

**INSTITUTO BRASILENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA – EDB
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

WENDER DA SILVA MESQUITA

**A LEGITIMIDADE DA LEI Nº 10.369/2015 DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO NA
PERSPECTIVA DAS LIBERDADES INDIVIDUAIS E DO PATERNALISMO LIBERTÁRIO**

**BRASÍLIA
NOVEMBRO 2016**

WENDER DA SILVA MESQUITA

**A LEGITIMIDADE DA LEI Nº 10.369/2015 DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO NA
PERSPECTIVA DAS LIBERDADES INDIVIDUAIS E DO PATERNALISMO LIBERTÁRIO**

Trabalho de Graduação apresentado ao Curso
de Graduação em Direito para a obtenção do
título de Bacharel em Direito

Orientador: Prof. Dr. Daniel Gustavo Falcão
Pimentel dos Reis

**BRASÍLIA
NOVEMBRO 2016**

WENDER DA SILVA MESQUITA

**A LEGITIMIDADE DA LEI Nº 10.369/2015 DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO NA
PERSPECTIVA DAS LIBERDADES INDIVIDUAIS E DO PATERNALISMO LIBERTÁRIO**

Trabalho de Graduação apresentado ao Curso
de Graduação em Direito para a obtenção do
título de Bacharel em Direito

Brasília, 28 de novembro de 2016

Prof. Dr. Daniel Gustavo Falcão Pimentel dos Reis
Professor Orientador

Membro da Banca Examinadora

Membro da Banca Examinadora

Dedico este trabalho ao meu amado pai e minha amada mãe
Pelo apoio incondicional, pela paciência
Por tudo

AGRADECIMENTO

Agradeço a minha amiga Elizabeth Dias dos Santos, que sempre me apoiou durante a graduação e mais ainda durante esse trabalho de conclusão de curso com suas opiniões extremamente pertinentes. Esse tema também não teria vindo à tona não fosse pela Juliana Silva de Deus, a quem tenho enorme apreço e muito contribuiu quando decidimos estudar Economia Comportamental.

A Bíblia nos dá um ótimo conselho: “Tudo que é verdadeiro, tudo que é amável, tudo de que se fala bem, tudo que é virtuoso e tudo que é digno de louvor, continuem a pensar nessas coisas”. O sentimento que tenho por essas pessoas não é outro, senão gratidão.

RESUMO

Este trabalho analisa a legitimidade da Lei nº 10.369/2015 sobre o prisma do Paternalismo Libertário, desenvolvido por autores como Cass Sunstein, Alain Samson e outros. Buscou ainda analisar os efeitos dessa lei sobre o contexto do direito à saúde, do princípio da livre iniciativa e da liberdade de consciência em face da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Por fim delimitou as principais críticas dirigidas ao Paternalismo Libertário, bem como as críticas dirigidas no tocante a ausência de legitimação da referida lei pela sociedade capixaba.

Palavras-chave: Paternalismo Libertário; *Nudge*; Liberdades Individuais. Lei nº 10.369 do Estado do Espírito Santo.

ABSTRACT

This paper analyzes the legitimacy of Law No. 10.369 / 2015 on the prism of Libertarian Paternalism, developed by authors such as Cass Sunstein, Alain Samson and others. It also sought to analyze the effects of this law on the context of the right to health, the principle of free initiative and freedom of conscience in the face of the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988. Finally, it outlined the main criticisms directed at Libertarian Paternalism, The criticisms directed at the lack of legitimation of the said law by the society capixaba.

Keywords: Paternalism Libertarian; Nudge; Individual freedoms. Law nº 10.369/2015 of the state of Espírito Santo.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1. Os Fundamentos Teóricos do Paternalismo Libertário no Contexto da Lei nº 10.369/2015	9
2. Críticas ao Paternalismo Libertário	15
3. A Lei nº 10.369/2015 e o Direito à Saúde na Constituição Federal de 1988	21
4. A Lei nº 10.369/2015 no Contexto de um Estado Republicano em face do Princípio da Livre Iniciativa e da Livre Concorrência	26
4.1. A Livre Iniciativa na Constituição Federal de 1988	30
4.2. O Paternalismo Libertario e a Livre Iniciativa	34
5. Considerações Gerais sobre o Excesso de Regulação, Legitimidade e Legitimação da Lei nº 10.369/2015	37
CONCLUSÃO	50
REFERÊNCIAS	53

INTRODUÇÃO

Em 25 de maio de 2015 entrou em vigor a Lei nº 10.369, editada pelo Poder Legislativo do Estado do Espírito Santo que proíbe, sob pena de multa, que bares, restaurantes e similares exponham recipientes ou sachês que contenham cloreto de sódio (sal de cozinha) sobre as mesas.

A disponibilização do produto somente é permitida quando solicitada pelo cliente. A lei é uma medida preventiva por parte do Governo do Estado do Espírito Santo com o propósito de amenizar as doenças causadas pelo excesso do uso do cloreto de sódio.

A relevância do tema se dá na medida em que o ordenamento pátrio busca tutelar o princípio da livre iniciativa no artigo 1º inciso IV e artigo 170, bem como o direito à saúde no artigo 196, todos da Constituição Federal de 1988. Os cidadãos, em regra, têm o direito de escolher o que comer e como comer e também de organizarem seus empreendimentos de forma a fornecer aquilo que seus clientes desejam, por outro lado o Poder Público tem o dever de proteção à saúde dos cidadãos.

A Lei nº 10.369/2015 prejudica a liberdade, ou a autonomia da vontade, dos cidadãos acarretando, portanto, em uma colisão de direitos fundamentais? Há alguma doutrina regulatória que legitima esse tipo de ingerência na vida privada? Eis os problemas de pesquisa desse trabalho.

A hipótese desse trabalho é de que a Lei nº 10.369/2015 não afeta liberdades garantidas constitucionalmente. Ela também pode ser legitimada pela filosofia política do Paternalismo Libertário que usa o instituto jurídico regulatório denominado *Nudge*.

O Paternalismo Libertário é a doutrina política que justifica que o Estado deve legislar sobre a sociedade elaborando arquiteturas de escolhas, através do *Nudge*, de forma a induzir, e não proibir, uma tomada de decisão, preservando, portanto, a escolha do cidadão.

Esse trabalho compara os pontos argumentativos acerca da legitimidade regulatória em contraposição à liberdade dos indivíduos de se autodeterminarem, seja pelo princípio da livre iniciativa, seja pela liberdade de consciência. Também busca fazer o cotejo com a possível legitimidade social da Lei nº 10.369/2015 para com o Paternalismo Libertário e a autonomia do indivíduo e o direito à saúde.

O trabalho foi dividido em cinco tópicos: no primeiro, são apresentados os fundamentos da doutrina do Paternalismo Libertário e a relação desses conceitos com a Lei nº 10.369/2015 do Estado do Espírito Santo; no segundo tópico foram feitas às críticas gerais à doutrina do Paternalismo Libertário; no terceiro, foi feita a relação da lei 10.369/2015 com o direito constitucional à vida e à saúde; no penúltimo tópico, foi elaborada a relação entre a referida lei e os princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência; e, por fim, as considerações acerca do excesso de legislação na vida privada, principal causa da ausência de legitimação da Lei nº 10.369/2015 pela sociedade capixaba.

A pesquisa foi feita mediante revisão bibliográfica dos principais livros e artigos sobre o tema, analisando comparativamente os conceitos do Paternalismo Libertário legitimadores de uma legislação branda na esfera privada e os conceitos do liberalismo clássico no tocante a autonomia do indivíduo.

Não foi possível encontrar Jurisprudência ou doutrina brasileira especializada, posto que o tema e a lei são recentes, desse modo, a imensa maioria dos argumentos desse trabalho foram introduzidos de forma inédita, observando a referência de grandes doutrinadores, economistas e filósofos que trataram, de forma indireta, a problemática do presente trabalho no tocante à Lei nº 10.369/2015.

Não há também qualquer ação de controle de constitucionalidade concentrado até o presente momento questionando a referida lei.

1. OS FUNDAMENTOS TEÓRICOS DO PATERNALISMO LIBERTÁRIO NO CONTEXTO DA LEI Nº 10.369/2015

O estudo das Ciências Econômicas, durante muito tempo, teve como ponto de partida a teoria do *homo economicus*; uma vez que escolhas devem ser realizadas, o *homo economicus* ponderaria os custos e os benefícios de cada alternativa, e então adotariam a conduta que, dadas as suas circunstâncias e condições, lhes trariam mais bem-estar. O postulado do *homo economicus* se materializava em uma teoria do comportamento, já que buscava compreender as ações dos indivíduos e prever suas reações às mudanças em uma estrutura de incentivos.¹

Se falava que as condutas dos agentes econômicos eram sempre racionais, eles maximizariam o seu bem-estar ao escolher a opção que lhes fosse mais útil socialmente, diante dos fatos da vida cotidiana.

Alguns economistas, a exemplo de Ludwig Von Mises no livro *Ação Humana*, chegaram a criar um modelo de racionalidade que utilizava axiomas básicos, conhecido por *Praxeology*, que permitia a generalização e a instrumentalização da teoria do *homo economicus* na aplicação prática no cotidiano.² Alain Samson também cita que Gary S. Becker, em 1976, publicou o livro *The Economic Approach to Human Behavior* em que teve a pretensão de apresentar, de forma definitiva, os pilares da chamada teoria da escolha racional. Becker acreditava que a teoria do *homo economicus* poderia ser aplicada para resolver problemas e entender contextos de esferas tão diferentes como o casamento, a criação de filhos e até elaborar análises de atos criminosos.³

Entre esses postulados estaria o fato de que todos os indivíduos tendem a agir de forma a maximizar seu bem-estar e a utilidade dos bens que possuem; bem como o fato de que as preferências dos indivíduos são estáveis, completas, transitivas e ordinais; e também o fato de que os indivíduos reagem a incentivos.⁴

A ideia do *homo economicus* está intrinsecamente relacionada à epistemologia racionalista. Essa teoria foi criada através de postulados pelos quais os economistas neoclássicos pressupuseram quais seriam os juízos mais básicos, aqueles que

¹ TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e economia no Brasil**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. Pág.19-21

² VON MISES, Ludwig. **Ação humana**. 1ª ed. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil. 2010. Pág.21-31

³ SAMSON, Alain. Introdução à economia comportamental e experimental. In Avila, F. e Bianchi, A. (Orgs.). **Guia de economia comportamental e experimental**. São Paulo. 2015. Pág. 27-28

⁴ TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e economia no Brasil**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

norteariam o comportamento humano nas tomadas de decisões em um mundo de recursos escassos. Portanto, trata-se de um instrumento de análise puramente teórico e dedutivo que renuncia uma abordagem empírica falseável.⁵

É uma epistemologia eminentemente racionalista porque parte da premissa de que há uma equivalência entre a estrutura da razão e a estrutura que acreditamos ser o real, daí a justificativa de que poderíamos saber como uma pessoa se comportaria em uma determinada situação apenas por dedução, ou seja, por meio dos postulados comportamentais da economia clássica.

