



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

LILIANE SONSOL GONDIM

**A PARAMETRIZAÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE
POLÍTICAS PÚBLICAS DE INFRAESTRUTURA POR MEIO DOS
OBJETIVOS FUNDAMENTAIS DA REPÚBLICA: O CONTRIBUTO DO
DESENVOLVIMENTO NACIONAL E DO COMBATE ÀS DESIGUALDADES
REGIONAIS À HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL**

**FORTALEZA
2021**

LILIANE SONSOL GONDIM

A PARAMETRIZAÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE
POLÍTICAS PÚBLICAS DE INFRAESTRUTURA POR MEIO DOS OBJETIVOS
FUNDAMENTAIS DA REPÚBLICA: O CONTRIBUTO DO
DESENVOLVIMENTO NACIONAL E DO COMBATE ÀS DESIGUALDADES
REGIONAIS À HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

Linha de pesquisa: Direitos fundamentais e políticas públicas

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Direito. Área de concentração: Ordem Jurídica Constitucional.

Orientador: Prof. Dr. João Luís Nogueira Matias.

FORTALEZA
2021

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Universitária

Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

G635p Gondim, Liliane Sonsol.

A parametrização do controle de constitucionalidade de políticas públicas de infraestrutura por meio dos objetivos fundamentais da República : o contributo do desenvolvimento regional e do combate às desigualdades regionais à hermenêutica constitucional / Liliane Sonsol Gondim. – 2021.

130 f.

Tese (doutorado) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, 2021.

Orientação: Prof. Dr. João Luís Nogueira Matias.

1. Teoria dos sistemas complexos. 2. Infraestrutura. 3. Objetivos fundamentais da República. 4. Políticas públicas. 5. Controle de constitucionalidade. I. Título.

LILIANE SONSOL GONDIM

A PARAMETRIZAÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE
POLÍTICAS PÚBLICAS DE INFRAESTRUTURA POR MEIO DOS OBJETIVOS
FUNDAMENTAIS DA REPÚBLICA: O CONTRIBUTO DO
DESENVOLVIMENTO NACIONAL E DO COMBATE ÀS DESIGUALDADES
REGIONAIS À HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Direito. Área de concentração: Ordem Jurídica Constitucional.

Aprovada em: __/__/__.

BANCA EXAMINADORA

Professor Doutor João Luís Nogueira Matias (Orientador)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Professor Doutor André Dias Fernandes
Centro Universitário 7 de Setembro (Uni7)

Professor Doutor Álisson José Maia Melo
Centro Universitário 7 de Setembro (Uni7)

Professor Doutor Vitor Rhein Schirato
Universidade de São Paulo (USP)

Professor Doutor Juraci Mourão Lopes Filho
Centro Universitário Christus (Unichristus)

Nenhum problema tem solução. Nenhum de nós desata o nó górdio; todos nós ou desistimos ou o cortamos. Resolvemos bruscamente, com o sentimento, os problemas da inteligência, e fazemo-lo ou por cansaço de pensar, ou por timidez de tirar conclusões, ou pela necessidade absurda de encontrar um apoio, ou pelo impulso gregário de regressar aos outros e à vida. Como nunca podemos conhecer todos os elementos de uma questão, nunca a podemos resolver. Para atingir a verdade faltam-nos dados que bastem, e processos intelectuais que esgotem a interpretação desses dados.

Fernando Pessoa

RESUMO

O presente trabalho consiste em fornecer instrumentos para o exercício do controle de constitucionalidade das políticas públicas de infraestrutura por meio dos objetivos fundamentais da República, utilizando-se especificamente o desenvolvimento nacional e as desigualdades regionais, cuja natureza e caráter são econômicos. Para tanto, promove-se uma mudança de perspectiva da natureza jurídica dos referidos objetivos para sua feição econômica, com a finalidade de ampliar o horizonte cognitivo do intérprete constitucional, diante da constatação de que o Direito não é suficiente para oferecer todos os elementos necessários à verificação da inconstitucionalidade das normas que infirmem os objetivos fundamentais da República. Utiliza-se, para o cumprimento dos objetivos, da teoria dos sistemas complexos, discutindo-se as relações entre Direito e Economia. Decompõem-se os objetivos em duas dimensões, jurídica e econômica, reconhecendo-se sua feição principiológica, que impõe sua observância a todo o ordenamento jurídico, bem como sua feição econômica, configurando-os como métricas adequadas para avaliar políticas públicas de infraestrutura. Conceitua-se as políticas públicas de infraestrutura, revelando-se sua função na construção do Estado brasileiro. Aborda-se, por fim, o Estudo de Viabilidade Normativa como instrumento passível de ser utilizado tanto pelo elaborador das políticas públicas, como pelo Poder Judiciário no exercício do controle de constitucionalidade. A metodologia a ser utilizada parte do método indutivo, por meio da análise de leis instituidoras das políticas públicas e pesquisa bibliográfica. Concluiu-se ser possível identificar nessas leis elementos que aumentam as desigualdades regionais, indo de encontro aos preceitos constitucionais, levando à possível identificação de um estado de coisas inconstitucional. Entretanto, a constatação não prescinde do auxílio de diversas instituições especializadas através da implementação de um procedimento de controle concentrado dialógico.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria dos sistemas complexos; Infraestrutura; Objetivos fundamentais da República; Políticas Públicas; Controle de constitucionalidade.

ABSTRACT

The purpose of this thesis is to provide a suitable tool for a judicial review of public infrastructure policies using the fundamental objectives of the Republic national development and regional inequalities whose economic character shows their ability. It requires a change of perspective from Law to the Economics Science. The intention is to enlarge the cognitive horizon of the constitutional interpreter. For the fulfillment of the objectives, the complex systems theory is used to discuss the relations between Law and Economics Science. The objectives are decomposed into two dimensions, legal and economic, recognizing their principal aspect, which imposes their observance to the entire legal system, as well as their economic aspect, configuring them as base metrics to assess public infrastructure policies. Public infrastructure policies are conceptualized, revealing their role in the construction of the Brazilian State. Finally, the Normative Impact Analysis is approached as an instrument that can be used both by the creator of public policies and by the Judiciary in the exercise of judicial review. The methodology to be used is part of the inductive method, through the analysis of public policies rules and bibliographical research. It is possible to identify law elements that increase regional inequalities, that harms constitutional principles, leading to the possible identification of an unconstitutional state of affairs. It is necessary assistance of several specialized institutions to implement a concentrated dialogical control procedure.

KEYWORDS: Complex systems theory; Infrastructure; Fundamental objectives of the Republic; Public policy; Judicial review.

ABSTRAIT

Le présent travail consiste à fournir des instruments pour l'exercice du contrôle de constitutionnalité des politiques publiques d'infrastructure à travers les objectifs fondamentaux de la République, notamment en utilisant le développement national et les inégalités régionales, dont la nature et le caractère sont économiques. À cette fin, un changement de perspective de la nature juridique des objectifs susmentionnés vers leur aspect économique est encouragé, dans le but d'élargir l'horizon cognitif de l'interprète constitutionnel, étant donné le constat que la Loi n'est pas suffisante pour offrir tous les éléments nécessaires éléments de vérification de l'inconstitutionnalité des normes qui portent atteinte aux objectifs fondamentaux de la République. Pour la réalisation des objectifs, la théorie des systèmes complexes est utilisée, discutant des relations entre le droit et l'économie. Les objectifs sont décomposés en deux dimensions, juridique et économique, reconnaissant leur aspect principal, qui impose leur respect à l'ensemble du système juridique, ainsi que leur aspect économique, les configurant comme des métriques adéquates pour évaluer les politiques publiques d'infrastructure. Les politiques d'infrastructures publiques sont conceptualisées, révélant leur rôle dans la construction de l'État brésilien. Enfin, l'étude de faisabilité normative est abordée comme un instrument pouvant être utilisé à la fois par le créateur de politiques publiques et par le pouvoir judiciaire dans l'exercice du contrôle de constitutionnalité. La méthodologie à utiliser s'inscrit dans la méthode inductive, à travers l'analyse des lois instituant les politiques publiques et la recherche bibliographique. Il a été conclu qu'il est possible d'identifier des éléments dans ces lois qui augmentent les inégalités régionales, allant à l'encontre des préceptes constitutionnels, conduisant à l'identification possible d'un état de choses inconstitutionnel. Cependant, le constat ne dispense pas de l'aide de plusieurs institutions spécialisées par la mise en place d'une procédure de contrôle dialogique concentré.

MOTS CLÉS: Théorie des systèmes complexes; Infrastructure; Objectifs fondamentaux de la République; Politique publique; Contrôle de constitutionnalité.

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, Professor Doutor João Luís Nogueira Matias, pela liberdade na condução da pesquisa, paciência e confiança depositadas em mim.

Aos amigos da Arce, pelo apoio irrestrito e pelos sentimentos de união e companheirismo que sempre caracterizaram nossa Procuradoria Autárquica.

Aos amigos Laura e Holanda Segundo, pelo prazer da companhia neste difícil e solitário percurso acadêmico.

À Eliane, fundamental por permitir minhas ausências.

Ao meu marido, Filgueiras, e aos meus filhos, Sara e Felipe, pela compreensão em torno das ausências.

Aos meus pais, Sara e Glauco, por tanto amor.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação Declaratória de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AED	Análise Econômica do Direito
AIN	Análise de Impacto Normativo
AIR	Análise de Impacto Regulatório
Anac	Agência Nacional de Aviação Civil
Aneel	Agência Nacional de Energia Elétrica
BID	Banco Interamericano de Desenvolvimento
Capes	Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior
CDE	Conta de Desenvolvimento Energético
CDHNU	Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas
CIPP	Complexo Industrial e Portuário do Pecém
DAC	Departamento de Aviação Civil
ECI	Estado de Coisas Inconstitucional
EVN	Estudo de Viabilidade Econômica
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
ICMS	Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços
IDH	Índice de Desenvolvimento Humano
Ipea	Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada
MWh	Megawatt-hora
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
PIB	Produto Interno Bruto
PNB	Produto Nacional Bruto
Proinfa	Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia
RGR	Reserva Global de Reversão
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	12
2 ACORDOS SEMÂNTICOS INICIAIS: AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE INFRAESTRUTURA ECONÔMICA.....	17
2.1 O surgimento da infraestrutura e seu desenvolvimento.....	17
2.2 Infraestrutura: características, funções e conceito.....	21
2.3 O conceito jurídico de infraestrutura.....	27
2.3.1 Infraestrutura institucional: as políticas públicas.....	33
3 O REGIME CONSTITUCIONAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE INFRAESTRUTURA.....	39
3.1 Os objetivos fundamentais da República de caráter econômico.....	39
3.1.1 Desenvolvimento nacional e diminuição das desigualdades regionais: os objetivos fundamentais como o ápice da constituição econômica.....	43
3.1.1.1 <i>Dimensão jurídica dos objetivos fundamentais da República: normatividade forte e vetor interpretativo.....</i>	<i>50</i>
3.1.1.2 <i>Dimensão econômica dos objetivos fundamentais da República: métricas econômicas como instrumento hermenêutico-constitucional.....</i>	<i>51</i>
3.2 Os objetivos fundamentais com norma implícita.....	54
3.3 Os objetivos fundamentais da República como lócus da infraestrutura econômica e institucional brasileiras: a interlocução entre as políticas públicas de infraestrutura e os planos constitucionais.....	58
4 AS RELAÇÕES ENTRE ECONOMIA E DIREITO.....	65
4.1 A contribuição da teoria geral dos sistemas.....	67
4.2 A superação do paradigma positivista.....	70
4.3 Interdependência e complementaridade entre os sistemas jurídico e econômico e as contribuições da teoria dos sistemas complexos.....	72
4.4 O problema da constitucionalidade das políticas públicas como um problema complexo.....	75
5 LIMITES E PARÂMETROS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE CONCENTRADO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE INFRAESTRUTURA.....	78

5.1 A necessidade de alcançar a efetividade máxima da Constituição Federal.....	79
5.2 Políticas públicas de infraestrutura relacionadas ao desenvolvimento nacional e à diminuição das desigualdades regionais.....	80
5.3 Limites da atuação jurisdicional.....	84
5.3.1 Princípio democrático e princípio da separação dos poderes.....	85
5.4 Parâmetros para uma análise adequada de constitucionalidade de políticas públicas: a ampliação da cognição do intérprete constitucional.....	90
5.4.1 Formulação das políticas públicas de infraestrutura baseadas em evidências: o Estudo de Viabilidade Normativa (EVN).....	96
5.4.2 A escolha pública e a teoria da decisão racional: discricionariedade, incerteza, risco e fundamento legítimo das escolhas.....	100
5.4.2.1 <i>As decisões racionalmente arbitrárias como núcleo intangível da apreciação judicial.....</i>	<i>104</i>
5.5 A necessidade de um desenho institucional de controle aberto, dialógico e responsável: o processo constitucional estrutural.....	108
6 CONCLUSÃO.....	114
BIBLIOGRAFIA.....	118

1 INTRODUÇÃO

O escopo da presente tese consiste em fornecer instrumentos para o exercício do controle de constitucionalidade das políticas públicas de infraestrutura. Utilizam-se, para o cumprimento do objetivo, balizas constitucionais topograficamente inseridas nos objetivos fundamentais da República, especificamente de natureza econômica: o desenvolvimento nacional e a diminuição das desigualdades regionais.

Apesar de já existentes, tais balizas não são percebidas como capazes de fornecer critérios para o controle de constitucionalidade em razão de possuírem feição principiológica e serem consideradas valores pela ciência jurídica — o que pressupõe baixa normatividade e necessidade de adensamento informado por escolhas discricionárias, com respaldo no princípio democrático.

Para isso, é necessário distinguir as condições de eficácia e de validade da norma instituidora de uma política pública de infraestrutura, uma vez que, se determinada política pública, em maior ou menor grau, contribui positivamente para efetivar um objetivo fundamental da República, pode ser considerada uma questão de eficácia da norma. Contudo, se a mesma política pública, mesmo cumprindo a finalidade a que se propõe, infirma um dos objetivos fundamentais da República, passa-se a tratar de uma questão de validade da norma, uma vez que fere a Constituição Federal, ainda que não tenha declarado expressamente este objetivo.

O estudo propõe categorizar os dois objetivos fundamentais da República como institutos essencialmente econômicos, deslocando-os do Direito para a Ciência Econômica — sem, contudo, retirá-los do centro da atividade jurídica, transformando-os em instrumentos hermenêuticos. Para isso, demonstra-se o equívoco que a concepção kelseniana da ciência jurídica cometeu ao longo dos anos ao percorrer o caminho inverso, seccionando e isolando o objeto do Direito das outras áreas do conhecimento para atender a uma necessidade identificada em determinado momento histórico: proclamar a existência de uma ciência autônoma.

Ao retirar as categorias de natureza econômica do seu espaço natural, dotando-as de caráter jurídico e, sobretudo, principiológico, para tornar

a sua inserção na atividade interpretativa mais palatável, o intérprete acabou ingressando em um campo de incertezas, produzindo insegurança jurídica e tornando-se incapaz de fornecer respostas satisfatórias a questões relacionadas à efetivação dos objetivos republicanos estudados.

Por razões de corte epistemológico, não se debruçará sobre questões sociais, políticas de distribuição de renda ou outras questões de justiça distributiva relacionadas às desigualdades regionais. Os objetivos fundamentais de natureza econômica que implicam questões sociais não constituirão objeto da pesquisa, por abrangerem aspectos distributivos que transcendem e extrapolam os objetivos da tese.

Após uma breve introdução, a segunda seção discute a conceituação das políticas públicas de infraestrutura vinculada aos propósitos da tese, levando a uma breve digressão sobre a infraestrutura econômica e institucional.

A seção seguinte é dedicada aos objetivos fundamentais da República de natureza econômica — desenvolvimento nacional e desigualdades regionais — escolhidos como objeto de estudo. Coloca em questão a força e a relevância desses objetivos em busca de uma normatividade forte, a fim de alcançar a efetividade máxima da Constituição Federal. Reconhece-se sua função vetorial, que perpassa e conforma todo o ordenamento jurídico, impondo observância compulsória. Para cumprir esse desiderato, decompõem-se os objetivos em duas dimensões, jurídica e econômica. São identificadas, nos referidos objetivos, além da feição principiológica, as características econômicas, configurando-os como métricas adequadas para avaliar as políticas públicas de infraestrutura sob o aspecto da constitucionalidade.

A quarta seção trata das relações entre Economia e Direito, bem como eventuais implicações no campo jurídico. Utilizam-se, como instrumental, elementos da teoria dos sistemas e da teoria da complexidade, culminando na teoria dos sistemas complexos, capaz de suportar a abordagem necessária para a consecução dos objetivos da tese.

A quinta seção aborda os limites e os parâmetros do controle de constitucionalidade das políticas públicas de infraestrutura. Em foco, colocam-se os elementos informativos, o papel como instrumento de concretização dos direitos fundamentais, os entraves que enfrenta no processo de implementação

— culminando no reconhecimento da insuficiência do direito no processo de escolha discricionária e de implementação do seu ciclo pragmático e finalístico, perpassando as fases de formulação, implementação, acompanhamento e aferição de resultados.

Demonstra-se a necessidade de efetuar-se o referido controle ao responder à seguinte indagação: a elaboração das políticas públicas está sendo tecnicamente informada de forma suficiente a fim de atingir suas finalidades? A formulação e o controle de políticas públicas são duas esferas que sofrem forte influência política. Isso exige que a atenção do intérprete se volte a problemas de natureza diversa do universo jurídico, ao buscar a maior efetividade das normas que consubstanciam políticas públicas de infraestrutura.

Estabelecidas as premissas pertinentes aos objetivos fundamentais da República, bem como sua importância para concretizar direitos fundamentais por meio da implementação das políticas públicas, na sexta seção discute-se de que forma sua identificação como instituições essencialmente econômicas pode contribuir com o controle de constitucionalidade das políticas públicas de infraestrutura. Para tanto, busca-se construir um modelo de controle de constitucionalidade que propõe a substituição dos métodos e dos instrumentos de análise tipicamente jurídicos e principiológicos para contemplar o manuseio das métricas econômicas por juristas para, por meio da ampliação da cognição do intérprete constitucional, alcançar-se uma maior efetividade da proposta constitucional de construção do Estado brasileiro.

Nesse processo, divide-se a responsabilidade pela aferição e pelo controle de constitucionalidade em dois momentos. Inicialmente, na criação da política pública, reconhecendo-se a importância de adotar políticas públicas baseadas em evidências, discutindo-se as principais balizas no âmbito da teoria da decisão racional: discricionariedade, incerteza, risco e fundamento legítimo para a escolha. Em um segundo momento, propõe-se a avaliação das normas instituidoras das políticas públicas de infraestrutura, utilizando-se como instrumento de verificação da efetividade da norma a Análise de Impacto Normativo (AIN), preconizando sua apropriação pelo Poder Judiciário no exercício do controle de constitucionalidade *ex post*.

A relevância da pesquisa decorre da percepção da falta de compromisso das políticas públicas voltadas à infraestrutura com a questão do desenvolvimento nacional e com a diminuição das desigualdades regionais, apesar das relações estreitas entre elas. Por conseguinte, observa-se a necessidade de ampliação do horizonte cognitivo do formulador de políticas públicas e do intérprete constitucional como forma de alcançar a máxima efetividade das normas constitucionais.

A metodologia utilizada passa pela identificação das normas instituidoras das políticas públicas de infraestrutura como objeto do controle de constitucionalidade, delimitando-se o que sejam políticas públicas de infraestrutura para o propósito da pesquisa. Por meio do método indutivo, parte-se da identificação e da análise de leis ou de projetos de lei instituidores de políticas públicas de infraestrutura, apontando elementos que demonstrem, a partir das métricas econômicas adequadas, a falta de aderência aos objetivos fundamentais da República enquanto elementos do sistema econômico, bem como seu ferimento enquanto elementos vetoriais do ordenamento jurídico brasileiro, caracterizando-se, dessa forma, a não efetividade como um problema de validade da norma, impondo-se o reconhecimento da sua inconstitucionalidade.

A título de exemplo de normas a serem submetidas à referida metodologia, a Lei Federal nº 11.909, de 4 de março de 2009, utilizava o instrumento chamado tarifa postal para definir o valor cobrado pelo transporte de gás por dutos entre as fontes de suprimento e os pontos de entrega às distribuidoras de gás estaduais. Significava dizer que o valor cobrado por metro cúbico de gás era o mesmo em todo o território nacional, independentemente da distância entre os polos produtores e as distribuidoras estaduais de gás canalizado. Cobrava-se pelo volume adquirido um preço uniforme, variando em razão da quantidade. Para corrigir a evidente distorção mercadológica, foi posto em discussão um projeto para substituir a referida lei, que resultou na Lei Federal nº 14.134, de 8 de abril de 2021, cujo objetivo, neste ponto, é oferecer uma nova metodologia para o cálculo tarifário que possa refletir efetivamente situações locais. A nova proposta define a cobrança por quilômetro de rede percorrido pelas moléculas de gás, gerando um custo maior pelo insumo para as regiões

mais distantes da sua produção. A partir da análise dos aspectos tarifários desse projeto, bem como os reflexos na consecução dos objetivos fundamentais da República, indaga-se acerca da possibilidade de avaliar sua constitucionalidade a partir de elementos que possam demonstrar o descompasso com os valores constitucionais, representados no desenvolvimento nacional e na diminuição das desigualdades regionais.

2. ACORDOS SEMÂNTICOS INICIAIS: AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE INFRAESTRUTURA ECONÔMICA

A tese trabalha quatro categorias principais, distintas e bem delimitadas, porém inter-relacionadas, que reclamam conceituação a fim de possibilitar o desenvolvimento da argumentação teórica com base em critérios de verificabilidade e testabilidade.¹ Tal esforço permitirá que essas categorias possam ser objeto de crítica pela comunidade científica, ainda que se reconheça a permanência de eventuais lacunas, decorrente da textura aberta da linguagem.²

São as categorias: infraestrutura, políticas públicas, objetivos fundamentais da República — circunscritos ao desenvolvimento nacional e às desigualdades regionais — e o controle de constitucionalidade. As categorias serão oportunamente colmatadas por meio da teoria dos sistemas complexos da ciência econômica e da base empírica que a acompanha. Inicialmente, para o cumprimento dos objetivos referidos, mostra-se imprescindível delinear o conceito de infraestrutura na presente pesquisa.

2.1 O surgimento da infraestrutura e seu desenvolvimento

Como objeto de atenção, registros sobre infraestrutura remontam ao início da civilização agrícola, cujas necessidades foram satisfeitas por estruturas físicas intimamente relacionadas às funções a serem desempenhadas. Casas

¹ Cf. POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*. São Paulo: Cultrix, 2016.

² A consciência da incompletude da tarefa é fornecida por Carrió: “[...] las palabras generales que usamos no están perfectamente definidas, cualesquiera sena nuestras creencias sobre el particular. Cuando pensamos haberlas delimitado en todas las direcciones, el caso insólito nos muestra que en um aspecto no contemplado faltaba determinación. No disponemos de un critério que nos sirva para incluir o excluir *todos* los casos posibles, por la sencilla razón de que no podemos prever todos los casos posibles. No podemos agotar la descripción de un objeto material ni, por lo tanto, formular una lista completa de todas las propiedades em relación con las cuales pueden registrarse variantes o combinaciones de eventual relevância. Estas aptitudes no forman parte del equipo de los seres humanos ni pueden adquirirse mediante algún adiestramiento especial. Es por ello que las palabras presentan esta característica de vaguedad potencial o textura abierta; y es por ello, también, que tal característica constituye, por decir así, una enfermedad incurable de los lenguajes naturales. Todas estas cosas tienen una enorme importancia para los problemas que los juristas analizan bajo el rótulo de ‘interpretación’”. CARRIÓ, Genaro R. **Notas sobre derecho y lenguaje**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994, p. 36.

para moradia, silos para armazenar cereais, diques para represar água potável, enclaves para proteger uma sociedade incipiente, enfim, os exemplos são inúmeros. Ao observar a questão da funcionalidade, reconhece-se que a infraestrutura nasceu com a fixação humana em um determinado território, desde a diminuição da importância da atividade caçadora e coletora pré-agrícola, há cerca de 10 mil anos.³

Do surgimento inicial aos dias de hoje, o recrudescimento da infraestrutura atravessou diversos momentos. A maioria dos autores identifica quatro fases históricas coincidentes com as principais ondas de industrialização da civilização: o desenvolvimento das cidades ao longo das rotas comerciais, a revolução industrial, o desenvolvimento e a expansão das ferrovias e o investimento em larga escala em infraestruturas rodoviárias, incrementando a mobilidade das pessoas e dos bens, movimento crucial para o desenvolvimento urbano.⁴

Já havia registros⁵ de trilhas em Ur, na Mesopotâmia. Com a invenção da roda, esses caminhos passaram a necessitar de pavimentação, feita com pedras e madeira. As antigas civilizações egípcia, chinesa e indiana também deixaram várias obras de infraestrutura, cujos vestígios remanescem até os dias atuais. Civilizações costeiras ou próximas de rios navegáveis também experimentaram a evolução da infraestrutura, subordinada às características naturais, tornando a navegação o mais comum meio de deslocamento de pessoas e bens, como ocorreu no Egito e na Grécia. O antigo império romano construiu diversos aquedutos e estradas, cujos vestígios são observáveis atualmente. Esse desenvolvimento acabou cristalizado no dito comum de que todos os caminhos levam a Roma. Nesse momento histórico, as estradas não só eram uma infraestrutura utilizada para a locomoção em si, mas também como meio de comunicação.

³ O estresse acarretado pelo assentamento do homem ao solo em decorrência da agricultura constituiu a base dos sistemas políticos e sociais de grande escala. Nesse sentido, ver HARARI, Yuval Noah. **Sapiens** – uma breve história da humanidade. Porto Alegre: L&PM, 2017, p. 110.

⁴ Cf. CARVALHO, André de Castro. **Infraestrutura sob uma perspectiva pública**: instrumentos para o seu desenvolvimento. Tese (Doutorado). Universidade de São Paulo – USP. Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, São Paulo, 2013, p. 47-56.

⁵ Cf. CARVALHO, *Op. cit.*, p. 48.

Uma característica comum que atravessou todos os períodos foi a conjugação de esforços, bem como de recursos materiais e financeiros, tanto de origem pública quanto privada, em maior ou menor escala — com variação da preponderância de um ou outro em determinados períodos. Na Idade Média, caracterizada pela dispersão da autoridade estatal entre monarquia, Igreja, senhores feudais e corporações de ofício, vários serviços essenciais e instalações a eles vinculadas foram incumbidos a diversos setores da sociedade, muitas vezes de forma compulsória.⁶ Alguns institutos relevantes emergiram dessa configuração, como a corveia, que perdurou até a Idade Moderna, e obrigava os proprietários lindeiros a colaborar com a construção e a manutenção das estradas, fosse fornecendo mão de obra ou recursos financeiros. Também havia a muta, espécie de precursora do pedágio, a mita (de origem inca) e a *encomienda*⁷ na América espanhola, em que havia troca de bens por mão de obra na construção de infraestruturas variadas.

A Idade Moderna caracterizou-se por uma maior urbanização. Surgiram os primeiros hospitais. Embora com conotação ligada à caridade, e não à saúde pública,⁸ pode-se dizer que constituíam a infraestrutura social da época, mesmo que posteriormente passassem a ter feição diversa. Outras instalações foram concebidas para fins militares, como as estradas francesas que possibilitaram o desenvolvimento das malhas viárias e ferroviárias daquele país. Já o Reino Unido, dada sua configuração insular, desenvolveu canais navegáveis e a navegação de cabotagem, além de sistemas de saneamento com abastecimento de água e esgotamento sanitário, bem como de iluminação pública, existentes até o presente.

⁶ CARVALHO, André Castro. *Op. cit.*, p. 51.

⁷ Nesse sentido, cf.: ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. **Por que as nações fracassam: as origens do poder, da prosperidade e da pobreza.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 9. Segundo os autores, a *encomienda* surgiu primeiro na Espanha do século XV “como parte da reconquista do sul do país aos mouros, árabes que ali se haviam instalado durante e após o século VIII. No Novo Mundo, ela assumiu uma forma muito mais perniciosa: tratava-se da concessão de lotes de povos indígenas a um espanhol, chamado de *encomendero*. Os índios tinham de pagar ao *encomendero* tributos e mão de obra, em troca dos quais ele se encarregaria de convertê-los ao cristianismo.”

⁸ SCLiar, Moacir. O nascimento da saúde pública. **Revista da Sociedade Brasileira de Medicina Tropical.** n. 21, abr./jun. 1988, p. 87. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rsbmt/v21n2/14.pdf>. Acesso em: 20/05/2021.

O sistema financeiro estava presente através de financiamentos, tendo viabilizado inclusive grandes obras de infraestrutura sem recursos públicos, como o túnel do Canal da Mancha. De modo geral, a infraestrutura de transportes influenciou sobremaneira o desenvolvimento da América Latina.⁹

Enquanto o mundo experimentava transformações propiciadas por grandes obras, tais como o túnel sob o mar entre o Reino Unido e a França, o Canal de Suez e o Canal do Panamá, entre outros, o Brasil começou a receber as primeiras instalações do gênero: a primeira linha telegráfica, a Estrada de Ferro Mauá — primeira estrada de ferro do País, viabilizada pelo empresário Irineu Evangelista de Sousa, o Visconde de Mauá, responsável pelo desenvolvimento da infraestrutura do Brasil imperial —, a Estrada de Ferro Santos-Jundiaí (São Paulo Railway), visando ao escoamento da produção agrícola, além de obras menores, privadas, para sanar gargalos suportados pelos produtores de café, sistemas de iluminação pública — inicialmente a gás, também implantados pelo Visconde de Mauá —,¹⁰ depois substituídos por energia elétrica, cuja implantação coube ao americano Percival Farquhar,¹¹ maior investidor privado à época, responsável por abrir as portas do Brasil ao capital estrangeiro, medida que sempre sofreu muita resistência em razão de diversos fatores.

Dessa breve explanação, evidenciam-se alguns atributos da infraestrutura, os quais, presentes, permitem chegar a um conceito afeito ao

⁹ CARVALHO, André Castro. *Op. cit.*, p. 59.

¹⁰ Cf. CALDEIRA, Jorge. **Mauá: o empresário do império**. Companhia das Letras, São Paulo, 2005, p. 285-290; GONDIM, Liliane Sonsol. **A importância da energia eólica na matriz energética brasileira**: a sustentabilidade como valor instrumental para a diminuição das desigualdades regionais e a efetivação do direito ao desenvolvimento no Ceará (Dissertação). Fortaleza: Universidade Federal do Ceará, 2013, 126f., f. 55.

¹¹ **GIGANTES do Brasil**. Direção: Fernando Honesko. São Paulo: Boutique Filmes/History Channel, 2016. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=g8vKKjrA96A>. Acesso em: 20/05/2020.

presente estudo.¹² Pois não se pode perder de vista o fato de que o termo comporta diversos significados, a depender da área específica de estudo sob a qual se desenvolve o tema, não existindo propriamente uma definição padronizada.¹³

2.2 Infraestrutura: características, funções e conceito

Apesar de a infraestrutura estar materialmente presente desde as épocas mais remotas na vida humana, bem como expressa nas manifestações humanas mais diversas,¹⁴ a preocupação em estabelecer um conceito jurídico de infraestrutura não ocupa uma posição central na maioria dos trabalhos doutrinários acerca do tema. É comum encontrar inúmeros artigos jurídicos em que o conceito é pressuposto, passando-se logo à discussão sobre os problemas que a cercam sem considerar seus elementos constitutivos.

O conceito de infraestrutura é tratado de modo plurívoco,¹⁵ sobretudo na literatura jurídica. Há necessidade de delimitar um conceito próprio para o escopo desta tese, dadas as diversas acepções do termo existentes. Observa-se não se adstringir à pretensão de apontar incorreções aos conceitos utilizados,

¹² Embora os estudos sociológicos e filosóficos desenvolvidos por Karl Marx sobre o assunto (para quem infraestrutura seria o sustentáculo do desenvolvimento dos demais elementos da sociedade capitalista) denotem elementos da engenharia e se caracterizem por um viés eminentemente econômico, os propósitos desta pesquisa afastam-se em demasia dos desdobramentos de tais estudos, sobretudo as linhas seguidas por Antonio Gramsci, Louis Althusser, Mikhail Bakhtin, entre outros, que se concentraram nos aspectos ideológicos do conceito. Nesse sentido, cf. MENEGAT, Fernando. Direito e infraestrutura – propostas de (in)definição. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte: Editora Fórum, ano 13, n. 50, p. 127-147, abr./jun. 2015.

