validade de qualquer norma legal-constitucional ulterior. As decisões, como tais, são qualitativamente diferentes das normas legais-constitucionais estabelecidas sobre a sua base. Uma Constituição não se baseia em uma regra cuja justiça é a base de sua validade. Baseia-se em uma decisão política decorrente de um Ser Político, sobre o modo e a forma do próprio Ser. A palavra 'vontade' denuncia – em contraste com toda a dependência da justiça normativa ou abstrata – o essencialmente

justicia normativa o abstracta – lo esencialmente existencial de este fundamento de validez”. SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución.* Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978, pp. 86-87.	existencial desse fundamento de validade”.
Nota 106 “El pueblo, como titular del poder constituyente, no es una instancia firme, organizada. Perdería su naturaliza de Pueblo si se erigiera para un normal y diario funcionamiento y para el despacho ordinario de asuntos. Pueblo no es, por su esencia, magistratura – ni nunca – tampoco en una Democracia – autoridad competente. De otra parte, el Pueblo necesita ser, en la Democracia, capaz de decisiones y actuaciones políticas. Incluso cuando sólo en pocos momentos decisivos tiene y manifiesta una voluntad decisiva, es capaz, sin embargo, de una tal voluntad, y está en condiciones y es apto para decir sí o no a las cuestiones fundamentales de su existencia política. [...] Tan pronto como un Pueblo tiene la voluntad de existencia política, es superior a toda formalidad y normación”. SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución.* Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978, p. 95.	“O povo, como titular do poder constituinte, não é uma instância firme, organizada. Perderia sua natureza de Povo se erigisse para uma operação normal e diária e para o despacho ordinário de assuntos. Povo não é, por sua essência, magistratura – nem nunca – tampouco em uma Democracia – autoridade competente. Por outro lado, o Povo necessita ser, na Democracia, capaz de decisões e atuações políticas. Mesmo quando apenas em alguns momentos decisivos ele tem e manifesta uma vontade decisiva, ele é capaz, no entanto, de tal vontade, e está em condições e é apto para dizer sim ou não às questões fundamentais de sua existência política. [...] Quando o Povo tem vontade de existência política, ela é superior a toda formalidade e toda normatização”.
Nota 109 “Le pouvoir constituant est un pouvoir initial, autonome et inconditionné. Il est initial parce qu’il n’existe au-dessus de lui, ni en fait, ni en droit aucun autre pouvoir. C’est en lui que s’exprime, par excellence la volonté du souverain […]; L’autonomie du pouvoir constituant est le corollaire de son caractère initial. Il appartient, en effet, au souverain seul de décider si l’idée de droit qui, à la suite du Pouvoir qui est institutionnalisé, va être incorporée dans l’Etat, est bien l’idée de droit selon laquelle entend vivre la collectivité. [...] C’est en ce sens que l’on peut dire que le pouvoir constituant es inconditionné car, dans as tâche, il n’est subordonné à aucune règle de forme ni de fond” BURDEAU,Georges, *Traité de Science Politique*, 2. Ed., Paris, LGDJ, 1969, t.4, pp. 184 e 185.	“O poder constituinte é um poder inicial, autônomo e incondicionado. É inicial porque não existe, nem de fato, nem de direito, qualquer outro poder superior. É nele que se expressa, por excelência, a vontade do soberano [...]; A autonomia do poder constituinte é o corolário de seu caráter fundante. Cabe ao soberano somente decidir se o direito que, pelo poder institucionalizado, será incorporado ao Estado é de fato o direito segundo o qual a comunidade pretende viver. [...] É nesse sentido que se pode dizer que o poder constituinte é incondicionado porque, ao desempenhar tal tarefa, não está sujeito a nenhuma regra de forma ou substância”.
Nota 126 “El primero hace referencia al hecho de que ya constitución, aun en los Estados contradicción normativa, no será observada tan escrupulosamente por los detentadores del poder como lo era antes; no se actuará siempre de la manera que beneficie a la ley fundamental del Estado. El segundo, se refiere a la alarmante indiferencia de la massa de los destinatarios del poder frente a la constitución, actitud psicológica que puede conducir, finalmente, a una atrofia de la consciencia constitucional”. LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la constitución*. Traducción y estudio sobre la obra por Alfredo Gallego Anabitarte. 3. ed. Barcelona: Ariel Ciencia Política, 1983, pp. 222 e 223.	“O primeiro faz referência ao fato de que já uma constituição, mesmo nos Estados de contradição normativa, não será observada tão escrupulosamente pelos detentores do poder como antes; nem sempre atuará da maneira a beneficiar a lei fundamental do Estado. O segundo, se refere à indiferença alarmante da massa dos destinatários do poder frente à constituição, uma atitude psicológica que pode levar, finalmente, a uma atrofia da consciência constitucional”.
Nota 149	

"Según este concepto fundamental, y creemos que sólo según este concepto, es posible resolver el problema de la relación entre la Sociedad de las Naciones (expresión suprema del ordenamiento jurídico internacional) y la soberanía del Estado. Puesto que no hay duda, que exista un ordenamiento jurídico internacional, [...] no se puede absolutamente negar, en principio, que la comunidad jurídica internacional y especialmente la Sociedad de las Naciones, según la propia lógica (lo que equivale a decir, según su punto de vista), tiene una verdadera supremacía sobre los singulares Estados que participan en ella. Con esto, no pretendemos defender la fórmula del 'super-État' que verdaderamente no tiene sentido alguno preciso, y por eso puede servir de cómodo blanco a los inocuos y a veces útiles ejercicios de los diplomáticos". DEL VECCHIO, Giorgio. *Crisis del Derecho y crisis del Estado*. Tradução de Mariano Castano. Madrid: Librería General de Victoriano Suarez, 1935, p. 213.	"Segundo esse conceito fundamental, e acreditamos que somente segundo esse conceito, é possível resolver o problema da relação entre a Liga das Nações (expressão suprema do sistema jurídico internacional) e a soberania do Estado. Posto que não há dúvida de que exista um sistema jurídico internacional, [...]absolutamente não se pode negar, em princípio, que a comunidade jurídica internacional e especialmente a Liga das Nações, segundo a própria lógica (o que equivale a dizer, segundo seu ponto de vista), têm uma verdadeira supremacia sobre os Estados singulares que dela participam. Com isso, não pretendemos defender a fórmula do 'super-État' que verdadeiramente não tem significado preciso algum, e por isso pode servir como um cômodo branco para os exercícios inócuos e às vezes úteis dos diplomatas".