A Ciência Econômica é vista por alguns como um modelo de conhecimento pautado no método científico, mas o fato é que, até recentemente, seus estudos em relação ao comportamento humano estavam muito aquém, se comparados com os estudos da psicologia comportamental experimental, principalmente no que tange aos estudos behavioristas de Burrhus Frederic Skinner.⁶

O Behaviorismo, mais precisamente o Behaviorismo Radical de Skinner, se pauta pelo método empirista experimental, pois suas proposições estão disciplinadas pelo método científico de falseabilidade de Karl Raimund Popper, o que difere em essência do método racionalista pautado na ideia do *homo economicus*.⁷

Hans Albert, um dos discípulos de Popper no Direito, coloca da seguinte forma:

Todas as teorias que – em princípio - podem ser falsificadas são teorias científicas, ao passo que as que não são falsificáveis são metafísicas ou pseudociência. Se uma teoria não pode ser refutada por nenhuma experiência, então, ela não é científica e também é inútil para qualquer predição e qualquer aplicação técnica.⁸

Por volta de 1950, surgiu uma nova corrente na Psicologia Moderna, chamada de Psicologia Cognitiva, confrontando os psicólogos behavioristas, mas mantendo a abordagem científica desenvolvida por Karl Popper. Foi a contar do desenvolvimento da Psicologia Cognitiva que surgiram os teóricos da nova Economia Comportamental

⁵ O empirismo, por sua vez, cuida-se de filosofia do conhecimento, cuja pauta é que todo e qualquer conhecimento tem como origem a experiência, somente tido como válido quando verificado por fatos metodicamente observados, por esse motivo a notória frase de Bertrand Russell: "empirismo pode ser definido como a asserção de que todo conhecimento sintético é baseado na experiência". (REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 19. ed. São Paulo Saraiva, 1999. Pág. 88)

⁶ SKINNER, Burrhus Frederic. **Sobre o behaviorismo**. 10. ed. São Paulo: Cultrix, 2006.

⁷ SKINNER, Burrhus Frederic. **Sobre o behaviorismo**. 10. ed. São Paulo: Cultrix, 2006. Pág.13-22

⁸ ALBERT, Hans. **O direito à luz do racionalismo crítico**. 1ª ed. Brasília: Universa – Fundação Universidade de Brasília. 2013. Pág. 19

Moderna que buscou superar a abordagem racionalista dos economistas neoclássicos da teoria do *homo economicus*.⁹

Conquanto a racionalidade econômica, baseada no *homo economicus*, buscava influenciar outros campos das ciências sociais, psicólogos a confrontavam na área da Economia Comportamental entre eles Amos Tversky e Daniel Kahneman.¹⁰ Esses dois psicólogos demonstraram que as pessoas possuíam uma série de vieses e heurísticas. Significava dizer que a maioria das decisões que tomamos são impulsivas e pouco racionais.¹¹ As pessoas fazem todo tipo de escolhas ao longo do dia, a maioria de pouca importância como, por exemplo, colocar mais sal ou não na comida, abastecer em determinado posto de gasolina, se exercitar ou ficar em casa. Infelizmente, essas tomadas de decisões nem sempre estão corretas, tampouco estão livres de tendenciosidade sistemática, que podem prejudicar de forma significativa a longo prazo, igualmente prejudicar de forma indireta, aqueles que estão em volta.

Ao ganhar o prêmio Nobel de Economia em 2002, Daniel Kahneman começou uma revolução silenciosa na economia tradicional, passou-se a ter uma nova perspectiva sobre o comportamento humano. Nas palavras de Alain Samson, as decisões resultam de processos menos deliberativos, lineares e controlados do que gostaríamos de acreditar. Não é a racionalidade dos indivíduos que faz com que tomemos boas decisões, é muito mais *feedback* rápido dos erros e acertos que cometemos diariamente e boas informações sobre o contexto.¹²

A racionalidade limitada das teorias de Tversky e Kahneman se tornou o fundamento da abordagem teórica comportamental do livro *Nudge; improving decision about health and happiness* do economista Richard Thaler e do jurista Cass Sunstein, que é também a base do Paternalismo Libertário. No referido livro os autores procuram demonstrar como o governo pode estimular boas decisões na sociedade, utilizando-se, para tanto, do vasto conhecimento da psicologia cognitiva e dos incentivos da nova Economia Comportamental.

⁹ BARDSLEY N et al. **Experimental economics: rethinking the rules**. Princeton University Press. 2010.

¹⁰ KARIER, Thomas. **Capital intelectual: 40 anos de prêmio Nobel da economia**. 1ª ed. Coimbra: Actual. 2010. Pág. 151

¹¹ A teoria cognitiva dual do Sistema 1 e Sistema 2, desenvolvida pelo Daniel Kahneman é um campo de estudo bastante amplo e complexo. Assim procuramos evitar detalhes a respeito do seu marco teórico uma vez que não é o objeto de estudo do presente trabalho. Para fins desse trabalho basta que esclarecer como a teoria justifica o marco regulatório do Nudge.

¹² SAMSON, Alain. Introdução à economia comportamental e experimental. In Avila, F. e Bianchi, A. (Orgs.). **Guia de economia comportamental e experimental**. São Paulo. 2015. Pág. 30

Utilizando-se do vasto conhecimento emprestado da Psicologia Cognitiva, autores defendem que o Estado poderia induzir as pessoas a tomarem decisões melhores, bastando que o Poder Público crie ambientes e formule estratégias por meio de leves incentivos conhecidos da Psicologia Comportamental. O Estado, portanto, criaria uma “arquitetura de escolha”, em outras palavras, o Estado seria o arquiteto de quais decisões os indivíduos tomaria na sua vida para o próprio bem do indivíduo.¹³

Não obstante, a decisão de proteger ou não os indivíduos contra seus erros é um dilema ético para grande parte da comunidade acadêmica. O economista Richard Thaler e o jurista Cass Sunstein afirmam que é possível resolver esse problema ajudando as pessoas a tomarem boas decisões, prevenindo resultados ruins, mas sem restringir a liberdade dessas pessoas. A solução que eles apresentam é o chamado *Libertarian Paternalism*, ou simplesmente Paternalismo Libertário - Paternalista porque o governo se preocupa com seus cidadãos; Libertário porque garante ao indivíduo a liberdade de seguir todas as outras opções, caso não deseje seguir a indicação do governo.¹⁴

Afinal, onde quer que o desafio seja grande demais para o governo, o meio acadêmico ou as consultorias, certamente não se pode esperar que os cidadãos, individualmente, intuem o caminho para melhores decisões sem nenhuma assistência. As implicações de mapas, sinais de trânsito, volantes, navegadores GPS e tecnologias em rede (no transporte de mercadorias, controle do tráfego aéreo, agricultura) foram extensas no que diz respeito aos transportes. Podemos esperar um impacto ainda maior de uma “revolução na orientação” em outros aspectos da vida dos cidadãos no século XXI.¹⁵

O Paternalismo Libertário pretende melhorar a vida das pessoas, indicando escolhas melhores, sem retirar suas liberdades básicas. Uma das formas de materialização dessa doutrina é o chamado *Nudge*, se trata de um pequeno empurrão para que o indivíduo faça a escolha mais adequada, seja dando incentivos para que aumentem o nível de informação trocada, seja mudando o padrão das escolhas que fazemos no cotidiano, entre outras técnicas sustentadas na teoria econômica

¹³ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar: duas formas de pensar**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Objetiva: 2011.

¹⁴ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar: duas formas de pensar**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Objetiva: 2011. Pág.181

¹⁵ CHATER, Nick. A revolução da ciência comportamental nas políticas públicas e em sua implementação. In Avila, F. e Bianchi, A. (Orgs.). **Guia de economia comportamental e experimental**. São Paulo. 2015. Pág.124

comportamental. O *Nudge*, portanto, não é uma proibição, mas apenas leves indicativos para que possamos ter condições de tomar a decisão mais adequada.¹⁶

Um *Nudge* [...] é qualquer aspecto da arquitetura de escolha que altera o comportamento das pessoas de um modo previsível sem proibir quaisquer opções nem alterar significativamente seus incentivos econômicos. Para que uma intervenção seja considerada um mero *Nudge*, deve ser fácil e barato evita-la. *Nudges* não são imposições. Dispor as frutas ao nível do olhar é considerado *Nudge*. Proibir *junk food* não.¹⁷

Usando como parâmetro o modelo teórico proposto pela doutrina política do Paternalismo Libertário, os defensores da Lei nº 10.369/2015 passaram a argumentar que ela não violaria quaisquer liberdades individuais, visto que não há uma proibição direta dos consumidores utilizarem o sal ou mesmo a proibição da oferta de sal pelos comerciantes. O que há é somente um custo ao acesso, ou disponibilidade, do sal. A lei fala sobre a proibição da exposição do cloreto de sódio em mesas de bares, restaurantes e similares, podendo o cliente requisitar o produto ao estabelecimento.

A subsunção da suposta decisão irracional na Lei nº 10.369/2015 é o consumo excessivo de sal por partes dos cidadãos que, ao não deliberarem adequadamente, acabam por extrapolar os limites. A conclusão que os legisladores tiveram é que o acesso ao cloreto de sódio nos restaurantes, bares e similares é, por demais, facilitado. O *Nudge* na mencionada lei, é feito por meio de uma norma que dificulta o acesso ao sal e aumenta o custo de disponibilidade do produto. Argumentam que é um paternalismo positivo, em que o Estado apenas indica as escolhas, sem obrigar a adotá-las.

Alaim Samson explica que um *Nudge* também pode contribuir para interromper o fluxo automático e impulsivo e trazer a pessoa de volta ao processamento reflexivo. No caso da Lei nº 10.369/2015, o fluxo automático e impulsivo seria o fato do indivíduo sempre exceder no uso de sal na comida, sem deliberar adequadamente as consequências na saúde. A lei ganha legitimidade nesse contexto regulatório de prevenção e auxílio e não de restrição a liberdades individuais.

¹⁶ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar: duas formas de pensar**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Objetiva: 2011. Pág.181

¹⁷ THALER, Richard H. SUNSTEIN, Cass. **Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness**. New York: Penguin Books. 2008. Pág. 6 apud AVILA, F. e BIANCHI, A. (Orgs.). **Guia de economia comportamental e experimental**. São Paulo. 2015. Pag 43 .

Feita a análise inicial quanto a origem do instituto jurídico do Paternalismo Libertário e a sua relação com a lei 10.369/2015, a seguir analisaremos as críticas gerais feitas ao instituto.

2. CRÍTICAS AO PATERNALISMO LIBERTÁRIO

Stuart Mill, um dos maiores defensores do individualismo, explica que o homem é um ser de escolhas; ao fazer uma escolha dentre muitas outras possíveis o homem o faz em conformidade com seus gostos, preferências e intenções, mas sempre em conformidade com sua singularidade, sua individualidade. A tomada de decisões, com base na individualidade, é um pré-requisito para a pluralidade, que somente é possível havendo liberdade.¹⁸

Mill sugere que os indivíduos sejam livres para pensar e agir como quiserem ao tratar de aspectos da vida que concerne somente ao indivíduo: “Todo indivíduo é soberano sobre seu próprio corpo e sua própria mente” escreveu Stuart Mill no *Ensaio Sobre a Liberdade*.¹⁹ A liberdade precisa ser preservada. É ela que faz com que a individualidade se manifeste. Se todos são obrigados a fazer as mesmas coisas, e não há nenhuma recompensa para a manifestação de sua individualidade, somente é possível atingir um nível intelectual, cultural e econômico certamente muito limitado, escreve.²⁰

O que Mill entende por individualidade é a autonomia do indivíduo de formar a si mesmo em conformidade com suas próprias convicções, seguindo seus próprios caminhos. Forjando o molde da sua individualidade segundo suas singularidades e através de circunstâncias pelas quais ele teve a oportunidade de aderir de forma voluntária, conforme as ocorrências ordinárias da vida, e não segundo padrões socialmente ou institucionalmente estabelecidos via poder público.

Um Governo Representativo até poderia limitar a liberdade dos indivíduos em alguns contextos específicos, mas em nenhuma hipótese deveria limitar a individualidade de seus cidadãos naqueles assuntos que são pertinentes, estritamente, ao indivíduo.