¹³ Cf. TORRISI, Gianpiero. **Public infrastructure: definition, classification and measurement issues**. Munich Personal RePEc Archive, n. 12990. München: MPRA, 2009, p. 5. Disponível em: https://www.reaserchgate.net/publication/23935428_Public_infrastructure_definition_classification_and_measurement_issues. Acesso em: 17/02/2021. Segundo o autor, “Indeed, in absence of standard definition any comparison between studies is challenging: referring to ‘infrastructure’ various *measures* of road, electricity, generating plants, water and sewerage systems etc. have been utilized, often, without a clear statement of the criteria utilized to define *what is infrastructure*”.

¹⁴ André Castro Carvalho traz interessante compilação das mais diversas manifestações culturais envolvendo de algum modo a infraestrutura, ainda que não fossem batizadas dessa forma nas obras. Desde pinturas francesas, passando por filmes e diversas composições dos mais variados gêneros, indo de Claude Monet (A Estação Saint-Lazare), Steven Spielberg (The Terminal, 2004) a The Doors (Roadhouse Blues), entre outros. Cf. CARVALHO, André Castro. *Op. cit.*, p. 37-38.

¹⁵ Nesse sentido, cf. CARVALHO, André Castro. *Op. cit.*, p. 16.

nem aderir a um conceito propriamente correto do termo, mas àquele útil para o presente trabalho.

Na literatura científica, verificou-se a utilização do termo inicialmente na França, no início do século XX, correspondendo à estrutura física das ferrovias. Aproximou-se depois do contexto militar após a Segunda Guerra Mundial, ao referir-se às instalações militares.¹⁶ O Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) utiliza uma conceituação abrangente, definindo infraestrutura como “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.”¹⁷

A esses dois aspectos relacionados à infraestrutura, o Ipea¹⁸ convencionou chamar de infraestrutura econômica, em virtude do reconhecimento de sua relevância para o desenvolvimento econômico do País. Estabelece-se um liame direto entre a oferta eficiente de serviços públicos e a política de desenvolvimento econômico.¹⁹

A contextualização acerca do surgimento e do desenvolvimento da infraestrutura ao longo do tempo permite concluir que seus atributos são subjacentes a uma dada realidade socioeconômica, experimentando diversos níveis em razão dos estímulos suportados, como, por exemplo, fontes de financiamento, possuindo, assim, forte relação com a economia nacional. Em outras palavras, pode-se afirmar que tanto o sistema financeiro subjacente como os investimentos realizados em infraestrutura têm papel relevante no desenvolvimento socioeconômico de uma nação. Por conseguinte, a infraestrutura está diretamente relacionada aos instrumentos de planejamento e intervenção estatais.

¹⁶ CF. BERCOVICI, Gilberto. *Infraestrutura e desenvolvimento. Elementos de direito da infraestrutura*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2015, p. 17.

¹⁷ Cf. Ipea – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, *Infraestrutura econômica no Brasil: diagnósticos e perspectivas para 2025*. Brasília: Ipea, Livro 6, v. 1, 2010, p. 16.

¹⁸ Cf. Ipea, *Op. cit.*, p. 16.

¹⁹ A esse respeito, cf. Ipea, *Op. cit.*, p. 16.

Identificar um conceito de infraestrutura padronizado na literatura em geral é tarefa árdua, se não impossível.²⁰ Há muitas referências àquilo que constitui uma infraestrutura, não sendo possível deter-se em caracteres conceituais homogêneos. Enumera-se como tal rodovias, usinas de geração e redes de transmissão e de distribuição de energia, sistemas de abastecimento de água e de esgotamento sanitário e trilhos de trem, por exemplo — sem, contudo, apontar um critério que os qualifique como tal.

Inicialmente, a conceituação da infraestrutura surgiu nas ciências exatas, especialmente na engenharia civil, relacionada às obras militares. Recentemente, no Brasil, a infraestrutura ainda mantém ligações diretas com as Forças Armadas.²¹ À época da Segunda Guerra Mundial, houve um elevado incremento de instalações destinadas ao esforço de guerra, o que levou ao uso do termo em sua concepção atual, remetendo à logística militar. Enquanto o uso é vinculado ao propósito militar, convencionalmente refere-se ao termo instalações militares, passando a ser chamada efetivamente de infraestrutura quando incorporada ao uso da sociedade civil.²²

Muitas tecnologias relacionadas à infraestrutura foram integralmente desenvolvidas visando ao uso em guerras e só posteriormente foram incorporadas ao cotidiano. A *internet* foi inicialmente desenvolvida para prover e incrementar a comunicação durante conflitos. Da mesma forma, o aeroporto de Fortaleza, no Ceará, foi construído pelos militares norte-americanos nos anos 1940, em plena Segunda Guerra Mundial. Embora as instalações tenham sofrido mudanças substanciais, ainda hoje se utiliza a pista de pouso e decolagem construída pelos referidos militares. Somente em 2020, aproximadamente 80 anos após sua construção, foi realizada uma extensão na pista pela concessionária Fraport Brasil-Fortaleza, subsidiária da empresa alemã Fraport

²⁰ Nesse sentido, cf. TORRISI, Gianpiero. *Op. cit.*, p. 25. “...it does not exist a standard definition of the term, so that from time to time many goods have been labelled as infrastructure according to various classification and with different techniques of measurement making challenging any comparison between them”.

²¹ A Anac, entidade reguladora da aviação civil, foi criada em 2005 para substituir o Departamento de Aviação Civil (DAC), vinculada ao Ministério da Defesa. Atualmente, a Anac é vinculada ao Ministério da Infraestrutura. A informação encontra-se disponível no site da instituição. Disponível em: <https://www.anac.gov.br/acesso-a-informacao/institucional>. Acesso em: 27/05/2021.

²² Cf. CARVALHO, André Castro. *Op. cit.*, p. 77.

AG Frankfurt Airport Services Worldwide,²³ o que demonstra a solidez e durabilidade da nova destinação, de caráter civil, e do seu uso pela sociedade em geral. Guerras dependem de infraestruturas que, ao fim do conflito, passam a desempenhar outros papéis.

Obras de infraestrutura envolvem, normalmente, grandes somas de recursos. Os valores, normalmente, são apenas inicialmente estimados em razão do desconhecimento preliminar de todos os aspectos envolvidos. Isso fez com que a infraestrutura se tornasse uma preocupação das ciências sociais, ao discutir a relevância do seu financiamento e custeio, assim como o papel que desempenha no desenvolvimento econômico. Dessa forma, tornou-se objeto de estudo das ciências econômicas.

O primeiro autor a tratar de infraestrutura sob o enfoque econômico foi Reimut Jochimsen,²⁴ que assim a conceituou:

o somatório das instalações materiais, institucionais e pessoais que se encontram à disposição dos agentes econômicos e que contribuem para equalizar os recursos disponíveis através de uma alocação eficiente de recursos, ou seja, através da integração completa e do nível máximo de atividade econômica.

[...]

a totalidade de todos os ativos lucrativos, equipamentos e capital circulante em uma economia que atende ao fornecimento de energia, serviço de transporte e telecomunicações; devemos agregar estruturas para a conservação dos recursos naturais e vias de transporte no sentido mais amplo e edifícios e instalações da administração pública, educação, pesquisa, saúde e assistência social.

O autor remete a um sentido pragmático de infraestrutura, porém não livre de problemas. Essencialmente, restringe-se a uma enumeração de

²³ Informação coletada no sítio eletrônico da concessionária. Disponível em: <https://fortaleza-airport.com.br/pt/noticias/fraport-brasil-conclui-as-obras-de-expansao-do-fortaleza-airport-100427>. Acesso em: 27/05/2021.

²⁴ Cf. JOCHIMSEN, Reimut. **Theorie der Infrastruktur**: Grundlagen der marktwirtschaftlichen Entwicklung. Tübingen, J. C. B. Mohr, 1966, p. 100 e 103. *Apud*: TORRISI, Gianpiero. *Op. cit.*, p. 7. Tradução livre a partir do texto em inglês do autor: “[...] 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”. [...] “the totality of all earning assets, equipment and circulating capital in an economy that serve energy provision, transport service and telecommunications; we must add structures etc. for the conservation of natural resources and transport routes in the broadest sense and buildings and installations of public administration, education, research, health care and social welfare”.

instalações relativas aos serviços públicos correlatos, sem exatamente conceituá-la nem apontar os caracteres comuns a todas as espécies.

Do mesmo modo, Gianpiero Torrissi²⁵ identifica o problema, advertindo, ainda, para o fato de que a grande imprecisão conceitual leva os autores a utilizar diversos indicadores para avaliar o instituto, por vezes incomparáveis entre si, acarretando problemas inclusive no desenvolvimento de políticas públicas.²⁶ Evidentemente, tais dificuldades refletem na atuação estatal. Como forma de diminuir a imprecisão conceitual, ele oferece classificações a partir de suas características a fim de auxiliar a conceituação jurídica posterior.

Torrissi²⁷ concentra-se nas características das infraestruturas com o intuito de retirar delas sua classificação. Para ele, a infraestrutura pode distinguir-se como um bem de capital fornecido em grande escala, no sentido de que advêm dos investimentos, denotando longa duração, indivisibilidade técnica e uma relação estreita entre o volume de capital dispendido e o resultado obtido. Segundo o mesmo autor, a infraestrutura pode, também, caracterizar-se como um bem público — ou algumas vezes um bem de mérito —, no sentido econômico (não excludente e não rival), ainda que as externalidades surjam de maneira tímida. Ou produza externalidades positivas, quando se apresenta como um bem de mérito. Tais características decorrem de uma abordagem tradicional baseada em aspectos técnicos, econômicos ou institucionais.

Paralelamente, existe a abordagem alternativa, baseada nas funções essenciais da infraestrutura. Já a chamada abordagem funcional credita à infraestrutura a responsabilidade de dirigir a interação entre os agentes

²⁵ TORRISI, Gianpiero. Public infrastructure: definition, classification and measurements issues. **Münich Personal RePEC Archive**. n. 12990. München: MPRA, 2009, p. 10.

²⁶ TORRISI, Gianpiero. *Op. cit.*, p. 8. O autor discorre: “Therefore, in the absence of a standard (precise) definition, various authors model a variety of different indicators of infrastructure and this fact, in turn, makes challenging any comparison involving different studies”.

²⁷ No original: “[...] in economic sense refers to two main criteria: i) infrastructure as a *capital good* (provided in large units) in the meaning that it is originated by investment expenditure and is characterized by long duration, technical indivisibility and a high capital-output ratio; ii) infrastructure is also a *public* (sometimes a *merit*) *good*, not necessarily in the sense that it is owned by the public sector, rather in the proper economic sense that it fulfil the criteria of being *not excludable* and *not rival* in consumption for which economic agents show real (in the case of merit goods) or opportunistic (in the case of public goods) ‘wrong’ preferences. Sometimes the characteristic of being a public good is ‘weakened’ so that infrastructure do create external effects but do not achieve the maximal level of externalities represented by public goods”. TORRISI, Gianpiero. *Op. cit.*, p. 9. Grifos do autor.

econômicos; essa interação, por sua vez, cria o produto social, de modo que cada tipo de infraestrutura será definido de acordo com a função desempenhada.²⁸

Jochimsen reúne as infraestruturas sob três grupos principais, derivados de sua definição. Em sua compreensão, infraestruturas podem ser materiais, pessoais ou institucionais. Considera infraestrutura pessoal o capital humano envolvido, levando em conta seu conhecimento, suas habilidades e suas competências orientados ao processo econômico. Infraestruturas materiais têm existência física, são bens corpóreos organizados e orientados a um fim, tais como estradas, redes elétricas, túneis, pontes e trilhos de trem. Já a infraestrutura institucional compreende normas, instituições e procedimentos que regulam o ambiente em que se dão as relações econômicas entre os agentes. Segundo Torrisi,²⁹

Infraestrutura institucional deriva do termo “constituição econômica” e pode ser considerada como a real implementação das normas em bases institucionais do mercado econômico. [...] Portanto, atribuindo-se à infraestrutura institucional a função de integração social dos valores e sendo objeto da política econômica e jurídica.

Pode-se extrair da definição apresentada pelo autor o fato de que o desenvolvimento institucional e econômico nacional é essencialmente vinculado ao desenho de sua infraestrutura institucional. Isso porque a infraestrutura material não possui existência isolada, sendo parte constituinte de um todo conjugado por aspectos materiais, pessoais e funcionais, orientando a consecução de certos fins.

A conceituação ofertada pela abordagem funcional remete às funções desempenhadas pelas infraestruturas. Sobre esse aspecto, elas podem ser: institucionais ou pessoais; materiais ou imateriais; econômicas ou sociais; centrais ou não-centrais; básicas ou complementares; de rede, de núcleo ou territoriais. Todas essas características dizem respeito às funções desempenhadas pelas infraestruturas, não sendo propriamente definições. Evidentemente, as características apontadas podem se sobrepor. É o caso da

²⁸ Nesse sentido, ver TORRISI, Gianpiero. *Op. cit.*, p. 9

²⁹ TORRISI, Gianpiero. *Op. cit.*, p. 12. Tradução livre.

rede de distribuição de energia elétrica, ao mesmo tempo uma infraestrutura material, econômica e disposta em rede.

2.3 O conceito jurídico de infraestrutura

O problema relativo à conceituação se repete na seara jurídica. Apesar de existirem diversos trabalhos jurídicos tratando das infraestruturas, a imensa maioria não traz qualquer definição, concentrando-se as diversas pesquisas em aspectos periféricos, denotando um verdadeiro *déficit* conceitual,³⁰ já que o sentido é frequentemente apenas pré-concebido. É necessário, portanto, buscar elementos constituintes para estabelecer um conceito jurídico de infraestrutura útil para tratar os aspectos constitucionais referentes ao controle de constitucionalidade das políticas públicas correlatas.

Discorrer sobre infraestrutura demanda uma reflexão condicionada pelos referenciais e objetivos propostos. Considera-se que o conceito de infraestrutura sofre alterações. Os conceitos utilizados pela economia são diversos, desde aquele de natureza social ou econômica, passando pelo conceito técnico, chegando-se ao conceito jurídico.

A abordagem ao assunto de forma meramente incidental é ainda mais perceptível na literatura jurídica. Infraestrutura é um termo inicialmente identificado com sua função, demonstrando inegável caráter instrumental para o atingimento de diversos fins, entre eles o desenvolvimento econômico, atraindo uma racionalidade publicista e econômica.

Por uma questão de coerência com a natureza e os objetivos da tese, adota-se um conceito de natureza jurídica com inflexões econômicas, denotando

³⁰ Cf. DAL POZZO, Augusto Neves. **O direito administrativo da infraestrutura**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020, p. 12. Segundo o autor, “o Direito Público brasileiro e, em especial, o Direito Administrativo, não se ocupam, cientificamente, da infraestrutura sob a perspectiva dinâmica, como uma verdadeira atividade, o que, certamente, contribui para o histórico *déficit* na matéria. Em rigor, as infraestruturas sequer são tematizadas juridicamente no Brasil, o que, desnecessário dizer, deixa um campo aberto ao arbítrio e à insegurança jurídica. Os raros estudos acabam descambando para outras ciências, não se delimitando um conceito jurídico de infraestrutura”. Tal *déficit* não ocorre somente na ciência jurídica. De acordo com TORRISI, Gianpiero, *Op. cit.*, p. 6: “There is no standard definition across economic studies. Tinbergen (1962) introduces the distinction between infrastructure (for example, roads and education) and superstructure (manufacturing, agricultural and mining activities) without neither a precise definition nor any theoretic references of these terms”.

um aspecto híbrido. Partindo de suas qualificações, pode-se dizer que a infraestrutura a ser trabalhada caracteriza-se por ser pública, de natureza econômica, dividida em aspectos relacionados à estrutura física e aos aspectos funcionais relativos à atividade que por ela é viabilizada.

Antes de adentrar o conceito propriamente dito, ressalta-se haver duas perspectivas para a infraestrutura pública: a atividade de infraestrutura que o poder público desenvolve e a estrutura física onde essa atividade é desenvolvida, que constituem ativos públicos e detém a finalidade de permitir o desenvolvimento da atividade,³¹ formando uma realidade jurídica binária que exige tratamento jurídico diferenciado.³²

Augusto Neves Dal Pozzo³³ caracteriza a infraestrutura, sob o ponto de vista funcional, como atividade administrativa, englobando a gestão de bens públicos, a construção de obras públicas e a prestação de serviços públicos, arrematando que “a atividade administrativa de infraestrutura traduz uma concepção que identifica um agir estatal específico de maneira a conferir benefícios à coletividade, em vistas da promoção do desenvolvimento nacional.”

Veja-se que a clareza conceitual permite vislumbrar um aspecto relativo ao conceito jurídico proposto, concernente à existência de infraestruturas relevantes ao desenvolvimento econômico e social que não constituem um serviço público, mas decorreram da atividade administrativa, como, por exemplo, os elementos que constituem a infraestrutura turística de um local para além do complexo hoteleiro. É possível identificar infraestruturas relativamente dependentes do fomento público, como centros de convenções ou de eventos, estádios e complexos esportivos. Embora a existência e a implantação tenham decorrido da atividade administrativa e de um elevado volume de recursos a ser amortizado ao longo dos anos, a exploração subsequente da infraestrutura não necessariamente envolve a prestação de um serviço público.

³¹ Cf. DAL POZZO, Augusto Neves. **O direito administrativo da infraestrutura**. São Paulo: Ed. Contracorrente, 2020, p. 68.

³² O autor afirma que a atividade de infraestrutura “tem finalidades próprias, métodos de avaliação peculiares, princípios e regras jurídicas específicos que conformam um sistema harmônico e coerente [...]”. DAL POZZO, Augusto Neves. *Op. cit.*, p. 68.

³³ Cf. DAL POZZO, Augusto Neves. *Op. cit.*, p. 13.

Dessa forma, percebe-se a infraestrutura por meio de sua utilidade, podendo ser própria³⁴ nos casos em que é valorada pelas características intrínsecas e a função direta que exerce. Estradas de rodagem oferecem facilidades e melhoramentos em decorrência da capilaridade, dos materiais utilizados e de seu bom estado de conservação, possibilitando deslocamentos seguros e eficientes aos usuários. Indiretamente, possui utilidade imprópria, devido à função indutora que promove no meio. A ver, por exemplo, as redes de negócios e o desenvolvimento socioeconômico proporcionado pela referida estrada na região onde está localizada.

Em outras palavras, e utilizando como exemplo uma boa infraestrutura aeroportuária, verifica-se, além da utilidade própria para as companhias aéreas — que usufruem um serviço que lhes possibilita maior eficiência e economia, dado o menor tempo que suas aeronaves permanecem em solo —, viabiliza-se, ao poder público, uma rede que cresce em torno da referida infraestrutura. Por conseguinte, atrai turismo de negócios, cria empregos no setor de serviços, como hotelaria e alimentação, e gera arrecadação de tributos ligados a essas atividades, o que denota sua utilidade imprópria.

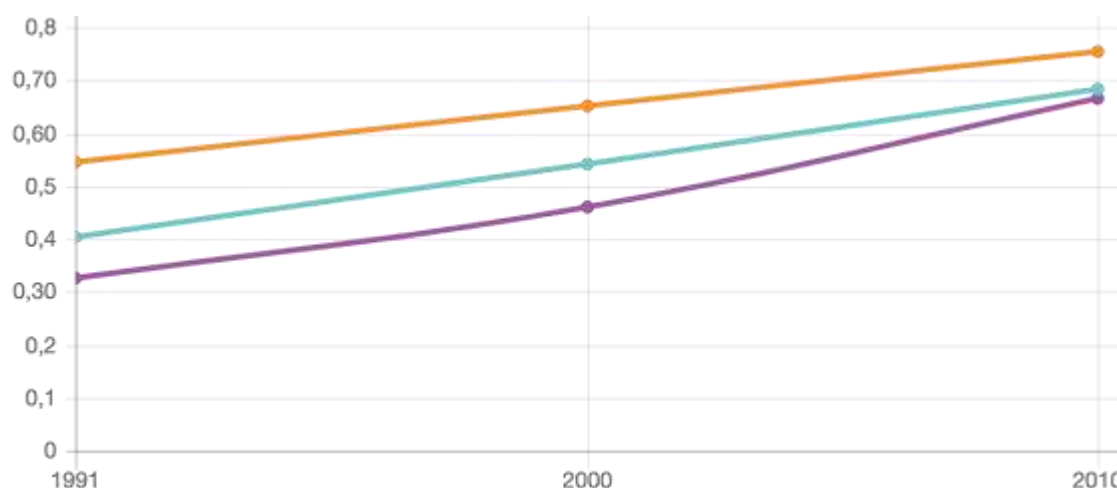
Do mesmo modo, a implantação da infraestrutura portuária tem o condão de promover transformações relevantes, cujo impacto pode ser mensurado por indicadores econômicos. Veja-se, a esse propósito, o desenvolvimento do Município de São Gonçalo do Amarante, onde encontra-se o Complexo Industrial e Portuário do Pecém (CIPP). Instalado em 1997, propiciou àquele município níveis de desenvolvimento superiores ao do estado do Ceará, incluindo sua capital, Fortaleza. Para efeitos de comparação, produziu-se o seguinte gráfico,³⁵ a partir dos dados fornecidos pelo Instituto

³⁴ CARVALHO, André Castro. *Op. cit.*, p. 34.

³⁵ Cf. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/ce/sao-goncalo-do-amarante/panorama>. Acesso em: 10/06/2021.

Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE),³⁶ em que consta o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) de Fortaleza, do Ceará e do município de São Gonçalo do Amarante entre os anos de 1991 e 2010. Percebe-se que, até 2000, não havia sinais de convergência, sendo possível observar uma certa constância entre os três elementos de comparação.

A partir de 2000, o IDH do Ceará e o IDH de Fortaleza permaneceram em crescimento constante. Contudo, o IDH de São Gonçalo do Amarante experimentou um crescimento superior, levando à convergência entre o município e a média do estado do Ceará, diminuindo a desigualdade entre esses elementos. Considerando que o CIPP foi implantado em 1997, o período entre 2000 e 2010, quando o desenvolvimento se deu de modo mais acelerado, coincide com a instalação da maior parte das empresas localizadas no complexo. É, pois, um exemplo claro do modo como a infraestrutura portuária alavancou o desenvolvimento da localidade.



Legenda:

Município de Fortaleza

Estado do Ceará

Município de São Gonçalo do Amarante

Fonte: IBGE.³⁷

³⁶ Infelizmente, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) não disponibilizou dados mais atualizados referentes ao IDH. O Último censo mais abrangente e que abordou o indicador foi realizado em 2010. Possivelmente, em razão da pandemia de SARS-Covid 19, não pôde realizar o censo de 2020. Para outros indicadores socioeconômicos que se elevaram em razão da implantação do Porto do Pecém, cf. DEUSDARÁ, Cristiane Eleutério Carvalho. A implantação do complexo industrial e portuário do Pecém e seus reflexos sobre o desenvolvimento local do Município de São Gonçalo do Amarante. 50f. **Dissertação** (mestrado profissional em economia do setor público). Programa de Pós-Graduação em Economia, CAEN, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2013.

³⁷ Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/ce/pesquisa/37/30255?localidade1>

Do exemplo empírico, que envolve não apenas o desenvolvimento econômico, já que a métrica utilizada expõe características socioeconômicas, percebe-se a utilidade imprópria ou extrínseca da infraestrutura. Do contexto histórico, ressaltam três principais características evidentes e comuns das infraestruturas relativas a todas as épocas que permitem extrair alguns elementos: materialidade, artificialidade, funcionalidade.

Como visto, a literatura identifica infraestrutura sob diversos aspectos. Para fins epistemológicos, a pesquisa delimita-se à infraestrutura pública. Isso não implica ignorar a existência e relevância da infraestrutura privada; apenas não é objeto deste estudo. As infraestruturas públicas caracterizam-se por serem necessárias à prestação do serviço público ou se sujeitarem ao uso público, constituindo um ativo fixo, ou seja, de longo prazo. Dentro do universo da infraestrutura pública, ficam excluídas do objeto do estudo as infraestruturas militares, de defesa ou postos de fronteira nacional, em razão da baixa aderência que possuem com o desenvolvimento nacional e com a diminuição das desigualdades regionais, que constituem a linha condutora do presente trabalho.

A infraestrutura pública divide-se em infraestrutura econômica e social. A primeira possibilita a atividade comercial (comunicações, transporte, redes de serviços de utilidade pública e sistemas e instalações, tais como abastecimento de água, resíduos sólidos e energia) e a segunda abriga serviços sociais,³⁸ constituída por hospitais, escolas, universidades, presídios, moradias sociais, entre outros.

Sob o aspecto físico, infraestrutura inclui sistemas, instalações completas incluindo obras civis, equipamentos, fábricas, estações, usinas, que constituem ativos públicos tangíveis, dividindo-se entre a infraestrutura social (como por exemplo, hospitais e escolas) e a infraestrutura econômica (água,

=230440&localidade2=231240&tipo=grafico&ano=2000. Acesso em: 10/06/202.

³⁸ Cf. DAL POZZO, Augusto Neves; PEREIRA, Bruno Ramos; COSCARELLI, Bruno Vidigal; NAVES, Guilherme de Ávila; FACCHINATTO, Renan Fernandes; OLIVEIRA, Rodrigo Reis de. [Tradutores]. **Certified PPP Professional (CP3P) Guide**. The World Bank Group, 2016, p. 75.

energia, transporte e telecomunicações).³⁹ André Castro Carvalho⁴⁰ oferece um conceito de infraestrutura que se mostra bastante abrangente para o que propõe retratar, a infraestrutura física econômica:

As infraestruturas são instalações artificiais civis ou militares — mas de uso civil — com nós e enlaces que acarretam o “efeito rede”, dimensionadas no tempo e orientadas ao desenvolvimento econômico e social. São consideradas como bens mistos sob a ótica dos bens públicos e possuem propriedades técnicas, econômicas e institucionais que as diferem dos demais investimentos, públicos ou privados.

As infraestruturas materiais (econômicas) podem ser locais, regionais, nacionais ou transnacionais. Taxonomicamente, a infraestrutura é um *gênero*, subdividindo-se em *setores* operados por *indústrias* em espécies (*subsistemas físicos*) determinadas. Tais setores, atualmente, são representados por quatro categorias: saneamento básico, telecomunicações, energia e transportes. Como indústrias, consideram-se aquelas que exploram a própria infraestrutura e os serviços 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).

A partir da discussão levada a efeito, o conceito jurídico de infraestrutura, para os propósitos desta pesquisa, corresponde ao conjunto de bens orientados a um função imediata que, frequentemente, pode se constituir na prestação de um serviço público, e a uma função mediata, de caráter institucional, ao possibilitar o desenvolvimento nacional apoiada nas balizas que perfazem a constituição econômica, bem como se instrumentalizam através do planejamento estatal e das políticas públicas que ingressam no ordenamento jurídico, mediante leis obedientes ao desenho constitucional. Constituem o arcabouço legislativo que vai viabilizar e instrumentalizar sua função imediata. É, portanto, elemento estruturante do desenvolvimento e da diminuição das desigualdades regionais, objetivos fundamentais da República constantes do artigo 3º, apresentando um caráter intergeracional, teleológico e formal.

³⁹ Nesse sentido, cf. DAL POZZO, Augusto Neves; PEREIRA, Bruno Ramos; COSCARELLI, Bruno Vidigal; NAVES, Guilherme de Ávila; FACCHINATTO, Renan Fernandes; OLIVEIRA, Rodrigo Reis de. *Op. cit.*, p. 29-30.

⁴⁰ CARVALHO, André Castro. *Op. cit.*, p. 153-154.

2.3.1 Infraestrutura institucional: as políticas públicas

Direitos fundamentais são, em grande parte, implementados por meio de políticas públicas, categoria que não é ontologicamente jurídica.⁴¹ Constitui, porém, objeto inafastável da análise jurídica — porque, se não o único, é, ao menos, um dos mais relevantes instrumentos de que dispõe o Estado para concretizar direitos. Políticas públicas estão intrinsecamente ligadas à ideia de planejamento e de plano que, por sua vez, remetem a programas de ação orientados à realização de determinados fins num prazo preestabelecido. Faz-se, portanto, necessário delimitar o conceito de políticas públicas que possuem aderência à pesquisa.

A dificuldade em estabelecer o conceito de políticas públicas é diretamente proporcional à relevância que possuem, havendo relativo consenso na doutrina sobre a falta de precisão acerca dos seus elementos essenciais.⁴² Ainda que não haja um conceito unívoco, pode-se dizer que são instrumentais e também encerram programas de ação a cargo da administração pública voltados para a concretização dos elementos normativos gerais e abstratos do sistema jurídico, possuindo caracteres sociais, jurídicos e políticos.⁴³

Essa dificuldade possui raiz na dimensão estrutural das políticas públicas e ocorre em razão da complexa realidade existente na órbita dos problemas que a Constituição propõe resolver. As políticas públicas integram o sistema jurídico-constitucional e, ao mesmo tempo, se correlacionam com diversos outros sistemas e subsistemas: enquanto têm como base estrutural o Direito, uma vez configuradas por meio de dispositivos normativos, sua análise reclama outros conhecimentos, pois seu “conteúdo material são os fins e os

⁴¹ BREUS, Thiago Lima. **Políticas públicas no estado constitucional**: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela administração pública brasileira contemporânea. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 218.

⁴² Cf. BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas públicas e direito administrativo. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: Senado Federal, jan./mar. 1997, v. 34, n. 133, p. 98-99 e BREUS, Thiago Lima. *Op. cit.*, p. 199.

⁴³ Cf. BREUS, 2007, *Op. cit.*, p. 26-27 e BUCCI, *Op. cit.*, p. 92.

objetivos políticos que não deixam de estar também expressos na Constituição”,⁴⁴ mas que não são essencialmente jurídicos.

Quando se diz que o conteúdo material das políticas públicas é constituído pelos fins e objetivos políticos expressos na Constituição, percebe-se uma convergência entre os elementos da pesquisa. Embora as políticas públicas não sejam essencialmente jurídicas, constituem padrões normativos que integram o direito.⁴⁵ Políticas públicas são, também, atos estatais⁴⁶ em que se configura certo âmbito de liberdade governamental e, em princípio, possuem alguns elementos insindicáveis,⁴⁷ apesar de ocuparem posição infraconstitucional e terem balizas definidas no texto constitucional.

Extraí-se, portanto, das políticas públicas, diversos níveis normativos: o nível constitucional, travestidas de indicativos para traçar os planos e o planejamento; o nível legal, *locus* preambular desses planos; e, por fim, o nível infralegal, constituído pelos regulamentos setoriais, como, por exemplo, resoluções e atos administrativos de efeitos gerais, que buscarão implementar, de fato, os planos constitucionais. A ideia de sistema subjaz à discussão. Felipe de Melo Fonte⁴⁸ aponta a coincidência entre leis e políticas públicas, porém afasta a exata correspondência entre os termos:

No âmbito da produção legislativa, o termo *política pública* tem sido reservado para designar os sistemas legais com pretensão de vasta amplitude, os quais definem competências administrativas, estabelecem princípios, diretrizes e regras, e em alguns casos impõem metas e preveem resultados específicos. São as chamadas normas-gerais ou leis-quadro, instituidoras das políticas nacionais, normalmente inseridas no âmbito das competências administrativas

⁴⁴ BITENCOURT, Caroline Müller e RECK, Janriê Rodrigues. Categorias de análise de políticas públicas e gestão complexa e sistêmica de políticas públicas. **A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Belo Horizonte, ano 16, n. 66, p. 133, out./dez. 2016.

⁴⁵ A esse respeito, cf. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Nelson Boeira (Trad.). São Paulo: WMF Martins Fontes, 2020 e DIAS, Jean Carlos. **O controle judicial de políticas públicas**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 22.

⁴⁶ DIAS, Jean Carlos. *Op. cit.*, p. 23.

⁴⁷ Cf., a esse respeito, o seguinte voto: “As meras diretrizes traçadas pelas políticas públicas não são ainda direitos senão promessas de lege ferenda, encartando-se na esfera insindicável pelo Poder Judiciário, qual a da oportunidade de sua implementação [...] diversa é a hipótese segundo a qual a Constituição Federal consagra um direito e a norma infraconstitucional o explicita, impondo-se ao judiciário torná-lo realidade [...]”. STJ, 1ª Turma, REsp 575.280/SP, Rel. Min. José Delgado, DJ 25-10-2004.