Nota 210 "Una de las fallas más conspicuas de que adolece la teoría económica general, contemplada desde la periferia, es su falso sentido de universalidad. [...] No hay que confundir el conocimiento reflexivo de lo ajeno con una sujeción mental a las ideas ajenas, de la que muy lentamente estamos aprendiendo a libramos". PREBISCH, Raúl. *El Desarrollo económico de la América Latina y algunos de sus principales problemas*. Santiago, Cepal, 1949, p. 13.	"Uma das falhas mais conspícuas da teoria econômica geral, contemplada a partir da periferia, é seu falso sentido de universalidade. [...] Não há de se confundir o conhecimento reflexivo do alienígena com uma sujeição mental às ideias alienígenas, das quais estamos aprendendo muito lentamente a nos libertar".
Nota 246 "It implies a circular constellation of forces tending to act and react upon one another in such a way as to keep a poor country in a state of poverty. Particular instances of such circular constellations are not difficult to imagine. For example, a poor man may not have enough to eat; being under-fed, his health may be weak; being physically weak, his working capacity is low, which means that he is poor, which in turn means that he will not have enough to eat; and so on. A situation of this sort, relating to a country as a whole, can be summed up in the trite proposition: 'a country is poor because it is poor'". NURKSE, Ragnar. *Problems of capital formation in underdeveloped countries*. New York: Oxford University Press, 1961, p. 4.	"Isso implica uma constelação circular de forças tendentes a agir e reagir umas às outras de maneira a manter um país pobre em um estado de pobreza. Exemplos de instâncias de tais constelações circulares não são difíceis de se imaginar. Por exemplo, um homem pobre pode não ter o suficiente para comer; sendo subalimentado, sua saúde pode estar fraca; sendo fisicamente fraco, sua capacidade de trabalho é baixa, o que significa que ele é pobre, o que, por sua vez, significa que ele não terá o suficiente para comer; e assim por diante. Uma situação desse tipo, relacionada a um país como um todo, pode ser sintetizada na seguinte proposição banal: 'um país é pobre porque é pobre'".
Nota 248 "Así, todo ocurrió como si la emancipación de los negros, con la petición que implicaba de la igualdad de los derechos cívicos y políticos, hubiese venido a socavar la visión precedente de la igualdad-identidad del mundo blanco. De donde surge, tras la Guerra Civil, la pasión que se puso en restaurar de un modo físico esa igualdad-identidad considerada como amenazada".	"Assim, tudo ocorreu como se a emancipação dos negros, com a a carta que implicava a igualdade dos direitos cívicos e políticos, tivesse minado a visão precedente da igualdade-identidade do mundo branco. Disso surge, após a Guerra Civil, a paixão que se pôs a restaurar de um modo físico essa igualdade-identidade considerada ameaçada".

ROSANVALLON, Pierre. *La Sociedad de iguales*. Buenos Aires: Manantial, 2015, p. 193.	
Nota 249 "En semejante cuadro, la igualdad no era pensable sino en cuanto calidad de un grupo separado. No podía existir sino bajo los modos de una homogeneidad, y no como forma de una relación A eso volvió la Norteamérica de la segregación. La igualdad segmentada que la caracterizó estuvo en las antípodas de lo que trataba de delinear la figura de una sociedad de iguales". ROSANVALLON, Pierre. *La Sociedad de iguales*. Buenos Aires: Manantial, 2015, p. 195.	"Em semelhante cenário, a igualdade não era pensável senão como qualidade de um grupo separado. Só poderia existir sob os modos de uma homogeneidade, e não como forma de uma relação. Com isso retornou-se à América do Norte da segregação. A igualdade segmentada que a caracterizou estava nas antípodas do que se tentava delinear a figura de uma sociedade de iguais".
Nota 263 "Enfocando la cuestión desde una perspectiva finalista se distinguen claramente tres áreas funcionales o grupos de funciones: ordenación de la actividad económica, satisfacción de necesidades sociales y dirección del proceso económico general. A ellas se podría añadir otra de carácter discontinuo y excepcional: la reforma de estructuras". ASENJO, Oscar de Juan. *La Constitución económica española*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 101.	"Abordando a questão a partir de uma perspectiva finalista, distingue-se três áreas funcionais ou grupos de funções de forma clara: ordenação da atividade econômica, satisfação das necessidades sociais e direção do processo econômico geral. A elas se poderia adicionar outra de caráter descontínuo e excepcional: a reforma de estruturas".