Embora Mill tenha ciência de que nem todas as circunstâncias aderimos de forma voluntária - algumas, por exemplo, são causas naturais como doenças, desastres da natureza e etc. -, o que ele quer dizer é que as situações impostas por outros indivíduos são ilegítimas, devendo ser a exceção. Stuart Mill aponta para o fato de que a sociedade sempre interfere na conduta dos indivíduos, e tal interferência

¹⁸ MILL, Stuart. **Ensaio sobre a liberdade**. 1. Ed. São Paulo: Editora Escala, 2006.

¹⁹ MILL, Stuart. **Ensaio sobre a liberdade**. 1. Ed. São Paulo: Editora Escala, 2006. Pág. 28

²⁰ MILL, Stuart. **Ensaio sobre a liberdade**. 1. Ed. São Paulo: Editora Escala, 2006.

muitas vezes se manifesta na imposição de modelos de conduta que o indivíduo, livremente, poderia não escolher para si.

Em uma sociedade tirânica não há qualquer espaço para o singular; tudo o que se apresente como diferente dos padrões é nocivo e deve ser suprimido. A humanidade será a maior beneficiária, permitindo que cada um viva da maneira que lhe parecer adequada, em lugar de obrigar cada um a viver do modo que parece bom para o resto.²¹

A questão é se haveria alguma proteção para a individualidade de caráter; se a opinião pública não seria um jugo tirânico; se a dependência de todos por todos, se a vigilância de todos por todos não iriam reduzir todos a uma insípida uniformidade de pensamentos, sentimentos e ações.²²

A filósofa Hannah Arendt também foi bastante temerosa em relação ao avanço do Estado em confronto ao individualismo. Ela aborda, reiteradamente, sobre sermos todos humanos, ainda que ninguém seja exatamente igual a qualquer pessoa que tenha existido, exista ou venha a existir, Arendt explica que o que levou aos campos de concentração nazistas, e também a dos campos de trabalhos forçados na versão estalinista conhecidos por Gulags, foi exatamente essa situação-limite decorrente da falta de respeito ao ser humano como desigual, diferente.²³

Morta a individualidade, nada resta senão horríveis marionetes com rosto de homem, todas com o mesmo comportamento do cão de Pavlov, todas reagindo com perfeita previsibilidade mesmo quando marcham para a morte.²⁴

Por inspiração de uma ética liberal, herdeira do utilitarismo de John Stuart Mill, os economistas comportamentais adeptos do Paternalismo Libertário, manifestam uma preocupação central com a questão da liberdade de escolha.²⁵ Mas, há poucas referências da sua doutrina em relação às consequências diretas da proteção da individualidade. Uma não se confunde com a outra, a liberdade é pré-requisito para a

²¹ MILL, Stuart. **Ensaio sobre a liberdade**. 1. Ed. São Paulo: Editora Escala, 2006. Pág. 31

²² MILL, Stuart. In. Robert Heilbroner. **A história do pensamento econômico**. 6.ed. Nova Cultural Ltda, 1996. Pág.123

²³ Essa ideia se encontra no livro *Origens do totalitarismo* no qual empreende uma condenação do fascismo e do socialismo - dois regimes que, apesar de ostentarem uma retórica de ódio mortal um em relação ao outro, tem partilhado os mesmos traços fundamentais que seria a destruição da singularidade humana, do individualismo. (ARENDR, Hannah. **Origens do totalitarismo**. 1ª. Ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012)

²⁴ ARENDR, Hannah. **Origens do totalitarismo**. 1ª. Ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. Pág. 603

²⁵ BIANCHI, Ana Maria. A ética na economia comportamental: uma breve incursão. In Avila, F. e Bianchi, A. (Orgs.). **Guia de economia comportamental e experimental**. São Paulo. 2015. Pág. 222-223

individualidade, não se trata de palavras que denotam um mesmo significado como comumente se verifica.

Em circunstâncias de ambientes normais as respostas que os indivíduos dão são pautadas por uma ordem espontânea. Uma ordem que emerge de uma mão invisível disciplinada por relações e transações voluntárias de uns com os outros, dos passos que damos para adequá-las, acomodá-las e corrigi-las, explica Hayek. É uma ordem a qual surge a possibilidade de o indivíduo apropriar-se de si mesmo de acordo com a sua individualidade, fazendo escolhas, sofrendo ou se alegrando diante das consequências, mas que, por causa do sofrimento, amadurece e alcança a sua própria excelência. As ocorrências da vida prática são arbitrárias para todos e é isso que permite que as escolhas que fazemos sejam feitas conforme nossa individualidade.²⁶

A doutrina do Paternalismo Libertário defende uma mitigação quanto a disposição de liberdades individuais; por outro lado seu objetivo principal é padronizar condutas por intermédio do Estado, e isso pode vir a se tornar uma modalidade de legislação demasiadamente intrusiva na esfera privada, indo de encontro ao individualismo.

Porém, os Paternalistas Libertários justificam que, o tempo todo, somos de alguma forma sujeitos a vieses que condicionam nossas escolhas, então, por que não podemos elaborar um contexto de arquitetura de escolha para que possamos ser empurrados pelo Estado a fazer escolhas mais adequadas? Ora, essa é a função de toda e qualquer norma, não é necessário recorrer à doutrina do Paternalismo Libertário para legitimar essa proposição. O que deve ser observado é o grau e o conteúdo do bem jurídico que deve ser preservado em contraposição a liberdade dos indivíduos de se auto determinarem.

A crítica ao argumento de que somos sujeitos a vieses, não é a negação de que nossas escolhas são condicionadas ao ambiente em que estamos ou a forma enviesada que tendemos a interpretar os fenômenos da vida prática; cuida de argumentar que, embora assim aconteça, isso é uma forma natural na convivência comum dos cidadãos.

É um salto demasiadamente longo, a partir disso, legitimar que deva existir um planejador central decidindo o que é adequado, ou menos adequado, para a vida dos

²⁶ PORTAL LIBERTARIANISMO. O uso do conhecimento na sociedade – Friedrich A. Hayek. Disponível em <http://goo.gl/rx8uCo> Acesso em 07 de setembro de 2016.

cidadãos. Usando de conhecimentos do comportamento humano, para induzir a sociedade a tomar decisões que o Poder Público decidiu que é melhor para o indivíduo.

Robert Nozick explica que um ordenamento legal deveria ser um sistema de restrições indiretas. Um direito que não corrige as metas ou os projetos de vida dos indivíduos, e também não os cerca de proibições para as quais o Estado não consegue encontrar uma justificativa que importe numa ação que acarreta em uma restrição a terceiros.²⁷

A liberdade de escolha e o Estado neutro de Nozick caminham de mãos dadas. Não cabe ao Estado ser o indutor central das tomadas de decisões dos seus cidadãos. Os governantes, ao imporem aos indivíduos seus valores pessoais por um mecanismo de coerção central, acabam por não os respeitarem como seres livres e independentes, capazes de decidir quais serão seus objetivos e suas finalidades.

O que fazer, se ele se descuidar de sua saúde ou de suas posses - coisas mais próximas ao regimento da autoridade do que a anterior? Deverá a autoridade, através de uma lei explícita, tomar providências para que um tal indivíduo não se torne pobre ou enfermo? Leis, na medida do possível, procuram providências para que os bens e a saúde dos súditos não sejam violados através de fraude ou ato de violência de terceiros; não os guardam contra descaso ou má administração dos próprios proprietários. Ninguém pode ser obrigado a ser rico ou saudável, sem considerar se ele mesmo o deseja ou não. Sim, até mesmo Deus não pode salvar os homens contra a sua vontade.²⁸

É justamente porque somos livres e independentes, que precisamos de uma estrutura de direitos que seja neutra quanto às finalidades, que se recuse a tomar partido em controvérsias, estritamente, particulares. Os cidadãos têm que ser absolutamente livres para escolher os próprios valores e, conseqüentemente, as tomadas de decisões que lhes dizem respeito, devendo o Estado intervir apenas quando o cidadão passasse a interferir de fato, não na vida dele, mas na vida do outro.

O objetivo do Estado é buscar uma padronização de condutas por intermédio da legislação pelo direito. A liberdade por sua vez é um requisito necessário para a individualidade, condição irremediável para pluralidade e a pluralidade é justamente o oposto de uniformidade e padronização. Ao definir a melhor opção para o indivíduo por meio de leis, o governo necessariamente já avança sobre liberdades fundamentais.

²⁷ NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e utopia**. 1ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes. 2011

²⁸ LOCKE, John. Em defesa da tolerância. In Doering, D. e Erkens, R. (Orgs.). **Leituras sobre o liberalismo**. 2ª ed. São Paulo: Instituto Friedrich Naumann. 2009. Pág. 29

É nesse sentido que Robert Nozick coloca que “nenhum princípio baseado na situação final pode ser aplicado de maneira ininterrupta sem interferir continuamente na vida das pessoas”.²⁹

O fato é que quanto mais o Estado regular aspectos da vida privada, seja por sanção negativa ou direito premial, mais nos aproximamos da máxima do Fascismo, cujo lema era “tudo no Estado, nada contra o Estado, nada fora do Estado”.³⁰

O comentarista político americano Glenn Beck questiona: “O que impediria o Governo de usar as ferramentas da Economia Comportamental, para doutrinar alunos com o propósito de aderirem a uma determinada posição política?”.³¹ Se é legítimo ao Estado fazer isso, por meio de indicações pautadas em heurísticas, o que a própria econômica comportamental afirmar ser mais eficiente que sanções, o que mais não seria?

Os teóricos do Paternalismo Libertário não excluem a hipótese de que há também um sério risco de manipulação dos cidadãos pelo Estado. Na opinião da Ana Maria Bianchi, esse risco pode ser minimizado mediante atos de transparência governamental, é dever do Estado informar previamente como funciona e quais são as intenções de cada mecanismo implementado.³²

A difusão da filosofia *Nudge* poderia levar os governantes a esconder suas intenções atrás de movimentos sutis e táticas de marketing, em vez de informar claramente suas intenções e tentar convencer o cidadão. Por essa lógica, ao definir a melhor opção para o indivíduo e colocá-la em evidência, o governo já avançaria sobre as liberdades fundamentais.³³

Apesar das críticas, Daniel Kahneman mostra que Paternalismo Libertário é utilizado em vários países, incluindo o Reino Unido, a Coreia do Sul e o Estados Unidos. O Governo Britânico, por exemplo, criou uma equipe conhecida como *Behavioural Insight Team* – também denominada como *Nudge Unit* – com a finalidade de estudar medidas propostas pelo Paternalistas Libertários com o intuito de criarem normas regulatórias em vários setores da sociedade.³⁴

²⁹ NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e utopia**. 1ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes. 2011. Pág. 210

³⁰ AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do Estado**. 4ª ed. São Paulo: Globo. 2008. Pág. 173-174

³¹ GLENN BECK. Cass Sunstein once again proves to be the most dangerous man in america. Disponível em <http://goo.gl/DvLCER> Acesso em 30 de agosto de 2016.

³² BIANCHI, Ana Maria. A ética na economia comportamental: uma breve incursão. In Avila, F. e Bianchi, A. (Orgs.). **Guia de economia comportamental e experimental**. São Paulo. 2015. Pág. 222-223

³³ ÉPOCA. Você é livre para escolher. mesmo? Disponível em: <http://goo.gl/Ghs7IO> Acesso em 30 de agosto de 2016.