⁴⁸ FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2. ed., 2015, p. 38.

comuns ou legislativas concorrentes previstas, respectivamente, nos arts. 23 e 24 da Constituição Federal de 1988. [...] não parece ser esta a melhor definição para políticas públicas, já que a mera edição de um diploma legal não garante que o Estado praticará qualquer ação concreta para implementá-lo.

Por seu turno, Maria Paula Dallari Bucci⁴⁹ afirma que as políticas públicas podem estar instrumentalizadas em diversos veículos, como disposições constitucionais, leis, dispositivos infralegais, como decretos e portarias, e até mesmo em dispositivos contratuais dos contratos de concessão de serviços públicos. A autora⁵⁰ também as caracteriza como um procedimento, conceituando-as como “o processo de escolha dos meios para a realização dos objetivos do governo com a participação dos agentes públicos e privados. Políticas públicas são os programas de ação do governo para a realização de objetivos determinados num espaço de tempo certo”. Bucci, apesar de atribuir tal conceito, admite que suas diretrizes e seus objetivos constituem opções políticas cometidas aos representantes populares integrantes do Poder Legislativo, que as exprimem no formato de leis de caráter geral abstrato, direcionadas ao Poder Executivo, que deverá executá-las, seguindo-se a clássica separação de poderes de Montesquieu. Adverte,⁵¹ entretanto, que

a realização concreta das políticas públicas demonstra que o próprio caráter diretivo do plano ou do programa implica a permanência de uma parcela da atividade “formadora” do direito nas mãos do governo, Poder Executivo, perdendo-se a nitidez da separação entre os dois centros de atribuições.

A autora identifica a disseminação da formulação das políticas públicas e das ações que a elas correspondem entre diversos agentes políticos e governamentais, constituindo uma rede orientada a determinado fim, sem que haja limites muito precisos entre os diversos atores. De fato, política pública não se restringe às leis; encontra delineamentos gerais e diretrizes na Constituição, é corporificada em leis e perfaz-se na atividade da administração pública,

⁴⁹ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 11.

⁵⁰ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Op. cit.*, 2006, p. 95.

⁵¹ *Op. cit.*, p. 95.

responsável última por executá-la, e o faz utilizando outros instrumentos normativos infralegais que têm o condão de viabilizar as tarefas correlatas.

A formulação das políticas públicas inicia-se no momento anterior, quando da produção legislativa, de modo que a confusão entre os dois poderes é apenas aparente, pois a administração pública, no mais das vezes, dá continuidade ao que já está previsto em lei, sendo a administração o primeiro veículo das políticas públicas. Apesar dessas considerações, a autora conclui que a expressão mais frequente das políticas públicas é o plano e que este, por sua vez, instrumentaliza-se através da lei, trazendo seus objetivos, metas, instrumentos institucionais e condições de implementação, podendo não existir, propriamente, um conceito jurídico de políticas públicas.⁵²

Para Felipe de Melo Fonte,⁵³

políticas públicas compreendem o conjunto de atos e fatos jurídicos que têm por finalidade a concretização de objetivos estatais pela Administração Pública. Assim, a política pública pode ser decomposta em normas abstratas de direito (e. g., Constituição, leis estabelecendo finalidades públicas), atos administrativos (e. g., os contratos administrativos, as nomeações de servidores públicos para o desempenho de determinada função, os decretos regulamentando o serviço etc.), a habilitação orçamentária para o exercício do dispêndio público e os fatos administrativos propriamente ditos (e. g., o trabalho no canteiro de obras, o atendimento em hospitais públicos, as lições de professor em estabelecimento de ensino, etc.). **O juízo de constitucionalidade pode recair sobre cada um deles, em particular, ou sobre o todo. Em todos os casos haverá controle de políticas públicas.** (Grifos nossos).

Em que pese comungar da possibilidade de sujeição das políticas públicas ao controle judicial, o conceito ofertado é muito amplo, confundindo-se com a atividade administrativa desempenhada pela administração pública, uma vez que admite aspectos concernentes à execução material de objetivos estatais, mas nem todos eles dizem respeito à concretização das referidas políticas. O autor parte da acepção alargada do conceito, a exemplo de outros teóricos, como Maria Paula Dallari Bucci, Fábio Konder Comparato e Eros

⁵² Nesse sentido, cf. BUCCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 47.

⁵³ FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2. ed., 2015, p. 57.

Roberto Grau.⁵⁴ Para Thiago Lima Breus,⁵⁵ políticas públicas são mecanismos estruturais de metas e diretrizes a serem seguidas e realizadas por meio da atividade estatal”.

Há, evidentemente, a eleição de prioridades no que concerne ao conteúdo das políticas públicas. A escolha de prioridades é um processo político, informado, em último caso, pelo princípio democrático. Porém, essa eleição é livre apenas de modo relativo, pois a liberdade para a escolha pública não é absoluta, encontrando limites na necessária vedação ao descumprimento dos preceitos constitucionais. A racionalidade desse processo decisório é elevada em razão das ideias de plano, planejamento e programa, perfectibilizados por meio das leis instituidoras das políticas públicas e, em último nível, balizadas pelas normas constitucionais.

Este arcabouço normativo corresponde ao que Jochimsen nominou de infraestrutura institucional e cumpre o papel de oferecer direcionamento aos passos seguintes, visando à implementação das políticas e levando-as ao resultado almejado que, de forma alguma, poderá caminhar em sentido oposto àquele determinado pela Constituição Federal. Daí a importância da elevação da racionalidade das decisões, ainda que políticas, informadas pelo princípio democrático.

As políticas públicas de infraestrutura constituem uma infraestrutura institucional, dispendo sobre as obrigações estatais, estabelecendo princípios econômicos e definindo a base para o planejamento dos agentes econômicos.⁵⁶ Porém nem toda infraestrutura institucional encerra uma política pública de infraestrutura. Além disso, as políticas públicas de infraestrutura espraiam-se no

⁵⁴ Cf. BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2007. COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Interesse público – IP**. Brasília: Fórum, v. 4, n. 16, out./dez. 2002, p. 49-63 e GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 9. ed., rev. amp., 2014, p. 260-261.

⁵⁵ BREUS, Thiago Lima. **Políticas públicas no estado constitucional: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela administração pública brasileira contemporânea**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 54. É necessário apontar que os termos utilizados pelo autor remetem a uma conceituação inferida, pois ele não deixa clara a intenção de encerrar os caracteres próprios das políticas públicas em um conceito estático, no mais das vezes pontuando suas características, sem defini-las.

⁵⁶ Nesse sentido, cf. CARVALHO, André Castro. *Op. cit.*, p. 85.

ordenamento jurídico por outras formas que não dispositivos legais em sentido estrito, podendo ser encontradas com outras feições.

Para Dworkin,⁵⁷ política é um

tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas).

Cingindo-se a discussão ao objeto da tese, tem-se que políticas públicas de infraestrutura são um subsistema, integrantes do sistema jurídico-constitucional, constituídas de elementos sociais, jurídicos, políticos e econômicos, direcionadas à solução de problemas estruturais, complexos ou ultra complexos, de carácter intergeracional, executadas através de atividades estatais. Perfazem a infraestrutura institucional, conforme o conceito apresentado.

⁵⁷ Cf. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2020, p. 36.

3 O REGIME CONSTITUCIONAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE INFRAESTRUTURA

O constituinte estabeleceu metas a serem alcançadas, mas não traçou amiúde os caminhos a serem seguidos, transferindo parcelas da atividade decisória para a esfera política, no campo da discricionariedade, sem, contudo, deixar de estabelecer elementos paramétricos para a implementação das políticas públicas de infraestrutura. Esses elementos paramétricos encontram-se espalhados no texto constitucional e formam um sistema que impõe identificação, sob pena de permanecerem sem aplicação prática, dado o seu nível de abstração.

Inicialmente, propõe-se identificar, no ápice desse sistema, os objetivos fundamentais da República. Dentre os objetivos, destacam-se o desenvolvimento nacional e a diminuição das desigualdades regionais, pela pertinência temática com a infraestrutura econômica e sua identificação com a infraestrutura institucional. Além deles, outras expressões da constituição econômica são relevantes, em razão de promoverem a interlocução entre os objetivos e os fins constitucionais, bem como a implementação das políticas públicas de infraestrutura. São as normas referentes aos planos e ao planejamento orientados à infraestrutura econômica.

3.1 Os objetivos fundamentais da República de caráter econômico

Os objetivos fundamentais são uma criação da constituição de 1988 e, portanto, não possuem correspondência nas cartas anteriores. São consideradas normas precisas, de eficácia jurídica plena, que só na aparência teriam sentido programático, mostrando-se verdadeiramente como normas dirigentes ou teleológicas por traçarem os fins almejados,⁵⁸ porém de eficácia social limitada, por dependerem da ação estatal ulterior para produzir seus efeitos.

⁵⁸ SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 47.

Os valores constitucionais consubstanciados nos objetivos fundamentais têm significado intrínseco e trazem finalidades inerentes, conferindo juridicidade⁵⁹ às normas infraconstitucionais, inclusive às normas sobre políticas públicas de infraestrutura. São opções políticas fundamentais, no sentido de servirem de direcionamento para o funcionamento do Estado. Este reconhecimento funciona como limitador da discricionariedade dos poderes estatais. Segundo Hachem,⁶⁰ ao poder público compete não apenas o dever de afastar eventuais obstáculos para o alcance dos objetivos fundamentais da República, mas a ele compete, também, a incumbência de criar condições reais e efetivas para a sua efetivação. A constituição promulgada afirma constituírem objetivos fundamentais da República, entre outros, garantir o desenvolvimento nacional e reduzir as desigualdades regionais.

Quando diz que se deve garantir o desenvolvimento nacional e reduzir as desigualdades regionais, entende-se que são diretrizes que orientarão todo o arcabouço jurídico que compõe a infraestrutura institucional. Em conformidade com a teoria econômica de Jochimsen e, mais recentemente, com a teoria de North,⁶¹ é perfeitamente possível identificar os objetivos fundamentais da República como instituições. Segundo o autor, instituições correspondem às regras do jogo em uma sociedade ou, mais precisamente, às restrições ao comportamento humano, já que estruturam incentivos políticos, sociais ou econômicos nas relações humanas.

O papel dos objetivos fundamentais da República, para além do sentido programático corrente na doutrina brasileira majoritária, é determinar comportamentos ao prescrever metas a serem alcançadas, já que compõem

⁵⁹ Segundo Binenbojm, juridicidade é “entendida como o bloco de legalidade que congrega normas de diferentes hierarquias em uma unidade sistêmica (Constituição, leis, regulamentos gerais, regulamentos setoriais, *soft law* administrativo). BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação**. Transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 84.

⁶⁰ HACHEM, Daniel Wunder. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**. Curitiba, ano 13, v. 13, n. 13, jan./jun. 2013, p. 343.

⁶¹ NORTH, Douglass C. **Instituições, mudança institucional e desempenho econômico**. São Paulo: Três Estrelas, 2018, p. 13.

uma matriz institucional. Essa matriz é fruto de uma escolha da sociedade,⁶² alçada à categoria de norma constitucional e, como tal, objeto da ciência jurídica. Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto,⁶³

Portanto, como Estado e seu Direito se subordinam à Constituição, assim entendida como estatuto do poder estatal dotado de máxima normatividade, com efetividade de seus comandos, é extrema de dúvidas que nenhuma ação estatal terá validade jurídica, seja de que poder, órgão ou agente dimanar ou de que pretexto se valha, sem que esteja por ela balizada e vinculada à realização de seus princípios e preceitos.

A essência do pensamento de Kelsen considera que o fundamento de validade da norma encontra-se em outra norma hierarquicamente superior e assim sucessivamente, constituindo um sistema escalonado. O conjunto visto como sistema é que dota a norma de caráter jurídico, ainda que o fundamento último esteja contido fora do sistema, como norma não-positivada, suportando-o. A partir de Kelsen, reconheceu-se a necessidade de dotar o objeto da ciência jurídica de um significado próprio para esta ciência,⁶⁴ por vezes diverso de outro significado qualquer que pudesse ter em outros contextos — sob pena de configurar apenas um ato sem significação jurídica e, portanto, desmerecedor da atenção e dos instrumentos hermenêuticos à disposição da ciência jurídica.

Nesse processo, algumas categorias não propriamente jurídicas acabaram recebendo classificações para se enquadrarem como tal. Foi o que ocorreu com o desenvolvimento, alçado à categoria de direito fundamental. A referida classificação afasta intuitivamente do intérprete seu sentido essencialmente econômico, dificultando a implementação do referido objetivo

⁶² Cf. ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. *Op. cit.*, p. 65. Conforme o autor, “As instituições econômicas e políticas, que em última instância são sempre frutos de escolhas da sociedade, podem ser inclusivas e estimular o crescimento econômico [...] a escolha de instituições — isto é, a política institucional — é uma peça-chave em nossa busca de compreender as causas do êxito ou fracasso das nações.”

⁶³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Apontamentos sobre o controle judicial de políticas públicas. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org). **Políticas públicas**: possibilidades e limites. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 55-56.

⁶⁴ Cf. a respeito, KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. João Baptista Machado [Trad.] São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 20.

por meio da legislação infraconstitucional, uma vez que o direito fundamental ao desenvolvimento tem baixa densidade normativa.

Os objetivos fundamentais da República desenvolvimento nacional e diminuição das desigualdades regionais são, ao mesmo tempo, objeto da norma constitucional e métrica econômica para aferir a efetividade das normas que lhe devem observância, como as normas que instituem políticas públicas de infraestrutura. Em outras palavras, é uma norma jurídica autorreferente. Contudo, a referência propriamente dita encontra-se no sistema econômico, portanto fora do sistema jurídico. Por essa razão, discorda-se dos que afirmam que o objeto da norma jurídica será sempre um ato, um fato ou um fenômeno de natureza jurídica, ainda que o objeto da norma também se qualifique como tal.

Poder-se-ia dizer que os objetivos fundamentais da República não constituem um comando, uma vez que sua inobservância não indicaria a imposição de uma sanção, porém deve-se admitir a impossibilidade de reconhecer-se a validade de uma norma que infirme um dado objetivo fundamental da República, de modo que a sanção cabível seja o reconhecimento de sua inconstitucionalidade e sua retirada do ordenamento jurídico. Dessa forma, constata-se não haver problemas maiores com normas editadas visando à consecução desses fins, mas que, por circunstâncias variadas, não realizam os objetivos de forma significativa. São, porém, inadmissíveis normas infraconstitucionais que infirmem a Constituição Federal, mesmo que a verificação se dê por meio de objetivos com baixa densidade normativa. Como afirma José Afonso da Silva,⁶⁵ admite-se que cada governo possa estabelecer suas próprias metas, mas elas não poderão apontar em sentido contrário aos objetivos fundamentais. Segundo Eduardo Cambi,⁶⁶

No atual estágio de desenvolvimento jurídico, os direitos fundamentais representam os elementos definidores e legitimadores de todo o ordenamento jurídico positivo, proclamando um concreto e objetivo sistema de valores de aplicação imediata e de vinculação do poder público.

⁶⁵ SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. São Paulo: Malheiros, 7. ed., 2010, p. 46.

⁶⁶ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Almedina, 2. ed., 2018, p. 24-25.

O autor verifica, ainda, que tal disposição define a cultura jurídica e a cultura política, limitando o poder estatal. Propugna que o Estado de Direito Democrático e Constitucional deveria ser chamado de Estado de Direitos Fundamentais, pois, para ele, o Estado de Direito seria uma categoria interdependente dos direitos fundamentais, aos quais submete as leis que manifestam as exigências de liberdade e de racionalidade, afastando a atuação arbitrária no exercício do poder. Reconhece-se, portanto, o caráter vetorial dos objetivos fundamentais da República, de modo a permearem todo o ordenamento jurídico, cuja finalidade é realizar a democracia econômica e social prevista na Constituição.

3.1.1 Desenvolvimento nacional e diminuição das desigualdades regionais: os objetivos fundamentais República como o ápice da constituição econômica

Direito e desenvolvimento são institutos que caminham juntos. É possível encontrar traços desse vínculo até mesmo na definição fisiocrata de que a propriedade constituiria o fundamento da liberdade,⁶⁷ com base na faculdade de poder dispor, que mais tarde fundamentariam ideias amplamente difundidas como as de Amartya Sen⁶⁸ fundadas no desenvolvimento das capacitações.⁶⁹ De fato, o desenvolvimento econômico vem sendo discutido desde os economistas clássicos, porém passou a ocupar posição central somente no período do pós-guerra. Integra o estudo da teoria macroeconômica por ser um fenômeno que diz respeito a todo o conjunto, e não somente a parcelas do sistema econômico⁷⁰ e é objeto de estudo tanto sob o viés da teoria neoclássica,

⁶⁷ Cf. NUNES, António José Avelãs. **Noção e objeto da economia política**. Coimbra: Almedina, 3. ed., 2013, p. 49.

⁶⁸ Cf. SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

⁶⁹ Acatando a posição de Henrique Brum, defende-se que o termo capacitações consegue transmitir a ideia que o autor expõe com mais propriedade do que o termo capacidades. Ressalva-se, no entanto, a utilização no desenrolar do texto as duas formas, indistintamente. Cf. BRUM, Henrique. *Capabilities* para quem? Uma crítica a Amartya Sen. **Diversitates**, v. 5, n. 1. Disponível em: <http://www.diversitates.uff.br/index.php/1diversitates-uff1/article/view/31>. Acesso: 30 nov. 2017.

⁷⁰ Cf. NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia**: introdução ao direito econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 367.

aqui incluídos os teóricos das falhas de mercado,⁷¹ como também das teorias que lhes são críticas, como a nova economia institucional⁷² e as teorias desenvolvimentistas valorativas.

De plano, estabelece-se a premissa de que as teorias do desenvolvimento econômico que se preocupam apenas com a eficiência dinâmica da economia não são suficientes para responder às grandes questões que em torno da efetivação dos direitos fundamentais, uma vez que as características ligadas ao subdesenvolvimento não desaparecem automaticamente. Conseqüentemente, desenvolvimento econômico sem transformação social configura apenas crescimento econômico. Nesse sentido, possui inegável importância a distinção entre crescimento e desenvolvimento econômico, sendo o primeiro representado pelo aumento da capacidade produtiva de uma nação, consubstanciado no Produto Nacional Bruto (PNB). Mas o que seria o desenvolvimento econômico, cuja relevância é reconhecida a ponto de ter sido elevado à categoria de objetivo fundamental da República?

A Constituição Federal remete ao desenvolvimento em diversas passagens, dando-lhe relevo indubitável. Encontra-se previsto desde o preâmbulo: “[...] um Estado Democrático, destinado a assegurar [...] o desenvolvimento [...]”; constitui o catálogo de objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: “garantir o desenvolvimento nacional” (artigo 3º, III); de competências da União: “[...] elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social” (artigo 21, IX); de competências comuns “[...] cooperação [...] tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional” (artigo 23, parágrafo único); faz parte, ainda, do instrumental que visa à redução das desigualdades regionais, inclusive como elemento de definição acerca da concessão dos incentivos fiscais (artigos 151, I; 159, I, c; e 163, VII) e dos elementos parametrizantes da atividade econômica (artigo 174, parágrafo

⁷¹ Cf. SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação, desenvolvimento e meio ambiente. **Regulação e desenvolvimento** – novos temas. São Paulo, Malheiros, 2012, p. 16.

⁷² Cf. NORTH, Douglass C. **Transaction Costs, Institutions and Economic Performance**. Occasional Papers/International Center for Economic Growth Publication, nº 30, 1992.

primeiro), além de diversas outras passagens mais específicas, porém não menos importantes.

É necessário ampliar o conceito de desenvolvimento econômico para redirecionar seu enfoque. Sem deixar de reconhecer a importância das instituições no processo de desenvolvimento,⁷³ para os objetivos do presente trabalho elegeu-se a teoria elaborada por Amartya Sen, em razão da sua concepção de desenvolvimento centrado no ser humano e sua evidente pertinência com a efetivação dos direitos fundamentais básicos, sendo o desenvolvimento humano a finalidade última do processo desenvolvimentista. Sobre o assunto, Fábio Nusdeo⁷⁴ afirma haver uma evolução nos conceitos de desenvolvimento e bem-estar, pois antigamente associava-se este último ao desenvolvimento medido através do PIB ou renda *per capita*. Em seguida, passou-se a qualificar o desenvolvimento por meio do bem-estar, abandonando os dados puramente quantitativos e adotando indicadores qualitativos. Atualmente, segundo o autor, a tendência é que se evolua para desconsiderar cifras brutas de produto e renda, sempre que não houver incremento na qualidade de vida. Por suas palavras,

isto equivale ver o desenvolvimento econômico não um fim em si mesmo, mas um meio, um grande e complexíssimo meio para se chegar ao objetivo final: a melhor qualidade de vida — para a qual o acesso a maior quantidade de bens de consumo direto é apenas um ingrediente.

Como direito, reputa-se sua gênese à Constituição mexicana de 1917. Ao definir os contornos de uma concepção de democracia, antecipou a necessidade de uma estrutura jurídica, um regime político e “um sistema de vida fundado na constante promoção econômica, social e cultural de um povo.”⁷⁵

⁷³ Cf. ROSE-ACKERMAN, Susan. **Corruption and government: causes, consequences and reform**. Cambridge: Cambridge University Press, 1999, p. 104.

⁷⁴ NUSDEO, Fábio. *Op. cit.*, p. 381-382.

⁷⁵ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. A jurisdição constitucional e os direitos fundamentais: uma análise em torno do direito ao desenvolvimento. In: **A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, ano 11, n. 46, p. 64, out./dez. 2011.

O direito ao desenvolvimento foi elevado à condição de direito humano inalienável⁷⁶ pela Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas (CDHNU) em 1981, após discussões na Assembleia Geral das Nações Unidas. Porém, desde 1972, quando Etienne-R Mbaya o formulou, as bases do desenvolvimento como direito vinculado tanto às nações como aos indivíduos já vinham sendo discutidas.

A própria Constituição Federal estabeleceu as bases do projeto nacional de desenvolvimento, trazendo diretrizes visando à transformação social, apoiada no princípio da solidariedade, conforme seu artigo 3º. É ao mesmo tempo elemento fundante do sistema jurídico-político nacional e vinculante das atividades dos poderes públicos, conformando fins e valores cuja realização se impõe, principalmente por meio das políticas públicas, numa perspectiva voltada ao Estado.⁷⁷ O desenvolvimento é tanto direito fundamental como objetivo fundamental da República, o que dá a exata medida da importância de sua realização. Qualificando o desenvolvimento nacional como modo de assegurar o bem-estar geral da sociedade brasileira, Fábio Nusdeo⁷⁸ afirma que até mesmo a realocação topográfica do dispositivo constitucional transmite a ideia do alargamento do conceito:

Todas as observações acima convergem para uma conclusão de caráter constitucional. Interessante observar que, contrariamente à dicção adotada pelas cartas de 1967/1969, o objetivo “desenvolvimento” perdeu o seu qualificativo “econômico”, deixando, inclusive, de figurar no título dedicado à Ordem Econômica e Financeira, cujo artigo exordial é o art. 170, para constar, muito mais adequadamente, apenas no art. 3º, II como “desenvolvimento nacional”, em um dos objetivos fundamentais da República [...]

Dada essa importância ao desenvolvimento, permitiu-se elaborar um conceito de desenvolvimento mais abrangente, como processo que permite o exercício dos direitos fundamentais ao alavancar capacidades que, por sua vez,

⁷⁶ Cf. PEIXINHO, Manoel Messias; FERRARO, Suzani Andrade. Direito ao desenvolvimento como direito fundamental. **Anais do XVI Congresso Nacional do Conpedi**, 2007, p. 6952-6973.

⁷⁷ Cf. GONDIM, Liliane Sonsol. **A importância da energia eólica na matriz energética brasileira**: a sustentabilidade como valor instrumental para a diminuição das desigualdades regionais e a efetivação do direito ao desenvolvimento no Ceará. Mestrado em Direito (Dissertação). UFC, 2013, 126f.

⁷⁸ NUSDEO, Fábio. *Op. cit.*, p. 386.

permitirão ao homem usufruir de outros direitos. Amartya Sen⁷⁹ estabelece que o mero reconhecimento do papel das qualidades humanas na promoção do crescimento econômico é insuficiente para identificar-se a motivação e a finalidade para buscar-se o referido crescimento. Propõe, por essa razão, que se modifique o enfoque para englobar a expansão da liberdade humana:

Se, em vez disso, o enfoque for, em última análise, sobre a expansão da liberdade humana para levar o tipo de vida que as pessoas com razão valorizam, então o papel do crescimento econômico na expansão dessas oportunidades tem de ser integrado à concepção mais fundamental do processo de desenvolvimento como a expansão da capacidade humana para levar uma vida mais livre e digna de ser vivida.

Sua visão do desenvolvimento como processo que alavanca capacidades ou, ainda, como “processo de expansão das liberdades substantivas das pessoas,⁸⁰” é diretamente vinculada à promoção dos demais direitos fundamentais espalhados na Constituição, reclamando, portanto, concretização.

O desenvolvimento nacional envolve, por pretensão de extensão a todo o País, a diminuição das desigualdades regionais, considerando-se a grande disparidade entre as regiões brasileiras,⁸¹ reconhecida constitucionalmente, conforme infere-se da elevação de sua superação a um objetivo fundamental da República. Bercovici⁸² identifica a política de superação das desigualdades regionais como políticas econômicas estruturais. Dessas políticas, o autor diz que devem possuir uma longa duração, de alterar as estruturas mais profundas da formação econômica e social, além de afirmar serem fundadas em alguma espécie de planejamento, que impõe a utilização de modelos, o julgamento da compatibilidade entre os fins almejados e os meios utilizados e a indicação da política ótima para a obtenção desses fins, vinculando

⁷⁹ A esse respeito, cf. SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 334.

⁸⁰ SEN Amartya. *Op. cit.*, p. 336.

⁸¹ Cf. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Divisão Regional**. Disponível em: http://ibge.gov.br/home/geociencias/default_div_int.shtm. Acesso em: 02/02/2020.

⁸² BERCOVICI, Gilberto. Política econômica e direito econômico. Fortaleza: **Revista Pensar**, v. 16, n. 2, jul./dez. 2011, p. 568.

o legislador, de modo que a atividade deste será legitimada pela correspondência maior ou menor entre as normas produzidas e o conteúdo material constitucional.

Embora seja perceptível de forma relativamente aparente que a Região Nordeste vem se desenvolvendo paulatinamente ao longo dos anos, as séries históricas comparativas entre as regiões brasileiras realizadas entre 1939 e 2015 demonstram que a convergência é lenta ou inexistente.⁸³ Entre 1939 e 2007 sequer houve convergência entre a Região Nordeste e a média nacional. Toma-se esse ano como referência porque, em 1850, o PIB *per capita* no Nordeste e nas demais regiões era o mesmo. Contudo, em medição realizada em 1939, alcançava apenas 48% da média nacional,⁸⁴ sem sofrer alterações significativas de lá para cá.

Percebe-se, conforme abordado na segunda seção, que os primeiros investimentos em infraestrutura no Brasil concentraram-se na Região Sudeste que, não coincidentemente, ainda concentra o maior PIB regional do Brasil. Ressalta-se que infraestrutura e desenvolvimento são absolutamente indissociáveis. Sobre o assunto, Dal Pozzo⁸⁵ discorre:

Assim, infraestrutura e desenvolvimento aparecem como conceitos, nos tempos modernos, absolutamente conectados, é nisso que se baseiam os estudos sobre infraestrutura econômica apresentados à época, por exemplo, por Egon Tuchfeldt. Essa conexão é apta a justificar o que será devidamente constatado no presente trabalho: sem infraestrutura não há desenvolvimento e, por conseguinte, não há satisfação de direitos que o ordenamento jurídico consagra à coletividade. Há, inequivocamente, a consagração de uma ideia de complementaridade entre ambos, que seguirá sempre de mãos dadas, como uma espécie de união indissolúvel.

Tão indissociáveis quanto a infraestrutura e o desenvolvimento nacional são este e a diminuição das desigualdades regionais. As regiões, comparadas entre si, podem ser mais ou menos desenvolvidas, pois não há problema na existência de algum nível de desigualdade, mas não há que se falar

⁸³ Cf. BARROS, Alexandre Rands. **Raízes das desigualdades no Brasil**. Rio de Janeiro: Alta Cult, 2019, p. 137.

⁸⁴ Dados do IBGE apresentados e discutidos por BARROS, Alexandre. Rands. *Op. cit.*, p. 183-184.

⁸⁵ Cf.: DAL POZZO, Augusto Neves. **O direito administrativo da infraestrutura**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020, p. 22.

em desenvolvimento em nível nacional quando algumas regiões são muito mais subdesenvolvidas do que outras. As regiões são divisões administrativas do País, de modo que a diminuição das desigualdades regionais através, inclusive, de políticas de desenvolvimento regional leva ao desenvolvimento nacional.

A última divisão regional brasileira remonta a 1970, quando da edição do Decreto nº 67.647, de 23 de novembro de 1970, que dividiu o espaço territorial brasileiro nas cinco regiões atualmente existentes, com o objetivo de coordenar o desenvolvimento social e econômico nacional. É visível, observando-se este arranjo, a influência de François Perroux e Jacques Boudeville nos estudos regionais brasileiros.⁸⁶ Perroux classificou os espaços sob o aspecto econômico⁸⁷ em homogêneos, polarizados ou como conteúdos de um plano. Boudeville transpôs esta teoria para as regiões, denominando-as de região homogênea, região polarizada e região-plano. Homogênea é a região que se apresenta contendo características uniformes. Já a região polarizada mostra-se heterogênea, contendo um polo dominante que exerce influência sobre o resto do território, com o qual se relaciona de modo intenso. Por sua vez, a região-plano caracteriza-se por estar sob influência de determinada autoridade da qual emanou uma decisão política visando atingir objetivos econômicos.

Também guarda alguma correspondência com a teoria do federalismo regional desenvolvida por Paulo Bonavides,⁸⁸ diferente na proposta do autor no que se refere à autonomia regional, mas semelhante porque ambas visam à implementação de políticas públicas orientadas à superação das desigualdades econômicas e sociais. Tal mister exige uma política de planejamento adequada à promoção do desenvolvimento.

⁸⁶ Nesse sentido, cf. BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades regionais, estado e constituição**. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 71.

⁸⁷ Chama-se a atenção para a impropriedade de utilizar os preceitos que embasam as discussões sobre problemas regionais europeus em razão de que estes se fundamentam em problemas de outra natureza, tais como históricos ou culturais. Daí o conceito de Juan Ferrando Badía, para quem regiões são definidas como uma área homogênea que possui características físicas e culturais distintas das áreas ao seu redor. Cf. BADÍA, Juan Ferrando. **El estado unitario, el federal y el estado autonomico**. Madri: Editorial Tecnos, 2. ed., 1986, p. 156. *Apud*: BERCOVICI, Gilberto. *Op. cit.*, 2003, p. 74.

⁸⁸ BONAVIDES, Paulo. **A constituição aberta**: temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no federalismo das regiões. São Paulo: Malheiros, 3. ed., 2004, p. 507.

3.1.1.1 Dimensão jurídica dos objetivos fundamentais da República: normatividade forte e vetor interpretativo

O artigo 43,⁸⁹ que trata da organização administrativa da União, deve ser considerado juntamente com os artigos 170, inciso VII,⁹⁰ e 174, *caput* e parágrafo primeiro.⁹¹ Esses artigos constituem a espinha dorsal da constituição econômica brasileira. Os três dispositivos, analisados em conjunto com o artigo 3º, através dos elementos definidores do sistema econômico nacional, traçam o caminho a ser percorrido. Pode-se dizer que estão amparados pelo interesse público, assim considerado como os interesses aptos a serem generalizados.⁹²

Um objetivo fundamental da República é um ponto seminal na construção da sociedade brasileira, alcançado pela função social da dogmática jurídica⁹³ de que faz parte — e, por sua vez, é condicionada pelo atributo de

⁸⁹ Cf. Constituição Federal, Seção IV – Das Regiões: “Art. 43. 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. §1º Lei complementar disporá sobre: I – as condições para integração de regiões em desenvolvimento; II – as composições 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. §2º Os incentivos regionais compreenderão, além de outros, na forma da lei: I – igualdade de tarifas, fretes, seguros e outros itens de custos e preços de responsabilidade do Poder Público; II – juros favorecidos para financiamento de atividades prioritárias; III – isenções, reduções ou diferimento temporário de tributos federais devidos por pessoas físicas ou jurídicas; IV – prioridade para o aproveitamento econômico e social dos rios e das massas de água represadas ou represáveis nas regiões de baixa renda, sujeitas a secas periódicas. § 3º Nas áreas a que se refere o §2º, IV, a União incentivará a recuperação de terras áridas e cooperará com os pequenos e médios proprietários rurais para o estabelecimento, em suas glebas, de fontes de água e de pequena irrigação”.