Nota 284 "The accepted distinction between the public and the private sectors has no meaning when seriously viewed. Rhetoric, not reality. A large, vital and expanding part of what is called the public sector is for all practical effect in the private sector. In the fiscal year of 2003, close to half of the total of United States government discretionary expenditure (outlay not mandated for a particular use, such as Social Security or service of the public debt) was used for military purposes – for defense, as more favorably it is commonly called. A large part was for weapons procurement or for weapons innovation and development. Nuclear-powered submarines run to billions of dollars, individual planes to tens of millions each. Similarly, if less spectacularly, other weaponry and military equipment. Such expenditure proceeds from the advocacy and influence of those involved and rewarded, even on to nuclear defense, so called. Arms expenditure does not occur after detached analysis by the public sector as commonly understood. Much is at the initiative and with the authority of the arms industry and its political voice – the private sector. From the relevant industrial firms come proposed designs for new weapons, and to them are awarded production and profit. [...] In an impressive flow of influence and command, the weapons industry accords valued employment, management pay and profit in its political constituency, and indirectly it is a treasured source of political funds. The gratitude and the promise of political help go to Washington and to the defense budget, on to the Pentagon need and decision. And	"A distinção aceita entre os setores público e privado não tem significado quando vista com seriedade. Retórica, não realidade. Uma parte grande, vital e em expansão do que é chamado de setor público é para todos os efeitos práticos o setor privado. No ano fiscal de 2003, quase a metade do total das despesas discricionárias do governo dos Estados Unidos (despesas não obrigatórias para um uso específico, como Previdência Social ou serviço da dívida pública) foi usada para fins militares – para defesa, como é comumente falado, de uma forma mais favorável. Uma grande parte foi para aquisição de armas ou para a inovação e o desenvolvimento de armas. Os submarinos movidos a energia nuclear custam bilhões de dólares; aviões individuais, dezenas de milhões cada. Da mesma forma, embora menos espetacular, também outros armamentos e equipamentos militares. Tais gastos provêm do lobby e influência daqueles que são envolvidos e recompensados em tais contratações, mesmo na área da defesa nuclear, assim chamada. O gasto com armas não ocorre após uma análise autônoma do setor público, como é comumente compreendido. Muito "[da motivação para tais gastos]" está na iniciativa e na autoridade da indústria de armas e sua voz política – o setor privado. Vêm das empresas industriais relevantes as propostas de projetos para novas armas, e a elas mesmas são concedidos a produção e o lucro. [...] Em um impressionante fluxo de influência e comando, a indústria de armas concede emprego valorizado, remuneração da administração e lucro

to foreign policy or, recently in Vietnam and Iraq, to war". GALBRAITH, John Kenneth, The Economics of innocent fraud: Truth for our time, Boston and New York: Houghton Mifflin Company, 2004, pp. 34 e 35	em seu círculo eleitoral político e, indiretamente, é uma fonte preciosa de fundos políticos. A gratidão e a promessa de ajuda política vão para Washington e para o orçamento de defesa, para as necessidades e decisões do Pentágono. E vão à política externa ou, recentemente, no Vietnã e no Iraque, à guerra".
Nota 297 "Résumé des conventions de 1883. — Voici, dans leurs traits principaux, les stipulations qui résultent, de part et d'autre, des grandes conventions: [...] L'État, d'après les conventions antérieures, n'avait à sa charge que l'acquisition des terrains, l'infrastructure des voies et la construction des travaux d'art. Les concessionnaires faisaient, à fonds perdu, les frais de la superstructure". BERTHÉLEMY, Henry. *Traité Élémentaire de Droit Administratif*. Paris: Premier Fascicule, Librairie Nouvelle de Droit e Jurisprudence Arthur Rousseau, 1900, p. 642.	"Resumo das convenções de 1883. – Aqui, em seus principais traços, as estipulações que resultam, de ambos os lados, das grandes convenções: [...] O Estado, de acordo com as convenções anteriores, apenas tinha a seu cargo a aquisição de terrenos, a infraestrutura das vias e a construção de obras de arte. Os concessionários suportavam, sem contrapartida, os custos da superestrutura".
Nota 298 "On supprimait pour elle le plus gros élément d'insécurité en mettant au compte de l'État la charge des acquisitions des terrains par voie d'expropriation ou à l'amiable, les terrassements, la construction des ouvrages d'art, des ponts, des tunnels, des stations". BERTHÉLEMY, Henry. *Traité Élémentaire de Droit Administratif*. Paris: Premier Fascicule, Librairie Nouvelle de Droit e Jurisprudence Arthur Rousseau, 1900, p. 636.	"Nós suprimimos para ela o maior elemento de insegurança ao colocar sobre o Estado o ônus da aquisição de terras por expropriação ou meio amigável, da terraplanagem, da construção de estruturas de engenharia, de pontes, de túneis, de estações".
Nota 301 "Until today we cannot dispose of a well-founded and useful definition of infrastructure ('infra' stems from the Latin language, meaning below, thus 'infrastructure' can be taken to express 'foundation')." BUHR, Walter. *What is infrastructure?* Siegen, Germany, University of Siegen, Department of Economics, 2003. (Discussion Paper, n. 107-3), p. 1	"Até hoje, não podemos dispor de uma definição bem fundamentada e útil de infraestrutura ('infra' deriva do Latim, e significa abaixo, de modo que 'infraestrutura' pode ser usada para expressar 'base')".
Nota 302 "Traditionally, 'infrastructure' has been applied to permanent installations required for military purposes. Modern general usage of the term concerns the necessary economic and organizational foundation of a highly developed economy (transport network, labor force etc.) (Drosdowski/Scholze-Stubenrecht/Wermke 1997: 359)". BUHR, Walter. *What is infrastructure?* Siegen, Germany, University of Siegen, Department of Economics, 2003. (Discussion Paper, n. 107-3), pp. 1 e 2.	"Tradicionalmente, 'infraestrutura' é utilizada para instalações permanentes e necessárias para fins militares. O uso geral e moderno do termo refere-se à fundação econômica e organizacional necessária de uma economia altamente desenvolvida (rede de transporte, mão-de-obra etc.) (Drosdowski/Scholze-Stubenrecht/Wermke 1997: 359)".
Nota 305 **"**Numerous formulations have been put to the test, leading to a substantial diversity and complexity of suggestions and problems which shall not be	"Diversas fórmulações foram postas a teste, levando a uma substancial diversidade e complexidade de sugestões e problemas que não serão aqui descritas

described here in detail (cf., for example, Jochimsen/Gustafsson 1970a, 1970b, Frey 1972, 1978, Biehl 1986, Nijkamp 1986, Lakshmanan 1989, Aberle 1995, Rietveld/Bruinsma 1998, Haughwout 2000b, Nijkamp 2000). All of these formulations have in common that infrastructure, essentially material infrastructure, is to be supplied by the state". BUHR, Walter. *What is infrastructure?* Siegen, Germany, University of Siegen, Department of Economics, 2003. (Discussion Paper, n. 107-3), pp. 1 e 2.	em detalhes (conforme, por exemplo, Jochimsen/Gustafsson 1970a, 1970b, Frey 1972, 1978, Biehl 1986, Nijkamp 1986, Lakshmanan 1989, Aberle 1995, Rietveld/Bruinsma 1998, Haughwout 2000b, Nijkamp 2000). Todas essas formulações têm em comum que a infraestrutura, essencialmente a infraestrutura material, deve ser fornecida pelo Estado".