³⁴ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar: duas formas de pensar**. Rio de Janeiro: Objetiva 2012. Pág. 518

A *Nudge Unit* começou a funcionar em 2010, meses depois que o atual primeiro-ministro, David Cameron, assumiu o cargo. A proposta era adaptar políticas públicas em diversas áreas, para que elas induzissem o cidadão a fazer o melhor para ele mesmo e para a coletividade – pagar impostos em dia, usar transporte público em vez de carro, economizar energia, fumar menos, alimentar-se melhor, poupar para a velhice. Algumas opções parecem obviamente melhores que outras. Não fumar é melhor que fumar, tanto para a saúde do indivíduo como para o sistema público de saúde. Mas todas essas questões testam os limites entre liberdade individual, bem individual e bem coletivo. Por isso, a estratégia do governo britânico vem sendo objeto tanto de admiração como de críticas, tanto dos defensores da primazia da liberdade individual como dos que advogam pelo bem coletivo. Antes de enfrentar as críticas teóricas, a estratégia teve de passar pelo duro teste das ruas e das planilhas de gastos.³⁵

É verdade que o campo da Economia Comportamental tem atraído atenção dos governos no mundo todo, intervenções com baixo custo podem levar a grandes mudanças no comportamento do cidadão. Igualmente, é verdade que parte da economia comportamental, desenvolvida hoje em dia, não deixa claro de onde vem sua fundamentação ética e isso tem levado a críticas ferrenhas dos opositores do Paternalismo Libertário.

Não há objetivos criados pelo Estado que não sejam uma posição política e, portanto, não há legislação que seja feita, ou deixe de ser feita, que também não seja uma posição política. O fato é que embora não seja ilegítimo o Estado atuar por esse modelo de regulação, isso pode levar a questionamentos, de natureza política e ética, se o Estado deve ou não deve assim proceder.

³⁵ ÉPOCA. Você é livre para escolher. Mesmo? Disponível em: <http://goo.gl/Ghs7IO> Acesso em 30 de agosto de 2016.

3. A LEI Nº 10.369/2015 E O DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Segundo o doutrinador Paulo Gustavo Gonet Branco, o direito à vida não se limita ao direito de defesa. Ele também possui o condão de restringir, através do Poder Público, que indivíduos pratiquem atos atentatórios à existência humana, contra a vida de outros e até mesmo contra a sua própria vida.³⁶

É preciso reconhecer que a sacralidade da vida humana nas sociedades ocidentais decorre, em grande medida, da doutrina da Igreja Católica Apostólica Romana. Esta entende que a vida é propriedade de Deus e, por isso, o ser humano é um mero administrador. Por óbvio, nem todos os indivíduos aceitam e acreditam nas doutrinas cristãs. Apesar disso, essas proposições morais se perpetuam e são assimiladas pelos indivíduos no decorrer da história, orientando a formação do direito e das instituições sociais, algumas vezes de forma velada, outras vezes nem tanto.

O fato é que não se inclui no direito à vida a opção por não viver, nosso ordenamento jurídico deve proteger esse bem, apesar da vontade em contrário do seu titular. “O indivíduo não pode vender uma parte do seu corpo ou uma função vital, nem tampouco se mutilar voluntariamente”, explica Paulo Gonet.³⁷

Questão intrigante é que a indisponibilidade da vida não advém de um preceito constitucional. A Constituição Federal trata a vida como inviolável e não como indisponível. Considerando as duas palavras em sentido etimológico, vemos que possuem diferentes significados. No entanto, a doutrina vem se posicionando que o direito à vida está intrinsecamente relacionado a dignidade da pessoa humana, e, em razão e diante desse fato, o direito à vida assumiria um caráter axiológico indelegável.³⁸ Canotilho leciona que o direito à vida é um direito, mas não é uma liberdade, e é daí que advém sua indisponibilidade.³⁹

Há um direito-dever de proteção pelo Estado à vida, pois a indisponibilidade está relacionada tanto à esfera pública, quanto à esfera privada, salvo as exceções

³⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9.ed.rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. Pág. 260

³⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9.ed.rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. Pág.145

³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **As dimensões da dignidade da pessoa humana: uma compreensão jurídico-constitucional aberta e compatível com os desafios da biotecnologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

³⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4ª edição. Coimbra: Livraria Almedina, 2000. p. 526-539.

legais, quais sejam a legítima defesa, guerra ou as exceções do Código Penal quanto ao aborto.

O direito à vida é direito garantido a todas as pessoas, sem nenhuma distinção, trata-se do primeiro e mais fundamental direito da personalidade. As diligências que buscam a efetivação de prestações ao direito de saúde, por sua vez, também devem ser resolvidas orientando-se pela perspectiva da indisponibilidade do direito à vida.

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Diante do artigo 196, podemos afirmar que a nossa Constituição Federal dar amparo para a edição da Lei nº 10.369/2015. O Poder Público pode adotar políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos. Nosso ordenamento jurídico possui legitimidade inclusive para adotar medidas proibitivas ao indivíduo naquilo que pode prejudicar somente a vida dele.

Cumprido salientar que na esfera penal há uma vedação de criminalizar atos pelo qual o indivíduo atente contra a sua própria integridade física. Trata-se do princípio da alteridade desenvolvido por Claus Roxin: “A consciente autolesão, em sexto lugar, como também sua possibilitação e fomento, não legitimam uma sanção punitiva, pois a proteção de bens jurídicos tem por objeto a proteção frente à outra pessoa, e não frente a si mesmo”.⁴⁰

Contudo, nas demais esferas do direito não há uma vedação nesse sentido. Como exemplo temos o artigo 13 do Código Civil, que diz: “salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes”.⁴¹ O artigo 65 do Código de Trânsito Brasileiro dispõe “É obrigatório o uso do cinto de segurança para condutor e passageiros em todas as vias do território nacional, salvo em situações regulamentadas pelo CONTRAN”.⁴² O objeto dessas normas não é nada mais que proteger o indivíduo de si mesmo, no primeiro caso sob pena de responsabilidade da autoridade médica, e no segundo caso sob pena de multa administrativa.

⁴⁰ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009. Pág. 23

⁴¹ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <https://goo.gl/NsOTgD>

⁴² BRASIL. Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997. Disponível em: <https://goo.gl/UalvuV>

A lei 10.369/2015 é mais uma dessas restrições indiretas que busca proteger os cidadãos contra si mesmo, pautada no poder de polícia. O elevado consumo de sódio pela população brasileira e sua influência na prevalência de hipertensão arterial, legitimou a Lei nº 10.369/2015 a ser uma forma de prevenir doenças que oneram diretamente o Poder Público, responsável por custear a saúde pública.⁴³

As limitações administrativas à liberdade e a propriedade que tenham por finalidade à realização de objetivos públicos, buscando atender interesses coletivos, ainda que limitando o campo de decisão de escolha dos indivíduos, é conhecido no direito pátrio por poder de polícia. O poder de polícia, em seu sentido amplo, é expressão que denota limitações administrativas, decorrentes de lei, que abrange tanto os atos do poder legislativo quanto do poder executivo. É o complexo de medidas do Estado que delimita juridicamente a intervenção na liberdade e na propriedade dos cidadãos.⁴⁴

A Lei nº 10.369/2015 tem sua legalidade fundamentada principalmente nesses parâmetros normativos, decorrente da supremacia geral da Administração sobre os administrados, uma vez que há uma limitação relativa à liberdade dos cidadãos de disporem sobre o uso do sal, bem como uma limitação à propriedade do dono do estabelecimento de dispor o sal, em prol de amenizar os efeitos nocivos à saúde.

Cass Sunstein e Stephen Holmes expõem que todos os direitos são positivos, pois, para a sua efetivação é necessário realocar recursos em um contexto de organização administrativa, que é necessariamente paga através de tributos pela sociedade. O Estado se depara o tempo todo com *trade off*, expressão que define uma situação em que há conflito de escolha, perante a escassez de recursos. E nesse sentido, o *Nudge* poderia fazer o papel de prevenção, amenizando essas despesas futuras.⁴⁵

Nestas circunstâncias o Poder Público ganha legitimidade para criar formas de induzimento, regulações e incentivos buscando criar hábitos saudáveis na vida do cidadão. Essas medidas preventivas na saúde pública, é uma forma de economizar recursos públicos. Uma forma de amenizar a injustiça com os pagadores de impostos

⁴³ G1. Entra em vigor a proibição do sal em mesas de restaurantes do ES. Disponível em <http://goo.gl/g26qji> Acesso em 25 de abril de 2016.

⁴⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31ª ed. São Paulo: Malheiros Editores. Pág. 840

⁴⁵ SUNSTEIN, Cass; Holmes Stephen. **The cost of rights – why liberty depends on taxes**. New York: W.W. Norton & Company, 1999. Pág. 128 apud CIARLINI, ALVARO, Luís de A.S. Direito à saúde – paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição. São Paulo: Saraiva. 2013. Pág. 32

prudentes com a sua saúde de arcarem, de forma desproporcional, com à saúde dos imprudentes.⁴⁶ Cabendo, portanto, ao Poder Público incentivar que todos sejam prudentes, uma vez que a saúde é custeada por todos.⁴⁷

Compreender essas heurísticas e elaborar arquiteturas de escolhas para que os cidadãos possam tomar decisões melhores seria uma forma eficiente de evitar gastos desnecessários com a saúde pública, segundo a OCDE - Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico - há uma economia de 3 (três) dólares na prestação de serviços de saúde para cada dólar investido na prevenção.⁴⁸

O *Nudge* é formulado para preservar a plena liberdade de escolha, sendo ele apenas um indicativo de qual decisão deve ser tomada, muito embora as consequências positivas para a sociedade podem ser bastante significativas, inclusive sobre a perspectiva da eficiência dos gastos públicos e de uma efetiva prevenção na saúde dos cidadãos.⁴⁹ “O principal desafio de saúde pública no Reino Unido é ajudar as pessoas a levarem uma vida mais saudável, indicar para elas o caminho correto da prevenção e, de certa forma, enraizar hábitos saudáveis na sociedade”, explica Nick Chater.⁵⁰

Por nota à imprensa, o Governador do Espírito Santo justificou que a proposta da Lei nº 10.369/2015 é uma forma de desestimular a ingestão de sal, posto que a Secretaria de Estado da Saúde tem pelo menos 263 mil pessoas cadastradas com hipertensão.⁵¹ Sendo a população total do Espírito Santo, em 2015, de 3,929 milhões de habitantes⁵², isso dá uma porcentagem de aproximadamente 6,6% da população do Estado. Nesse cenário, medidas como essas podem fazer uma diferença significativa.

A Lei nº 10.369/2015, sobre a perspectiva do direito à Saúde, está de acordo com a Constituição Federal de 1988. A legitimidade do Paternalismo Libertário, nesse

⁴⁶ COOTER, Robert e ULLEN, Thomas. **Direito & economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

⁴⁷ Segundo o artigo 4º da Lei Orgânica da Saúde 8.080 de 19 de setembro de 1990 o Sistema Único de Saúde é constituído pelo "conjunto de ações e serviços de saúde, prEstados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público".

⁴⁸ REDE SAÚDE FILANTRÓPICA. Medicina preventiva: economia e bonificação para operadoras. Disponível em <http://goo.gl/jm7cLJ> Acesso em 11 de setembro de 2016.

⁴⁹ SUNSTEIN, Cass. *Nudging: Um Guia Bem Breve*. In Avila, F. e Bianchi, A. (Orgs.). **Guia de economia comportamental e experimental**. São Paulo. 2015. Pág. 110.

⁵⁰ CHATER, Nick. A revolução da ciência comportamental nas políticas públicas e em sua implementação. In Avila, F. e Bianchi, A. (Orgs.). **Guia de economia comportamental e experimental**. São Paulo. 2015. Pág.115

⁵¹ PORTAL DO GOVERNO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. Atividade física e alimentação saudável no combate à hipertensão. Disponível em <http://goo.gl/lfu5JK> Acesso em 09 de setembro de 2016.

⁵² FOLHA VITÓRIA. População do Espírito Santo aumenta em mais de 40 mil habitantes em 2015, afirma IBGE. Disponível em <https://goo.gl/ZCYUSw> Acesso em 26 de outubro de 2016

contexto, *a priori* também está adequada uma vez que se trata de uma norma preventiva de saúde pública e que não coloca um custo muito alto em relação a disponibilidade ao acesso do cloreto de sódio ao consumidor.