⁹⁰ Cf. Constituição Federal: “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: [...] VII – redução das desigualdades sociais e regionais”.

⁹¹ Cf. Constituição Federal: “Art. 174. 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. §1º 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”.

⁹² Cf., nesse sentido, Peter Häberle, que traz ilações acerca dessa definição cunhada por Habermas. HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição — contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Traduzido por: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 46.

⁹³ Utiliza-se, aqui do conceito de dogmática jurídica como sendo uma premissa conceitual e, portanto, que não se poderia, a princípio, questionar. Diz-se a princípio justamente em razão da falseabilidade da ciência. Entretanto, vale-se o intérprete dela como ponto de partida para a exegese normativa. A esse respeito, cf. MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Por que dogmática jurídica?** Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 14.

inegabilidade dos pontos de partida das cadeias de argumentação.⁹⁴ O artigo 3º da constituição é uma cláusula de transformação orientada para a transformação da estrutura econômico-social estatal. Segundo Bercovici:⁹⁵ “sua concretização não significa a imediata exigência de prestação estatal concreta, mas uma atitude positiva, constante e diligente do Estado”. Dessa ideia, decorre diretamente a diminuição da discricionariedade do legislador. As políticas públicas que irão propiciar a referida ação estatal possuem, por essa razão, um vínculo de estado, e não de governo, que se traduz em objetividade, impessoalidade e isonomia.⁹⁶

3.1.1.2 Dimensão econômica dos objetivos fundamentais da República: métricas econômicas como instrumento hermenêutico-constitucional

Uma análise normativa das políticas públicas, que abstraia as instituições econômicas e políticas, não só empobrece a discussão, como também simplifica as questões a ponto de desconsiderar ou desprezar o fato de o processo político influenciar as escolhas técnicas realizadas. Acaba, por fim, não conseguindo atender às necessidades a que se propõe, por desvinculá-las da realidade.

Paula Dallari⁹⁷ afirma que “o instrumental jurídico de análise centrado na norma e no ordenamento jurídico não é o mais adequado para captar o caráter eminentemente dinâmico e funcional das políticas públicas. Em outro momento, ao discutir sobre a situação topológica das políticas públicas, situadas entre o direito constitucional (feição anglo-saxã) e o direito administrativo (influência francesa), a autora admite que:⁹⁸

⁹⁴ A esse respeito, cf. SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: FGV, v. 248, maio-ago., 2008, p. 130-158. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/41531>. Acesso em: 11.03.2021.

⁹⁵ BERCOVICI, Gilberto. *Op. cit.*, 2011, p. 577.

⁹⁶ Nesse sentido, cf. FRANÇA, Phillip Gil. Objetivos fundamentais da República, escolhas públicas e políticas públicas: caminhos de concretização dos benefícios sociais constitucionais. In: **Revista Eletrônica Pública Direito**, ano 2, v. 9, 2013. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=534488729ab74ff0>. Acesso em: 10/01/2020.

⁹⁷ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Op. cit.*, 1997, p. 89.

⁹⁸ Cf. BUCCI, Maria Paula Dallari. *Op. cit.*, 1997, p. 93

É possível, mesmo, que o instrumental teórico do direito administrativo — o feixe de princípios que o regem e o postulado da supremacia do interesse público sobre o particular — não seja suficiente para explicar as questões que envolvem as políticas públicas.

Vai-se além: o instrumental teórico jurídico é insuficiente. Ao tratar da implementação de políticas públicas voltadas à consecução dos objetivos fundamentais da República, percebe-se uma inclinação das principais discussões para a instrumentalização de políticas públicas de justiça distributiva, que envolvem prestações estatais positivas. Há uma clara ausência de preocupação direcionada ao fim mediato das políticas públicas de infraestrutura, restringindo-se os estudos e levantamentos realizados ao seu fim declarado e imediato. Eventualmente, mencionam-se aspectos do plano econômico estatal estabelecido na constituição federal, mas sem ocupar a centralidade do discurso.

A mencionada constatação leva ao diagnóstico necessário acerca da realização de outros efeitos não desejados, em virtude de tais políticas poderem eventualmente produzir situações que infirmam o desenvolvimento nacional e as desigualdades regionais. Reclamam, por sua vez, novas prestações estatais positivas, com custos adicionais, a fim de reduzir os efeitos deletérios porventura decorrentes.

Observa-se que a doutrina, majoritariamente, cinde os estudos de direitos fundamentais daqueles que envolvem o planejamento estatal e, por conseguinte, o desenvolvimento da infraestrutura nacional. Virgílio Afonso da Silva⁹⁹ chega a identificar uma evolução encabeçada pelos constitucionalistas pós-1988, os quais teriam se debruçado sobre os direitos fundamentais, enquanto aqueles mais antigos direcionavam seu foco para a organização dos poderes e para a repartição de competências. A crítica que se faz à ideia do autor é que se deve evoluir ainda mais, pois não se pode seccionar partes da Constituição sob pena de tornar despiciendos instrumentos relevantíssimos à disposição da sociedade para o atingimento de suas finalidades, como é o planejamento estatal, que envolve, sim, organização dos poderes e repartição

⁹⁹ Cf. SILVA, Virgílio Afonso. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 66.

de competência como aspecto basilar de um bom planejamento de investimentos em infraestrutura.

Propõe-se a construção de uma terceira fase do constitucionalismo, portanto, em que se reconheça a importância dos instrumentos estatais na construção de uma sociedade mais justa, utilizando-se as políticas públicas de infraestrutura. Essas políticas devem ser objeto de constante avaliação, desde o momento de sua construção, através do planejamento estatal, passando por sua implementação, de modo adequado, até a perquirição acerca da obtenção dos resultados buscados.

Diversas métricas econômicas são utilizadas como instrumento de avaliação de políticas públicas, a fim de aferir se determinada política pública aplicada obteve o desempenho esperado. Entretanto, nada se menciona acerca de políticas públicas cuja finalidade primordial seja tratar da infraestrutura quando produzem efeitos econômicos indesejáveis, sendo este último caso o foco do presente trabalho. O desafio que se propõe é trazer tais métricas para o controle de constitucionalidade das referidas normas.

Métricas e indicadores têm, por definição, caráter instrumental, cuja utilidade reside na capacidade que possuem de realizar medições visando à demonstração do nível de alcance dos objetivos iniciais traçados no momento do delineamento de determinada política pública. Não há, em princípio, um problema de constitucionalidade da norma ao realizar-se a medição de determinada política pública e concluir-se que os resultados foram tímidos.

Porém, no caso em que os resultados decorrentes da política pública tenham sido danosos — e, trazendo ao objeto da discussão, tenham levado ao subdesenvolvimento ou aumentado as desigualdades existentes entre duas regiões do País —, tem-se um problema de enfrentamento entre uma norma infraconstitucional e um objetivo fundamental da República, que condiciona de forma inafastável todo o ordenamento jurídico brasileiro.

Tal constatação leva, preliminarmente, à discussão sobre se os conceitos de subdesenvolvimento e de aumento de desigualdades regionais comporiam uma espécie de negação do suporte fático da norma que, diante da constatação de suas presenças como resultado da aplicação da política pública, atrairia a mandatória declaração de inconstitucionalidade. Em outras palavras,

questiona-se a possibilidade de reconhecer, nas normas instituidoras de políticas públicas de infraestrutura, um suporte fático fundado no desenvolvimento nacional, não restringível. No dizer de Virgílio Afonso da Silva:

Mesmo que apenas intuitivamente e de forma superficial, é possível perceber que as liberdades públicas têm como função primordial proteger algo contra intervenções indevidas. Essa simples percepção exige, de pronto, a definição do que é esse *algo*, qual a sua *extensão*, e quais são os tipos possíveis de *intervenção*. O que mais interessa aqui é, sem dúvida, a definição daquilo que é protegido e sua relação com as possíveis intervenções.

É o que se busca realizar no presente trabalho, considerando-se que as ações e as normas que realizam os objetivos fundamentais da República ou tem com eles alguma interface passam a constituir o seu âmbito de proteção. Os desafios são vários, sobretudo ao se deparar com uma discussão acerca da teoria da norma jurídica de origem civilista, habituada a trabalhar problemas no âmbito da lide entre particulares, o que levou a uma maior evolução das ações individuais — enquanto pouco ou quase nada avançou na questão relacionada ao planejamento estatal, em que as questões são direcionadas ao conjunto da sociedade.

3.2 Os objetivos fundamentais da República como norma implícita

Segundo Fábio Konder Comparato,¹⁰⁰

Na Constituição brasileira de 1988, por exemplo, os objetivos indicados no art. 3º orientam todo o funcionamento do Estado e a organização da sociedade. [...] Escusa lembrar que tais objetivos são juridicamente vinculantes para todos os órgãos do Estado e também para todos os detentores de poder econômico ou social, fora do Estado. A juridicidade das normas que simplesmente declaram tais fins (as *Zielnormen* dos alemães). ou que impõem a realização de determinado programa de atividades — as normas propriamente programáticas —, já não pode ser posta em dúvida, nesta altura da evolução jurídica.

¹⁰⁰ COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. In: **Interesse público**. São Paulo: Notadez, v. 4, n. 16, out./dez. 2002, p. 49-63. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/364>. Acesso em: 21/06/2021.

Apesar de serem identificados como normas com estrutura de princípio, já que podem ser cumpridos em maior ou menor grau, de sua construção semântica extrai-se a ideia de que não pode haver uma lei que leve a sociedade ao subdesenvolvimento ou ao aumento das desigualdades regionais. Fazer-se tal afirmação não significa extrair do texto uma norma constitucional não escrita, fruto do trabalho interpretativo dos tribunais. No dizer de Carolina Cardoso Guimarães Lisboa,¹⁰¹ normas constitucionais não escritas constituem uma criação do poder constituído, especialmente do poder judiciário. Não é o caso.

Trata-se, em verdade, de uma norma implícita, decorrente da possibilidade de ler-se de outra forma os dispositivos transcritos. Deles, extrai-se que não se pode admitir normas que ajudem a perpetuar o subdesenvolvimento ou a aumentar as desigualdades existentes entre as regiões do País.

A concretização de parte dos direitos constantes do rol da Constituição reclama algum grau de atuação positiva do Estado, ainda que em um plano superior, geral e voltado à sociedade como um todo, não configurando necessariamente uma atuação que envolva prestações positivas, mas de fomento, de planejamento econômico ou de certo intervencionismo em suas diversas formas, constante entre os extremos abstencionista e intervencionista.

Trata-se, assim, do planejamento estatal, que pode significar um estado mais ou menos intervencionista. Pelo que se observa do percurso que a Constituição Federal vem traçando, parece estar, ao longo do tempo, caminhando em direção à prática de um menor intervencionismo,¹⁰² perceptível em certos pontos, o que não necessariamente redundará em menor concretização dos direitos fundamentais, justificção última para o referido

¹⁰¹ Cf., a esse respeito, o trabalho da autora. LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães. **Normas constitucionais não escritas**. São Paulo: Almedina, 2014, p. 267-282.

¹⁰² Aqui, recorda-se a redação original do artigo 192, parágrafo 3º, da Constituição federal, que limitava a taxa de juros reais a 12% (doze pontos percentuais) ao ano. Considerando que o *caput* do artigo dizia respeito ao sistema financeiro nacional e mencionava que a regulação desse sistema se daria por meio de leis complementares, a fórmula achada pelos tribunais para compatibilizar tamanha intervenção com a realidade prática foi estender a necessidade de lei complementar à limitação dos juros, tornando um dispositivo claramente de eficácia plena em um dispositivo de eficácia contida, como se houvesse algo mais a restringir por lei infraconstitucional.

dirigismo. A constituição brasileira assumiu a função de promover transformações estruturais e cristalizou o mister em seu artigo 3º, cuja força hermenêutica se espraia por todo o ordenamento jurídico.

Os dispositivos constitucionais mencionados possuem feição vetorial, devendo condicionar todo o ordenamento jurídico infraconstitucional, especialmente normas com as quais possuem afinidade. Os planos constituem um dos principais destinatários dessas normas e, portanto, deveriam ser condicionados constitucionalmente, já que compõem a constituição econômica, fio condutor da economia de um país. Há quem sustente que não teriam a força do ato jurídico, mas seriam meramente atos técnicos e políticos. A maior parte da doutrina nacional comunga com essa ideia, quando reconhece nas leis orçamentárias natureza meramente autorizativa.¹⁰³ Essa celeuma em torno da observância cogente dos planos de natureza econômica é menos de natureza jurídica do que de escolha política. Inclusive, em outros países, há previsão expressa da força obrigatória do plano.¹⁰⁴

Quanto ao Brasil, pode-se dizer que, para o setor público, existe um imperativo constitucional de transformação nacional, especialmente quando se conjuga a previsão constante do artigo 174 com a ideias de força normativa constitucional e de máxima efetividade da Constituição, que se reconhece na vontade de constituição. Segundo Konrad Hesse,¹⁰⁵

Essa vontade de constituição origina-se de três vertentes diversas. Baseia-se na compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, que proteja o Estado contra o arbítrio desmedido e disforme. Reside, igualmente, na compreensão de que essa ordem constituída é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos (e que, por isso, necessita de estar em constante processo de legitimação). Assenta-se também na consciência de que, ao contrário do que se dá com uma lei do pensamento, essa ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana. Essa ordem adquire e mantém sua vigência através de atos de vontade. Essa vontade tem consequência porque a vida do Estado, tal como a vida humana, não está abandonada à ação surda de forças aparentemente inelutáveis. Ao contrário, todos nós estamos permanentemente convocados a dar

¹⁰³ Cf. SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo da economia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 29-30.

¹⁰⁴ As constituições do Peru e de Portugal são exemplos. Cf. SOUTO, *Op. cit.*, p. 29.

¹⁰⁵ Cf. HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editores, 1991, p. 19-20.

conformação à vida do Estado, assumindo e resolvendo as tarefas por ele colocadas.

A tarefa referente à transformação social trazida pela Constituição subsume-se ao teor da teoria constitucional de Hesse: identifica-se a norma inquebrantável, de maneira geral, no artigo 3º, e instrumentalizada nos demais dispositivos relativos ao planejamento econômico estatal dispersos na Constituição. É legitimada pelo fato de ter-se ainda muito o que avançar no que diz respeito às condições sociais e econômicas do povo brasileiro e é, também, dependente da ação estatal, não logrando realizar-se sem a mínima intervenção, somente com a ação livre do mercado, sobretudo ao tratar-se de infraestrutura.

Augusto Neves Dal Pozzo¹⁰⁶ aponta que, para desenvolver a infraestrutura nacional, o planejamento adequado é estritamente necessário, deixando de ser uma mera faculdade estatal para alcançar sua real condição de dever jurídico do Estado, que tem a incumbência de

propor metas e programas efetivos de ação, aptos a atender e, principalmente, a superar as expectativas, antecipando-se, tanto quanto possível, às conjunturas e vicissitudes futuras, para que não haja solução de continuidade nas metas e objetivos buscados.

A questão que se põe é a insuficiência dos instrumentos jurídicos disponíveis para alcançar êxito quando se está diante de normas que instituem políticas públicas de infraestrutura, naturalmente complexas, compostas por elementos provenientes de outras ciências.

3.3 Os objetivos fundamentais da República como *locus* da infraestrutura econômica e institucional brasileiras: a interlocução entre as políticas públicas de infraestrutura e os planos constitucionais

A Constituição Federal encontra-se permeada de institutos ontologicamente pertencentes à ciência econômica. As categorias econômicas

¹⁰⁶ Augusto Neves Dal Pozzo aborda a temática acerca da importância do planejamento na apresentação de uma obra sobre Procedimento de Manifestação de Interesse, o PMI utilizado nas contratações que envolvem infraestrutura. A esse respeito, cf. LIMA, Mário Márcio Saadi. **O procedimento de manifestação de interesse à luz do ordenamento jurídico brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 25.

do artigo 3º¹⁰⁷ têm importância destacada pelo fato de a elas ter sido destinada uma função relevante que permeia toda a constituição econômica determinando um direcionamento estatal. Esse direcionamento é integralmente dependente do planejamento econômico estatal para se realizar. Segundo André Castro Carvalho,¹⁰⁸ a infraestrutura

pode ser vislumbrada como: mecanismo modificador da qualidade de vida da população; forma de estímulo ao desenvolvimento econômico; fator de melhoria no desenvolvimento social; instrumento de conexão interfederativa; inter-relacionada com o planejamento governamental; protagonista nas políticas de ajuste fiscal; ferramenta de influência geopolítica por parte de países estrangeiros. Enfim, diversas observações são extraídas da infraestrutura sob essa perspectiva jurídica, sem, no entanto, haver uma sistematização a respeito do tema.

As funções da infraestrutura descritas pelo autor apontam para soluções cujos indicativos encontram-se nos planos constitucionais, porém de forma superficial, sem se ater a detalhes, deixando a tarefa de minudenciar o assunto para o legislador infraconstitucional, que normalmente detém-se aos problemas de forma pontual, e não de forma sistêmica.

Um dos temas mais complexos para a administração pública tem sido a transformação da infraestrutura nacional, para além da dificuldade imposta pela restrição orçamentária, com a finalidade de acompanhar as necessidades do setor produtivo. Segundo Bercovici,¹⁰⁹

A política econômica vai também ser tornada abstrata: ela deve ser uma política econômica racional, definida e planejada a partir das considerações técnicas e científicas dos economistas. A economia deve, portanto, dar base científica à política pública, articulando perfeitamente os macro-objetivos, os controles e instrumentos adequados, visando garantir o bom funcionamento do sistema econômico como um todo.

¹⁰⁷ Veja-se a íntegra do artigo na Constituição Federal: “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

¹⁰⁸ Cf. CARVALHO, André Castro. **Infraestrutura sob uma perspectiva pública**: instrumentos para o seu desenvolvimento. 612f., Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo – USP. Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, São Paulo, 2013.

¹⁰⁹ BERCOVICI, Gilberto. Política econômica e direito econômico. **Revista Pensar**. Fortaleza: Unifor, v. 16, n. 2, jul./dez. 2011, p. 562-588.

A constituição federal de 1988 remete aos planos e ao planejamento em diversas passagens. Estão previstos nas competências materiais da União: “Art. 21. Compete à União: [...] IX – elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social”). No dispositivo que trata especificamente das regiões:

Art. 43. 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. §1º Lei complementar disporá sobre: [...] II – as composições 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);

Nas atribuições do Congresso Nacional:

Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional [...] dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre: [...] II – plano plurianual, diretrizes orçamentárias, orçamento anual, operações de crédito, dívida pública e emissões de curso forçado; [...] IV – planos e programas nacionais, regionais e setoriais de desenvolvimento; Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: [...] IX – [...] apreciar os relatórios sobre a execução dos planos de governo; Art. 58. O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação. [...] §2º Às comissões, em razão da matéria de sua competência, cabe: [...] VI – apreciar programas de obras, planos nacionais, regionais e setoriais de desenvolvimento e sobre eles emitir parecer), nas atribuições fiscalizatórias conjuntas dos três poderes (Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de: [...] I – avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União.

Na previsão de receitas próprias para atender às regiões mais desfavorecidas:

Art. 159. A União entregará: I – do produto da arrecadação dos impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza e sobre produtos industrializados, 49% (quarenta e nove por cento), na seguinte forma: [...] c) três por cento, para aplicação em programas de financiamento ao setor produtivo das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, através de suas instituições financeiras de caráter regional, de acordo com os planos regionais de desenvolvimento, ficando assegurado ao semi-árido do Nordeste a metade dos recursos destinados à Região, na forma que a lei estabelecer;), nos orçamentos

(Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão: I – o plano plurianual; II – as diretrizes orçamentárias; III – os orçamentos anuais. §1º A lei que instituir o plano plurianual estabelecerá, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada. [...] §4º Os planos e programas nacionais, regionais e setoriais previstos nesta Constituição serão elaborados em consonância com o plano plurianual e apreciados pelo Congresso Nacional. §5º A lei orçamentária anual compreenderá: I – o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público; II – o orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto; III – o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público. §6º O projeto de lei orçamentária será acompanhado de demonstrativo regionalizado do efeito, sobre as receitas e despesas, decorrente de isenções, anistias, remissões, subsídios e benefícios de natureza financeira, tributária e creditícia. §7º Os orçamentos previstos no §5º, I e II, deste artigo, compatibilizados com o plano plurianual, terão entre suas funções a de reduzir as desigualdades inter-regionais, segundo critério populacional).

Cabe mencionar, também, a possibilidade de os projetos de leis sofrerem emendas parlamentares durante sua discussão e votação:

Art. 166. Os projetos de lei relativos ao plano plurianual, às diretrizes orçamentárias, ao orçamento anual e aos créditos adicionais serão apreciados pelas duas Casas do Congresso Nacional, na forma do regimento comum. §1º Caberá a uma Comissão mista permanente de Senadores e Deputados: [...] II – examinar e emitir parecer sobre os planos e programas nacionais, regionais e setoriais previstos nesta Constituição [...] §3º As emendas ao projeto de lei do orçamento anual ou aos projetos que o modifiquem somente podem ser aprovadas caso: I – sejam compatíveis com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias;

E, por fim, o planejamento da atividade econômica:

Art. 174. 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. §1º 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.

À primeira vista, os dispositivos direcionados ao planejamento econômico brasileiro são bastante genéricos. Mas têm em comum, como linha

condutora, a necessidade de observar os escopos traçados na legislação relacionada ao orçamento público, o que já atrai o problema do curto prazo — no máximo quatro anos — das leis orçamentárias, que não facilitam os investimentos de longo prazo, contribuindo para o déficit da infraestrutura do País.

André Castro Carvalho,¹¹⁰ analisando a relação entre o planejamento e o desenvolvimento da infraestrutura, aponta como problemas a distância entre o plano e o resultado, a pouca participação do setor privado, o problema da equidade na tarifação, a intergeracionalidade da infraestrutura e o custo relativo à manutenção dos ativos e à ampliação dos estoques, a desconexão da infraestrutura com outros investimentos, sejam eles públicos ou privados, entre outros. O autor demonstra que as questões orçamentárias tal e qual conhecemos são questões melhor relacionadas com o controle do gasto público, não se prestando para planejar, a longo prazo, o gasto público. Enquanto os instrumentos legais constituem expressão tradicional do orçamento, o planejamento em infraestrutura desborda dos seus limites, reclamando um planejamento de longo ou de longuíssimo prazo, absolutamente incompatível com o planejamento orçamentário.

Percebe-se que as infraestruturas não se sujeitam a uma política de planejamento de Estado, restando mais próximas das políticas dos governos, assim entendidas aquelas relacionadas ao plano de cada governo e, portanto, sujeitas às alterações decorrentes da alternância democrática. Caracterizadas como bens públicos, em seu sentido econômico, percebe-se claramente o jogo de *rent-seeking* a que as infraestruturas se sujeitam. Tem-se agentes políticos formulando e planejando as políticas nacionais de infraestrutura com o espírito voltado à obtenção do maior benefício político possível, de modo que os projetos de curto prazo e que tragam resultados visíveis a tempo de fornecerem proveitos e vantagens eleitorais serão priorizados. Sobre o assunto, André Borges¹¹¹ afirma que

¹¹⁰ Nesse sentido, cf. CARVALHO, André Castro. *Op. cit.*, p. 305-306.

¹¹¹ BORGES, André. Democracia vs. eficiência: a teoria da escolha pública. **Lua Nova**: Revista de Cultura e Política, n. 53, 2001, p. 164.

Nesta perspectiva, todas as políticas governamentais que interfiram no domínio econômico são fontes de renda para grupos privados (Krueger, 1974). Desde que haja a possibilidade de intervenção no domínio econômico, diversos grupos de interesses especiais irão competir para influenciar o governo através de atividades de lobby e captura da arena política que a literatura especializada denomina *rent-seeking* (literalmente “caça à renda”).

A baixa qualidade institucional brasileira contribui para o problema. Não há, institucionalmente falando, um anteparo forte e sólido o suficiente, com reforço em uma racionalidade econômica, jurídica e administrativa adequadas, para contrapor-se e minimizar os aspectos deletérios das más escolhas políticas. Esses fatores, conjugados, levam à repetição centenária de problemas regionais que têm solução, mas não atraem esforços conjugados para solucioná-los. À guisa de exemplo, tem-se os problemas relacionados à seca no semiárido da Região Nordeste brasileira.

O instrumento orçamentário mais longo de que se dispõe é o plano plurianual, que sequer pode ser considerado de longo prazo, dado que tem a duração de meros quatro anos. Apesar da constitucionalização do planejamento e dos planos, o que levaria a atribuir-lhes caracteres próprios de programas de Estado, o tratamento dispensado é próprio de políticas de governo, adstritos, normalmente, às legislaturas. Com muito atraso, algumas distorções estão começando a ser solucionadas, como por exemplo, a previsão da duração contratual com origem na Lei Federal nº 8.666/1993, limitada a cinco anos, prazo aplicável aos convênios, o que atraía a necessidade de justificar-se juridicamente a possibilidade de vigência em prazo superior, contrariando o dispositivo normativo. Para contratações de obras de grande porte, permanecia a limitação, agora afastada com a Lei Federal nº 14.133, de 1º de abril de 2021.

Percebe-se, aqui, um conflito entre o princípio democrático que acompanha a atuação dos poderes legislativo e executivo, os quais devem, em decorrência da incidência do referido princípio, ter liberdade de escolha quanto ao planejamento voltado à ação estatal. O filme indiano *O Tigre Branco* (*The White Tiger*, 2021), utilizando-se de fina ironia, também encontrada no romance homônimo no qual é baseado, escrito por Aravind Adiga, apresenta a perspectiva do personagem principal sobre as ilusões proporcionadas pelas diversas liberdades de que dispõem os seres humanos. O livro, em certo momento,

apresenta as elucubrações despertadas no personagem principal que, a certa altura, envia uma carta ao primeiro ministro chinês que, dali a uns dias, visitará a Índia para “saber a verdade sobre Bangalore.”¹¹² Nessa carta, o personagem discorre:

O, democracy!
 Now, Mr. Premier, the little take-home pamphlet that you will be given by the prime minister will no doubt contain a very large section on the splendor of democracy in India – the awe-inspiring spectacle of one billion people casting their votes to determine their own future, in full freedom of franchise, and so on and so forth.
 I gather you yellow-skinned men, despite your triumphs in sewage, drinking water, and Olympic gold medals, still don't have democracy. Some politician on the radio was saying that that's why we Indians are going to beat you: we may not have sewage, drinking water, and Olympic gold medals, but we *do* have democracy.
 If I were making a country, I'd get the sewage pipes first, then the democracy...¹¹³

Identifica-se um paralelo sutil entre o acesso à infraestrutura básica, a qualidade da vida humana e a democracia. O personagem exalta o esplendor da democracia indiana, apoiada na escolha livre de um bilhão de cidadãos e espezinha a China, que apesar dos triunfos em matéria de esgotamento sanitário, água potável e medalhas de ouro olímpicas, não tem democracia, razão pela qual os políticos indianos vendem a ilusão de que a Índia se encontra na iminência de ultrapassar a China. Contudo, arremata, afirmando que se ele próprio fosse construir um país, faria o sistema de esgotamento sanitário primeiro, para só então realizar a democracia. Com muito maior rigor metodológico e sofisticação a ideia básica pode ser encontrada na filosofia política de Amartya Sen,¹¹⁴ para quem o desenvolvimento configura a expansão das oportunidades e das liberdades substantivas das pessoas. O diagnóstico de Aravind Adiga, em seu livro, é preciso, ainda que pareça extremamente intuitivo. Alguns autores apontam,¹¹⁵ de fato, a existência de um *trade-off* entre um maior grau democrático e um menor nível de investimentos e vice-versa.

¹¹²ADIGA, Aravind. **O tigre branco**. São Paulo: Harper Collins Brasil, 2021, p. 7.

¹¹³ ADIGA, Aravind. **The White tiger**. New Delhi: Harper Collins Publishers, 2008.

¹¹⁴ Nesse sentido, cf. SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 336.

¹¹⁵ A esse respeito, cf. CARVALHO, André Castro. *Op. cit.*, p. 321.

Guardado o distanciamento cultural destes países asiáticos, verifica-se uma aproximação entre os problemas relacionados à infraestrutura de base como problemas de escolha pública, sujeitos às falhas públicas. Os fins são dados objetivos e constituem a primeira expressão da constituição econômica, presentes no artigo 3º, os meios são demonstrados nos planos e nos orçamentos e perfectibilizam-se por meio das políticas públicas. Percebe-se, a partir da constituição federal, um sistema fragmentado e a ausência de uma política nacional de desenvolvimento regional que oriente a edição de leis contendo políticas públicas de infraestrutura. Há, em vez disso, órgãos e entes superpostos cujas atribuições são descoordenadas.¹¹⁶

¹¹⁶ Nesse sentido, BERCOVICI, Gilberto. *Op. cit.*, 2003, p. 114.

4 AS RELAÇÕES ENTRE ECONOMIA E DIREITO

Como demonstrado na seção anterior, a infraestrutura pública possui relações intrincadas com a economia e com o sistema jurídico brasileiro em medida de relevância equivalente. Economia e Direito são duas ciências sociais que se interrelacionam e que mutuamente se conformam,¹¹⁷ de modo que se reconhece a relevância das conexões para ambas as ciências.¹¹⁸ Desse reconhecimento, extrai-se a necessidade de institucionalizar a utilização de elementos econômicos de interpretação na atividade decisória, seja ela política ou judicial, o que recomenda uma visão sistêmica dos problemas enfrentados.

O olhar científico concomitante sobre as duas ciências e suas relações não é recente, podendo-se identificar incursões entre as duas ciências feitas por vários teóricos, desde Francis Hutcheson, a quem se credita larga influência exercida sobre Adam Smith, através do seu curso de Filosofia Moral, considerado uma mistura de ética, direito e princípios da economia, da política comercial e das finanças públicas,¹¹⁹ passando pelo próprio Adam Smith (em *Lectures on Jurisprudence* e *n'A Riqueza das Nações*) e pelos institucionalistas,¹²⁰ chegando ao movimento contemporâneo norte-americano chamado *Law & Economics* ou, conforme se adota, a depender da linha, no Brasil, Direito e Economia ou Análise Econômica do Direito (AED).

A literatura jurídica contemporânea correlata, que se debruça sobre as duas ciências de forma conjunta, por vezes limita a discussão às eventuais convergências e divergências entre justiça e eficiência, resultado do

¹¹⁷ Fábio Nusdeo chega a afirmar que não há, propriamente, uma relação entre Direito e Economia, mas que ambas formam um único campo de estudo, partes de um todo que é seccionado para fins didáticos. Cf. NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia** — Introdução ao Direito Econômico. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2014, p. 21.

¹¹⁸ As interferências não são um fenômeno atual nem estão restritas aos dois campos mencionados do conhecimento. Ao acompanhar as negociações do acordo de paz que levaram ao Tratado de Versalhes, John Maynard Keynes acreditava que os termos impostos à nação alemã, contendo sanções econômicas, não só levariam o país à miséria, mas criariam condições para o surgimento de políticos extremistas. Pode-se dizer que esse é um claro exemplo de como a economia interferiu na ciência política. Cf.: WAPSHOTT, Nicholas. **Keynes x Hayek**: as origens e a herança do maior duelo econômico da história. São Paulo: Record, 2016, p. 10.

¹¹⁹ Cf. SMITH, Adam. **A riqueza das nações**: investigação sobre sua natureza e causas. Trad.: Luiz João Baraúna. São Paulo: Nova Cultural, 1996, p. 5.

¹²⁰ Cf. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. (Tradução: Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa). **Direito & Economia**. Porto Alegre: Bookman, 5. ed., 2010, p. 17.

desenvolvimento de um estudo integrativo dos assuntos.¹²¹ Enquanto essa corrente radicaria no utilitarismo de Jeremy Bentham, seguido do pragmatismo e do realismo jurídico, adotando como princípios valor, utilidade e eficiência, o Direito, como disciplina autônoma, seguiu em torno das discussões sobre justiça em suas diversas acepções.