Nota 309 "A very basic level, infrastructure means assets, equipment or circulating capital that serve transport, telecommunications and energy provided to the public to meet social needs and expectations. More precise definitions include buildings and installations for education, health care, culture, research, and public administration needs. […] Infrastructure projects can vary in the type of land use (railway, waste water treatment plant, roads, etc.), type of intervention (upgrade, construction, etc.), location or service provided (cultural activities, cargo traffic, etc.). Summing up different categories, infrastructure projects can be divided into: transport (roads, railways, air, public transport, intermodal, etc.), environmental (water, sanitation, waste management, environmental remediation, recycling, etc.), social (education, health care, etc.), energy (low-carbon energy, renewable sources, etc.), and broadband investments foreseen as internet access". ZAMOJSKA, Anna; PRÓCHNAK, Joanna. Measuring the Social Impact of Infrastructure Projects: the case of Gdansk Fair Co., *Journal of Entrepreneurship, Management and Innovation* – JEMI, Wizsza Szkola Biznesu National Louis University – WSB-NLU, v. 13, p. 25-42, Jan. 2017, aqui p. 25 e 27.	"Em um nível muito básico, infraestrutura significa ativos, equipamentos ou capital circulante que servem transporte, telecomunicações e energia fornecida ao público para atender às necessidades e expectativas sociais. Definições mais precisas incluem edifícios e instalações para educação, saúde, cultura, pesquisa e administração pública. […] Os projetos de infraestrutura podem variar no tocante ao tipo de uso da terra (ferrovia, estação de tratamento de águas residuais, estradas, etc.), tipo de intervenção (melhoria, construção, etc.), local ou serviço prestado (atividades culturais, tráfego de carga, etc.). Resumindo diferentes categorias, os projetos de infraestrutura podem ser divididos em: transporte (rodovias, ferrovias, espaço aéreo, transporte público, intermodal etc.), ambiental (água, saneamento, gestão de resíduos, recuperação ambiental, reciclagem, etc.), social (educação, saúde, etc.), energia (energia de baixo carbono, fontes renováveis etc.) e investimentos em banda larga para acesso à internet".
Nota 314 "Sin embargo, se demuestra que una definición es útil si existe un grupo de sectores que comparten características y problemas en un grado tal que justifica agruparlos para fines analíticos. Claro está que no todos los sectores seleccionados deben compartir la totalidad de las características o problemas, pero debe haber significativos elementos comunes. En este documento se incluyen los servicios prestados en los cinco sectores siguientes: i) energía eléctrica, ii) Riego, iii) telecomunicaciones, iv) transporte, y v) abastecimiento de agua y saneamiento, tanto en el ámbito urbano como en el rural". ISRAEL, Arturo. *Gestión de la infraestructura en él decenio de 1990*. Washington: World Bank, 1993. (World Bank Discussion Papers, n. 171), p. 7.	"Não obstante, demonstra-se que uma definição é útil se houver um grupo de setores que compartilham características e problemas a tal ponto que justifique agrupá-los para fins analíticos. Claro está que nem todos os setores selecionados devem compartilhar todas as características ou problemas, mas deve haver elementos comuns significativos. Este documento inclui serviços prestados nos cinco setores a seguir: i) energia elétrica, ii) irrigação, iii) telecomunicações, iv) transporte e v) água e saneamento, tanto em áreas urbanas quanto rurais".
Nota 315	

"Infraestructure – defined here to include the sectors of transport, water and sanitation, power, telecommunications, and irrigation – represents a large portfolio of expenditure in all countries, ranging from a third to one-half of public investment". KESSIDES, Christine. *The contributions of infrastructure to economic development*: a review of experience and policy implications. Washington: World Bank, Sept. 1993. (World Bank Discussion Papers, n. 213), p. ix – sumário executivo.	"Infraestrutura – definida aqui como incluindo os setores de transporte, água e saneamento, energia, telecomunicações e irrigação – representa um grande portfólio de despesas em todos os países, variando de um terço a metade do investimento público".
Nota 322 "Questa definizione consente di fare una distinzione tra servizi infrastrutturali, che rispondono ad un'esigenza dell'individuo o della società, e infrastrutture, che costituiscono la base sulla quale poggia l'erogazione di tale servizio. Tuttavia, poiché le attività infrastrutturali e l'erogazione dei servizi, legati alle infrastrutture, concorrono alla formazione della stessa catena produttiva, generando sinergie reciproche, molto spesso la letteratura non distingue i singoli impatti che si creano nella società". SÁNCHEZ, Ricardo J. (coord.). *Reti infraestrutturali in America Latina*. Cepal, Nazione Unite, Santiago del Cile, ago. 2008. *In:* CAMPANELLA, Raffaele. *America Latina e Caraibi Infraestrutture e Integrazione*. Roma: Collana di Studi Latinoamericani, Economia e Società, 2008, p. 12.	"Essa definição permite fazer uma distinção entre serviços de infraestrutura, que respondem a uma exigência do indivíduo ou da sociedade, e infraestrutura, que constitui a base sobre a qual a prestação desse serviço ocorre. Todavia, como as atividades de infraestrutura e a prestação de serviços, vinculados à infraestrutura, contribuem para a formação da mesma cadeia produtiva, gerando sinergias mútuas, muitas vezes a literatura não distingue os impactos individuais gerados na sociedade".