As divergências quanto a sua legitimidade serão abordadas nos tópicos seguintes, no qual analisaremos o referido instituto sobre a perspectiva da livre iniciativa e seus corolários.

4. A LEI Nº 10.369/2015 NO CONTEXTO DE UM ESTADO REPUBLICANO EM FACE DO PRINCÍPIO DA LIVRE INICIATIVA E DA LIVRE CONCORRÊNCIA

A Primeira Guerra Mundial é um dos grandes fatos histórico divisores de água da história moderna, o conflito começou como uma tradicional disputa territorial. Com a derradeira entrada oficial dos Estados Unidos em abril de 1917, a guerra tomou uma nova dimensão ideológica: com o seu término, completou-se a transformação de governos monárquicos e reis soberanos para governos republicano-democráticos, as monarquias praticamente desapareceram. A Europa, junto com o resto do mundo, adentrou a era do republicanismo democrático.⁵³

Os processos de redemocratização ocorridos entre as décadas de 70 e 90 na América Latina, Leste Europeu, Ásia e Rússia deram origem a uma categoria de classificação de regimes políticos, que foi chamada pela Ciência Política de “democracias novas”. Essa denominação é utilizada para designar países que passaram recentemente pelos estágios autoritarismo-transição-democracia, que inclui o Brasil.⁵⁴

Diante dessa mudança, passou-se a ter uma subordinação em relação as leis infraconstitucionais para com as normas constitucionais, marcado pelo controle de constitucionalidade inserido na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, sendo essa uma característica majoritária dos modelos de Estados Republicanos com representatividade democrática.

Significa dizer que as legislações infraconstitucionais estão subordinadas às normas constitucionais que lhes emprestam valor e lhes dá legitimidade, em conformidade com ordenamento jurídico. O paradigma atual é marcado pela superioridade da Constituição que subordina todos os poderes por ela constituídos. Tudo isso ocorre sem prejuízo da ideia de que o poder deriva do povo, que se manifesta ordinariamente por intermédio de seus representantes políticos.⁵⁵

Há quem diga que essa estrutura jurídica cria uma aguda tensão entre constitucionalismo e democracia, tendo em vista que a materialização da Constituição

⁵³ HOPPE, Hans-Hermann. **Democracia: o deus que falhou**. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises, 2014. Pág. 15

⁵⁴ BARRETO, Leonardo. **Quanto de quê? o debate teórico e os estudos de democratização**. 2006. Pág.124 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) - Universidade de Brasília, Brasília, 2006. Disponível em <http://goo.gl/6Z8Oyc> Acesso em 27 de abril de 2016.

⁵⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9.ed.rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

limita o âmbito de deliberação política acerca de matérias com o *status* de garantias fundamentais e, portanto, não são possíveis de serem retiradas da esfera de direito do indivíduo, exceto em raras exceções de ponderação com outro preceito fundamental, sobretudo em um sistema de direitos fundamentais autoaplicáveis.⁵⁶

A principal função de uma constituição republicana é proteger os cidadãos da tirania da maioria em uma democracia, assim como assegurar a esfera de inviolabilidade da vida privada do indivíduo, conforme escrito pelos Federalistas. A importância do poder Judiciário, zelando pela defesa das garantias fundamentais e exercendo um poder contra majoritário, se torna de suma importância nesse cenário.⁵⁷

O economista John T. Wenders cita que há uma diferença fundamental entre democracia e liberdade. A liberdade não pode ser medida pela possibilidade de poder votar, explica Wenders, na democracia todos devem se submeter à decisão do governo e o governo, por maioria, pode, inclusive, cercear liberdades caso entenda ser necessário.

O pressuposto do economista Wenders é interessante, tendo em vista que normas jurídicas, em sua maioria, são impositivas e podem substituir uma decisão privada por uma decisão política. As normas jurídicas têm a sua execução garantida por uma sanção externa às partes e institucionalizada pelo Poder Público, isso significa que necessariamente haverá uma perda do exercício da liberdade individual, legítima ou ilegítima a depender da teoria política adotada.

A grande questão a saber é, até que ponto um representante democrático, em um Estado republicano, pode dispor sobre nossas liberdades? É nessas circunstâncias que Wenders afirma que a liberdade deve ser medida pelo âmbito daquilo sobre o qual não se pode votar em uma democracia.⁵⁸

⁵⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, Pág. 87-90

⁵⁷ O Federalista n. 10, de autoria de James Madison, ganhou notoriedade diante da eloquência do autor ao argumentar contra as facções em uma democracia tendo em vista o autoritarismo do poder da maioria, aspecto que pode ser inerente às democracias modernas. “Proteger o direito de autodeterminação dos homens, isso é, proteger sua liberdade, é o objetivo primordial dos governos, sua razão de ser”, escreveu o autor no referido texto ao propor o sistema republicano como forma de governo, que por sua vez, foi ratificado na Constituição Americana de 17 de setembro de 1787. (WEFFORT, Francisco C (org.). **Os clássicos da política – Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, “os federalistas”**. 10ª ed. São Paulo: Editora Ática. Vol. I).

⁵⁸ WENDERS, John T. Freedom and democracy are different. FEE. 1990. Disponível em <https://goo.gl/UE9awj> Acesso em 25 de abril de 2016.

Nos Estados Unidos, essa esfera de proteção está intimamente ligada aos Direitos de Privacidade, que constituem o cerne da Constituição Americana. É um verdadeiro limitador de intrusão do Estado na vida privada de seus cidadãos.

A concepção de privacidade prevista na Quarta Emenda era rudimentar se comparada ao direito à privacidade reconhecido pelo nosso sistema durante o último quarto de século. Os pais fundadores pensavam numa esfera mais restrita, no indivíduo e seu lar, seus documentos seus efeitos – uma esfera em que o *Bill of Rights* conseguia imuniza-lo da interferência governamental. Mas a atual conotação constitucional do direito à privacidade não é nada menos do que o direito dos indivíduos em serem protegidos de qualquer intromissão indevida em sua vida privada.⁵⁹

A cláusula geral de que ao cidadão é permitido fazer tudo aquilo que a lei não proíbe, assim dispõe a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º inciso II de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de Lei”, em tese, é para ser uma proteção ao indivíduo, garantindo sua autonomia e fazendo da liberdade a regra e não a exceção.⁶⁰

Trata-se do reconhecimento, pela própria Constituição, da falibilidade dos legisladores, que não possuem a onisciência necessária para regular todos os aspectos da vida. Uma exceção, para que faça jus a esse nome, deve ser devidamente justificada. Afinal, quando é possível estabelecer limitações à liberdade sem qualquer critério verificável, sem qualquer esforço de argumentação, o caráter excepcional desaparece e o intervencionismo se torna a regra. Esse raciocínio nos leva à conclusão de que aos governantes não é dado regular a vida das pessoas com recurso a justificativas excessivamente genéricas, invocadas de forma meramente retórica para conferir manto de legitimidade a um ato, por natureza, arbitrário.⁶¹

Sob um Estado de Direito, a atuação do governo deve ser clara e objetivamente limitada. A aceitação de intervenções estatais na vida privada sob justificativas intangíveis e abstratas como a “proteção da saúde do cidadão”, “proteção da dignidade da pessoa humana”, “bem comum” e similares, acarreta o completo desaparecimento de limites ao âmbito de atividades reguláveis pelos nossos

⁵⁹ SCHWARTZ, Bernard. A history of the supreme Court. New York: Oxford University Press, 1993. Pág. 337-338. apud SOUTO, João Carlos. **Suprema corte dos Estados unidos – principais decisões**. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2015. Pag 111.

⁶⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9.ed.rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

⁶¹ SPOTNIKS. 5 razões pelas quais o Estado deve parar de tentar regular a sua vida. Disponível em: <http://goo.gl/ORXWJT> Acesso em 25 de abril de 2016.

legisladores.⁶² Rodrigo Padilha sobre o inciso II do Art. 5 da Constituição Federal explica:

O princípio da legalidade genérica previsto nesse inciso consagra o princípio da autonomia privada em que o Estado não pode interferir na vida do ser humano a não ser nos aspectos essenciais para estabelecer a pacificação social, como normas contratuais, penais etc.⁶³

No Brasil, desde que o legislador crie a lei, conforme os parâmetros constitucionais, e o juiz aplique a norma observando essas garantias, não há violação abusiva da esfera privada dos cidadãos. O legislador, em tese, pode dispor de quase qualquer liberdade desde que esteja legitimado pelo interesse público.

Há, claro, uma vedação de legislar contrariamente aos direitos individuais indisponíveis, considerados o núcleo dos direitos fundamentais em face do Estado, e mesmo esses não são absolutos, admitem medidas restritivas, respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. De resto não há nada que aponte a uma restrição ao Poder Público de legislar em sentido amplo, observando as legitimidades e competências na forma da lei.

O problema é que o Estado possui grandes incentivos para, cada vez mais, concentrar poder, conforme escreveu John Stuart Mill em 1859, e, conseqüentemente, alargar seu âmbito de tomada de decisão política na esfera privada dos indivíduos.

A disposição da humanidade seja como governantes ou cidadão, de impor suas próprias opiniões e inclinações como uma norma de conduta sobre outros, é tão energeticamente apoiada por alguns dos melhores e por alguns dos piores sentimentos inerentes à natureza humana, que quase nunca tal disposição é mantida sob controle por qualquer coisa que não seja desejo de poder; e como o poder não está diminuindo, mas crescendo, a menos que uma forte barreira de convicção moral possa surgir contra a desordem, devemos esperar, nas atuais circunstâncias do mundo, vê-lo aumentar.⁶⁴

Claus Roxin, no livro, *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal* fundamenta diversas vedações ao legislador, mesmo amparado democraticamente, quanto a penalização de determinadas condutas na sociedade, mas será que não existe uma vedação, não apenas para penalizar, mas também para

⁶² SPOTNIKS. 5 razões pelas quais o Estado deve parar de tentar regular a sua vida. Disponível em: <http://goo.gl/ORXWJT> Acesso em 25 de abril de 2016.

⁶³ PADILHA, Rodrigo. **Direito constitucional**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. Versão Epub.

⁶⁴ MILL, Stuart. **Ensaio sobre a liberdade**. 1. Ed. São Paulo: Editora Escala, 2006. Pag 33

legislar sobre assuntos da esfera de privacidade do indivíduo?⁶⁵ Nesse ponto, quase não há obras sobre o tema.

Os agentes, em face do princípio da Livre Iniciativa, pautando pela autonomia da vontade, atua na omissão da lei. A proteção da liberdade, no contexto de um Estado Democrático de Direito, é o principal fundamento de um Republica. Sobre essa perspectiva, em que medida a lei 10.369/2015 é justificável?

4.1. A LIVRE INICIATIVA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A República Federativa do Brasil ao adotar a Livre Iniciativa como princípio e fundamento norteador da relação entre o poder público e os particulares significa, antes de mais nada, que o poder constituinte originário escolheu que a autonomia da vontade fosse o instituto basilar das relações privadas; que os indivíduos sejam livres para tomarem suas próprias decisões, ficando facultado as partes de estipularem contratos livremente, e disciplinar seus interesses segundo sua livre convicção, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica.

A consequência mais notória de ter esse princípio como fundamento de um Estado de Direito é que a legislação, como forma de disciplinar assuntos privados, deve ser substancialmente subalterna, só se justificando diante de relevante interesse coletivo. O poder contra majoritário exercido pelo Judiciário é, de certo modo, legitimado a tutelar essas interferências indevidas. O indivíduo que toma decisões é o grande prejudicado contra a decisão da maioria organizada, confirmando, de algum modo, o que Ayn Rand escreveu: “A menor minoria na Terra é o indivíduo. Aqueles que negam os direitos individuais não podem se dizer defensores das minorias”.⁶⁶

O princípio da livre iniciativa é um dos fins de nossa estrutura política e também um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito Brasileiro. Para o jurista José Afonso da Silva, significa que a Constituição consagra a economia de mercado, de natureza capitalista, pois a iniciativa privada é um dos princípios básicos da ordem capitalista.⁶⁷ A livre iniciativa de que fala a Constituição tem de ser entendida em seu sentido amplo, compreendendo não apenas a liberdade econômica, ou a liberdade de

⁶⁵ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009.