Não são poucas as críticas destinadas à corrente. Paula Forgioni adverte que “para muitos, no inferno de Dante estará reservado um círculo aos que ousaram contaminar o Direito com a Economia, ou propor a utilização de método ligado à AED na solução de problemas jurídicos.¹²²” O motivo seria o fato de que haveria uma inaceitável sobrelevação das consequências das normas em detrimento da segurança do sistema jurídico, que decorreria da aplicação da norma jurídica.

Trata-se, na verdade, do choque entre a objetividade do caráter técnico, ligado aos pressupostos econômicos e ao consequencialismo, e a ideia de justiça. A proposta deste trabalho é, ao contrário das insurgências apontadas, aproximar as consequências econômicas das normas que implementam políticas públicas de infraestrutura econômica da ideia de justiça contida nos objetivos fundamentais da República de conteúdo econômico.

Não se nega haver contraposição entre eficiência econômica e justiça distributiva. Contudo, no objeto ora analisado, a questão ligada à eficiência econômica, ou seja, à implementação dos valores constitucionais erigidos à categoria de objetivos fundamentais da República, passa a constituir uma premissa, uma etapa anterior a ser alcançada que deve ser considerada com a finalidade de propiciar ações e valorações relacionadas à justiça distributiva.

A abordagem interdisciplinar oferecida pela Análise Econômica do Direito não parece suficiente para oferecer respostas aos problemas de constitucionalidade, sendo necessário promover um avanço que proporcione uma maior compreensão dos problemas e da interação das duas ciências.

¹²¹ A afirmação é, aparentemente, simplista, ao colocar que, em linhas gerais, a economia norteia escolhas utilizando-se de conceitos de eficiência enquanto o direito adota objetivos de justiça e equidade (ao tratar de aspectos distributivos) ou relacionados a princípios gerais. A simplificação decorre do recorte epistemológico da tese.

¹²² FORGIONI, Paula A. Análise econômica do direito (AED): paranoia ou mistificação? **Revista de Direito Mercantil**, n. 139, 2005, p. 252.

4.1 A contribuição da teoria geral dos sistemas

Para cumprir o objetivo proposto de utilizar-se uma abordagem particular dos estudos contemporâneos desenvolvidos para observar a interação entre o direito e a economia, utiliza-se a teoria geral dos sistemas.

O termo teoria geral dos sistemas¹²³ tem o objetivo de retratar um caráter universal, em sentido amplo, com a finalidade de apresentar princípios gerais que possam ser utilizados na solução de problemas de sistemas que prescindem de modelos matemáticos, mas ainda assim reclamam uma visão sistêmica para serem solucionados.

Sistemas são elementos ordenados que se relacionam entre si e se diferenciam do meio circundante.¹²⁴ Os mais diversos sistemas apresentam uma semelhança estrutural e pode-se perceber um grau de isomorfismo em campos distintos do conhecimento.¹²⁵ Sistemas são compostos por elementos estruturados e ordenados formando uma unidade. Problemas que envolvem a inter-relação de grande número de variáveis são essencialmente problemas sistêmicos.

É o caso do direito e da economia, cuja inter-relação leva ao aumento da compreensão dos seus elementos isoladamente considerados, superando a abordagem reducionista, analítica e mecanicista da ciência clássica.¹²⁶

¹²³ O termo, no sentido universal, para tratar de problemas que pudessem prescindir de modelos matemáticos, e correspondessem a uma doutrina dos princípios aplicáveis a todos os sistemas, foi cunhado por Ludwig von Bertalanffy. Por esse motivo, considera-se a teoria um novo paradigma científico, no sentido proposto por Thomas Kuhn. Cf. BERTALANFFY, **Teoria geral dos sistemas**: fundamentos, desenvolvimento e aplicações. Petrópolis: Vozes, 2006, p. 13.

¹²⁴ Cf. FOLLONI, André. Introdução à teoria da complexidade. Curitiba: Juruá, 2016, p. 31.

¹²⁵ Cf. BERTALANFFY, *Op. cit.*, p. 33.

¹²⁶ A esse respeito, Cf. BERTALANFFY, pp. 71-72. “Na concepção do mundo mecanicista [...] não havia lugar para a direção, a ordem ou a finalidade. [...] A única finalidade da ciência parecia ser analítica, isto é, a divisão da realidade em unidades cada vez menores e o isolamento de cadeias causais individuais. [...] Em consequência, a causalidade tinha essencialmente um único sentido [...] Lembremo-nos da famosa tabela das categorias de Kant, que procura sistematizar as noções fundamentais da ciência clássica. É sintomático que as noções de interação e de organização serviam apenas para encher espaço ou absolutamente não apareciam. Podemos declarar, com característica da ciência moderna, que este esquema de unidades isoláveis atuando segundo a causalidade em um único sentido mostrou-se insuficiente. Daí o aparecimento em todos os campos da ciência de noções, tais como totalidade, holístico, orgânico, gestalt etc., significando todas que, em última instância, temos de pensar em termos de sistemas de elementos em interação mútua”.

Problemas sistêmicos reclamam uma visão sistêmica na sua abordagem, em vez de adotar o mero reducionismo, pois sempre que as partes formam um todo, o especialista cujo foco abraça somente parte do problema não tem condições técnicas de dar respostas satisfatórias. Faz-se necessário o que os autores denominam de perspectivismo¹²⁷ (em substituição ao reducionismo) ou de estudos integradores,¹²⁸ em razão da ideia aparentemente simplória de que o todo é mais do que a soma dos elementos. Diz-se aparentemente simplória porque, apesar de reconhecer a importância das relações entre as partes, muitas questões decorrentes da inter-relação sistêmica entre as ciências ainda precisam ser discutidas como forma de obter melhores resultados.

A ciência tradicional, diante de dois sistemas (A e B) e sua inter-relação, acredita ter apenas dois elementos dignos de atenção, quando, em verdade, possui três. Quando a mera interação deixa de ser reconhecida como elemento necessário à compreensão de cada ciência isoladamente considerada, para serem tratadas como elementos exógenos, e não como derivados dos sistemas inter-relacionados, muitas questões que precisam de elementos próprios de uma delas ficam sem solução. Ter dois sistemas diante de si não significa estar diante de dois elementos, mas de três, sendo que o terceiro elemento não é um item exógeno, apesar de derivado e emergente da relação entre os sistemas. Antes deve ser compreendido como parte integrante deles, jamais podendo ser desconsiderado numa análise científica ou propositiva no sentido de buscar-se a resolução de problemas.

Sistemas simples são formados por partes da mesma espécie.¹²⁹ O estudo do direito sistematizado, formando uma unidade, é uma contribuição de Bobbio,¹³⁰ cuja teorização configurou indiscutível contribuição à ciência jurídica. Entretanto a ideia de completude do ordenamento traz consigo problemas por não reconhecer que algumas das soluções às diversas questões podem não ser

¹²⁷ Cf. BERTALANFFY, *Op. cit.*, p. 76.

¹²⁸ Cf. MATHER, K. F. Objectives and nature of integrative studies. **Main Currents in Modern Thought**, 8, 1951, p. 11.

¹²⁹ Cf. BERTALANFFY, *Op. cit.*, p. 90.

¹³⁰ BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Brasília: Editora UnB, 10. ed., 1999, p. 35.

encontradas no próprio ordenamento, enfraquecendo a apontada ideia de plenitude.

Há três princípios responsáveis pelo sectarismo científico no que se refere à individuação do objeto estudado: o princípio da disjunção, o princípio da redução e o princípio da abstração. Tais princípios foram responsáveis por retirar a comunicação entre o conhecimento científico e a reflexão filosófica.¹³¹

A hiperespecialização do conhecimento secciona o objeto e retira segmentos sobre os quais se debruça o cientista e, em outra perspectiva, o sujeito que lida com questões práticas relacionadas àquele objeto, trazendo um efeito adicional perverso: uma fragmentação artificial e facilitadora do trabalho desenvolvido, mas que mascara as reais dimensões do objeto e a interação deste objeto dentro do sistema a que pertence em relação a outros sistemas que com ele se comunicam, interagem e nele interferem. Morin aponta como uma espécie de ilusão que um corte arbitrário operado no real faz parecer-se com o próprio real, mas a ele não corresponde.¹³²

Bachelard havia descoberto

que o simples não existe: só o que há é o simplificado. A ciência constrói o objeto extraindo-o de seu meio complexo para pô-lo em situações experimentais não complexas. A ciência não é o estudo do universo simples, é uma simplificação heurística necessária para desencadear certas propriedades, até mesmo certas leis.¹³³

Evidentemente, Bachelard referia-se não a leis em sentido estrito, mas às leis de determinado campo científico. Apesar da necessária distinção, é possível transpor a ideia às leis propriamente ditas sem prejuízo de sentido, pois estas a tudo se assemelham àquelas no que diz respeito à secção do mundo real, guardando os vícios decorrentes do olhar particularizado que não se detém sobre todos os aspectos possíveis relativos ao problema — no caso, a política pública — tratado.

O Direito é um sistema imaterial, mas que se expressa empiricamente no mundo material. Pode ter como elementos normas cujos objetivos busquem

¹³¹ MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. Porto Alegre: Sulina, 5. ed., 2005, p. 11.

¹³² MORIN, Edgar. *Op. cit.*, 2005, p. 12.

¹³³ MORIN, *Op. cit.*, p. 15.

produzir certos efeitos, como é o caso das políticas públicas. A questão que se coloca é que nem sempre resultam nos objetivos perseguidos, de modo que a visão sistêmica e baseada na teria da complexidade é ideal para lidar com situações imprevisíveis e seus efeitos inesperados ou incontroláveis. A norma jurídica não oferece, por si só, todos os dados necessários para extrair-se dela a sua constitucionalidade, é necessário avaliá-la no contexto da realidade dada.

4.2 A superação do paradigma positivista

Direito é fato, valor e norma. A norma possui uma dupla acepção: estrutural e dinâmica. O exame de constitucionalidade concentra-se exclusivamente na estrutura normativa, em seus aspectos formal e material, mas não se discute o exame de constitucionalidade em seus aspectos dinâmicos, ou seja, como se relaciona com outros elementos dentro e fora do sistema jurídico. É fato social que carece de instrumental de análise e necessita buscar auxílio em outros ramos do conhecimento para complementar, corrigir soluções jurídicas para problemas do mundo fenomênico ou fundamentar escolhas e decisões.¹³⁴

O condicionamento do fato jurídico, objeto da ciência do Direito, em uma caixa estanque que permita desconsiderar as relações que possui com os diversos sistemas sociais inter-relacionados, próprios das sociedades complexas, traz um resultado igualmente mutilado do conhecimento, próprio da metodologia analítica e cartesiana que tem sido dispensada a esse objeto até o presente.

O reducionismo metodológico não permite aferir se o caráter instrumental da Constituição Federal tem servido ao propósito maior ofertado pela premissa resultante da relação teleológica estabelecida entre a ação estatal — exercida através das políticas públicas — e as transformações sociais e econômicas. A função transformadora do Direito constitui o cerne do estado democrático de direito. A mera observância do procedimentalismo é insuficiente

¹³⁴ SANTANA, Paulo Victor Pinheiro de. Análise econômica no direito brasileiro: limites e possibilidades. **Lex Humana**. Petrópolis: v. 6, n. 1, p. 156-179, p. 158, 2014.

para garantir a concretização dos valores fundamentais da República, contidos no artigo 3º da Constituição Federal. O normativismo constitucional é incapaz de operar transformações sociais por si só, sendo necessária também a atuação dos demais poderes, seja através da conformação do Poder Legislativo com os ditames constitucionais, seja através do controle constitucional exercido após o ingresso da norma produzida no ordenamento jurídico.¹³⁵

A utilização da economia como instrumento de efetivação de normas constitucionais para além do que dispõe a AED decorre do fato de que institutos econômicos — desigualdades regionais e desenvolvimento — foram alçados ao patamar de valores constitucionais. Evidentemente, o diálogo entre as ciências não é apenas necessário, mas decorrente de um mandamento constitucional. A AED normativa basicamente serve de auxílio para permitir melhores escolhas diante de possíveis alternativas para atingir-se um fim definido no ordenamento jurídico, pautando-se por critérios como a eficiência (melhor opção com o menor custo possível). Entretanto, esses elementos são insuficientes para identificar normas que sejam inconstitucionais a partir do cotejo com os institutos econômicos transformados em objetivos fundamentais da República.

Mesmo quando utilizado um critério de análise de eficiência para medir a constitucionalidade de uma norma — uma possibilidade a se considerar quando se percebe que a diminuição das desigualdades regionais pode ser ferida a partir da implementação de uma política pública destinada a uma outra região geográfica do País, demonstrando, na prática, ter havido a melhora de uma situação para um grupo de pessoas e que tal melhora tenha acarretado a piora para um outro grupo, que vem a ser precisamente o destinatário do objetivo fundamental da República diminuição das desigualdades regionais —, percebe-se não se tratar de uma medição de eficiência tão-somente.

¹³⁵ STRECK, Lênio. Jurisdição constitucional e hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais-sociais no Brasil. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 8, n. 2, maio/ago. 2003, p. 297.

4.3 Interdependência e complementaridade entre os sistemas jurídico e econômico e as contribuições da teoria dos sistemas complexos

A essência do pensamento institucionalista reside no olhar sobre a economia de forma sistêmica, reconhecendo-se a necessidade de analisá-la em sua totalidade em vez de observá-la como a soma de várias partes,¹³⁶ permitindo, dessa forma, o reconhecimento da importância das instituições na atividade econômica.

Por mostrar-se como uma vertente da economia ocupada com a relação entre instituições e desempenho, possibilita, quando se incorpora à análise jurídica, que o direito possa utilizar-se de seu instrumental para verificar a eficácia de normas situadas na fronteira entre o direito e a economia. Para possibilitar o olhar sistêmico sobre a interação entre as duas ciências, o ideal é adotar o pensamento complexo, que lida com a incerteza, a ambiguidade, os limites, as insuficiências, as carências e as incompletudes dos sistemas. Critérios de racionalidade precisam garantir, simultaneamente, graus de objetividade, precisão e realismo na definição de suas condições de satisfação.¹³⁷

A teoria dos sistemas complexos constitui uma evolução da teoria geral dos sistemas, cuja utilização é recomendada por sua construção se mostrar mais próxima da realidade, por lidar com incoerências. Já a teoria geral dos sistemas tende a uma maior idealização da realidade e, por vezes, despreza o fato de que a racionalidade limitada leva a resultados insatisfatórios.

Reputa-se¹³⁸ que, no campo das ciências sociais, a complexidade é adequada para tratar problemas que se situam num meio-termo entre interações

¹³⁶ LOPES, Herton Castiglioni. Instituições e crescimento econômico: os modelos teóricos de Thorstein Veblen e Douglass North. **Revista de Economia Política**. v. 33, n. 4, out/dez 2013, p. 620.

¹³⁷ Nesse sentido, cf. SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: FGV, v. 248, maio-ago., 2008, p. 139. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/41531>. Acesso em: 11.03.2021.

¹³⁸ WEAVER, Warren. Science and complexity. **American Scientist**, n. 36, p. 536-544, 1948. *Apud*: FOLLONI, André. *Op. cit.*, 2016, p. 39.

com poucos elementos, para as quais seria suficiente a teoria dos jogos, por exemplo, e interações com muitos elementos, mas cujo comportamento é uniforme, para quem seria suficiente a análise econômica do direito, a qual parte de uma média das qualidades homogêneas dos agentes (todos racionais e interessados, por exemplo). A complexidade destina-se aos estudos em que há muitos agentes, inviabilizando, assim, uma análise combinatória de todas as interações possíveis, e que sejam todos relevantes para serem tratados pela média do comportamento, que, teoricamente, pode servir para um número infinito de agentes. Problemas complexos necessitam de equipes multidisciplinares dedicadas.¹³⁹ Os sistemas complexos costumam ser não lineares e portanto, imprevisíveis, de modo que o conhecimento dos dados iniciais não autoriza prever os resultados da interação dos seus elementos ao longo do tempo.

Dito de outro modo, nem sempre os resultados almejados decorrerão do seu funcionamento dinâmico. Simplesmente os efeitos decorrem de causalidades não lineares e alguns efeitos são, ao mesmo tempo, produto e causa em razão da recursividade. Essa característica é o que torna tão difícil estabelecer relações de causa e efeito nos sistemas complexos.

Passando aos objetivos fundamentais da República como norte do ordenamento jurídico e, ainda com mais pertinência, das leis instituidoras de políticas públicas de infraestrutura, tem-se que, por mais bem-intencionados que os formuladores estejam, é possível que os resultados operados após algum tempo não só não levem ao atingimento daqueles objetivos, como existe a possibilidade de infirmarem tais diretrizes.

Outra característica dos sistemas complexos é relevante para o diagnóstico da correção de situações iniciais que levam a resultados inesperados ou indesejáveis. O fato de serem caóticos e dissipativos,¹⁴⁰ em contato com o meio circundante, leva ao reconhecimento de que o estado inicial

¹³⁹ Cf. FOLLONI, *Op. cit.*, p. 39.

¹⁴⁰ Caos, no sentido científico, significa dizer que o comportamento futuro do sistema dinâmico é imprevisível, e não desordenado. Sistemas dissipativos são sistemas abertos que trocam energia com o meio circundante, dissipando energia e evoluindo dessa forma. Nesse sentido, cf. FOLLONI, André. *Op. cit.*, 2016, p. 57. O autor conceitua o caos como sendo “a extrema sensibilidade às condições iniciais”. A título de curiosidade, esse atributo dos sistemas complexos foi retratado no filme *O efeito borboleta* (2004).

seja conhecido apenas por aproximação — e este fato leva a verdadeiros erros de premissa que somente serão descobertos no futuro.

Erros de avaliação podem ser comuns na elaboração de políticas públicas, como se o dever ser fosse um aspecto decorrente da realidade dada, certa e acabada, ignorando-se questões relacionadas às incertezas genuínas, aos grupos de pressão, às capacidades institucionais, às falhas de governo, aos riscos, à corrupção, enfim, às inconsistências em geral. Por vezes, quando os resultados são aquém do esperado, busca-se uma avaliação retrospectiva para identificar os erros cometidos, um verdadeiro desperdício de recursos e de energia.

Sistemas complexos organizam-se em níveis diferentes de complexidade que interagem entre si e se integram recursivamente. Nesse sentido, André Folloni¹⁴¹ afirma que a norma não pode ser compreendida separada do seu nível superior, o ordenamento; e este, por sua vez, não pode ser compreendido separadamente da realidade social que o circunda, pois os níveis de complexidade “são camadas de integração de sistemas complexos em sistemas complexos maiores que os contêm e com os quais interagem”, influenciando-se através da troca de energia, matéria ou informação. O autor arremata:

Como as interações entre níveis são ascendentes ou descendentes, isto é, as partes promovem alterações no todo e o todo devolve condicionamentos entre as partes, é muito difícil estabelecer o exato grau de legitimidade científica para considerar apenas um dos níveis. Se considerarmos apenas o nível inferior, podemos deixar de compreender algum aspecto do nível superior determinante para a compreensão do inferior e vice-versa. [...] situações haverá em que a descrição em um nível de complexidade não pode ser feita com a desconsideração de níveis adjacentes, inferiores ou superiores, pois causalidades verticais podem determinar as qualidades de um nível a partir de suas interações com os outros, que não poderão, então, ser desprezadas.

Para clarear a discussão e estabelecer parâmetros metodológicos, propõe-se avaliar aspectos particulares de duas políticas públicas de infraestrutura de âmbito nacional, aspecto este relevante, haja vista a

¹⁴¹ Cf. FOLLONI, André. *Op. cit.*, 2016, p. 69.

possibilidade de proceder-se à avaliação dos seus efeitos em regiões geográficas díspares com relação aos indicadores socioeconômicos.

A situação envolve, portanto, a avaliação da constitucionalidade de um dispositivo em relação a elementos que se encontram fora do sistema jurídico. Há que se incrementar o repertório do Poder Judiciário para lidar com essas questões, o que será objeto da seção seguinte.

4.4 O problema da constitucionalidade das políticas públicas como um problema complexo

Um problema complexo engloba inúmeras situações combinadas e inter-relacionadas com condições inadequadas para sua solução. Em situações desse tipo, somente é possível avançar na direção das soluções mais efetivas abandonando-se os métodos tradicionalmente aplicados para a resolução de determinados problemas. A compreensão aprofundada dos problemas auxilia sobremaneira, somada ao pensamento orientado à inovação.

Problemas complexos reclamam intensos diálogos interinstitucionais para serem resolvidos. Em outras áreas das ciências, existe consenso em torno da ideia de que muitas soluções tecnológicas conseguiram ser desenvolvidas e implementadas a partir da união dos conhecimentos de vários campos de especialização.¹⁴²

Com as normas jurídicas não deveria ser diferente. O problema desta tese decorre do fato de que uma eventual união de esforços para solucionar problemas relacionados às políticas públicas de infraestrutura esbarra em limitações decorrentes do desenho das relações ocorridas no âmbito da realidade institucional a que se chama de Estado. Essa constatação leva à ideia de que o desenho de tal relação institucional precisa ser alterado.

¹⁴² Nesse sentido, cf. BUCHANAN, Richard. Wicked problems in design thinking. **Design Issues**. Boston: The MIT Press, v. 8, n. 2, 1992, p. 5-21. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/1511637>. Acesso em: 02/07/2021. "The beginning of such an understanding has already turned the study of the traditional arts and sciences toward a new engagement with the problems of everyday experience, evident in the development of diverse new products which incorporate knowledge from many fields of specialized inquiry", p. 9.

À convergência deste pensamento em atividades variadas dá-se o nome de *design thinking*.¹⁴³ Originalmente identificado com o desenho arquitetônico, imagético, relacionado às belas artes em geral, o conceito de desenho relacionado aos objetos materiais evoluiu para abarcar tanto as atividades e os serviços organizados, como os sistemas complexos, exercendo uma função integrativa entre agentes, instituições e ideias.

A identificação primária dos problemas inicia-se em um determinado ponto do sistema, mas a inovação é facilitada quando sofre influxos de outras áreas do conhecimento e as questões apresentadas são estruturalmente reposicionadas. Um exemplo de *design thinking*¹⁴⁴ simples foi a alteração no procedimento licitatório para admitir a inversão das fases de habilitação e apresentação de propostas para resolver entraves burocráticos e problemas de eficiência e morosidade.

Num sentido mais aprofundado, é possível promover alterações nas categorias de pensamento que já têm sentidos sedimentados e são utilizadas como base para analisar as situações apresentadas. Dificilmente as soluções para os problemas relativos aos sistemas sociais apresentados obedecem aos limites de um campo apenas do conhecimento; ao contrário, não dispensam um conjunto de métodos integrados e orientados à busca de soluções, especialmente porque lidam com informações confusas e um número elevado de agentes e tomadores de decisão que possuem valores conflitantes.

Nesse sentido, o controle de constitucionalidade abstrato é um modelo linear de solução de problemas que se mostra inadequado para resolver problemas complexos. Ainda que haja abertura para corrigir eventuais *déficits* informacionais por meio da admissibilidade de *amici curiae* e da realização de audiências públicas e perícias, tais práticas são insuficientes para identificar e resolver problemas desse jaez. Nesse sentido, outras instâncias judiciais já demonstram uma maior permeabilidade a outras técnicas para solucionar litígios estruturais, obtendo, assim, resultados mais efetivos. Quando se trata de controle de constitucionalidade abstrato, a capacidade decisória é posta em

¹⁴³ Cf. BUCHANAN, Richard. *Op. cit.*, p. 10.

¹⁴⁴ Cf. BUCHANAN, Richard. *Op. cit.*, p. 15.

xeque, o que corrobora a necessidade de revisão do modelo adotado até então para resolução de problemas de alta complexidade, o que será abordado na próxima seção.

5 LIMITES E PARÂMETROS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE CONCENTRADO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE INFRAESTRUTURA

A teoria do controle de constitucionalidade tem seu alcance limitado pela concepção tradicional kelseniana da teoria da ciência do direito e carece de elementos da realidade que o pensamento complexo oferece para se aperfeiçoar. Propõe-se a superação da dogmática jurídica estrita e da racionalidade que a acompanha.¹⁴⁵

As políticas públicas estão sujeitas ao controle de constitucionalidade, dada sua consubstanciação por meio de instrumentos normativos, cuja sindicabilidade deve ser plena. Entretanto, percebe-se um sistema falho em controlar de forma eficiente a efetividade dessas normas, seja previamente a sua elaboração, seja por meio do controle de constitucionalidade realizado pelo Poder Judiciário, especialmente pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Nessas circunstâncias, percebe-se a ausência de uma discussão consistente sobre a normatividade dos objetivos fundamentais da República visando à superação da crise de efetividade das normas constitucionais.

A principal razão para esse isolamento é a importância que o positivismo teve para a consolidação da ciência do direito, percorrendo caminhos trilhados por outras ciências que pugnaram pela simplificação como meio de investigação do seu objeto, buscando-se reduzir complexidades para possibilitar uma melhor compreensão daquilo que é investigado. Essa construção foi importante em dado momento histórico, em que o isolamento era necessário para sua melhor caracterização, perfazendo campo de estudo próprio, além de um objeto e uma metodologia bem delimitados, demonstrando possuir identidade particular, o que possibilitou distinguir o direito de outras ciências sociais.

Entretanto, a redução de complexidades tem trazido mais incertezas e insuficiências, sem atenuar as inquietações do investigador pelo fato de ignorar a realidade complexa em que estão inseridos os problemas mais inquietantes da teoria constitucional, especialmente a consecução dos objetivos fundamentais

¹⁴⁵ FOLLONI, André. **Ciência do direito tributário no Brasil**: críticas e perspectivas a partir de José Souto Maior Borges. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 205.

da República que buscam garantir o desenvolvimento nacional e a redução das desigualdades regionais, todos inerentes à Economia, de modo que tem a verificação de sua implementação condicionada a indicadores externos à Ciência do Direito.

5.1 A necessidade de alcançar a efetividade máxima da Constituição Federal

A norma possui um aspecto estrutural e um dinâmico, ambos passíveis de sofrer controle de constitucionalidade. Vê-se somente o controle de constitucionalidade estrutural, seja material ou formal. Mas não há um controle funcional da norma no ordenamento jurídico. Ela será formalmente constitucional, aparentemente materialmente constitucional, mas não será funcionalmente constitucional. Os aspectos dinâmicos referentes à existência da norma poderão revelar inconstitucionalidades. Não se confunde com a efetividade propriamente dita, pois esta é vinculada aos objetivos e aos resultados diretamente almejados pela norma, muitas vezes declarado na sua exposição de motivos ou nas razões de veto, porém não é o caso ora tratado. A efetividade de que se trata é de cunho constitucional.

Os defeitos referentes à autoridade da qual emanou a norma e ao procedimento que a originou são defeitos formais que levam à inconstitucionalidade formal. Defeitos quanto ao seu conteúdo revelam inconstitucionalidades materiais. Entretanto, não há um reconhecimento da inconstitucionalidade quando ela decorre de um aspecto revelado a partir da vigência das normas e de seus efeitos. Diz-se material porque a inconstitucionalidade diz respeito ao conteúdo material da norma constitucional atingida, mas não é aferível de imediato a partir do conteúdo da norma infraconstitucional. Busca-se, portanto, aferir técnicas de efetuar o referido controle de constitucionalidade dessa norma.

5.2 Políticas públicas de infraestrutura relacionadas ao desenvolvimento nacional e à diminuição das desigualdades regionais

Seguindo as quatro grandes linhas da infraestrutura pública econômica relacionadas ao desenvolvimento, destacam-se a energia (incluídos o setor elétrico e de gás), o saneamento básico, os transportes e a comunicação. Destas, seleciona-se a energia e o saneamento básico para concentrar a discussão acerca de sua constitucionalidade. Escolheram-se estas políticas públicas em razão de não só encontrarem-se, cada uma, sob a coordenação de um marco legal geral (ainda que existam outras normas esparsas), como pelo fato de constituírem um insumo básico para todos os processos produtivos (no caso da energia) e pela enorme essencialidade à vida humana (no caso do saneamento), de modo que não se pode prescindir destes elementos numa discussão sobre desenvolvimento nacional, especialmente no contexto do desenvolvimento socioeconômico humano.

O setor de energia rege-se pela Lei Federal nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, que estabelece expressamente: “Art. 1º As políticas nacionais para o aproveitamento racional das fontes de energia visarão aos seguintes objetivos: [...] II – promover o desenvolvimento nacional”; pela Lei Federal nº 14.134, de 8 de abril de 2021, direcionadas ao setor de gás, bem como pelas leis dirigidas especificamente ao setor elétrico, Lei Federal nº 10.438, de 26 de abril de 2002, que dispõe sobre a expansão da oferta de energia elétrica emergencial, recomposição tarifária extraordinária, Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia Elétrica (Proinfa), Conta de Desenvolvimento Energético (CDE), universalização do serviço público de energia elétrica, entre outros assuntos; Lei Federal nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, que institui a Aneel e trata do regime de concessões dos serviços públicos de energia elétrica; Lei Federal nº 10.848, de 15 de março de 2004, que dispõe sobre a comercialização de energia elétrica; Lei Federal nº 12.783, de 11 de janeiro de 2013, que dispõe sobre concessões de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica, sobre redução dos encargos setoriais e sobre modicidade tarifária; são esses os principais dispositivos relacionados ao setor de energia.

O setor de saneamento rege-se pela Lei Federal nº 11.445, de 2007, com modificações introduzidas pela Lei Federal nº 14.026, de 2020, contemplando aspectos práticos referentes à universalização dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário por parte das empresas concessionárias e contratantes de programa, especialmente estudos de viabilidade econômica do atendimento das metas de universalização e o plano de captação dos recursos respectivo.

Nas normas apontadas, há raras menções a tratamento distinto em razão da região geográfica: (art. 13, da Lei Federal nº 9.427/1996, ao dispor acerca da taxa de fiscalização devida à Aneel, dispõe que

§ 2º A Reserva Global de Reversão – RGR [...] é considerada incluída nas tarifas de energia elétrica, com as alterações seguintes: [...] II – do total de recursos arrecadados a partir da vigência desta Lei, cinquenta por cento, no mínimo, serão destinados para aplicação em investimentos no Setor Elétrico das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, dos quais 1/2 em programas de eletrificação rural, conservação e uso racional de energia e atendimento de comunidades de baixa renda; III – os recursos referidos neste artigo poderão ser contratados diretamente com Estados, Municípios, concessionárias e permissionárias de serviço público de energia elétrica e agentes autorizados, assim como Cooperativas de Eletrificação Rural, Cooperativas responsáveis pela implantação de infraestrutura em projetos de reforma agrária e Consórcios Intermunicipais; IV – os recursos destinados ao semiárido da Região Nordeste serão aplicados a taxas de financiamento não superiores às previstas para os recursos a que se refere a alínea “c” do inciso I do art. 159 da Constituição Federal; V – as condições de financiamento previstas no inciso IV poderão ser estendidas, a critério da Aneel, aos recursos contratados na forma do inciso III que se destinem a programas vinculados às metas de universalização do serviço público de energia elétrica nas regiões mencionadas no inciso II.