Nota 325 "We have seen repeatedly how continuity, fluidity and speed-up are essential qualities of capital flow, but now we encounter a category designed to facilitate that fluidity but which itself is not fluid, but fixed. A part of the capital has to be fixed in order for the rest of capital to keep in motion". HARVEY, David. A companion to Marx's Capital. Londres e Nova York: Verso, 2013, v. II, p. 77.	"Vimos repetidas vezes como a continuidade, a fluidez e a aceleração são qualidades essenciais do fluxo de capital, mas agora encontramos uma categoria desenhada para facilitar essa fluidez, mas que em si mesma não é fluida, mas fixa. Uma parte do capital deve ser fixo para que o restante se mantenha em movimento".
Nota 333 "The deep, crisis-prone contradiction between fixity and motion is palpable: and fixed capital is at the center of it all. The trouble with fixed capital is precisely, in short, that it is fixed, when capital is all about value in motion. This opposition constitutes a fascinating problem. And it has been and still is a frequent source of crises that are independent in principle (though not always in practice) from the crises that arise out of the perpetually contested capital-labor relation. Such crises occur when the fixity can no longer accommodate the expansionary motion. The latter has to break with the constraints imposed by that part of capital that is fixed. The result is the devaluation of large swathes of fixed capital, as circulating and highly mobile money capital moves elsewhere (deindustrialization from the mid-1970s onwards left behind abandoned factories and warehouses, decaying physical	"A contradição profunda e propensa a crises entre fixidez e movimento é palpável: e o capital fixo está no centro de tudo isso. O problema do capital fixo é precisamente, em suma, que ele é fixo, enquanto que o capital é valor em movimento. Essa oposição constitui um problema fascinante. E foi e ainda é uma fonte frequente de crises que são independentes em princípio (embora nem sempre na prática) das crises decorrentes da relação capital-trabalho perpetuamente contestada. Tais crises ocorrem quando a imobilidade não pode mais acomodar o movimento em expansão. Este último precisa romper as restrições impostas pela parte do capital que é fixo. O resultado é a desvalorização de grandes quantidades de capital fixo, à medida que o capital monetário circulante e altamente volátil se move para outro lugar (a desindustrialização a partir de meados da década de 1970 deixou fábricas e

infrastructures—even shrinking cities, like Detroit)". HARVEY, David. A companion to Marx's Capital. Londres e Nova York: Verso, 2013, v. II, p. 78.	armazéns abandonados, deteriorando as infraestruturas físicas – até diminuindo as cidades, como Detroit)".
Nota 335 "I think of this quote whenever I look at the skyline of New York City or fly into London, São Paulo, Buenos Aires, or wherever, and I find myself thinking of these places, for both good and ill, as 'organs of the human brain, created by the human hand; the power of knowledge objectified.' I see the offices, factories, workshops, houses and hovels, schools and hospitals, pleasure palaces of all kinds, streets and back alleys, highways, railroads, airports and ports, parks and iconic memorials not only as mere physical objects but as a humanly constructed material world, a constitutive site of daily life for millions of human beings, produced through human labor, endowed with social meaning, and a world through which vast amounts of capital circulate on a daily basis, amortizing loans and creating vast flows of rent and interest payments, all the while indulging the speculative fantasies, dreams, and coldly calculated expectations of property owners both great and small". HARVEY, David. A companion to Marx's Capital. Londres e Nova York: Verso, 2013, v. II, p. 86.	"Penso nessa citação sempre que olho para o horizonte da cidade de Nova York ou voo por sobre Londres, São Paulo, Buenos Aires ou qualquer outro lugar, e me pego pensando nesses lugares, tanto para o bem quanto para o mal, como 'órgãos do cérebro humano, criado pela mão humana; o poder do conhecimento objetificado." Vejo escritórios, fábricas, oficinas, casas e albergues, escolas e hospitais, palácios de todos os tipos, ruas e becos, rodovias, ferrovias, aeroportos e portos, parques e memoriais icônicos, não apenas como meros objetos físicos, mas como um mundo material humanamente construído, um local de construção da vida cotidiana para milhões de seres humanos, produzido através do trabalho humano, dotado de significado social, e um mundo pelo qual vastas quantidades de capital circulam diariamente, amortizando empréstimos e criando vastos fluxos de pagamentos de aluguel e juros, o tempo todo satisfazendo fantasias especulativas, sonhos e expectativas friamente calculadas dos proprietários, grandes e pequenos".
Nota 344 "First, to the principle of universality. This asserts the aspiration for infrastructure that it should be available in all circumstances. The principle of universality can be explained by thinking about the street. The simple idea of forcing people to live in dwellings lined along a street is rarely contested for the reason that living along a street ensures that the residents in every household receive an entitlement to basic, life-enabling services. The street was developed as more than a thoroughfare for vehicles and pedestrians. It is the most common expression of the civilised notion of a public right to water, to sewerage, to power and telecommunications. The street also gathers households into formations that demand, by their very presence, the expectation that governments provide a basic infrastructure entitlement to every household". O'NEILL, Phillip M. Infrastructure financing and operation in the contemporary city. *Geographical Research*, Institute of Australian Geographers, v. 48, n. 1, p. 3-12, Feb. 2010, aqui p. 7	"Primeiro, ao princípio da universalidade. Ele afirma a aspiração de que a infraestrutura esteja disponível em todas as circunstâncias. O princípio da universalidade pode ser explicado pensando na rua. A simples ideia de forçar as pessoas a habitar moradias alinhadas ao longo de uma rua raramente é contestada pela razão de que morar ao longo de uma rua garante que os moradores de cada domicílio recebam o direito a serviços básicos, que viabilizam a subsistência. A rua foi desenvolvida como algo maior do que uma via para veículos e pedestres. É a expressão mais comum da noção civilizada de direito público à água, à rede de esgotos, à energia e às telecomunicações. A rua também reúne residências em uma disposição tal que, por si própria, reflete a demanda e expectativa de que os governos forneçam o direito básico de infraestrutura a cada domicílio".