⁶⁶ RAND, Ayn. **A virtude do egoísmo**. 1ª ed. Porto Alegre: Editora Sulina. 2015.

⁶⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 16.ed.rev e atual. São Paulo: Malheiros, 1999. Pág. 742

desenvolvimento de empresa, mas englobando e assumindo todas as demais formas de organizações econômicas, individuais ou coletivas, conforme leciona Celso Ribeiro Bastos:

A liberdade de iniciativa e de empresa pressupõe o direito de propriedade da mesma sorte que são de certa forma uma decorrência deste. O seu exercício envolve uma liberdade de mercado, o que significa dizer que são proibidos os processos tendentes a tabelar os preços ou mesmo a forçar a sua venda em condições que não sejam as resultantes do mercado. A liberdade de iniciativa exclui a possibilidade de um planejamento vinculante. O empresário deve ser o senhor absoluto na determinação do que produzir, como produzir, quanto produzir e por que preço vender.⁶⁸

O cidadão possui o direito de exercer a atividade que entender por bem, da forma que entender melhor, e ao Estado não é conferida a possibilidade de intervir sem justificativa plausível. Proteger a liberdade de organização empresarial, como um dos aspectos da livre iniciativa, é uma das formas de assegurar que o consumidor terá maior probabilidade de obter aquilo que ele julga ser o mais adequado para a sua vida.

Na falta de lei condicionadora, a liberdade será ampla. A liberdade em dedicar-se a uma determinada atividade econômica no Brasil, significa tão somente a liberdade de desenvolvimento dessa atividade no quadro estabelecido pelo Poder Público, dentro dos limites constitucionais.⁶⁹

Do ponto de vista da regulação, a função do Estado é a de traduzir em ações concretas decisões de política pública que demandam a atuação estatal indireta no mercado, por meio da indução e da orientação à iniciativa privada. A regulação se aperfeiçoa através de três eixos básicos, quais sejam, a delimitação de parâmetros à atuação privada, a alteração programada de comportamentos no mercado e, por fim, a coleta e o tratamento de informações a respeito dos agentes regulados, de forma a gerar conhecimento específico.⁷⁰

Em uma economia sem deturpações causadas pelo Estado, balizada pelo princípio da livre iniciativa e da livre concorrência, o empresário se torna um servo dos seus consumidores. Se o estabelecimento não satisfaz os anseios de seu cliente, o que ocorrerá é que ele irá procurar outro estabelecimento, que por ventura venha a se organizar de modo a oferecer aquilo que ele quer.⁷¹

⁶⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. **Direito econômico brasileiro**. São Paulo: IBDC, 2000. Pág. 115

⁶⁹ TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo. Método 2011. Pág. 238

⁷⁰ ANCINE. Regulação - o que é? Disponível em <http://goo.gl/cy8j4u> Acesso em 06 de setembro de 2016

⁷¹ FRIEDMAN, Milton. **Livre para escolher**. 1º ed. Rio de Janeiro: Record. 2015 Pág. 107

Os empresários e capitalistas devem sua fortuna às pessoas que, enquanto fregueses, sustentam os seus negócios. Eles a perdem, inevitavelmente, assim que outras pessoas os superam num atendimento aos consumidores de forma melhor e mais barata. O sistema democrático de mercado é exatamente isso. Os consumidores são supremos – isto é soberano. Desejam ser satisfeitos.⁷²

A percepção fundamental de Adam Smith em *A riqueza das nações* é bastante simples: uma troca entre duas partes em uma transação voluntária, só ocorrerá se ambas julgarem que podem se beneficiar dela. Adam Smith reconheceu que o preço resultante de transações voluntárias entre compradores e vendedores permitia a coordenação da atividade de milhões de pessoas, cada uma procurando atender seus próprios interesses, de forma que todos melhorassem de situação.⁷³

A estrutura organizacional de uma empresa é elaborada buscando a melhor forma de atender os desejos de seus clientes, gerando lucro ao fornecedor do serviço e a satisfação do consumidor. O princípio da livre iniciativa é intimamente ligado ao princípio da livre concorrência porque é somente deixando que os fornecedores de bens e serviços sejam livres que será possível que eles concorram entre si, dando opção ao consumidor sobre qual produto se adequará melhor as suas necessidades e desejos.

A Lei nº 10.369/2015 é uma norma que visa legislar sobre a exposição do sal e é dirigida aos proprietários de estabelecimentos situados no Estado do Espírito Santo que comercializam alimentos preparados para consumo imediato, como bares, restaurantes, lanchonetes e similares. Ela não é uma norma que impõem obrigações ao consumidor, mas ao proprietário dos referidos estabelecimentos. Nessa perspectiva, a regra não diz respeito diretamente a saúde pública, mas sim diretamente as relações de consumo e, conseqüentemente, ao princípio da Livre Iniciativa.

Art. 1º Os estabelecimentos situados no Estado do Espírito Santo que comercializam alimentos preparados para consumo imediato, como bares, restaurantes, lanchonetes e similares, ficam proibidos de expor, em mesas e balcões, recipientes ou sachês que contenham cloreto de sódio (sal de cozinha).⁷⁴

⁷² VON MISES, Ludwig. **A mentalidade anticapitalista**. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010. Pág.16

⁷³ FRIEDMAN, Milton. **Livre para escolher**. 1º ed. Rio de Janeiro: Record. 2015 Pág. 37

⁷⁴ BRASIL. Lei nº 10.369 de 25 de maio de 2015. Disponível em: <http://goo.gl/NMB2ay>. Acesso em 25 de abril de 2016.

Nesse sentido, não seria a Lei 10.369/2015 uma ingerência indevida em assuntos privados, mitigando a autonomia da vontade, bem como o princípio da Livre Iniciativa e da Livre Concorrência de forma abusiva?

O princípio da Livre Iniciativa não pode ser dissociado da garantia fundamental de Liberdade de Consciência, protegida constitucionalmente e correlata do individualismo de John Stuart Mill. Uma deriva da outra e uma se manifesta por intermédio da outra nas escolhas que o indivíduo faz e na forma como se organiza e implementa aquilo que acredita ser o mais adequado para sua vida.

A liberdade de consciência ou de pensamento está relacionada com a faculdade de o indivíduo formular juízos e ideias sobre si mesmo e sobre o meio externo que o circunda, pautando suas escolhas a partir dessas experiências intersubjetivas.⁷⁵

Se o Estado reconhece a inviolabilidade da liberdade de consciência deve admitir, igualmente, que o indivíduo aja de acordo com as suas convicções, desde que não afete outras garantias constitucionais de outras pessoas. Há uma fina sintonia entre o direito do Estado de impor as suas normas e o direito do indivíduo de viver de acordo com a pauta de valores por ele escolhido, em face da liberdade de consciência garantida constitucionalmente.

A objeção de consciência admitida pelo Estado traduz forma máxima de respeito à intimidade e à consciência do indivíduo. O Estado abre mão do princípio de que a maioria democrática impõe as normas para todos, em troca de não sacrificar a integridade íntima do indivíduo.⁷⁶

Proteger o princípio da livre iniciativa é, também, a melhor maneira de assegurar que o consumidor exercerá sua liberdade de escolha. Liberdade significa que você não tem que fazer o que a maioria dos outros quer que você faça, mas que você possa decidir por si mesmo. Em sentido próprio não tem como escapar dessa definição e, tanto sobre o prisma da livre iniciativa e da livre concorrência, quanto da liberdade de consciência a lei 10.369/2015 viola esses institutos jurídicos.

O conceito moderno de liberdade é isto. Todo adulto é livre para moldar sua vida de acordo com seus próprios planos, não é forçado a viver de acordo com o projeto de uma autoridade planejadora que

⁷⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9.ed.rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. Pág. 312-316

⁷⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9.ed.rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. Pág. 314

impõe seu único esquema através da polícia, isto é o aparato social de compulsão e coação.⁷⁷

Em relação a lei 10.369/2015, sobre o prisma da Livre Iniciativa, a interpretação que se dar é que, em regra, não caberia ao Estado impor aos restaurantes a limitação do tamanho das porções, alterar a configuração dos cardápios, ou ainda impor o que se deve ou não colocar em cima das mesas de seus estabelecimentos.

A Lei nº 10.369/2015 retira legitimidade circunstancial do Paternalismo Libertário, tendo em vista a indisponibilidade do direito à vida e em relação ao direito à saúde, mas também está em confronto com o princípio da livre iniciativa, acabando por agravar de forma reflexa o princípio da liberdade de consciência, garantida constitucionalmente. Caberá ao Supremo Tribunal Federal em eventual controle de constitucionalidade optar qual das duas garantias fundamentais, expressas na constituição, deverá prevalecer no caso concreto.

4.2. O PATERNALISMO LIBERTÁRIO E A LIVRE INICIATIVA

O Paternalismo Libertário, modalidade de legislação através de *Nudge* cujo conceito, de forma resumida, não caracteriza uma coibição excessiva na liberdade de escolha, também não parece se adequar quando olhamos a Lei nº 10.369/2015 sob o prisma do princípio da Livre Iniciativa e a quem a norma é dirigida. O *Nudge* da Lei nº 10.369/2015, só pode ser assim considerado, se observar o cidadão como usuário da rede de saúde pública, mas não o empresário empreendedor proprietário dos estabelecimentos no qual incide a norma.

Primeiro é preciso fazer a seguinte pergunta, a doutrina do Paternalismo Libertário legitima o Estado a forçar a criação de arquiteturas de escolha em empreendimentos particulares? Na verdade, não há uma resposta objetiva para isso. Os exemplos citados por Cass Sunstein são elaborados dentro de repartições públicas e não em repartições privadas e, embora cite exemplos em repartições privadas, o autor as trata como sendo iniciativa dos particulares e não imposições do Poder Público.

Não seria um contrassenso o Estado coagir uma arquitetura de escolha em situações privadas, impondo, portanto, restrições por meio de normas de caráter

⁷⁷ VON MISES, Ludwig. **A mentalidade anticapitalista**. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010. Pág.14

imperativo, com o propósito de que as pessoas tenham liberdade de escolher aquilo que lhe é mais adequado? É de se cogitar que assegurar a liberdade por meio de restrições à liberdade só é legítimo quando esse indivíduo, de fato, afronta dolosamente a liberdade dos demais, conforme coloca John Stuart Mill.⁷⁸

O homem deveria ser livre em tudo aquilo que lhe diz respeito, porém não lhe deveria ser possível agir por arbítrio próprio para outros, sob o pretexto de que os assuntos dos outros seriam seus próprios. Enquanto o Estado respeita a liberdade do indivíduo em seus próprios assuntos, por outro lado é obrigado a manter um olhar vigilante sobre o exercício de todo poder que confere a este sobre outros.⁷⁹

John Rawls, por outro lado, entende que esse não é o único motivo para restringir a liberdade. O Estado também poderia restringir a liberdade de outra pessoa se isso, no cômputo geral, acarretar em mais liberdades para a maioria dos cidadãos, ainda que ele não esteja agindo dolosamente com o intuito de restringir a liberdade dos demais. Essa base da Teoria da Justiça do referido autor, apesar de não ter nenhuma referência à obra dos Paternalistas Libertários, pode ser vista como um dos fundamentos legitimadores desse instituto regulatório, mesmo na iniciativa privada.⁸⁰

Contudo, se as restrições à liberdade são legítimas de modo a permitir que o Poder Público force a elaboração de arquitetura de escolha na esfera dos particulares, indicando decisões indicar decisões melhores para os cidadãos, então o Paternalismo Libertário terá pouco de Libertário e muito de Paternalista, posto que o que muda na regra regulatória desse instituto é apenas o foco da sanção. A sanção passa a ser, não para o indivíduo que toma a decisão equivocada, mas para o indivíduo que cria um ambiente em desconformidade com a lei.