A Lei 10.438/2002 dispõe que

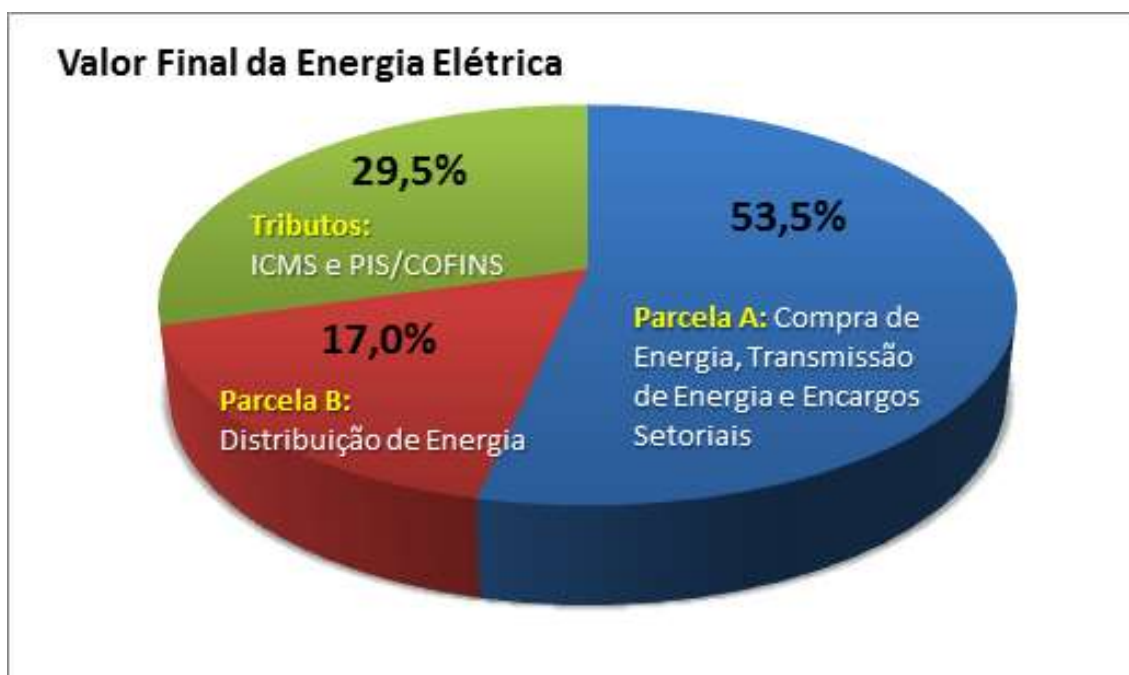
“§3º- B A partir de 1º de janeiro de 2030, o rateio das quotas anuais da CDE deverá ser proporcional ao mercado consumidor de energia elétrica atendido pelos concessionários e pelos permissionários de distribuição e transmissão, expresso em MWh. [...] §3º-H. Observado o disposto no §3º-B deste artigo, o custo do encargo tarifário por megawatt-hora (MWh) da quotas anuais da CDE de que trata o inciso I do § 1º deste artigo deverá ser igual para os agentes localizados nos Estados de uma mesma região geográfica, a partir de 1º de janeiro de 2021.

Destaca-se que a redação do último dispositivo mencionado decorreu de alteração realizada pela Lei Federal nº 14.120, de 1º de março de 2021. A Lei Federal nº 12.783/2013, que trata de redução de encargos setoriais e de modicidade tarifária, quanto a essa última, é disciplinada de maneira indistinta entre as regiões brasileiras, estabelecendo benefícios somente em razão da baixa renda do consumidor final.

É pacífico o entendimento acerca da necessidade da energia para promoção do desenvolvimento nacional e que este só é possível com a diminuição das desigualdades regionais. Da breve explanação dos referidos marcos legais, percebe-se não haver nenhum tratamento específico com o objetivo de propiciar a diminuição das desigualdades regionais.

Estabelecida essa premissa, repisa-se o que já foi dito¹⁴⁶ acerca do aumento da participação do Estado do Ceará na matriz energética nacional, a título de exemplo de estado da federação localizado na Região Nordeste: embora o incremento pareça ser decorrente de um cenário favorável ao estado, deve-se à utilização da energia proveniente das usinas termoeletricas localizadas no seu território, o que encarece sobremaneira o valor da energia cobrada localmente em razão das regras de composição tarifária e a opção de distribuição próxima da geração. Veja-se a composição da tarifa:

¹⁴⁶ A esse respeito, cf. GONDIM, Liliane. A importância da energia eólica na matriz energética brasileira: a sustentabilidade como valor instrumental para a diminuição das desigualdades regionais e a efetivação do direito ao desenvolvimento no Ceará. **Dissertação**. Mestrado. Fortaleza: 2013.



Fonte: Agência Nacional do Setor Elétrico (Aneel).¹⁴⁷

Ainda que seja mais eficiente do ponto de vista energético, em relação às perdas do sistema durante a transmissão, que são evitadas, o valor da energia no território estadual torna-se um dos mais caros da federação, em virtude do ingresso da energia térmica, mais cara, em grande proporção. Essa é uma questão que deveria ter sido considerada no desenho da política pública de fomento desse tipo de infraestrutura. Ainda utilizando o exemplo do Estado do Ceará, percebe-se que, nesse estado, o insumo energia elétrica, presente em todos os processos produtivos, é mais caro, de modo a afugentar a instalação de fábricas e parques industriais, capazes de alterar a oferta de emprego e a economia regional, que só se torna atraente quando são ofertados incentivos fiscais, a exemplo da instalação do *hub* aéreo em decorrência da isenção de ICMS sobre o combustível utilizado pelas aeronaves.

Com relação à Lei Federal nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, que estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico, o silêncio quanto às distinções entre regiões geográficas brasileiras é completo. Entre elas, no que

¹⁴⁷ Disponível em: https://www.aneel.gov.br/conteúdo-educativo//asset_publisher/vE6ahPFxsWHt/content/composicao-da-tarifa/654800?inheritRedirect=false. Acesso em: 4 de julho de 2021.

se refere à universalização dos serviços de saneamento básico, assim considerados o abastecimento de água, a coleta de esgoto, o tratamento de esgoto, a coleta de resíduos sólidos e a destinação adequada dos resíduos sólidos, o melhor desempenho é da Região Sul, seguida da Região Sudeste, enquanto os piores índices são da Região Norte, restando no meio do caminho as Regiões Centro-Oeste e Nordeste.

Entre as capitais, o melhor desempenho é o de Curitiba, que conta com cobertura integral de atendimento de água, tratamento de esgoto, coleta de resíduos sólidos e sua destinação adequada, e praticamente integral da coleta de esgoto (99,99%). O pior desempenho é de Porto Velho, que conta com atendimento de água de 31,78%, coleta de esgoto de 4,58%, sendo que, destes, somente 3,19% são tratados, e chega a coletar 98% dos resíduos sólidos, mas a destinação adequada só alcança 0,20%.¹⁴⁸ Não parece haver dúvida de que o setor, regionalmente considerado, inspira cuidados (que, evidentemente, não constam da pauta do seu marco legal).

Veja-se, por oportuno, que as leis trazidas de forma a exemplificar eventual inconstitucionalidade são dotadas de eficácia, produzem efeitos desejados no mundo fenomênico, porém trazem em seu bojo graus de antiefetividade pelo fato de produzirem, também, efeitos contrários àqueles prescritos nos objetivos fundamentais da República. Para elas, é necessário avançar na discussão de novas metodologias orientadas para o controle de constitucionalidade, sob pena de dispositivos contrários à constituição permanecerem no ordenamento jurídico.

5.3 Limites da atuação jurisdicional

O tema acerca do ativismo judicial não é recente, tendo ligação estreita com o aumento da atividade prestacional estatal ocorrido a partir do pós-guerra, quando houve significativa remodelação dos Estados e suas funções. Deste cenário, surgiram situações em que os destinatários dessas prestações

¹⁴⁸ Dados coletados junto à Associação Brasileira de Engenharia Sanitária (Abes). Disponível em: http://abes-dn.org.br/pdf/Ranking_2019.pdf. Acesso em: 4 de julho de 2021.

se viram compelidos a buscar prestação jurisdicional em razão da ausência de cumprimento das funções estatais. É praticamente unânime a constatação de que algumas vezes o Poder Judiciário tem respondido a essas provocações de modo a portar-se como legislador positivo ou mesmo como administrador no afã de concretizar direitos e compelir o estado a fornecer prestações positivas. Desse modo, faz-se necessário discutir os limites que se impõe aos juízes, bem como o âmbito de liberdade a que se circunscrevem na condução da judicialização das políticas públicas. Essa ideia tem servido de substrato para críticas à atuação do Poder Judiciário.

5.3.1 Princípio democrático e princípio da separação dos poderes

José Luiz Bolzan de Moraes¹⁴⁹ afirma que

o Supremo Tribunal Federal, curiosamente, parece ter tentado assumir, autorreferencialmente, a função de propulsor do alcance dos objetivos do Estado Democrático e Social de Direito (artigo 3º da Constituição), pelo menos se tivermos em linha de conta a sua jurisprudência sobre controle de políticas.

Em direção contrária, o Superior Tribunal de Justiça (STJ)¹⁵⁰ já aduziu que “as meras diretrizes traçadas pelas políticas públicas não são ainda direitos senão promessas de lege ferenda, encartando-se na esfera insindicável pelo Poder Judiciário, qual a da oportunidade de sua implementação”.

Os óbices à sindicabilidade das políticas públicas pelo Poder Judiciário encontram guarida no princípio da separação dos poderes e no princípio democrático. Felipe de Melo Fonte¹⁵¹ credita a opção pela sindicabilidade mais ou menos ampla das políticas públicas ao viés ideológico do intérprete, podendo aquela oscilar em razão deste ser mais ou menos adepto ao ativismo judicial. Neste ponto, discorda-se do autor, advertindo-se que o fato

¹⁴⁹ MORAIS, José Luís Bolzan; BRUM, Guilherme Valle. **Políticas públicas e jurisdição constitucional**: entre direitos, deveres e desejos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016., p. 14.

¹⁵⁰ STJ, 1ª Turma, REsp 575.280/SP, Rel. Min. José Delgado, Rel. p/ Acórdão Min. Luiz Fux, DJ 25-10-2004.

¹⁵¹ FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2. ed., 2015, p. 35.

de não se comungar com a prática do ativismo judicial exacerbado não pode servir de escusa para tolerar-se a permanência, no ordenamento jurídico, de normas inconstitucionais, sob o manto de ferimento dos referidos princípios.

Há, em outra partida, de se indagar acerca da maior concretude das normas, ajustando-se o foco e redirecionando o problema e as preocupações para os modos de controlar essa atividade decisória. Ou seja, deve-se buscar maneiras de controlar a atividade decisória sempre que for necessário retirar do ordenamento jurídico leis inconstitucionais, não sendo suficiente apontar-se a pecha de ativismo, de maneira pejorativa, resultando na inércia do Poder Judiciário face à eventual inconstitucionalidade.

O Supremo Tribunal Federal admite o controle judicial de políticas públicas e já ofereceu requisitos para sua aceitação. Nesse sentido foi a decisão na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45/DF e no Recurso Extraordinário 410.715-5/SP, em que admite a discussão desde que se trate de política pública assentada na Constituição e relacionada a direitos fundamentais, em que não haveria, a princípio, espaço para o exercício da discricionariedade. Exige-se, ainda que a prestação estatal seja deficiente ou reste configurada uma omissão, de modo que a arguição da reserva do possível somente seria válida mediante comprovação objetiva de que os recursos foram efetivamente utilizados para a finalidade constitucional que ora se busca concretizar. Esses são os standards básicos apontados pelo próprio STF em sede de controle judicial de políticas públicas.¹⁵²

O Poder Judiciário pode fazer controle de constitucionalidade de políticas públicas, ainda que tenham sido delineadas pelo poder constituído eleito, o que, em tese, feriria o princípio democrático. No entanto, albergar a suposta proibição pode significar albergar os processos e os procedimentos em desfavor de uma pitada de consequencialismo.

Dessas primeiras incursões aos dias de hoje, a jurisprudência dos tribunais superiores em matéria envolvendo políticas públicas evoluiu bastante, ainda que a esmagadora maioria trate de direitos sociais relacionados à saúde,

¹⁵² Os dois julgados tiveram a relatoria do Ministro Celso de Mello. Cf. STF, ADPF 45/DF Rel. Min. Celso de Mello, DJU 04-05-2004 e Agr. Reg. no RE 410.715-5/SP, 2ª T., Rel. Min. Celso de Mello, DJU 03-02-2006.

provocando, inclusive, a criatividade do Poder Judiciário, que mais e mais viu-se compelido a decidir em casos semelhantes, como, por exemplo, naqueles referentes à concessão de medicamentos de alto custo ou internações hospitalares para tratamento de saúde. Nesse sentido, deu-se guarida à formação de núcleos especializados, tanto por parte do Poder Executivo, como pelo Poder Judiciário, cujas decisões em matérias de alta complexidade tem subvertido a sua sistemática ordinária de trabalho para albergar soluções consensuais com alta dose de responsividade.

Fábio Konder Comparato¹⁵³ admite o controle de constitucionalidade de políticas públicas. O cerne do pensamento do autor reside no conceito de política que ele adota, caracterizando-a como a atividade que engloba normas e atos destinados à realização de um objetivo predeterminado, consistindo no núcleo da noção de serviço de público, de procedimento administrativo e de direção estatal da economia. Segundo afirma,

A política, como conjunto de normas e atos, é unificada pela sua finalidade. Os atos, decisões ou normas que a compõem, tomados isoladamente, são de natureza heterogênea e submetem-se a um regime jurídico que lhes é próprio. De onde se segue que o juízo de validade de uma política — seja ela empresarial ou governamental — não se confunde nunca com o juízo de validade das normas e dos atos que a compõem. Uma lei, editada no quadro de determinada política pública, por exemplo, pode ser inconstitucional, sem que esta última o seja. Inversamente, determinada política governamental, em razão de sua finalidade, pode ser julgada incompatível com os objetivos constitucionais que vinculam a ação do Estado, sem que nenhum dos atos administrativos praticados, ou nenhuma das normas que a regem, sejam, e, si mesmo, inconstitucionais.

Comunga-se com o pensamento do autor, pois o fato de se mostrar como um conjunto de normas de natureza heterogênea, porém partes de um todo, como ele sustenta, apenas evidencia a possibilidade do exercício do juízo de validade das diversas normas, ainda que se declare sua inconstitucionalidade por arrastamento. Evidentemente, guarda-se as devidas proporções de tal opinião jurídica em razão do distanciamento temporal das ideias e a evolução da

¹⁵³ COMPARATO, Fábio Konder. *Op. cit.*, 2002, p. 49-63. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/364>. Acesso em: 21/06/2021.

teoria constitucional, que atualmente admite a declaração de inconstitucionalidade consequencial.¹⁵⁴

A eficácia jurídica plena dos objetivos fundamentais da República remete a uma aplicação predominante, independentemente de qualquer ponderação, cuja necessidade restaria afastada, nas situações em que o ingresso no ordenamento jurídico de determinada norma implique em afastamento dos valores que alberga.

A constituição brasileira é uma carta majoritariamente constituída de regras, com uma clara motivação subjacente. Segundo Humberto Ávila,¹⁵⁵

A escolha constitucional por regras tem uma justificativa relacionada às suas funções: as regras têm a função eliminar ou reduzir problemas de coordenação, conhecimento, custos e controle de poder. A descrição daquilo que é permitido, proibido ou obrigatório diminui a arbitrariedade e a incerteza, gerando ganhos em previsibilidade e em justiça para a maior parte dos casos.

Porém, o título I, onde se encontram os objetivos fundamentais da República, é o seu núcleo principiológico que, por sua vez, deve submeter-se a uma hermenêutica própria. Entretanto, nem sempre esse processo ocorre da mesma forma. Há casos em que se mostra desnecessária a realização de operações relativas à ponderação dos princípios. São situações em que o conjunto normativo infraconstitucional leva diretamente à constatação de completo desrespeito ao referido princípio.

No exercício de sua função bloqueadora, os princípios assemelham-se às regras, pois não se cogita de ponderação. Não há que se falar em considerar constitucionais em algum grau as normas que infirmem os objetivos fundamentais da República. Utilizando-se os objetivos trabalhados, não se pode admitir leis que levem ao subdesenvolvimento ou ao aumento da disparidade regional. A esse respeito, Ávila¹⁵⁶ manifesta-se em favor de que os princípios

¹⁵⁴ O autor propugna a possibilidade de o juízo de inconstitucionalidade possa atingir todas as leis e atos normativos executórios relacionados ao programa de ação governamental.

¹⁵⁵ ÁVILA, Humberto. "Neoconstitucionalismo": entre a "ciência do direito" e o "direito da ciência". **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, jan./mar 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: 20/06/2019.

¹⁵⁶ Cf. ÁVILA, Humberto. *Op. cit.*, p. 6.

exercem a função bloqueadora quando a regra legal for efetivamente incompatível com “o estado ideal cuja promoção é por eles determinada”. Assim, mesmo havendo uma regra legal editada em conformidade com o exercício do poder legislativo, mas cuja aplicação leve a um estado de coisas que vá de encontro à promoção de um valor constitucional determinado, deve-se proceder à ponderação dos princípios constitucionais colidentes. Segundo Ávila,¹⁵⁷ essa ponderação deve identificar os princípios em colisão, objeto da ponderação, que ele chama de pré-ponderação, realizar efetivamente a ponderação e, por fim, fundamentar a ponderação realizada.

O que se está afirmando é que estes objetivos, de caráter principiológico, são resistentes, em alguma medida, à ponderação horizontal em face do princípio democrático que sustenta a elaboração normativa, atividade desempenhada pelo poder legislativo. Evidentemente, não se pode afirmar, *prima facie*, que determinada norma é inconstitucional apenas pelo fato de que não realiza o princípio, mas, sim, porque da sua aplicação legal decorre uma situação de ferimento do princípio. Essa rigidez é própria das regras¹⁵⁸, mas não significa que não seja identificável nos princípios, como é o caso.

A resolução do problema da colisão entre os objetivos fundamentais da República e a o princípio democrático não consiste numa resposta fácil. Um dos elementos que dificulta a tarefa é o fato de que a verificação da concretização dos objetivos aqui estudados não se dá por meio de uma discussão filosófico-jurídica, mas numa imersão nos conceitos e no instrumental ofertado pela ciência econômica.¹⁵⁹

Dada a separação dos poderes, a compreensão da atuação do Poder Judiciário não pode ignorar o déficit democrático em comparação com a atividade legiferante realizada pelo Poder Legislativo, eleito pelo povo e considerado detentor de legitimidade para produzir normas no ordenamento

¹⁵⁷ Cf. ÁVILA, Humberto. *Op. cit.*, p. 11.

¹⁵⁸ A esse respeito, cf. ÁVILA, Humberto. *Op. cit.*, 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: 20/06/2019.

¹⁵⁹ SANDLER, Todd. Bens públicos intergeracionais: estratégias, eficiência e instituições. In: KAUL, Inge; GRUNBERG, Isabelle; STERN, Marc. A. **Bens públicos globais**. Zilda Maldonado (Tradutora) São Paulo: Record, 2012, p. 83.

jurídico, impedindo, a princípio, que o Poder Judiciário substitua suas deliberações pelas próprias, atuando como legislador positivo.

A separação dos poderes tem assento na ideia de mecanismo de prevenção e de concentração de poderes, desenvolvendo-se controles recíprocos, configurando um verdadeiro compartilhamento de contenção de excessos, através de um sistema de freios e contrapesos. Para isso, é necessário que os poderes andem em concertos,¹⁶⁰ ou seja, em sede de questões muito complexas levada à apreciação do Poder Judiciário, é imprescindível que os poderes trabalhem em conjunto, não somente pela desejável política de deferência, mas pela existência de limites que não devem ser ultrapassados. Neste contexto, faz-se necessário discutir os parâmetros que envolvem a atuação do Poder Legislativo.

5.4 Parâmetros para uma análise adequada de constitucionalidade de políticas públicas: a ampliação da cognição do intérprete constitucional

A identificação de instrumentos normativos que infirmem os valores estabelecidos nos objetivos fundamentais reclama a atuação do Poder Judiciário, quando provocado, que, por sua vez, não se encontra vinculado à causa de pedir trazida inicialmente aos autos juntamente com o pedido de declaração de inconstitucionalidade, o que confere a abertura necessária para que sejam utilizados outros elementos informacionais. Entretanto, a atividade judicante é vítima do que Edgar Morin chama de patologia contemporânea do pensamento,¹⁶¹ uma vez que, como ele afirma, o pensamento mutilador leva a ações mutilantes.

A área de intersecção entre diversos sistemas complexos merece aprofundamento como forma de apontar inconstitucionalidades não perceptíveis quando se investiga o fenômeno a partir das normas instituidoras de políticas públicas de forma isolada, exatamente por não serem categorias ontologicamente jurídicas. Impõe-se, assim, a inclusão de elementos

¹⁶⁰ BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 161.

¹⁶¹ MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. Porto Alegre: Sulina, 5. ed., 2005, p. 15.

econômicos com vistas a ampliar o horizonte cognitivo que subsidia o processo decisório, gerando incremento de qualidade ao processo.¹⁶²

Afasta-se a ideia de Robert Alexy de que não haveria precedências em abstrato. Mesmo sem estar diante de um caso concreto, sustenta-se a afirmação de que a lei que eventualmente conduza ao aumento da desigualdade entre as regiões será sempre inconstitucional, não cabendo falar em ponderação em face do princípio democrático, que constitui o suporte da legitimidade do exercício do poder legislativo. A referida constatação atrai a função clássica contramajoritária do Supremo Tribunal Federal.

Há uma racionalidade econômica que incide sobre os critérios de adequação da decisão judicial. As maiores críticas residem no subjetivismo da escolha dos valores que se busca realizar através da decisão consequencialista, problema este que resta naturalmente afastado, considerando que os valores aqui tratados passaram por prévia análise à época da Assembleia Nacional Constituinte, quando de sua eleição para integrar os chamados objetivos fundamentais da República. A contrário senso, não se está diante do que Luis Fernando Schuartz¹⁶³ denominou de problema de decisão com múltiplos atributos incomensuráveis entre si e irredutíveis a uma única unidade, mas valores constitucionalmente destinatários da máxima valoração no plano constitucional programático.

Para um juízo consequencialista metodologicamente correto, faz-se necessário um amplo e possível conhecimento do decisor sobre os elementos do problema tratado¹⁶⁴. Não é suficiente o mero estabelecimento de um nexos causal entre a opção escolhida, dentre as decisões possíveis, e suas consequências, reclamando uma análise adequada, identificando-se inclusive os limites da racionalidade e estabelecendo suas balizas para que se possa realizar um futuro controle de constitucionalidade adequado. Por oportuno, ressalta-se

¹⁶² CYRINO, André. **Direito constitucional regulatório** – Elementos para uma interpretação institucionalmente adequada da Constituição econômica brasileira. São Paulo: Renovar, 2010, p. 3.

¹⁶³ SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: FGV, v. 248, maio-ago., 2008, p. 130-158. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/41531>. Acesso em: 11.03.2021.

¹⁶⁴ Cf. SCHUARTZ, Luis Fernando. *Op. cit.*, 2008, p. 135.

as dificuldades próprias de se estabelecer correlações e causalidades científicas. Arrisca-se a dizer que, mais do que os limites democráticos ou ínsitos à separação de poderes, o conhecimento aprofundado sobre a causalidade “aumento das desigualdades regionais” decorrente da aplicação de determinada política setorial de infraestrutura é o principal óbice à completa análise da questão pelo poder judiciário. Esta é uma restrição cognitiva relevante que eventuais perícias técnicas são incapazes de afastar a contento. A racionalidade limitada dos agentes se relaciona com a discussão acerca das capacidades institucionais, mas não se reduz somente a ela.

Tomar-se por base aspectos institucionais para analisar-se os limites das funções jurisdicionais não é um fenômeno recente, podendo-se apontar, como precursores de Cass Sunstein e Adrian Vermeule, os autores Lon Fuller e Frederick Shauer,¹⁶⁵ que já discutiam modelos de tomadas de decisão baseados em regras e apontando estas como insuficientes para o estabelecimento de cursos de ação.

As críticas sobre o excessivo ativismo praticado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) decorrem da ideia de um controle de constitucionalidade concentrado ideal (ou, ao menos, idealizado), localizando-se no centro do debate a pretensão de pureza e de isolamento do sistema político, o que se afigura distante da realidade.

Por outro lado, a ponderação feita pelos demais agentes políticos entre múltiplas e complexas variáveis políticas não é completa e absolutamente livre. Também há deméritos relacionados aos poderes legislativo e executivo. Deste modo, admite-se o deslocamento da questão acerca de como o poder judiciário deve decidir para quem deve decidir, como premissa absolutamente

¹⁶⁵ Nesse sentido, cf. ARGUELHES, Diego Weneck; LEAL, Fernando. Os argumentos das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. **Revista Direito, Estado e Sociedade**. São Paulo: PUC, n. 38, p. 6-50, jan./jun. 2011. FULLER, Lon; WINSTON, Kenneth I. The forms and limits of adjudication. In: **The Harvard Law Review Association**, v. 92, n. 2, p. 353-409, 1978. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1340368>. Acesso em: 04/07/2021. SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. **Michigan Law Review**. University of Michigan Law School Scholarship Repository, v. 101, ed. 4, n. 885, 2003. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol101/iss4/2>. Acesso em: 20/5/2021.

inafastável para utilizar-se dos objetivos fundamentais da República como elementos informacionais no controle de constitucionalidade.

Os óbices à atuação do poder judiciário são desde aqueles de natureza material (grande volume de processos — que redundam em escassez de tempo e limitações dos órgãos de apoio administrativo) até àqueles de natureza cognitiva decorrente da especialização das questões tratadas. Entretanto, da mesma forma que o judiciário não é usualmente visto de forma idealizada, é necessário apontar-se os problemas existentes nas outras esferas de poder sob pena de a análise ser enviesada, o que se fará adiante.

A discussão acerca das capacidades institucionais envolve choques e conflitos decorrentes de uma distribuição horizontal de poder, o que leva a impasses institucionais e a comparativos dos méritos para decidir tanto sobre matérias compartilhadas pelas diversas instituições como sobre matérias cujas decisões produzirão efeitos sobre tais instituições.¹⁶⁶ Aponta-se existir a necessidade de cooperação permanente entre as instituições neste plano horizontal sob o olhar da constituição federal, responsável por manter a coerência do sistema jurídico.¹⁶⁷ O argumento das capacidades institucionais, segundo Diego Werneck Arguelhes e Fernando Leal, tenta eliminar redundâncias e ambiguidades no desenho institucional das tarefas constitucionais distribuídas entre os diversos agentes.¹⁶⁸

A discussão acerca das capacidades institucionais leva em consideração, ainda, problemas relacionados às incertezas e às limitações e vieses cognitivos em função da eleição de qual seria a melhor instituição no plano horizontal constitucional de distribuição de competências a oferecer a melhor resposta, a resposta mais adequada ou a única resposta correta. Tal perspectiva parece um equívoco limitado pelo desenho normativo do relacionamento interinstitucional. A necessidade de focar-se no desenho

¹⁶⁶ A esse respeito, cf. ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. *Op. cit.*, p. 15.

¹⁶⁷ Cf. ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. *Op. cit.*, p. 19.

¹⁶⁸ *Op. cit.*, p. 19.

institucional já foi apontada por Fiss Owen,¹⁶⁹ para quem o foco acadêmico daqueles que se debruçam sobre o judiciário deve ser o desenho institucional. Tem-se, no ordenamento jurídico, todas as regras de como devem se dar as interações e se desenvolver os relacionamentos entre os agentes, o que se costuma reduzir à ideia de sistema de freios e contrapesos. Entretanto, mesmo podendo eleger-se a instituição melhor preparada para lidar com certas questões, a perspectiva unilateral da visualização dos problemas não é a melhor forma de tratar questões complexas. A resposta pode estar na possibilidade de não tratar os agentes envolvidos como instituições concorrentes no que diz respeito às atribuições constitucionais no âmbito da resolução de certos problemas, mas como instituições cooperativas em torno de um objetivo comum. Tal arranjo pode ser um prenúncio de resolução do eventual *déficit* democrático apontado pelos críticos mais radicais do chamado ativismo judicial.

Ademais, há de se questionar qual o âmbito aceitável de justiciabilidade dos assuntos que guardam certo nível de indeterminação, ou seja, como se deve definir fronteiras para a discricionariedade que possam ser replicadas para casos semelhantes. Há de indagar-se que instrumentos poderiam auxiliar o Supremo Tribunal Federal com a finalidade de possibilitar o controle de constitucionalidade de normas que produzam uma realidade inconstitucional, respeitadas suas limitações epistêmicas, sua aptidão para analisar questões empíricas, a quantidade de servidores do Tribunal que possam ser alocados, o número de ações sobre as quais se debruçam os ministros, entre outros problemas de ordem prática, sem apelar para a simplória dicotomia entre a “questão jurídica” e a “questão política”.

Evidentemente, trata-se de um dever de guarda de uma finalidade constitucional, a qual, ainda que não possa ser em todos os casos implementada, não pode sob hipótese nenhuma ser infirmada, o que reclama um olhar prospectivo a partir do ingresso desta norma no ordenamento jurídico.

¹⁶⁹ “The primary locus of academics who study judiciary should be on what you call institutional design. The emphasis should be on making certain that judges are listening to all grievances, hearing from all affected parties, and making certain that their decisions can be justified on the basis of the principle”. OWEN, Fiss. Models of adjudication. In: **Cadernos Direito GV**. Seminários n. 8, São Paulo: FGV, nov. 2015, p. 13. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fggv.br/dspace/bistream/handle/10438/2810/direito%2008.pdf?sequence=1>. Acesso em: 06/05/2021.

Dito isso, afasta-se a ideia consequencialista de admitir-se a sindicabilidade das opções discricionárias por ser a melhor alternativa ou a mais correta. Não se trata disso. Para esses casos, propõe-se que o Poder Judiciário os trate com a postura mais deferente possível. Assemelham-se às questões relacionadas à incerteza genuína, a que Adrian Vermeule batizou de decisões racionalmente arbitrárias,¹⁷⁰ absolutamente legítimas.

Propõe-se um Estudo de Viabilidade Normativa para embasar a escolha da política pública e uma Análise de Impacto Legislativo como instrumento de fundamentação decisória da corte constitucional. A ideia aqui é de *accountability*. Dever de prestação racional de contas, que carrega em si o dever de trazer argumentos empíricos e normativos. Os empíricos serão fornecidos pela ciência econômica. Os normativos são fornecidos, inclusive, para o que toca às políticas públicas de infraestrutura, pelos objetivos fundamentais da República. Ambos devem abrir a possibilidade de terem seus resultados confrontados para fins de controle de constitucionalidade. Para a medição de elementos econômicos em sua essência, torna-se necessária a utilização de indicadores, constituindo esses

um valor de medida quantitativo que simplifica parte do complexo sistema da realidade, de forma didática, com uma metodologia adequada e com o fim de trazer uma visão sistêmica para auxílio na tomada de decisão. O termo indicador é originário do latim *indicare*, que significa descobrir, apontar, anunciar, estimar. Portanto, indicadores são referências numéricas que permitem medir, comparar ou estimar a evolução de certos aspectos da realidade, auxiliando na definição de metas e na avaliação de resultados, visando a eficácia no alcance dos objetivos, eficiência de recursos e a efetividade quanto ao impacto das mudanças sobre a sociedade.¹⁷¹

É necessário, dados o caráter e a natureza econômicos dos institutos que integram as normas instituidoras de políticas públicas de infraestrutura, uma mudança de perspectiva na forma como o jurista trata a interpretação

¹⁷⁰ VERMEULE, Adrian. Rationally arbitrary decisions in administrative law: a dossier about administrative state. **Harvard: Journal of Legal Studies**, v. 44, s. 2, 2015.

¹⁷¹ Cf. MARTINS, Vilker Germano. Indicadores de sustentabilidade para o setor de energia elétrica brasileiro — proposta de uma visão sistêmica: ambiental, social, econômica e institucional. In: CASTRO, Marcus Faro; LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher (Orgs.) **Direito da energia elétrica no Brasil: aspectos institucionais, regulatórios e socioambientais**. Brasília: Aneel, 2010, p. 547-548.

constitucional. Arguelhes e Leal¹⁷² entendem que os aportes empíricos devem ir além da simples apuração de intuições e de fatos notórios, considerando que a valoração das diversas alternativas disponíveis exige capacidades reais da instituição que as analisa. Não se descarta do fato de que uma metodologia estada nas capacidades institucionais como propostas por Sunstein e Vermeule não pode cair na redundância de apontar novos rótulos para argumentos antigos (separação de poderes, déficit democrático ou discricionariedade técnica), na banalidade apoiada no cometimento de erros (todas as instituições os cometem) nem descartar o direito vigente, o que Arguelhes e Leal categorizam como absurdo. Dois pontos obrigatoriamente devem estar presentes: o empirismo e um certo grau de consequencialismo presente na preocupação com os efeitos dinâmicos das opções que configuram decisões possíveis de serem tomadas.

De todo modo, está-se diante de um problema interinstitucional, cuja resposta poderia levar ao lugar-comum de uma tradicional comparação entre capacidades reais das instituições com o propósito de superar eventuais tensões. Propõe-se avançar a discussão para uma abordagem do controle de constitucionalidade realizado de forma interinstitucional, tarefa que impõe levantar-se quais pressupostos autorizam a referida abertura.