Nota 346 "Bundling refers to the delivery of items of infrastructure in braided channels so that access to any infrastructure item guarantees access to others, and so that all infrastructure items can deliver publicly in complementary fashion. Bundling comes naturally to infrastructure provided at the scale of the street. Most of the world's urban streets comprise just four infrastructures, however	"Integração refere-se à entrega de itens de infraestrutura em canais trançados, de modo que o acesso a qualquer item de infraestrutura garanta acesso a outros e para que todos os itens de infraestrutura possam ser prestados publicamente de maneira complementar uns aos outros. A integração ocorre naturalmente no campo da infraestrutura disponível na escala de uma rua. A maioria das ruas

rudimentary: a water pipe, a drain, an electricity line and a telephone line. The point of having a common delivery device – the street – is that basic infrastructure items can be bundled so that every household has coordinated use of the whole package". O'NEILL, Phillip M. Infrastructure financing and operation in the contemporary city. *Geographical Research*, Institute of Australian Geographers, v. 48, n. 1, p. 3-12, Feb. 2010, aqui p. 8.	urbanas do mundo compreende apenas quatro infraestruturas, ainda que rudimentares: um cano de água, um dreno, uma linha de eletricidade e uma linha telefônica. O objetivo de ter um dispositivo de distribuição comum – a rua – é que os itens básicos de infraestrutura podem ser integrados para que cada domicílio tenha um uso coordenado de todo o conjunto".
Nota 348 "Universality and bundling made it normal to accept a citizen's right to access basic services, and to access places of employment from new suburbs". O'NEILL, Phillip M. Infrastructure financing and operation in the contemporary city. *Geographical Research*, Institute of Australian Geographers, v. 48, n. 1, p. 3-12, Feb. 2010, aqui p. 8.	"A universalidade e a integração tornaram normal a aceitação do direito do cidadão de acessar serviços básicos e acessar locais de emprego a partir de novos subúrbios".
Nota 350 "Adam Smith (it is widely believed) argued that markets by themselves are efficient. Arrow and Debreu established the sense in which that was true (Pareto efficiency, i.e. no one could be made better off without making someone else worse off), and the conditions under which it was true (perfect competition, no externalities, no public goods). Subsequently, Greenwald and Stiglitz showed that whenever information is imperfect or markets incomplete—that is, always—there is a presumption that markets are not (constrained) pareto efficient. Thus, the notion that markets, by themselves, lead to efficient outcomes has, today, no theoretical justification: no one believes that the conditions under which that statement is true are satisfied". STIGLITZ, Joseph, Government Failure vs. Market Failure: Principles of Regulation. Cambridge, Massachusetts: Cambridge University Press, 2010, p. 13-51, aqui p. 14.	"Adam Smith (acredita-se amplamente) argumentou que os mercados são eficientes por si próprios. Arrow e Debreu estabeleceram o sentido segundo o qual isso era verdade (ótimo de Pareto, ou seja, ninguém pode melhorar sem que alguém piore) e as condições para que isso seja verdade (concorrência perfeita, sem externalidades, sem bens públicos). Posteriormente, Greenwald e Stiglitz mostraram que sempre que as informações são imperfeitas ou os mercados incompletos – ou seja, sempre – há uma suposição de que os mercados não atendem o ótimo de Pareto. Portanto, a noção de que os mercados, por si mesmos, levam a resultados eficientes não tem, hoje, qualquer justificativa teórica: ninguém acredita que as condições sob as quais essa afirmação é verdadeira sejam atendidas".
Nota 353 "Analysts frequently classify resources based on the degree to which the resource is (non)rival and (non)excludable. (…) As economists recognize, this classification scheme oversimplifies the true nature of resources. Both rivalrousness and excludability are matters of degree, and these two characteristics often comprise only a piece of the economic puzzle, a point brought into relief by this Article". FRISCHMANN, Brett. An Economic Theory of Infrastructure and Commons Management, *Minesotta Law Review*, v. 89, p. 917 – 1.030, 2004-2005, aqui p. 942.	"Analistas frequentemente classificam os recursos com base no grau em que o recurso é (ou não) antagônico e excluível. (…) Como reconhecido pelos economistas, tal esquema de classificação simplifica excessivamente a verdadeira natureza dos recursos. Tanto a antagonismo quanto a possibilidade de exclusão são questões de grau, e essas duas características geralmente compreendem apenas uma peça do quebra-cabeça econômico, uma questão posta em relevo por este Artigo".
Nota 354 "In short, this characteristic describes the sharable nature of infrastructure resources. Infrastructures are sharable in the sense that the resources can be accessed and used by multiple users at the same	"Em resumo, essa característica descreve a natureza compartilhável dos recursos de infraestrutura. As infraestruturas são compartilháveis no sentido de que os recursos podem ser acessados e usados por

time. Infrastructure resources vary in their capacity to accommodate multiple users, and this variance in capacity differentiates nonrival (infinite capacity) resources from partially (non)rival (finite but renewable capacity) resources". FRISCHMANN, Brett. An Economic Theory of Infrastructure and Commons Management, *Minesotta Law Review*, v. 89, p. 917 – 1.030, 2004-2005, aqui p. 942.	vários usuários ao mesmo tempo. Os recursos de infraestrutura variam em capacidade para acomodar vários usuários, e essa variação na capacidade diferencia recursos antagônicos (capacidade infinita) de recursos parcialmente (não) antagônicos (capacidade finita, mas renovável)".
Nota 357 "Estas redes son fáciles de describir. En España, basta con atender a lo que tienen en sus manos empresas como REDESA o Telefónica, como CLH a ENAGAS, o con observar el organigrama del Ministerio de Fomento, para tener inmediatamente sobre la mesa las redes eléctricas, de telecomunicaciones, de oleoductos, de gasoductos, junto a las redes viaria y ferroviaria, portuaria y aeroportuaria, reclamando nuestro interés. O basta con observar lo que los economistas e ingenieros consideran 'infraestructura', para tropezarnos inmediatamente con ellas". MARTINEZ, Juan Miguel de la Cuétara. Sobre infraestructuras en red y competencia entre redes *In* BARTOLOMÉ, Rafael Izquierdo de (coordenador). *Nuevo derecho de las infraestructuras*. Madri: Montecorvo, 2011, p. 197-275, aqui p. 198.	"Essas redes são fáceis de descrever. Na Espanha, basta atentar ao que empresas como a REDESA, Telefónica, CLH e ENAGAS têm em suas mãos, ou observar o organograma do Ministério do Desenvolvimento, para ter imediatamente sobre a mesa redes de eletricidade, telecomunicações, oleodutos, gasodutos, junto às redes rodoviária e ferroviária, portuária e aeroportuária, atendendo nosso interesse. Ou apenas basta observar o que os economistas e engenheiros consideram 'infraestrutura', para nela tropeçarmos imediatamente".