Embora a Lei nº 10.369/2015 possa ser legítima sob a perspectiva do interesse público, a verdade é que ela não se enquadra no quadro de legislação legitimado pelo Paternalismo Libertário. A lei trata de uma proibição expressa, sob pena de multa, ao empresário empreendedor, pautado no poder de polícia que, por definição, é uma restrição à liberdade ou a propriedade privada em prol de um interesse público. O fato de o consumidor poder ou não escolher utilizar o cloreto de sódio é uma consequência secundária quanto a finalidade. O objeto principal da norma é a sanção ao proprietário

⁷⁸ MILL, Stuart. **Ensaio sobre a liberdade**. 1. Ed. São Paulo: Editora Escala, 2006.

⁷⁹ MILL, Stuart. Liberdade e educação. In Doering, D. e Erkens, R. (Orgs.). **Leituras sobre o liberalismo**. 2ª ed. São Paulo: Instituto Friedrich Naumann. 2009. Pág. 57

⁸⁰ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008

do estabelecimento caso não se adeque às normas estaduais de funcionamento de estabelecimento comercial.

A proibição da exposição do sal sob pena de multa, para qualquer efeito, não pode ser considerada uma pena leve, tendo em vista a natureza desses estabelecimentos: a multa é uma das modalidades de sanção mais graves em tratando de estabelecimento comercial. Não se verifica, portanto, uma natureza predominante da legislação através de simples *Nudge*, conceitualmente definido por Cass Sunstein, visto que há uma proibição direta do texto normativo e não apenas um indicativo.

Pode-se argumentar que a Lei nº 10.369/2015 é um *Nudge* pois, embora a pena possa ser considerada alta, a proibição do que fazer no âmbito privado é pequena e praticamente irrisória se comparada com a proibição total do consumo de sal.

A proibição aos particulares de utilizarem o cloreto de sódio é, de fato mais cerceadora de liberdades individuais do que a proibição da exposição do sal em mesas de bares restaurante e similares, mas a possibilidade de uma proibição maior, não legitima uma proibição menor.⁸¹

Em síntese, a lei 10.369/2015 é legitimada pelo Paternalismo Libertário dentro do nosso ordenamento jurídico sobre a perspectiva do direito à saúde, mas não sobre a perspectiva do princípio da livre iniciativa. Esse ponto, de certa forma, macula a referida lei no tocante ao instituto regulatório do *Nudge*.

Não obstante, as críticas específicas feitas nesse capítulo sobre o prisma da livre iniciativa, livre concorrência, liberdade de consciência e autonomia da vontade no contexto de um Estado Republicano em paralelo com a lei 10.369/2015, o próximo capítulo terá por objetivo trazer as críticas, de caráter geral, levantadas quanto a legitimidade e legitimação da referida lei.

⁸¹ A forma de como esse argumento é construído, na verdade, é uma das táticas de convencimento denunciada pelos próprios teóricos da arquitetura da escolha – é uma forma de construir o argumento de forma que este se torne mais aceitável, embora, não necessariamente mais correto – se trata do efeito de ancoragem, onde se faz um pedido mais alto, estabelecendo uma referência, para em seguida fazer um pedido razoável. Se cria um constrangimento relativamente menor com a segunda opção do que em relação a primeira e a pessoa se sente acatada em escolher a segunda opção. (ARIELY, Dan. **Previsivelmente irracional**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier. 2008. Pág. 2-6)

5. CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE O EXCESSO DE REGULAÇÃO, LEGITIMIDADE E LEGITIMAÇÃO DA LEI 10.369/2015

A legalidade reflete o acatamento a uma estrutura normativa posta, vigente e positiva e está relacionada ao conceito de lei, enquanto normas gerais, abstratas, hipotéticas e imperativas.

A legitimidade, por outro lado, é aquilo que empresta valor ao conteúdo legal, é o que fundamenta o conteúdo de validade de uma norma, racionalizando o porquê devemos cumprir as normas jurídicas positiva.

A legitimidade material não retira seu valor de qualquer lei. A legitimidade material "incide na esfera da consensualidade dos ideais, dos fundamentos, das crenças, dos valores e dos princípios ideológicos", explica Wolkmer.⁸² A legitimidade material pode ocorrer pela adequação a uma doutrina política; filosófica, jurídica, econômica e assim por diante.

Há outro tipo de legitimidade, que não se confunde com a legitimidade material, chamada de legitimidade social ou simplesmente legitimação. A legitimação da lei ocorre quando a sociedade aceita a norma de forma pacífica e consensual, não havendo necessidade que seja determinado o seu cumprimento pela força. Os motivos da legitimação podem ser, segundo Max Weber, por tradição, carisma ou simplesmente porque a sociedade concordou com a racionalidade da doutrina política.⁸³

A ausência de legitimação não anula a lei, embora crie um descompasso entre a sociedade civil e seus representantes. Não anula, visto que a legitimidade democrática na criação da lei se verifica pelo critério do consenso por maioria, não sendo necessário que a legitimação na sociedade seja ampla e irrestrita.

Até mesmo o Estado, como detentor legítimo do uso da força dentro de um determinado território, precisa de legitimidade material e/ou social para exigir que suas normas sejam cumpridas pelos indivíduos.⁸⁴

⁸² WOLKMER, Antônio Carlos. **Legitimidade e legalidade: uma distinção necessária**. In: Revista de Informação Legislativa, n. 124. Brasília, 1994, p. 180.

⁸³ WEBER, Max. **Conceitos sociológicos fundamentais**. Covilhã: Lusofia: Press, 2010. Disponível em <https://goo.gl/ErZGm2> Acesso em 14 de novembro de 2016.

⁸⁴ A legitimidade formal, por sua vez, como requisito para a validade das leis publicadas, está subordinada à legalidade constitucional, e esta, por sua vez, está subordinada à própria legitimidade de existência do Estado. Pode se dizer que legitimidade formal retira seu valor sempre de outra norma hierarquicamente superior. O processo legislativo, por exemplo, retira sua legitimidade, em todas as suas fases, diretamente da Constituição.

A legitimidade do Estado deve ser anterior a todo esse processo de formação e exigência de cumprimento das Leis. Podemos questionar se as Leis precisam ser, necessariamente, elaboradas por uma autoridade central tal como o Estado, ou se ela não poderia ser formada por um processo de interação voluntária entre os indivíduos, associações, igrejas, clubes, escolas particulares e etc.

A Teoria do Contrato Social ainda é usada, de forma considerável, pela maioria da doutrina como sendo o principal fundamento de legitimidade da formação do Estado. Contudo, a teoria do contrato social formulada por teóricos como por exemplo Jean-Jacques Rousseau, John Locke, Thomas Hobbes, são mais aptas a legitimar o Estado Liberal Clássico e não precisamente, o nosso atual modelo de Estado Social.

Hoje há um certo consenso de que as teorias que explicam melhor o Estado Social são principalmente as formulações teóricas de Jürgen Habermas e John Rawls, esses ampliaram o escopo normativo do Estado Liberal Clássico, para um modelo mais protetivo e, de certa forma, mais preocupado com o bem-estar da coletividade.

Essa distinção é importante porque o Estado Liberal claramente limitava a sua abrangência legislativa na sociedade. No Estado Liberal a principal fonte de norma jurídica era o contrato entre os particulares e não a Lei.⁸⁵ O Estado Social, por sua vez, precisa de uma legitimidade além do Estado Liberal, porque a legislação desse modelo de Estado precisa ser mais abrangente e permear quase todos os aspectos da sociedade.

Jürgen Habermas explica que o direito não vale somente porque foi positivado, mas por ter sido estabelecido segundo parâmetros participativos e plurais dentro de um procedimento democrático onde a sociedade, pelo discurso universal e irrestrito, chega a um consenso. Habermas argumenta que a Justiça e a legitimidade da formação de um Estado Democrático estão intimamente ligadas. Se a sociedade aceita pacificamente, e há um consenso, ainda que tácito, sobre a necessidade de que determinadas normas sejam executadas por uma entidade que detenha o monopólio do uso da força, e esse consenso se formou por meios participativos e

(MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9.ed.rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014)

⁸⁵ VON MISES, Ludwig. **Liberalismo – segundo a tradição clássica**. São Paulo : Instituto Ludwig von Mises. Brasil, 2010.

plurais, então, independentemente do conteúdo, e da abrangência, essa norma teria uma presunção de legitimidade.⁸⁶

John Rawls argumenta que as decisões e leis democráticas, são legítimas desde que deliberadas por meio de um procedimento suficientemente justo, porém seus pressupostos são ligeiramente diferentes em relação a Habermas. John Rawls cria um modelo hipotético onde indivíduos estariam em uma posição original, sobre um véu de ignorância, de modo que, somente assim, teria condições de deliberar sobre os princípios de justiça efetivamente justo para a sociedade. Os princípios, supostamente, acordados pelos indivíduos na Posição Original, onde cada indivíduo não teria qualquer privilégio social seriam esses:⁸⁷

Primeiro: cada pessoa deve ter um direito igual ao sistema mais extenso de iguais liberdades fundamentais que seja compatível com um sistema similar de liberdade para outras pessoas.

Segundo: as desigualdades sociais e econômicas devem estar dispostas de tal modo que tanto (a) se possa razoavelmente esperar que se estabeleçam em benefícios de todos como (b) estejam vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos.⁸⁸

Liberdade aqui é definida como oportunidades iguais, é um tipo bem peculiar de liberdade, dado que você só pode atingi-la, desde que assegure que todos os demais se encontrem igualmente constrangidos. A teoria de John Rawls é apontada como uma das que melhor justificou o Estado Social. Nesse modelo, o Estado é o agente responsável por regulamentar toda a vida e bem-estar social, transitando pela esfera política e econômica, em parceria e orientando a sociedade civil em toda as suas expressões, cuja finalidade seria sempre um aumento real de liberdade dos cidadãos.

As teorias de Habermas e Rawls costumam ser as respostas que se dão diante do agigantamento do Estado Social e suas repercussões paternalistas, que podem mitigar as liberdades individuais por meio de leis positivadas legitimamente pelo Estado. Fala-se em uma superação dos ideais do liberalismo clássico, momento em que a mitigação das liberdades individuais, em prol do coletivo, era mais restrita.

Roger Scruton, por outro lado, acredita que nenhuma norma é legítima apenas porque houve, supostamente, uma participação popular na formação da norma a ser

⁸⁶ ALVARO Luis de A.S. **Direito à saúde – paradigmas procedimentais e substanciais da constituição**. São Paulo: Saraiva. 2013. Pág.75-84

⁸⁷ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. Pág. 73

⁸⁷ SEN. Amartya. **A ideia de justiça**. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras. 2011. Versão Epub.