5.4.1 Formulação das políticas públicas de infraestrutura baseadas em evidências: o Estudo de Viabilidade Normativa (EVN)

Paulo Bonavides¹⁷³ diagnostica a impossibilidade de se usufruir do direito ao desenvolvimento em razão da falta de comunhão federativa acarretada por erros, omissões, incúria, despreparo, descontinuidade das medidas aplicadas, incerteza na execução dos programas propostos, falta de firmeza e fragilidade de política traçada, tudo redundando na desorientação do Poder Executivo, que permanece com visão estreita, ambígua e tecnocrática, desprovido de capacitação e conscientização “da profundidade, do alcance, da extensão e da gravidade das desigualdades regionais e sociais do País”.

¹⁷² *Op. cit.*, p. 44.

¹⁷³ BONAVIDES, Paulo. Prefácio. In: BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades regionais, estado e constituição**. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 17.

Nesse panorama, o controle de constitucionalidade mostra-se essencial, capaz de provocar uma guinada na forma como os recursos públicos, materiais e imateriais vem sendo conduzidos na implementação de políticas públicas orientadas para o desenvolvimento, possibilitando que se transforme a mera crítica em avaliação dessas políticas, produzindo resultados concretos. Espera-se das leis, especialmente leis dotadas de alta carga técnica, como são as leis instituidoras de políticas públicas de infraestrutura, que adotem, como sustentáculo decisório, entre as opções à mão do legislador, uma deferência à tecnicidade fundada em estudos que as orientem não só aos objetivos imediatos buscados, como também àqueles relacionados aos objetivos fundamentais da República ora estudados e com quem possuem estreita ligação, ou seja, ao desenvolvimento nacional e à diminuição das desigualdades regionais.

Pode-se dizer, assim, que existe uma expectativa normativa orientada a resultados gerais e específicos. O modo como são feitas as normas devem — ou deveriam — observar esses pressupostos. Para corrigir essa distorção decorrente da pouca aderência aos compromissos republicanos constitucionais, sugere-se a adoção, no processo legislativo, de um estudo de viabilidade normativa que conjugue os objetivos das normas aos meios para sua consecução. É bastante comum que projetos de lei da magnitude de leis instituidoras de políticas públicas de infraestrutura, que normalmente constituem verdadeiros marcos legais setoriais, nasçam dentro das pastas ministeriais relacionadas. São estas, em primeira análise, as responsáveis pelo desenvolvimento dos estudos que viabilizem propostas normativas, que depois seguem para a casa legislativa. Frequentemente tais estudos são amplamente discutidos e avaliados, não raro com o apoio de consultorias especializadas. Seria desejável também algum grau de participação popular.¹⁷⁴ Entretanto, ao adentrarem o espaço democrático por excelência, ou seja, após serem enviados ao Poder Legislativo, sofrem toda sorte de alterações orientadas para os interesses mais variados.

¹⁷⁴ Nesse sentido, cf. SCHIRATO, Vitor Rhein. A regulação dos serviços públicos como instrumento para o desenvolvimento. **Interesse Público – IP**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, ano 7, n. 30, mar./abr. 2005, p. 18.

O estudo de viabilidade normativa baseado em evidências tem potencial para servir de salvaguarda da melhoria da qualidade legislativa, à exemplo dos modelos de estudos adotados pelas agências reguladoras, que se utilizam da análise de impacto regulatório (AIR) como instrumento de medição de possíveis impactos das alternativas de que dispõem para resolver determinado problema. Por oportuno, diga-se que a AIR não se encontra adstrita aos dispositivos normativos editados pelas agências reguladoras, mas são direcionadas para a produção de qualquer ato normativo.¹⁷⁵ O critério para sua adoção é a potencialidade de produzir efeitos na esfera jurídica das pessoas, seja alterando direitos, seja criando obrigações para terceiros.

Os objetivos imediatos da adoção de um estudo de viabilidade normativa prévio são subsidiar o processo legislativo, orientando-o para escolhas mais eficientes, coerentes, de maior qualidade e robustez técnica, além de dotá-lo de previsibilidade e transparência quanto às alternativas de soluções consideradas e os critérios utilizados para efetuar-se as escolhas.

O estudo de viabilidade normativa deve ser prévio e considerar todas as contingências identificáveis naquele momento para a consecução dos seus fins. Inicia-se com a identificação e exata delimitação do problema que se pretende solucionar a partir de um diagnóstico abordando suas causas e a extensão do seu alcance, englobando atores envolvidos e os grupos por ele afetados, destinatários imediatos da norma.

Também constituem elementos essenciais a descrição dos objetivos buscados, a enumeração de todas as alternativas existentes para o enfrentamento do problema, com o detalhamento dos impactos de cada uma dessas alternativas e os estudos comparativos entre si, apontando as vantagens e desvantagens de cada uma das opções, de modo a permitir a escolha da melhor alternativa ou da combinação de elementos das diversas alternativas que seja mais indicada para alcançar os objetivos eleitos.

É importante para o sucesso do monitoramento que se fará após a norma entrar em vigor que as linhas gerais do seu processo de implantação

¹⁷⁵ Nesse sentido, remete-se à consulta do documento **Diretrizes Gerais e Guia Orientativo para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório – AIR**. Presidência da República. Casa Civil. Junho de 2018.

sejam ventiladas, ainda que não vinculem futuramente a administração pública, mas ao menos esta terá o ônus argumentativo de indicar os motivos que a fizeram optar por outra metodologia compatível. Nesse ponto, deve-se dialogar com elementos políticos, submetendo-se a valorações e interpretações das alternativas disponíveis.

Entende-se que leis criadoras de políticas públicas de infraestrutura possuem alto grau de complexidade, grande abrangência e potencial de produzir repercussão nacional, trazendo impactos significativos, sendo imprescindível apontar a mensuração dos impactos relacionados também às alternativas possíveis, com a respectiva análise de risco, com vistas a fundamentar a escolha. Ressalte-se que análises de risco quantitativas, baseadas somente em métricas, tem limitações, fazendo-se necessário promover o diálogo entre as métricas adotadas e os aspectos valorativos correlatos, especialmente com os valores constitucionais.

Chama-se a atenção para o cuidado de evitar uma análise seletiva, carreando ao procedimento somente aspectos favoráveis à opção desejada. Daí a importância de identificar e avaliar as alternativas desprezadas, além de indicar as fontes das informações disponíveis e os dados considerados, especialmente quanto à participação social, quando houver. Considera-se um aspecto relevante recorrer aos *benchmarks* e às experiências internacionais, mapeando-as sempre que possível.

Por oportuno, ressalte-se a relevância de submeter relatórios preliminares às consultas e audiências públicas, o que o Congresso Nacional já vem empreendendo quanto a alguns aspectos específicos contidos em projetos de leis que pretende aprovar

Adotar uma nova perspectiva nesse sentido atrai críticas daqueles que acreditam que o tecnicismo se opõe à democracia. Entretanto, a visão adotada é de que há um senso de responsabilidade em torno das decisões tomadas não reclamado pelos atores do processo legislativo, que se despem de qualquer compromisso republicano com os efeitos das normas que aprovam. A ideia não é responsabilizá-los ou controlá-los, mas sofisticar o processo deliberativo com dados e informações pertinentes.

Evidentemente, adotar políticas públicas baseadas em evidências não é novidade, porém defende-se que isso seja feito desde o primeiro momento de tomada de decisão, propiciando o enriquecimento do espaço deliberativo e o aumento do ônus argumentativo que acompanham as escolhas públicas, sem abrir mão da liberdade democrática — porém responsável.

Os relatórios contendo os elementos que demonstram a adequação da proposta aos objetivos imediatos pretendidos, quando se tratar de políticas públicas de infraestrutura, obrigatoriamente devem ser enriquecidos com a análise adicional os objetivos fundamentais da República correlatos, pelo fato de serem verdadeiras alavancas da sua consecução. Como mecanismo de transparência e alcance, é relevante que todo o conteúdo seja disponibilizado em sítios eletrônicos. O resultado produzido não vincula o Poder Legislativo, porém é absolutamente obrigatória a fundamentação das decisões que sejam contrárias aos resultados encontrados.

5.4.2 A escolha pública e a teoria da decisão racional: discricionariedade, incerteza, risco e fundamento legítimo das escolhas

Nem sempre o procedimento deliberativo reveste-se da legitimidade democrática esperada, comportando, por vezes, as vontades de uma classe articulada que a teoria econômica convencionou chamar de grupos de interesse, ainda que formalmente o procedimento democrático e o debate público estejam presentes. Nesse tocante, André Cyrino¹⁷⁶ defende que, para entender-se legítima a jurisdição constitucional baseada em argumentos democráticos e para a conseqüente discussão acerca da criação de parâmetros viáveis de controle de constitucionalidade faz-se necessário um exame prévio do processo democrático real, como efetivamente é, e não ideal, como deveria ser, sob pena de o processo político de elaboração de leis mostrar-se destituído de legitimidade, impedindo sua caracterização como *standard* democrático.

¹⁷⁶ CYRINO, André. Como se fazem as leis? Democracia, grupos de interesse e controle de constitucionalidade. In: **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), n. 113, p. 51-99, jul./dez. 2016.

Esse processo democrático real considera o jogo político que envolve as escolhas públicas,¹⁷⁷ com suas falhas e incorreções propiciadas pela maximização de vantagens individuais. André Cyrino aponta um interesse pessoal que se sobressai diante de outros não menos importantes: a manutenção do poder, instrumentalizada, entre outros comportamentos, por meio da utilização do orçamento público para projetos políticos que levem à consecução desse¹⁷⁸ fim pouco republicano. O problema apontado de legitimidade das escolhas, relacionado às legislaturas constitucionais, são verdadeiramente decorrentes das atitudes do tipo *rent-seeking* dos agentes e tornam-se superlativos quando confrontados com a longa maturação que exigem a implantação dos projetos de infraestrutura, cuja gênese reside nas leis que as instituem. Dito de outra forma, tem-se um cenário delineado em que os legisladores criam oportunidades para obter vantagens a curto prazo, ao mesmo tempo que a infraestrutura verdadeiramente orientada ao desenvolvimento nacional e à diminuição das desigualdades regionais não prescinde de estudos aprofundados e consistentes que não se coadunam com o açodamento.

Por possuírem as políticas públicas de infraestrutura características amplamente econômicas, não será sua feição jurídica que possibilitará o controle adequado de constitucionalidade. Para além do fato de constituírem normas jurídicas, são, também, bens públicos, na acepção econômica do termo. Indo além, afirma-se categoricamente que são bens públicos intergeracionais e como tal, o comportamento estratégico dos agentes afeta sobremaneira as escolhas que são realizadas. Sobre o tema, Todd Sandler afirma que as interações estratégicas intergeracionais diferem das interações estratégicas intrageracionais, de modo que os bens públicos intergeracionais produzem benefícios que transbordam no tempo, enquanto que as políticas produzidas para corrigir externalidades de curto prazo induzem e pioram a má alocação de recursos, trazendo custos a longo prazo. Além disso, as gerações presentes

¹⁷⁷ Sobre teoria da escolha pública, cf. SILVA, Marcos Fernandes Gonçalves da. Políticas de governo e planejamento estratégico como problemas de escolha pública. In: **Revista de Administração de Empresas**. São Paulo: FGV, v. 36, n. 3, p. 32-41, jul./set. 1996. BORGES, André. Democracia vs. eficiência: a teoria da escolha pública. In: **Lua Nova**, n. 53, p. 161-206, 2001.

¹⁷⁸ CYRINO, André. *Op. cit.*, 2016, p. 61.

possuem vantagens potenciais de “primeira jogadora”, que numa visão retrógrada atendem interesses próprios de curto prazo e numa visão avançada podem ser altruístas em relação às gerações futuras, assumindo maiores responsabilidades em relação à distribuição de bens públicos intergeracionais.

Ao ajustar-se a ideia de gerações para legislaturas, obtém-se um cenário em que agentes políticos tomarão decisões para produzir benefícios a curto prazo. A vantagem de primeiro jogador os leva a fazer opções cujos benefícios aparecem em curto prazo de tempo, preferencialmente em um ou, no máximo, duas legislaturas, que é o período em que tais agentes poderão colher em proveito próprio os benefícios decorrentes dos seus atos. Tal comportamento mostra-se incompatível com a natureza das infraestruturas. André Cyrino¹⁷⁹ corrobora esse entendimento afirmando que os agentes políticos, ao agirem como *rent-seekers*, induzem decisões estatais regulatórias com a finalidade de incrementar suas posições independentemente das suas capacidades competitivas, comportamento este que conflita diretamente com a intervenção estatal através de políticas públicas eficientes e orientadas pelo interesse público.

A teoria da escolha pública lança uma visão realista do comportamento humano baseada na teoria do comportamento econômico, o que é salutar para a transposição deste obstáculo. Somente a partir de um diagnóstico o mais próximo possível da realidade é que os problemas podem ser resolvidos. Em outras palavras, somente o reconhecimento de que os agentes como idealizados são apenas uma aproximação da realidade possibilitará a evolução institucional em direção aos objetivos republicanos pretendidos, abandonando-se o patrimonialismo que insiste em permanecer na esfera pública.

¹⁷⁹ CYRINO, André. *Op. cit.*, 2016, p. 63.

Para além da captura,¹⁸⁰ a elaboração das políticas públicas de infraestrutura envolve discricionariedade,¹⁸¹ incerteza e risco, o que se reputa inviável de analisar sem estudos adequados para embasar as decisões. Não se pretende discutir pormenorizadamente os três elementos, mas apontar que eles constituem dados relevantes a serem considerados na elaboração de tais estudos, sem ignorar os grupos de interesses, do que decorre a importância da procedimentalização da elaboração normativa voltada para abranger a fundamentação das decisões políticas. John Hart Ely¹⁸² já propugnava a atuação da jurisdição constitucional levando em consideração as falhas da representação política, atuando não como um órgão ilegítimo por não contar com o voto popular, mas como guardião do princípio democrático ao decidir não ignorar o problema. Dito de outra forma, a escolha pública fornece elementos que reforçam o espírito democrático e enriquecem a jurisdição constitucional. Cyrino¹⁸³ aduz ser tormentoso conjecturar razões externas à norma jurídica, pois envolve avaliações complexas e incompatíveis com as capacidades institucionais do julgador, mas tal dificuldade não pode importar num abandono do esforço da análise respectiva, com potencial de levar a um controle judicial mais rigoroso no aspecto concernente à proporcionalidade da medida.

Toda essa discussão se encaminha para a utilização de testes de proporcionalidade que investiguem a relação entre as medidas adotadas e as consequências produzidas. O exame de proporcionalidade constitui um valioso instrumental para incorporar à análise cometida à jurisdição constitucional um juízo de adequação que conjugue os elementos externos à esfera jurídica e

¹⁸⁰ Sobre o assunto, aponta-se STIGLER, George J. A teoria da regulação econômica. In: **Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano**. São Paulo: Editora 34, 2004, p. 23-44 e BAGATIN, Andreia Cristina. **Captura das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Saraiva, 2013.

¹⁸¹ Para um aprofundamento do tema, veja-se MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. São Paulo: Dialética, 2004. FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 3. ed., 2004. FERNANDES, André Dias. **A constitucionalização do direito administrativo e o controle judicial do mérito do ato administrativo**. In: Revista de Informação Legislativa. ano 51, n. 203, jul./set. 2014, p. 143-164. GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade, regulação e reflexividade**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 5. ed., 2018. PEREZ, Marcos Augusto. **Testes de legalidade: métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2020.

¹⁸² ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

¹⁸³ Cf. CYRINO, André. *Op. cit.*, 2016, p. 88.

anteriores à edição da lei. Os objetivos fundamentais da República, apesar de não constituírem o fim imediato das leis instituidoras de políticas públicas de infraestrutura, pairam sobre todo o sistema jurídico, exercendo mais peso ainda sobre a constituição econômica, de quem as políticas públicas são elementos indissociáveis.

Entretanto, o exame de causalidade que integra os testes de adequação, necessidade e proporcionalidade, de fato, não são alcançáveis pelo Poder Judiciário da forma como atualmente se encontra organizado, havendo que dialogar com as demais instituições envolvidas no processo legislativo, seja na elaboração, seja na fiscalização e no monitoramento efetuado em momento posterior à edição normativa. Cyrino¹⁸⁴ traz a afirmação, com a qual concorda-se, que o exame fundado na *public choice* traz mais dúvidas do que respostas ao Poder Judiciário porque ele não possui familiaridade com o tipo de avaliação necessária a ser empreendida e conclui afirmando que “se a jurisdição constitucional quiser continuar legitimando sua atuação por argumentos democráticos, deve ocupar-se, de alguma forma, do processo político real praticado no Brasil. [...] Não se pode deixar de lado a democracia como ela é”.

5.4.2.1 As decisões racionalmente arbitrárias como núcleo intangível da apreciação judicial

A concretização dos direitos fundamentais é limitada pela restrição orçamentária naquilo que depende da ação estatal. A adoção de uma política pública sempre envolverá diversos tipos de análises, culminando na eleição de uma opção dentre algumas ou várias opções. Embora seja largamente aceito que tais escolhas são um corolário e um fruto do ambiente democrático, reconhece-se a existência de decisões racionalmente arbitrárias, presentes quando o conjunto de dados conhecidos não é suficiente para amparar o processo decisório. Aceita-se decisões racionalmente arbitrárias como legítimas quando a própria incerteza é legítima, ou seja, quando não se invoca a incerteza para ocultar motivos ilegítimos (favoritismo político, preferência ideológica ou

¹⁸⁴ Cf. CYRINO, André. *Op. cit.*, 2016, p. 90-92.

evasão de recursos).¹⁸⁵ Diferentemente, decisões inconsistentes são aquelas que não se apoiam em qualquer estudo ou dado científico robusto, sendo robusto aquele impassível de ser afastado sem o desenvolvimento de novos estudos.

Se os estudos não forem economicamente, faticamente e fisicamente viáveis, estaremos diante de uma incerteza genuína. Que terá um resultado arbitrário (sob a teoria da decisão, que não se confunde com a arbitrariedade do direito administrativo, que possui sentido de desvio de poder, de finalidade, imposição de vontade ilegítima).

É nesse espaço sensível às premissas levantadas ao elaborar-se uma política pública onde residem alguns dos problemas sindicáveis sob a perspectiva da aplicação das métricas de natureza econômica. Como apontado por Isaiah Berlin,¹⁸⁶ “quando há consenso sobre as finalidades, as únicas indagações que restam são aquelas relativas a meios e estes não são políticos, mas técnicos”.

Respeitar o princípio democrático em face da escolha pública implica ter critérios objetivos, claros e diretos para restringir alternativas. Segundo Thaler e Sunstein:¹⁸⁷ “[...] por nos posicionarmos contra toda e qualquer restrição nas alternativas, o risco de arquiteturas incoerentes ou até corrompidas acaba sendo reduzido. A liberdade de escolha é a melhor salvaguarda contra uma má arquitetura de escolhas”.

Uma boa arquitetura de escolha não prescinde de princípios básicos. Porém, ao adotar-se o pensamento dominante de que a parte principiológica da Constituição Federal é meramente programática, abre-se mão de reconhecê-la como determinante quanto aos princípios básicos da arquitetura de escolhas que envolve a elaboração de políticas públicas. As escolhas públicas envolvem muito conhecimento empírico, não sistematizado, intuitivo e, por isso, muito sujeito a

¹⁸⁵ Cf., a esse respeito, VERMEULE, Adrian. Decisões racionalmente arbitrárias no direito administrativo. Traduzido por: Máira Almeida. Chicago: **Journal of Institutional Studies**, v. 3, 2017, p. 38.

¹⁸⁶ Cf. BERLIN, Isaiah. Dois conceitos de liberdade. 1981, p. 133. SOARES, Marcos Antônio Striquer; BRENE, Tiago. Análise dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil à luz dos estudos de Isaiah Berlin. **Revista Direito, Estado e Sociedade**. Rio de Janeiro: PUC, 2015, p. 160.

¹⁸⁷ THALER, Richard; SUNSTEIN, Cass. *Op. cit.*, p. 20.

falhas, ficando completamente à deriva dentro do processo político. Boas escolhas dependem de contextos que envolvam experiência, boas informações e resposta (*feedback*) relativamente rápida.

Quando os efeitos das escolhas ocorrem em longo prazo e o feedback é insuficiente, as escolhas costumam ser piores.¹⁸⁸ É impossível não seguir uma linha de influência pré-determinada, que se defende sejam pautadas pelos objetivos fundamentais da República a orientar o direcionamento da arquitetura de escolhas. Parte-se da premissa que a neutralidade pode ser apenas aspiracional, de forma que se deve optar sempre pelas escolhas preexistentes na Constituição Federal, notadamente os objetivos fundamentais quando se tratar de escolhas econômicas. Entretanto, presentes os temores quanto às escolhas feitas durante o processo legislativo quanto aos grupos de interesses, o risco de o governo errar, ser parcial ou ir além de suas funções é real.¹⁸⁹

É necessário pontuar acerca da existência de questões que realmente evocam uma incerteza genuína acerca da melhor escolha a ser feita. Essas escolhas foram batizadas por Adrian Vermeule de decisões racionalmente arbitrárias¹⁹⁰ e são identificadas quando o agente não pode, racionalmente, efetuar uma escolha de primeira ordem e mesmo tendo dispendido todos os esforços cognitivos e materiais, a alocação de recursos para obter informações adicionais traz resultados incertos. Nestes casos, a corte constitucional deve adotar uma postura de deferência para a decisão em favor de determinada escolha.

Para as decisões tomadas sob incerteza genuína, o único aspecto sindicável é saber se as decisões foram tomadas de forma racional, consideradas, tratando-se de leis instituidoras de políticas públicas de infraestrutura, uma racionalidade jurídica e uma racionalidade econômica.

Nesses casos, a Análise de Impacto Normativo (AIN), que consiste no resultado do acompanhamento, da fiscalização e do monitoramento dos efeitos das leis instituidoras de políticas públicas de infraestrutura mostra-se um

¹⁸⁸ THALER, Richard; SUNSTEIN, Cass. **Nudge**: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019, p. 18.

¹⁸⁹ THALER, Richard.; SUNSTEIN, Cass. *Op. cit.*, 2019, p. 19.

¹⁹⁰ VERMEULE, Adrian. Decisões racionalmente arbitrárias no direito administrativo. **Revista Estudos Institucionais**, v. 3, n. 1, 2017, Máira Almeida (Tradutora).

relevante instrumento voltado à diminuição da assimetria informacional do julgador.

A essa avaliação de resultados que integra a AIN, precede a coleta e o tratamento de dados, em certo período pré-definido para acontecer, possibilitando que sejam realizadas análises quantitativas e qualitativas, de custo-benefício, eficiência e efetividade, sob pena de o desconhecimento do impacto das políticas públicas adotadas gerar distorções em relação aos objetivos fundamentais da República e permanecerem vigentes no ordenamento jurídico produzindo efeitos maléficos. Ressalta-se que as políticas públicas de infraestrutura têm ou deveriam ter incidência sobre a sociedade durante médio ou longo prazo, de modo que os dados obtidos podem, inclusive, subsidiar alterações e correções de rumo nas políticas nos casos em que se tenha tornado inadequada ao longo do tempo.

O controle judicial em situações de incerteza reclama uma revisão de racionalidade apoiada na premissa de que o tribunal deverá ser deferente quando as escolhas não puderem se fundamentar em uma ou outra direção. Em alguns casos, estudos adicionais (a um custo aceitável) conseguem transformar a incerteza em certeza ou quantificar o risco, tornando as decisões mais seguras diante do conjunto informacional de que dispõem os formuladores. Entretanto, até que ponto coletar informações constitui por si só uma decisão tomada com certo grau de incerteza ou, ao menos, limitada pelos custos.

Um exemplo de decisão dependente de um conjunto de informações de alto custo financeiro e temporal são as pesquisas origem destino para subsidiar decisões sobre modais de transporte por meio de projeções futuras de demanda. Esse tipo de pesquisa oferece diagnósticos precisos acerca do uso e ocupação do solo, mas pode-se afirmar que dificilmente são realizadas como pressuposto para aprovação das leis correlatas, podendo, inclusive, terem os resultados desprezados no momento da elaboração legislativa, tampouco são utilizadas para subsidiar decisões judiciais que analisem as referidas leis.

No entanto, entende-se que quando as informações sejam incompletas ou indisponíveis, mas sua obtenção não implique em custos extraordinários e seus impactos sejam significativos, deve-se considerar exigir que os estudos sejam realizados, somente sendo dispensados diante do cenário

em que o custo marginal pela coleta de informações ultrapasse os benefícios marginais pela sua obtenção.¹⁹¹ Importante destacar que quando as razões de decidir não podem ser obtidas, as decisões não comportarão revisão.

Ultrapassado este ponto em que se adota um campo de incerteza genuína, indaga-se de que forma o STF pode se apropriar do conjunto informacional obtido por outros entes e efetuar o controle de constitucionalidade de leis instituidoras de políticas públicas que ferem os objetivos fundamentais.

5.5 A necessidade de um desenho institucional de controle aberto, dialógico e responsável: do processo estrutural ao controle interinstitucional de constitucionalidade

O controle de constitucionalidade que se sugere para a hipótese apresentada é o controle concentrado de constitucionalidade. Somente através do controle abstrato consegue-se afastar o risco da mera substituição da justiça fundada em normas prévias, gerais e abstratas, por uma justiça individual, fundada em normas posteriores, individuais e concretas que privilegiam o poder ilimitado, a arbitrariedade (no mau sentido), falta de capacidade técnica, o grau de incerteza, entregando uma espécie de injustiça, o oposto do que o Judiciário deve fazer.¹⁹²

O dispositivo legal atualmente existente que mais se adequa à proposta do controle de constitucionalidade das leis instituidoras de políticas públicas de infraestrutura é a Arguição de Descumprimento de Preceito Constitucional (ADPF). O procedimento descrito na Lei Federal nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999 não se coaduna, em sua totalidade, ao exame na profundidade necessária para estabelecer-se amplas análises, cognição e discussões acerca dos estudos que venham a fundamentar a ação.

Pelo artigo 3º da referida lei, a petição inicial deverá conter a prova da violação do preceito fundamental, devendo ser acompanhada dos documentos necessários para comprovar a impugnação. Os prazos para a oitiva dos órgãos e autoridades responsáveis, bem como do Advogado-Geral da União ou do

¹⁹¹ Nesse sentido, cf. VERMEULE, Adrian. *Op. cit.*, 2017, p. 29.

¹⁹² Cf. ÁVILA, Humberto. *Op. cit.*, p. 12.

Procurador-Geral da República, é de apenas 5 (cinco) dias para apreciação do pedido de liminar (artigo 5º, parágrafo segundo) e de 10 (dez) dias para prestação de informações sobre o ato questionado (artigo 6º), abrindo-se a oportunidade para oitiva das partes do processo, para requisição de informações adicionais, para designação de perito ou de comissão de peritos com a finalidade de obter parecer sobre a questão e para ouvir, em audiência pública, pessoas com experiência e autoridade na matéria (artigo 6º, parágrafo 1º). Para abranger a profundidade das discussões, faz-se necessário redesenhar o procedimento da ADPF voltando-se para possibilitar a análise e a discussão de questões complexas.

Um ponto a favor dos críticos do ativismo judicial tem sido a questão relacionada às capacidades institucionais, no sentido de que o Poder Judiciário não possuiria capacidade institucional¹⁹³ suficiente para abarcar a gama de ações e direitos que se manifestam através das políticas públicas, devendo, por esse motivo, privilegiar outras instituições mais aptas e especializadas nos diversos assuntos. É fácil concluir em favor da maior deferência às instituições como o Poder Legislativo, ministérios e agências reguladoras, os quais, em tese, teriam condições de oferecer melhores respostas aos problemas apresentados, quando se está analisando falhas relacionadas à execução da política relacionada ao dever de prestação. Entretanto, como visto, os poderes da República nem sempre tomam decisões legítimas e dificilmente são livres de influências dos grupos de pressão, de modo que eventualmente são produzidas leis contendo aspectos que infirmam os objetivos fundamentais da República.

Reconhece-se, para lidar com esses casos, as dificuldades do processo tradicional da ação declaratória de inconstitucionalidade (ADI), ainda que sejam admitidos os *amici curiae*, para afastar a assimetria de informações.

¹⁹³ Neste ponto, referencia-se capacidade institucional dos órgãos julgadores como o conjunto de habilidades, recursos, condições e limitações concretas no exercício da função jurisdicional. Cf. ARGULHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. **Revista Direito, Estado e Sociedade**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, n. 38, p. 6-50, jan./jun. 2011. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/24322>. Acesso em: 28/02/2021. SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. **Michigan Law Review**. Ann Arbor: University of Michigan Law School Scholarship Repository, v. 101, ed. 4, n. 885, 2003. Disponível em: <https://respositorylaw.umich.edu/mlr/vol101/iss4/2>. Acesso em: 20/05/2021.

A inconstitucionalidade respeitante às políticas públicas de infraestrutura que infirmam os objetivos fundamentais da República afigura-se como um quadro de estado de coisas inconstitucional conforme adotado pelo STF. Aponta-se a decisão exarada na arguição de descumprimento de preceito fundamental para o caso das falhas estruturais no sistema penitenciário brasileiro. A decisão firmada na ADPF 347¹⁹⁴ pontifica:

SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional.

Infere-se, do deferimento da referida medida cautelar solicitada, que estes são os requisitos necessários para admitir-se a Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional pelo STF diante da configuração fática do chamado Estado de Coisas Inconstitucional (ECI). Carlos Alexandre de Azevedo Campos¹⁹⁵ corrobora os requisitos afirmando serem três os pressupostos para sua adoção: constatação de violação massiva, generalizada e sistemática de direitos fundamentais com um grande número de pessoas afetadas; falha estatal estrutural, configurada na falta de coordenação entre medidas legislativas, administrativas, orçamentárias e judiciais, implicando perpetuação e agravamento do problema; e, por fim, a necessidade de emissão de remédios e ordens direcionadas a uma pluralidade de entes com a finalidade de superar as violações de direitos por meio de mudanças estruturais, adoção de novas políticas públicas e correção das já existentes e alocação de recursos eficiente. A corte colombiana, que inovou a teoria constitucional e primeiro admitiu o ECI,

¹⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Medida cautelar na **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347** Distrito Federal. Julgada em 9 set. 2015. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665> Acesso em: 10/07/2021.

¹⁹⁵ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

no caso dos chamados *desplazados*, vítimas dos deslocamentos forçados em virtude do quadro de violência extrema, traz mais um requisito, que é a presença da possibilidade de ingresso massivo com ações judiciais para restaurar os direitos fundamentais atingidos. Entretanto, o STF admitiu o reconhecimento do ECI diante dos outros três requisitos, reputados suficientes para tanto, de modo que, por razões pragmáticas, reconhece-se o ECI por violação dos objetivos fundamentais da república mesmo sem a massiva busca pela prestação jurisdicional.

Visto como um problema estrutural, faz-se necessária a prestação jurisdicional para ressignificar os valores constitucionais insculpidos nos objetivos fundamentais da República.¹⁹⁶ Acerca da capacidade institucional do STF de lidar com o problema, reputa-se necessário o auxílio de instituições especializadas, a quem a Corte deve prestar deferência, num processo dialógico. O litígio estrutural tem a qualidade de ser um instrumento útil na manutenção da estabilidade institucional, considerando-se que, no processo dialógico que é, prestigia os demais poderes, ouve entidades especializadas e próximas dos problemas, além de órgãos dedicados à pesquisa e ao planejamento, por exemplo, Ipea, OCDE, agências reguladoras etc. As perícias tradicionais são insuficientes, tanto em termos de abrangência quanto duração do processo, havendo uma necessidade de estabelecer-se soluções abertas e dialógicas, que prestigiem os entes integrantes dos demais poderes, bem como possa acompanhar por longos períodos a implementação das soluções encontradas, já que esta tarefa não cabe ao Poder Judiciário diretamente.