Nota 358 "Desde esta perspectiva, las infraestructuras en red que interesan son las que repercuten directa e intensamente sobre la vida de una colectividad dada, facilitando los intercambios, dinamizando la economía, incrementando la interacción social, o, en pocas palabras, haciéndola activa y productiva. Las redes de que aquí se trata organizan y sostienen el tejido social y facilitan la actividad económica dentro de sistemas cada vez mayores y más complejos. Son, para cualquier estudioso de las ciencias sociales, un merecido objeto de atención. También, lógicamente, para el jurista". MARTINEZ, Juan Miguel de la Cuétara. Sobre infraestructuras en red y competencia entre redes *In* BARTOLOMÉ, Rafael Izquierdo de (coordenador). *Nuevo derecho de las infraestructuras*. Madri: Montecorvo, 2011, p. 197-275, aqui p. 197.	"Nessa perspectiva, as infraestruturas de rede que interessam são aquelas que afetam direta e intensamente a vida de uma determinada comunidade, facilitando trocas, dinamizando a economia, aumentando a interação social ou, em poucas palavras, tornando-a ativa e produtiva. As redes de que aqui se trata organizam e sustentam o tecido social e facilitam a atividade econômica em sistemas maiores e mais complexos. Elas são, para qualquer estudante de ciências sociais, um merecido objeto de atenção. Também o são, logicamente, para o jurista".
Nota 371 "Qu'elles constituet ou non des services publies au sens étroit du mot, toutes enterprises publiques ont en France des caractères communs qui doivent être mis en vedettes. 1º Elles sont toutes places sous la direction plus ou moins effective des gouvernants. 2º Devant les charges et les profits de toutes, les particuliers sont egaux. C'est la règle de l'égalité devant les services publics. Elle découle des principes poses dans la Déclaration des droits de l'homme de 1789 (art. 1, 6, 18) et domine notre régime politique et administratif. 3º Elles sont toutes	"Independentemente de constituírem ou não serviços públicos em sentido estrito, todas as empresas públicas na França têm características comuns que devem ser destacadas. 1º Todas estão sob a direção mais ou menos eficaz dos governantes. 2º Ante às despesas e aos lucros de todos, os particulares são iguais. Essa é a regra da igualdade perante os serviços públicos. Ela deriva dos princípios estabelecidos na Declaração de Direitos Humanos de 1789 (arts. 1º, 6º e 18) e domina nosso sistema político e administrativo. 3º Elas são de tão grande

une si grande importance pour le public, que'elles doivent fonetionnes sans heurts, sans à-coups, sans arrêts. C'est ce que l'on exprime en parlant de la continuité des services publics". ROLLAND, Louis. *Précis de droit administratif*. 12. ed. Paris: Dalloz, 1928, pp. 15 e 16.	importância para o público que devem operar sem disfunções, sem interrupções. É a isso que se refere a continuidade dos serviços públicos".
Nota 393 "La pobreza es heterogénea y dinámica y debe ser analizada como tal; la pobreza tiene determinantes de corto plazo (pobreza transitoria) y de largo plazo (pobreza crónica). En este contexto de análisis, es importante reconocer cuál es el rol de la infraestructura en la reducción de la pobreza en el corto y en el largo plazo […]. Es importante también reconocer que algunas infraestructuras permiten reducir de manera más efectiva la pobreza crónica. De esta manera, se debería priorizar el desarrollo de la infraestructura de telecomunicaciones, electricidad y agua potable en las zonas más vulnerables". APARICIO, Carlos; JARAMILLO, Miguel; SAN ROMÁN, Cristina. Desarrollo de la infraestructura y reducción de la pobreza: el caso peruano. *Centro de Investigación da Universidad del Pacífico* e *Consorcio de Investigación Económica e Social – CIES*, 2011, p. 40 e 43.	"A pobreza é heterogênea e dinâmica e deve ser analisada como tal; a pobreza tem determinantes de curto prazo (pobreza transitória) e de longo prazo (pobreza crônica). Nesse contexto de análise, é importante reconhecer qual é o papel da infraestrutura na redução da pobreza de curto e longo prazos. [...] É importante também reconhecer que algumas infraestruturas permitem reduzir de maneira mais efetiva a pobreza crônica. Dessa maneira, deveria ser priorizado o desenvolvimento da infraestrutura de telecomunicação, eletricidade e água potável nas zonas mais vulneráveis".
Nota 394 "The simulations to detect the impact of infrastructure variables on poverty produce encouraging results. Cell phone, irrigation, electricity and road could reduce poverty incidence by 94 percent, 56 percent, 88 percent and 64 respectively. The effect of infrastructure is not limited to those who live near poverty lines but run deeper. […] Grameen phone exemplifies a good case of phone use for poverty reduction. There is evidence showing that poverty is substantially low in irrigated areas compared with unirrigated areas in India, Philippines, Thailand and Vietnam (Bhattarai et al 2002). Electricity is also found to have strong impact on poverty reduction in other countries (Fan et al 2002; Balisacan and Permia 2002). There are positive impact of road on poverty reduction (Kwon2000; Balisancan, Pernia, and Asra 2002; Fan et al 2002; Jalan and Ravallion 2002)". RUNSINARITH, Phim. *Infrastructure Development and Poverty Reduction*: Evidence from Cambodia's Border Provinces. Graduate School of International Studies. Nagoya University, 2008.	"As simulações para detectar o impacto das variações de infraestrutura na pobreza produziram resultados encorajadores. Celular, irrigação, eletricidade e estradas podem reduzir a incidência de pobreza em 94%, 56%, 88% e 64%, respectivamente. O efeito da infraestrutura não está limitado àqueles que vivem perto da linha da pobreza, os efeitos atingem resultados mais profundos. [...] A telefonia em Grameen exemplifica um bom caso de telefonia utilizada para a redução da pobreza. Evidências mostram que a pobreza é substancialmente inferior em áreas irrigadas do que em áreas carentes de irrigação na Índia, nas Filipinas, Tailândia e Vietnã (Fan e outros 2002). Eletricidade também tem um forte impacto na redução de pobreza em outros países (Fan e outros 2002; Balisacan e Pernia 2002). Há impactos positivos das rodovias na redução da pbreza (Kwon 2000; Balisacan, Pernia e Asra 2002; Fan e outros 2002; Jalan e Ravallion 2002)".
Nota 399 "Our main results can be summarized in five points. First, the volume of infrastructure stocks has a significant positive effect on long-run economic growth. […] Second, infrastructure quantity and quality have a robust negative impact on income inequality. […] Third, these results are obtained in a	"Nossos resultados principais podem ser resumidos em cinco pontos. Primeiro, o volume de estoques de infraestrutura tem um significante efeito positivo no crescimento econômico de longo prazo. [...] Segundo, a quantidade e a qualidade da infraestrutura têm um forte impacto negativo na

framework that controls for reverse causation, and survive a variety of statistical tests that fail to show any evidence of misspecification. From this we conclude that the above results reflect causal, and not merely coincidental, effects of infrastructure on growth and inequality. […] Fourth, a variety of illustrative experiments show that our empirical findings are significant not only statistically but also economically. […] Finally, and perhaps most importantly, the conclusion that infrastructure both raises growth and lowers income inequality implies that infrastructure development may be a key win-win ingredient for poverty reduction. In addition to raising society's overall level of income, it would help raise the income of the poor more than proportionately. This suggests that infrastructure development should rank at the top of the poverty reduction agenda". CALDERÓN, César; SERVÉN, Luis. *The Effects of Infrastructure Development on Growth and Income Distribution*. Washington: World Bank, 2004. (Policy Research Working Paper, n. 3400), pp. 26 e 27.	desigualdade de renda. [...] Terceiro, esses resultados são obtidos em uma estrutura para controle de causações reversas, e sobrevive a variedade de testes estatísticos que falham em mostrar qualquer evidência de falta de especificação. A partir disso, concluímos que os resultados acima refletem efeitos casuais, e não meramente coincidentes, da infraestrutura no crescimento e na desigualdade. [...] Quarto, uma variedade de experimentos ilustrativos mostra que nossas descobertas empíricas são significativas não apenas estatisticamente, mas, também economicamente. [...] Por fim, e talvez o mais importante, a conclusão de que a infraestrutura tanto aumenta o crescimento, quanto diminui a desigualdade de renda, implica que o desenvolvimento da infraestrutura pode ser o ingrediente chave duplamente positivo para a redução da pobreza. Além de aumentar o nível geral de renda da sociedade, ajudaria a aumentar a renda dos pobres mais do que proporcionalmente. Isso sugere que o desenvolvimento da infraestrutura deve estar no topo da agenda de redução da pobreza".
Nota 401 "Factory production requires, for example, a basic infrastructure of electricity, roads, and a functioning port, as well as a literate and numerate labor force. When these basic conditions are not present, small increments of *k* (capital-labor ratio) may have little effect. However, once the basic infrastructure and human capital are in place, the marginal productivity of capital may indeed become very high in a low-income country" SACHS, Jeffrey D.; MCARTHUR, John; SCHMIDT-TRAUB, Guido; KRUK, Margaret; BAHADUR, Chandrika; FAYE, Michael; MCCORD, Gordon. Ending Africa's Poverty Trap. *Economic Studies Program*, The Brookings Institution, vol. 35(1), pages 117-240, 2004, aqui p. 125.	"Produção fabril requer, por exemplo, infraestrutura básica de eletricidade, estradas e um porto funcional, bem como uma numerosa fora de trabalho. Quando essas condiões básicas não estão presentes um incremento pequeno de k (razão entre capital e trabalho) gerará pouco efeito. Porém, uma vez que a infraestrutura básica e o capital humano estão presentes, a produtividade marginal do capital tornar-se-á muito alta em países de baixa renda".
Nota 403 "What do we mean by 'the power of the state'? […] The first sense concerns what we might term the *despotic power* of the state elite […]. But there is a second sense in which people talk of 'the power of the state', especially in today's capitalist democracies. We might term this *infrastructural power*, the capacity of the state actually to penetrate civil society, and to implement logistically political decisions throughout the realm. […] The first sense denotes power by the state elite itself *over* civil society. The second sense denotes the power of the state to penetrate and centrally coordinate the activities of civil society through its own infrastructure". MANN, Michael. The Autonomous Power of the State: its Origins, Mechanisms and Results *in* HALL, John A. (coord.) *States in History*, Cambridge:Basil Blackwell, 1986, p. 113 e 114.	"O que queremos dizer por 'o poder do Estado'? [...] O primeiro sentido se refere ao que nomearemos de *poder despótico* da elite do estado [...]. Mas há um segundo sentido pelo qual as pessoas falam em 'poder do Estado', especialmente nas democracias capitalistas da atualidade. Podemos chamar esse segundo sentido de *poder infraestrutural*, que é a capacidade do Estado de efetivamente penetrar na sociedade civil, e de implementar de modo logístico decisões políticas por todo o seu domínio. O primeiro sentido denota o poder da elite do estado sobre a sociedade civil. O segundo sentido denota o poder do Estado de penetrar e coordenar centralmente as atividades da sociedade civil por meio de sua própria infraestrutura".