Com a finalidade de possibilitar a aferição da constitucionalidade das leis instituidoras de políticas públicas de infraestrutura, destaca-se o auxílio proporcionado pela adoção, pelo STF, da Análise de Impacto Normativo, para

¹⁹⁶ Nesse sentido, cf. FISS, Owen. **The law as it could be**. Nova York: New York University Press, 2003, p. 5; FISS. Owen. The forms of justice. **Harvard Law Review**, v. 93, n. 1, Faculty Scholarship Series 1220, 1979, p. 23. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1220. Acesso em: 12/05/2019. “As a type of adjudication, structural reform is distinguished by the effort to give meaning to constitutional values in the operation of large-scale organizations. This organizational aspiration has important consequences for the form of adjudication, raising new and distinct problems of legitimacy. But much of the criticism of structural reform, and what I begin with, focuses on that characteristic common to all forms of injunctive litigation: the fact that so much power is vested in judges.”

diagnosticar a situação de ferimento dos objetivos fundamentais da República de cunho econômico. O instrumental tem o condão de realizar uma aproximação entre as instituições envolvidas com a finalidade de minorar aspectos referentes à legitimidade do STF para adentrar nas questões relativas às políticas públicas. Embora reconheça-se o risco concernente ao princípio da separação dos poderes e ao princípio democrático, não se é infenso às críticas nesse sentido, de modo que se busca aparar as arestas decorrentes da ingerência judicial nos demais poderes. As soluções para problemas estruturais devem ser construídas a muitas mãos, sob pena de haver escape de detalhes relevantes e injunções destituídas de compromisso com o mundo real. Um aspecto importante é circunscrever-se o STF às questões levadas ao seu conhecimento, sem desbordar dos seus limites.

Existe precedente concernente à solicitação efetuada por organismos internacionais (em 2013 a Corte Interamericana de Direitos Humanos — CIDH já havia solicitado ao Brasil a adoção de medidas necessárias para resolução dos problemas carcerários),¹⁹⁷ não sendo difícil imaginar-se súplicas semelhantes advindas de organismos como Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), Banco Mundial ou outras agências de fomento que mantêm relacionamentos com o País.

Remete-se, outrossim, ao redesenho institucional do processo constitucional para permitir a adoção de interações cada vez mais incisivas em favor do diálogo interinstitucional com a finalidade de resolver-se questões historicamente insolúveis — ao menos aparentemente — em prol da máxima efetividade constitucional. Nesse sentido, traz-se a clássica teoria alemã que propugna a legitimação da jurisdição constitucional pela participação democrática.¹⁹⁸

¹⁹⁷ TRESSA, Simone Valadão Costa e. Estado de coisas inconstitucional: legitimidade e efeitos práticos no ordenamento jurídico brasileiro. **Arquivo Jurídico**. Teresina: Universidade Federal do Piauí (UFPI), v. 6, n. 1, jan./jun. 2019, p. 83.

¹⁹⁸ Nesse sentido, HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. Gilmar Ferreira Mendes (Tradutor), 1997, p. 48.

Obter um incremento na tutela jurisdicional constitucional não só é desejável, como leva a uma maior efetividade dos direitos previstos constitucionalmente, permitindo ir além de uma mera análise de eficácia jurídico-formal dos dispositivos constitucionais. A efetividade, por sua vez, é a última fronteira a ser desbravada em termos de controle de constitucionalidade, porém no estado atual implica interações interinstitucionais entre os poderes. Como afirma Carlos Alexandre de Azevedo Campos,¹⁹⁹ a atuação judicial no reconhecimento do ECI dá-se de forma complexa e dialógica, numa atuação contínua de ativismo e restrição, levando à edição de sentenças estruturais de implementação monitorada que tem o condão de promover a cooperação entre os poderes com a participação da sociedade civil, solucionando problemas que se encontram fora do radar político e social, sendo continuamente ignorados ou evitados.

¹⁹⁹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Op. cit.*, p. 322.

6 CONCLUSÃO

Os objetivos fundamentais da República têm força vinculante e pairam sobre todo o ordenamento jurídico, ainda que guardem forte feição principiológica. São valores que constituem vetores interpretativos, de modo que, apesar da baixa normatividade, não podem ser desautorizados por normas infraconstitucionais. Identifica-se, nos objetivos, uma proibição implícita de não ser admissível, no ordenamento jurídico, leis que os infirmem.

Dois objetivos fundamentais se sobressaem no que concerne à relevância para o desenvolvimento humano. São eles: o desenvolvimento nacional e este, por sua vez, não pode ser considerado exitoso sem que as desigualdades entre as regiões geográficas brasileiras também diminuam.

Uma espécie de norma infraconstitucional exerce papel relevante na consecução destes objetivos: são as leis que instituem políticas públicas de infraestrutura, o veículo mais relevante de indução econômica orientada ao desenvolvimento. Quando bem estruturadas, têm o condão de promover elevações na qualidade de vida humana substanciais.

As políticas públicas de infraestrutura são um subsistema, integrantes do sistema jurídico-constitucional, constituídas de elementos sociais, jurídicos, políticos e econômicos, direcionadas à solução de problemas estruturais, complexos ou ultracomplexos, de caráter intergeracional, executadas através de atividades estatais. Revestem-se na forma de leis instituidoras e políticas públicas, sendo elas próprias a infraestrutura institucional.

Tais normas infraconstitucionais normalmente têm objetivos imediatos, declarados e facilmente aferidos a partir dos documentos que lhes acompanham e lhes dão origem e, quanto a esses objetivos, podem se mostrar absolutamente eficazes. Entretanto, a eficácia para produzir os efeitos declarados expressamente não leva automaticamente à efetividade mediata, qual seja, promover o desenvolvimento nacional e a diminuição das desigualdades regionais, podendo, nesse tocante, se mostrar inválidas.

Identifica-se a existência de um regime constitucional econômico e os objetivos fundamentais da República mencionados ocupam seu ápice, tendo força cogente sobre todo o sistema. São partes constituintes desse regime os

planos constitucionais, que dão origem e norteiam toda a atividade econômica exercida pelo poder público.

A hipótese principal desta pesquisa, convertida em afirmação, diz respeito à possibilidade de declaração de inconstitucionalidade de normas instituidoras de políticas públicas de infraestrutura por meio dos objetivos fundamentais da República, especialmente o desenvolvimento nacional e a diminuição das desigualdades regionais. O desenvolvimento mostra-se incompleto se não caminhar paralelamente com a diminuição das desigualdades regionais e ambos são aferíveis por métricas econômicas apuradas por estudos.

Evidentemente, por serem constituídas de elementos que não são categorias ontologicamente jurídicas, a análise das leis instituidoras de políticas públicas de infraestrutura, para fins de diagnose de sua efetividade, não pode prescindir do auxílio concertado proporcionado pela conjugação de conhecimentos que não podem ser mutilados, sob pena de levarem a compreensões prejudicadas da realidade. Os institutos econômicos que compõem essas leis são inter-relacionados com o sistema jurídico, num constante diálogo que não pode ser desprezado pelo intérprete constitucional.

A teoria dos sistemas complexos possui relevância acentuada no cenário de identificação de problemas estruturais, de difícil solução e que reclamam diagnósticos que envolvem múltiplas espécies de conhecimentos. Problemas relativos ao baixo desenvolvimento nacional e à incapacidade de diminuição das desigualdades regionais configuram problemas de natureza estrutural, que reclamam a conjugação de esforços de vários atores. Existe, na utilização dos elementos econômicos como critério de adequação da norma, uma questão a ser solucionada de impedimento relacionada não só à legitimidade do Poder Judiciário, como também de capacidade institucional do julgador.

Há diversos aspectos sociológicos desprezados pelas análises eminentemente jurídicas, de modo que se utiliza da teoria da escolha pública para averiguar imperfeições no processo legislativo que acabam por comprometer a realização de um planejamento de longa duração, condizente com a maturação de um processo sólido de elaboração, implementação e execução de políticas públicas de infraestrutura.

Nesse tocante, reconhece-se que os grupos de pressão são organizados e têm realizado trabalhos diligentes em torno dos políticos eleitos, influenciando diretamente o conteúdo das normas produzidas. Apesar do reconhecimento da relativa (esta deficiência não é absoluta) falta de capacidade institucional, a possibilidade de uma questão possivelmente inconstitucional ficar sem resposta é um elemento desestabilizador do sistema jurídico, não podendo o Poder Judiciário furtar-se de conhecer assuntos que se encontram resguardados pelos objetivos fundamentais da República sob o argumento de ausência de capacidade institucional. É necessário avançar no modelo de controle concentrado de constitucionalidade atualmente à disposição. Os meios eleitos para atingir-se determinados fins são sempre técnicos, dado o conjunto de fatos conhecidos e considerados no processo decisório.

Sugere-se a adoção, pelo Poder Legislativo, de um estudo de viabilidade normativa procedimentalizado que abranja a definição do problema a ser resolvido com a edição da lei, a identificação da abrangência e dos atores afetados pela norma, definição dos objetivos imediatos e, considerando ser o caso de leis instituidoras de políticas públicas de infraestrutura, o impacto que terão no atingimento dos objetivos fundamentais da República desenvolvimento nacional e diminuição das desigualdades regionais, contendo o mapeamento das alternativas consideradas, a análise dos seus impactos e a justificativa acerca da eleição da melhor alternativa, sua implementação, fiscalização e monitoramento.

Defende-se que a deferência absoluta para as decisões de entes e órgãos mais aptos para fornecer respostas especializadas se restrinja às questões consideradas racionalmente arbitrárias, ou seja, sempre que se puder comparar opções à disposição dos formuladores de políticas públicas, sugere-se a adoção do processo dialógico entre estes e o STF. Somente nas decisões racionalmente arbitrárias, ou seja, em que o desconhecimento sobre qual seria a melhor opção é absoluto é que poderia ser reconhecido um núcleo intangível pelo controle judicial.

Deve-se formular um redesenho institucional do processo constitucional para permitir a adoção de interações cada vez mais incisivas em favor do diálogo interinstitucional com a finalidade de resolver-se questões

difíceis em prol da máxima efetividade constitucional. Obter-se um incremento na tutela jurisdicional constitucional não só é desejável, como leva a uma maior efetividade dos direitos previstos constitucionalmente, permitindo ir além de uma mera análise de eficácia jurídico-formal dos dispositivos constitucionais. A efetividade, por sua vez, é a última fronteira a ser desbravada em termos de controle de constitucionalidade, porém no estado atual implica em interações interinstitucionais entre os poderes.

A aferição da efetividade das leis instituidoras de políticas públicas de infraestrutura requer um juízo de valor sobre a adequação da adoção das eventuais soluções abraçadas pelo poder público, mostrando-se desejável levantar-se dados para um diagnóstico preciso, podendo redundar numa verificação de condicionantes relacionadas ao princípio da proporcionalidade.

A inconstitucionalidade das políticas públicas de infraestrutura econômica é passível de causar um estado de coisas inconstitucional, dada a estruturalidade e generalidade da violação dos direitos fundamentais. A teoria das capacidades institucionais não pode sustentar ou servir de anteparo para argumentos que corroborem o estado de coisas inconstitucional. Em outras palavras, é inadmissível, sob o argumento da referida teoria, levantar hipóteses de permanência de estados generalizados de descumprimento da carta constitucional.

Outrossim, o argumento acerca do ferimento ao princípio da separação de poderes e ao princípio democrático pode ser afastado mediante a adoção do processo dialógico, prestigiando-se a conjugação de esforços dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

O modelo brasileiro de controle concentrado de constitucionalidade não se encontra estruturado para responder solidamente às questões concernentes ao estado de coisas inconstitucional que precisem de longo acompanhamento, apesar de já ter sido firmado um precedente na ADPF 347. Um modelo dialógico de controle concentrado de constitucionalidade leva a uma maior concretude do princípio da máxima efetividade da constituição.

BIBLIOGRAFIA

ACEMOGLU, Daron.; ROBINSON, James. **Por que as nações fracassam**: as origens do poder, da prosperidade e da pobreza. Traduzido por: Cristiana Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

ADIGA, Aravind. **The White tiger**. New Delhi: Harper Collins Publishers, 2008.

_____. **O tigre branco**. São Paulo: Harper Collins Brasil, 2021.

ARGUELHES, Diego Weneck; LEAL, Fernando. Os argumentos das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. **Revista Direito, Estado e Sociedade**. São Paulo: PUC, n. 38, p. 6-50, jan./jun. 2011.

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, jan./mar 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: 20/06/2019.

BAGATIN, Andreia Cristina. **Captura das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Saraiva, 2013.

BARROS, Alexandre Rands. **Raízes das desigualdades regionais no Brasil**. Rio de Janeiro: Alta Books, 2019.

BERLIN, Isaiah. **Dois conceitos de liberdade**. 1981, p. 133.

BERCOVICI, Gilberto. Infraestrutura e desenvolvimento. **Elementos de direito da infraestrutura**. São Paulo: Contracorrente, 2015.

_____. Política econômica e direito econômico. Fortaleza: **Revista Pensar**, v. 16, n. 2, jul./dez. 2011.

_____. **Desigualdades regionais, estado e constituição**. São Paulo: Max Limonad, 2003.

BERTALANFFY, Ludvig Von. **Teoria geral dos sistemas**. 2. ed., Tradução de: Francisco M. Guimarães. Petrópolis: Vozes, 1975.

BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação**. Transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BITENCOURT, Caroline Müller. & RECK, Janriê Rodrigues. Categorias de análise de políticas públicas e gestão complexa e sistêmica de políticas públicas. **A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 16, n. 66, out./dez. 2016.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: Editora UnB, 10. ed., 1999.

BONAVIDES, Paulo. **A constituição aberta**: temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no federalismo das regiões. São Paulo: Malheiros, 3. ed., 2004.

_____. **Teoria do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2001.

BORGES, André. Democracia vs. eficiência: a teoria da escolha pública. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, n. 53, 2001.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, 5 out. 1988, anexo, p. 1. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07/02/2020.

_____. Lei Federal nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do §1º do art. 102 da Constituição Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, 6 de novembro de 1999, p. 1. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=9882&ano=1999&ato=308MzaE9keNpWT573>. Acesso em: 10/07/2021.

_____. Lei Federal nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996. Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel, disciplina o regime de concessões de serviços públicos de energia e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 27 dez. 1996, p. 28653. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9427compilada.htm. Acesso em: 10/07/2021.

_____. Lei Federal nº 9.478, de 6 de agosto de 1997. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 7 ago. 1997, p. 16952. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9478.htm. Acesso em: 10/07/2021.

_____. Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 22 jun. 1993, p. 8269. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 10/07/2021.

_____. Lei Federal nº 10.438, de 26 de abril de 2002. Dispõe sobre a expansão da oferta de energia elétrica emergencial, recomposição tarifária extraordinária, cria o Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia Elétrica (Proinfa), a Conta de Desenvolvimento Energético (CDE), dispõe sobre a universalização do serviço público de energia elétrica, dá nova redação às Leis

nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, nº 9.648, de 27 de maio de 1998, nº 3.890-A, de 25 de abril de 1961, nº 5.655, de 20 de maio de 1971, nº 5.899, de 5 de julho de 1973, nº 9.991, de 24 de julho de 2000, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 29 abr. de 2002, p. 1. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10438.htm. Acesso em: 10/07/2021.

_____. Lei Federal nº 10.848, de 15 de março de 2004. Dispõe sobre a comercialização de energia elétrica, altera as Leis nº 5.655, de 20 de maio de 1971, 8.631, de 4 de março de 1993, 9.074, de 7 de julho de 1995, 9.427, de 26 de dezembro de 1996, 9.478, de 6 de agosto de 1997, 9.648, de 27 de maio de 1998, 9.991, de 24 de julho de 2000, 10.438, de 26 de abril de 2002, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 16 mar. 2004, p. 2. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.848.htm. Acesso em: 10/07/2021.

_____. Lei Federal nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007. Estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico; cria o Comitê Interministerial de Saneamento Básico; altera as Leis nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.666, de 21 de junho de 1993 e 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; e revoga a Lei nº 6.528, de 11 de maio de 1978. **Diário Oficial da União**, 8 jan. 2007, p. 3. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11445.htm. Acesso em 10/07/2021.

_____. Lei Federal nº 11.909, de 4 de março de 2009. Dispõe sobre as atividades relativas ao transporte de gás natural, de que trata o art. 177 da Constituição Federal, bem como sobre as atividades de tratamento, processamento, estocagem, liquefação, regaseificação e comercialização de gás natural; altera a Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, 5 mar. 2009, p. 1. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11909.htm. Acesso em: 10/07/2021.

_____. Lei Federal nº 12.783, de 11 de janeiro de 2013. Dispõe sobre as concessões de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica, sobre a redução dos encargos setoriais e sobre a modicidade tarifária; altera as Leis nº 10.438, de 26 de abril de 2002, 12.111, de 9 de dezembro de 2009, 9.648, de 27 de maio de 1998, 9.427, de 26 de dezembro de 1996, e 10.848, de 15 de março de 2004; revoga dispositivo da Lei nº 8.631, de 4 de março de 1993; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, 14 jan. 2013, p. 1. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12783.htm. Acesso em: 10/07/2021.

_____. Lei Federal nº 14.026, de 15 de julho de 2020. Atualiza o marco legal do saneamento básico e altera a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, para atribuir à Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA) competência para editar normas de referência sobre o serviço de saneamento, a Lei nº 10.768, de 19 de novembro de 2003, para alterar o nome e as atribuições do cargo de Especialista em Recursos Hídricos, a Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005, para vedar a prestação por contrato de programa dos serviços de que trata o art.

175 da Constituição Federal, a Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, para aprimorar as condições estruturais do saneamento básico no País, a Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010, para tratar dos prazos para a disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos, a Lei nº 13.089, de 12 de janeiro de 2015 (Estatuto da Metrópole), para estender seu âmbito de aplicação às microrregiões, e a Lei nº 13.529, de 4 de dezembro de 2017, para autorizar a União a participar de fundo com a finalidade exclusiva de financiar serviços técnicos especializados. **Diário Oficial da União**, 16 jul. 2020, p. 1. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l14026.htm. Acesso em: 10/07/2021.

_____. Lei Federal nº 14.120, de 1º de março de 2021. Altera a Lei nº 9.991, de 24 de julho de 2000, a Lei nº 5.655, de 20 de maio de 1971, a Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, a Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002, a Lei nº 10.848, de 15 de março de 2004, a Lei nº 12.111, de 9 de dezembro de 2009, a Lei nº 12.783, de 11 de janeiro de 2013, a Lei nº 13.203, de 8 de dezembro de 2015, e o Decreto-Lei nº 1.383, de 26 de dezembro de 1974; transfere para a União as ações de titularidade da Comissão Nacional de Energia Nuclear (CNEN) representativas do capital social da Indústrias Nucleares do Brasil S. A. (INB) e da Nuclebrás Equipamentos Pesados S. A. (Nuclep); e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, 2 mar. 2021, p. 3. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14120.htm. Acesso em: 10/07/2021.

_____. Lei Federal nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. **Diário Oficial da União**, 1º abr. 2021, p. 1. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 10/07/2021.

_____. Lei Federal nº 14.134, de 8 de abril de 2021. Dispõe sobre as atividades relativas ao transporte de gás natural, de que trata o art. 177 da Constituição Federal, e sobre as atividades de escoamento, tratamento, processamento, estocagem subterrânea, acondicionamento, liquefação, regaseificação e comercialização de gás natural; altera as Leis nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, e 9.847, de 26 de outubro de 1999; e revoga a Lei nº 11.909, de 4 de março de 2009, e dispositivo da Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002. **Diário Oficial da União**, 9 abr. 2021, p. 2. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14134.htm. Acesso em: 10/07/2021.

_____. Decreto 67.647, de 23 de novembro de 1970. Estabelece nova Divisão Regional do Brasil para fins estatísticos. **Diário Oficial da União**, 24 nov. 1970, p. 9987. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1970-1979/decreto-67647-23-novembro-1970-409148-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 10/07/2021.

_____. Diretrizes Gerais e Guia Orientativo para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório – AIR. Presidência da República. Casa Civil. Junho de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Medida cautelar na **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347** Distrito Federal. Julgada em 09 set. 2015. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665> Acesso em: 10/07/2021.

BREUS, Thiago Lima. Políticas públicas no estado constitucional: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela administração pública brasileira. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BRUM, Henrique. *Capabilities* para quem? Uma crítica a Amartya Sen. **Diversitates**, v. 5, n. 1.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas públicas e direito administrativo. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, jan./mar. 1997, v. 34, n. 133.

_____. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUCHANAN, Richard. Wicked problems in design thinking. **Design Issues**. Boston: The MIT Press, v. 8, n. 2, 1992, p. 5-21. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/1511637>. Acesso em: 02/07/2021.

CALDEIRA, Jorge. **Mauá**: o empresário do império. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**. São Paulo: Almedina, 2. ed., 2018.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

CARRIÓ, Genaro. R. Notas sobre derecho y lenguaje. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.

CARVALHO, André Castro. **Infraestrutura sob uma perspectiva pública**: instrumentos para o seu desenvolvimento. 612 f., Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo – USP. Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, São Paulo, 2013. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-> Acesso em: 31/10/2020.

COASE, Ronald H. **A firma, o mercado e o direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Interesse público**. São Paulo: Notadez, v. 4, n. 16, out./dez. 2002, p. 49-63. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/364>. Acesso em: 21/06/2021.

Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, Senado Federal, abr./jun. 1998, v. 35, n. 138, p. 39-48.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. (Tradução: Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa). **Direito & Economia**. Porto Alegre: Bookman, 5. ed., 2010.

CYRINO, André Rodrigues. **Direito constitucional regulatório**: elementos para uma interpretação adequada da constitucional econômica brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

_____. Como se fazem as leis? Democracia, grupos de interesse e controle de constitucionalidade. In: **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), n. 113, p. 51-99, jul./dez. 2016.

DAL POZZO, Augusto Neves. O dever de planejamento estatal e a efetividade na prestação de serviço público de saneamento básico. In: **Elementos de Direito da infraestrutura**. São Paulo: Contracorrente, 2015.

_____. **O direito administrativo da infraestrutura**. São Paulo: Contracorrente, 2020.

_____.; PEREIRA, Bruno Ramos; COSCARELLI, Bruno Vidigal; NAVES, Guilherme de Ávila; FACCHINATTO, Renan Fernandes; OLIVEIRA, Rodrigo Reis de. [Tradutores]. **Certified PPP Professional (CP3P) Guide**. The World Bank Group, 2016.

DEUSDARÁ, Cristiane Eleutério Carvalho. A implantação do complexo industrial e portuário do Pecém e seus reflexos sobre o desenvolvimento local do Município de São Gonçalo do Amarante. 50f. **Dissertação** (mestrado profissional em economia do setor público). Programa de Pós-Graduação em Economia, CAEN, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2013.

DIAS, Jean Carlos. **O controle judicial de políticas públicas**. Salvador: JusPodivm, 2016.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Nelson Boeira (Tradutor). São Paulo: WMF Martins Fontes, 2020.

ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

FERNANDES, André Dias. **A constitucionalização do direito administrativo e o controle judicial do mérito do ato administrativo**. In: *Revista de Informação Legislativa*. ano 51, n. 203, jul./set. 2014, p. 143-164.

FOLLONI, André. **Ciência do direito tributário no Brasil**: críticas e perspectivas a partir de José Souto Maior Borges. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Introdução à teoria da complexidade**. Curitiba: Juruá, 2016.

FORGIONI, Paula A. Análise econômica do direito (AED): paranoia ou mistificação? **Revista de Direito Mercantil**, n. 139, 2005.

FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org). **Políticas públicas**: possibilidades e limites. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no estado democrático de direito. São Paulo: Saraiva, 2015.

FRANÇA, Phillip Gil. Objetivos fundamentais da República, escolhas públicas e políticas públicas: caminhos de concretização dos benefícios sociais constitucionais. In: **Revista Eletrônica Publica Direito**, ano 2, v. 9, 2013. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=534488729ab74ff0>. Acesso em: 10/01/2020.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. São Paulo: Malheiros, 4. ed., 2004.

_____. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 3. ed., 2004.

FULLER, Lon; WINSTON, Kenneth I. The forms and limits of adjudication. In: **The Harvard Law Review Association**, v. 92, n. 2, p. 353-409, 1978. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1340368>. Acesso em: 04/07/2021.

GIGANTES do Brasil. Direção: Fernando Honesko. São Paulo: Boutique Filmes/History Channel, 2016. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=g8vKKjrA96A>. Acesso em: 20/05/2020.

GONDIM, Liliane Sonsol. **A importância da energia eólica na matriz energética brasileira**: a sustentabilidade como valor instrumental para a diminuição das desigualdades regionais e a efetivação do direito ao desenvolvimento no Ceará. Mestrado em Direito (Dissertação). UFC, 2013, 126f.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

GUERRA, Sérgio. **Discrecionalidade, regulação e reflexividade**: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação "pluralista" e procedimental da constituição. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1997.

HACHEM, Daniel Wunder. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do

desenvolvimento. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**. Curitiba, ano 13, v. 13, n. 13, jan./jun. 2013.

HARARI, Yuval Noah. **Sapiens: uma breve história da humanidade**. Porto Alegre: L&PM, 2017.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Divisão Regional**. Disponível em: <http://ibge.gov.br/home/geociencias/default_div_int.shtm>. Acesso em: 02/02/2020.

IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Infraestrutura econômica no Brasil: diagnósticos e perspectivas para 2025**. Brasília: IPEA, Livro 6, v. 1, 2010.

JOCHIMSEN, Reimut. **Theorie der Infrastruktur: Grundlagen der marktwirtschaftlichen Entwicklung**: Tübingen, J. C. B. Mohr, 1966.

KAUL, Inge; GRUNBERG, Isabelle; STERN, Marc. A. Bens públicos globais. Zilda Maldonado (Tradutora) São Paulo: Record, 2012.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. João Baptista Machado [Trad.] São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LIMA, Mário Márcio Saadi. **O procedimento de manifestação de interesse à luz do ordenamento jurídico brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães. **Normas constitucionais não escritas**. São Paulo: Almedina, 2014.

LOPES, Herton Castiglioni. Instituições e crescimento econômico: os modelos teóricos de Thornstein Veblen e Douglass North. **Revista de Economia Política**. v. 33, n. 4, out./dez. 2013, p. 619-637.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito **Por que dogmática jurídica?** Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MARCATO, Fernando S.; PINTO JUNIOR, Mario Engler (coord.). **Direito da infraestrutura**. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2017.

MARTINS, Vilker Germano. Indicadores de sustentabilidade para o setor de energia elétrica brasileiro – proposta de uma visão sistêmica: ambiental, social, econômica e institucional. In: CASTRO, Marcus Faro; LOUREIRO, Luiz Gustavo

MATHER, K. F. Objectives and nature of integrative studies. **Main Currents in Modern Thought**, 8, 1951.

MENEGAT, Fernando. Direito e infraestrutura – propostas de in(definição). **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**. Belo Horizonte: Fórum, ano 13, n. 50, abr./jun. 2015.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. São Paulo: Dialética, 2004.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de; BRUM, Guilherme Valle. **Políticas públicas e jurisdição constitucional**: entre direitos, deveres e desejos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. Porto Alegre: Sulina, 5. ed., 2005.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. A jurisdição constitucional e os direitos fundamentais: uma análise em torno do direito ao desenvolvimento. In: **A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, ano 11, n. 46, out./dez. 2011.

_____. O controle de políticas públicas: um desafio à jurisdição constitucional. **Boletim de Direito Administrativo**. São Paulo: NDJ, ano XXII, n. 11, nov. p. 1243-1263, 2006.

NORTH, Douglass C. **Instituições, mudança institucional e desempenho econômico**. São Paulo: Três Estrelas, 2018.

_____. **Transaction Costs, Institutions and Economic Performance**. In: Occasional Papers/International Center for Economic Growth Publication, nº 30, 1992.

NUNES, António José Avelãs. Noção e objeto da economia política. Coimbra: Almedina, 3. ed., 2014.

NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia** — Introdução ao Direito Econômico. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2014

OWEN, Fiss. Models of adjudication. **Cadernos Direito GV**. Seminários n. 8, São Paulo: FGV, nov. 2015, p. 13. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fggv.br/dspace/bistream/handle/10438/2810/direito%2008.pdf?sequence=1>. Acesso em: 06/05/2021.

_____. **The law as it could be**. Nova York: New York University Press, 2003, p. 5.

_____. The forms of justice. **Harvard Law Review**, v. 93, n. 1, Faculty Scholarship Series 1220, 1979, p. 23. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1220. Acesso em: 12/05/2019.

PÊGO, Bolívar; CAMPOS NETO, Carlos Alvares da Silva (Orgs.) **Infraestrutura econômica no Brasil**: diagnósticos e perspectivas para 2025. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Brasília: Ipea, 2010.

- PEIXINHO, Manoel Messias; FERRARO, Suzani Andrade. Direito ao desenvolvimento como direito fundamental. **Anais do XVI Congresso Nacional do Conpedi**, 2007.
- PEREZ, Marcos Augusto. **Testes de legalidade**: métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2020.
- POPPER, Karl. **A lógica da pesquisa científica**. São Paulo: Cultrix, 2016.
- ROSE-ACKERMAN, Susan. **Corruption and government**: causes, consequences and reform. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação, desenvolvimento e meio ambiente. In: **Regulação e desenvolvimento**. Calixto Salomão Filho (Org.) São Paulo: Malheiros, 2012.
- SANTANA, Paulo Victor Pinheiro de. Análise econômica no direito brasileiro: limites e possibilidades. **Lex Humana**. Petrópolis: v. 6, n. 1, p. 156-179, 2014.
- SCHIRATO, Vitor Rhein. A regulação dos serviços públicos como instrumento para o desenvolvimento. **Interesse Público – IP**. Belo Horizonte: Fórum, ano 7, n. 30, mar./abr./ 2005. Disponível em: http://bidforum.com.br/bidBiblioteca_periodico_print.aspx?i=50027&p=16. Acesso em: 07/02/2020.
- SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: FGV, v. 248, maio/ago., 2008.
- SCLIAR, Moacir. O nascimento da saúde pública. **Revista da Sociedade Brasileira de Medicina Tropical**. n. 21, abr./jun. 1988, p. 87. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rsbmt/v21n2/14.pdf>. Acesso em: 20/05/2021.
- SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Traduzido por: Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.
- _____. **A ideia de justiça**. Traduzido por: Denise Bottman e Ricardo Dominelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2012
- SILVA, Marcos Fernandes Gonçalves da. Políticas de governo e planejamento estratégico como problemas de escolha pública. In: **Revista de Administração de Empresas**. São Paulo: FGV, v. 36, n. 3, p. 32-41, jul./set. 1996.
- SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso da. (Org.) **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2010.

SMITH, Adam. **A riqueza das nações**: investigação sobre sua natureza e causas. Trad.: Luiz João Baraúna. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

SOARES, Marco Antônio Striquer; BRENE, Tiago. Análise dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil à luz dos estudos de Isaiah Berlin. **Revista Direito, Estado e Sociedade**. Rio de Janeiro: PUC, 2015

SOUTO, Marcos Juruena Villela Souto. **Direito administrativo da economia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

STIGLER, George J. A teoria da regulação econômica. In: **Regulação econômica e democracia**: o debate norte-americano. São Paulo: Editora 34, 2004.

STRECK, Lênio. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais-sociais no Brasil. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 8, n. 2, maio/ago. 2003.

SUNSTEIN, Cass R. **Why Nudge?** The politics of libertarian paternalism. New Haven: Yale University Press, 2014.

_____; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. **Michigan Law Review**. University of Michigan Law School Scholarship Repository, v. 101, ed. 4, n. 885, 2003. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol101/iss4/2>. Acesso em: 20/5/2021.

THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass. **Nudge**: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019.

TORRISI, Gianpiero. **Public infrastructure**: definition, classification and measurement issues. Munich Personal RePEC Archive, n. 12990. München: MPRA, 2009, p. 5. Disponível em: https://www.reaserchgate.net/publication/23935428_Public_infrastructure_definition_classification_and_measurement_issues. Acesso em: 17/02/2021.

TRESSA, Simone Valadão Costa e. Estado de coisas inconstitucional: legitimidade e efeitos práticos no ordenamento jurídico brasileiro. **Arquivo Jurídico**. Teresina: Universidade Federal do Piauí (UFPI), v. 6, n. 1, jan./jun. 2019.

VERMEULE, Adrian. Rationally arbitrary decisions in administrative law: a dossier about administrative state. **Harvard: Journal of Legal Studies**, v. 44, s. 2, 2015.

_____. Decisões racionalmente arbitrárias no direito administrativo. Traduzido por: Maíra Almeida. Chicago: **Journal of Institutional Studies**, v. 3, 2017.

WAPSHOTT, Nicholas. **Keynes x Hayek**: as origens e a herança do maior duelo econômico da história. São Paulo: Record, 2016.