⁸⁸ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 3ª ed.- São Paulo: Martins Fontes, 2008. Pág. 73

executada por uma autoridade central. As normas verdadeiramente democráticas são aquelas que nascem do próprio ceio da sociedade, por um processo de interação entre indivíduos pelos costumes, tradições e regras privadas de associações voluntárias.⁸⁹

Os problemas da sociedade devem ser resolvidos, explica Scruton, através de interações face a face, onde cada indivíduo assume responsabilidades para com o outro, interagindo como seres livres. Somente em último caso os problemas da sociedade deveriam ser resolvidos por um organismo de tomada de decisão centralizada, por leis e regulações, porque a lei tende a retirar a responsabilidade individual que devemos ter para com os demais, transferindo-a para o Estado, e se feito isso de forma reiterada a responsabilidade individual tende a desaparecer a longo prazo.⁹⁰

A sociedade, para Burke, depende das relações de afeto e lealdade que só podem ser construídas de baixo para cima, por uma interação face a face. É assim na família, nos clubes locais e nas associações, na escola, nos locais de trabalho, na igreja, na equipe esportiva, nos regimentos e na universidade em que as pessoas aprendem a interagir como seres livres, assumindo a responsabilidade por seus atos e levando em consideração o próximo. Quando uma sociedade é organizada de modo hierarquicamente descendente, tanto por um governo centralizado de uma ditadura revolucionária quanto por decretos impessoais de uma burocracia impenetrável, em seguida a responsabilidade rapidamente desaparece da ordem política e também da sociedade. Governos centralizados produzem indivíduos irresponsáveis, e o confisco da sociedade civil pelo Estado leva a uma recusa generalizada dos cidadãos de agirem por vontade própria.⁹¹

“Apenas o indivíduo possui uma mente; apenas o indivíduo pode sentir, ver, realizar e entender; apenas o indivíduo pode adotar valores e fazer escolhas; apenas o indivíduo pode agir”.⁹² Se trata do pensamento central, conhecido por individualismo metodológico, do sociólogo Max Weber, que influenciou em grande medida o pensamento político do Roger Scruton, embora o autor de forma alguma considera o indivíduo isoladamente, mas sempre em interação com outros indivíduos.

Fazer com que os indivíduos acreditem que está cumprindo a norma porque ela é correta em si mesma, é muito mais eficiente do que fazer que cumpram porque supostamente a norma foi criada de forma legítima. Matt Ridley menciona que as relações dos indivíduos se desenvolveram ao longo do tempo, formando cada vez

⁸⁹ SCRUTON, Roger. **Como ser um conservador**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2015.

⁹⁰ SCRUTON, Roger. **Como ser um conservador**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2015.

⁹¹ SCRUTON, Roger. **Como ser um conservador**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2015. Pág. 39-40

⁹² MISES BRASIL. O individualismo metodológico. Disponível em <https://goo.gl/kTP8nH> Acesso em 12 de novembro de 2016.

mais uma solidariedade natural entre as pessoas, porque os indivíduos percebiam a necessidade do autocontrole para com o outro e para com si mesmo. Esse autocontrole foi também o que possibilitou o desenvolvimento do comércio, a formação de leis e posteriormente até mesmo a formação do Estado, em um processo de formação de baixo para cima, nunca de cima para baixo.⁹³

Como mostra o exemplo italiano de Putnam, onde a autoridade substitui a reciprocidade, o senso de comunidade desaparece. Na Grã-Bretanha, o Estado de bem-estar social e a mistura econômica da “corpocracia” substituiu milhares de eficientes instituições comunitárias – associações de socorro mútuo, fundações hospitalares e outras, todas baseadas na reciprocidade e em círculos virtuosos de confiança gradualmente alimentados – por Leviatãs gigantescos e centralizados, como o Serviço Nacional de Saúde, indústrias nacionalizadas e quangos (entes governamentais semi-independentes), todos baseados na condescendência. Como havia mais dinheiro disponível graças aos altos impostos, no começo houve um ganho. Mas logo se tornou palpável a destruição causada no senso britânico de comunidade.⁹⁴

Os indivíduos dependem uns dos outros, e suas ações empreendedoras se desenvolvem mediante cooperação, o que requer a definição de regras e de confiança recíproca, desenvolvidas com o passar do tempo, por intermédio da interação, da acomodação e da adaptação ao meio em que vivemos, é desse modo que criamos os fundamentos que formam o suporte de uma comunidade estável.

A título de exemplo, as modernas leis comerciais foram inventadas e impostas não por governos, mas pelos próprios comerciantes. A *lex mercatória*, não reconhecida pelo Estado, era voluntariamente aplicada e voluntariamente imposta. Governo, lei, justiça e política não só se desenvolveram mais recentemente do que o comércio, como apareceram primeiramente onde o comércio abriu caminho.⁹⁵

Quem tivesse reputação de trapaceiro não conseguia negociar. Comerciantes formavam seus próprios tribunais, mais eficientes e uniformes em suas decisões do que os tribunais reais e estatais. Um conjunto de costumes padronizados sobre como liquidar contas, pagar juros e resolver disputas abrangia todo o continente – sem qualquer instrução vinda de cima. Monotonia sem monopólio.⁹⁶

⁹³ RIDLEY, Matt. **As origens da virtude: um estudo biológico da solidariedade**. Rio de Janeiro: Record. 2000.

⁹⁴ RIDLEY, Matt. **As origens da virtude: um estudo biológico da solidariedade**. Rio de Janeiro: Record. 2000. Pág. 296

⁹⁵ RIDLEY, Matt. **As origens da virtude: um estudo biológico da solidariedade**. Rio de Janeiro: Record. 2000. Pág. 228-229

⁹⁶ RIDLEY, Matt. **As origens da virtude: um estudo biológico da solidariedade**. Rio de Janeiro: Record. 2000. Pág. 228

Roger Scruton menciona também que a *common law* dos anglo-saxões, é o principal exemplo Jurídico dessa dinâmica de interação face a face. As normas emergiram conforme a necessidade de se resolver conflitos locais e não pela imposição de algum soberano. O direito comum, tem esse nome por ser visto como propriedade comum de todos, em vez de ser uma mera invenção de autoridades, burocratas e reis.⁹⁷

A livre associação nos é necessária não só porque “nenhum homem é uma ilha”, mas porque os valores intrínsecos surgem a partir da cooperação social. Não são impostos por alguma autoridade externa ou inculcados pelo medo. Crescem de baixo para cima por relações de amor, de respeito e de responsabilidade.⁹⁸

Nesse sentido, embora a lei 10.369/2015 seja legítima pelo princípio democrático de John Rawls e Jürgen Habermas, talvez não fosse necessário resolver o problema do uso excessivo do sal com uma regulação recaindo diretamente na livre iniciativa. Se os indivíduos realmente têm receio de agravar sua saúde, a mera informação, oferecida de forma eficiente pelo Poder Público, seria o mais adequado a se fazer. A sociedade buscaria a solução para o problema por meio de interações com o outro de forma conjunta, e não por uma legislação de cima para baixo.

Ademais, a Lei nº 10.369/2015 gerou um debate amplo nas redes sociais a respeito do excesso de legislação por parte do Estado. O excesso de legislação centralizada não traz consequências indesejadas somente para o campo político no que concerne uma sinalização de haver demasiada restrição no que tange as liberdades individuais, não apenas limita o âmbito da decisão privada, que tende a ser a decisão mais eficiente, mas também pode trazer consequências indesejadas para o próprio funcionamento do Estado Democrático de Direito.

A Lei nº 10.369/2015 buscou sua legitimidade no direito à saúde, protegido constitucionalmente, bem como na doutrina do Paternalismo Libertário. Apesar dos argumentos levantados pelo Governador do Estado, a população, por sua vez, não legitimou a norma principalmente porque segundo eles estava havendo uma intensa intervenção do Estado na vida particular do cidadão. A Lei nº 10.369/2015 seria mais uma dessas normas desnecessárias, uma norma que feria diretamente a autonomia da vontade da população capixaba.⁹⁹

⁹⁷ SCRUTON, Roger. **Como ser um conservador**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2015.

⁹⁸ SCRUTON, Roger. **Como ser um conservador**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2015. Pág. 182

⁹⁹ G1. Entra em vigor a proibição do sal em mesas de restaurantes do ES. Disponível em <http://goo.gl/g26qJi> Acesso em 12 de novembro de 2016.

O cientista político Bruno Garschagen, afirma que o excesso de leis, regulações e intervencionismo estatal faz parte da história brasileira. Nos termos da Constituição, o Estado deve proporcionar empregos, habitação, meio de subsistência, saúde, redistribuição de riqueza.¹⁰⁰ Isso é uma consequência direta do aumento do Poder Público, em termos de atribuições, o que também acarreta no aumento de normas e regulações pelo Estado, por mais que esse não seja um fenômeno exclusivo da nossa História recente.

Desde a chegada dos portugueses, o Estado se coloca como o principal motor da vida em sociedade. Essa cultura “estatista influencia a mentalidade social, orienta os políticos pelo caminho do mais Estado é melhor e nos condiciona a ver sempre o governo com a instituição certa para resolver os problemas.”¹⁰¹

Desde que a Constituição Federal de 1988 foi promulgada até o ano de 2014, foram editadas 4.960.610 normas para reger a vida do cidadão brasileiro, entre emendas constitucionais, leis delegadas, complementares e ordinárias, medidas provisórias, decretos e normas complementares. Isso significa a publicação, em média de 522 normas a cada dia do período ou 782 normas por dia útil,¹⁰² e cada vez os parlamentares são incentivados a serem mais “produtivos”.¹⁰³

A quantidade de restrições à liberdade individual cresceu significativamente, somente para citar alguns exemplos: no Brasil, e em boa parte do mundo, médicos e pacientes não estão autorizados a decidirem livremente quais medicamentos irão ser utilizados em um determinado tratamento;¹⁰⁴ as escolas devem seguir diretrizes curriculares nacionais da educação básica pré-determinado pelo Ministério da Educação;¹⁰⁵ No Brasil é defeso os pais educarem seus filhos exclusivamente em casa¹⁰⁶, e daí por diante.

¹⁰⁰ GARSCHAGEN, Bruno. **Pare de acreditar no governo - por que os brasileiros não confiam nos políticos e amam o Estado**. 1. Ed. Rio de Janeiro: Record, 2015.

¹⁰¹ GARSCHAGEN, Bruno. **Pare de acreditar no governo - por que os brasileiros não confiam nos políticos e amam o Estado**. 1. Ed. Rio de Janeiro: Record, 2015. Pág. 249

¹⁰² AMARAL, Gilberto Luiz et al. Quantidade de normas editadas no Brasil: 26 anos da constituição federal de 1988. Curitiba: Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação, 2014. Disponível em: <http://goo.gl/Kk842M> Acesso em 21 de março de 2016

¹⁰³ CÂMARA DOS DEPUTADOS. Câmara aumenta a produtividade em 2015 e aprova 59 propostas em 100 dias. 2015. Disponível em <http://goo.gl/6NfYWL> Acesso em 25 de abril de 2016

¹⁰⁴ BRASIL. Resolução CFM nº 1931/2009. Disponível em <https://goo.gl/zuCx11> Acesso em 03 de novembro de 2016.

¹⁰⁵ TODOS PELA EDUCAÇÃO. O que são e para que servem as diretrizes curriculares? Todos pela educação. Disponível em <http://goo.gl/46wkZu> . Acesso em 15 de agosto de 2016

¹⁰⁶ BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em <http://goo.gl/AL6nfo> Acesso em 30 de agosto de 2016,

A lista de interferências na vida privada do indivíduo não para de crescer: o Estado já pode entrar na sua conta bancária sem autorização judicial;¹⁰⁷ pode usar o dinheiro do cidadão para financiar filmes que talvez ele não assistirá;¹⁰⁸ pode tomar a propriedade de particulares caso a considere socialmente útil;¹⁰⁹ pode punir o indivíduo com imposto de renda progressivo na fonte porque ele está indo bem na vida¹¹⁰ ou estabelecer IPTU progressivo quase até o confisco se achar que o cidadão não está fazendo bom uso de sua propriedade urbana segundo critérios de ocasião;¹¹¹ se trata aqui apenas de alguns exemplos que advieram com o Estado Social.

O excesso de normas pode até estar ligado a um fator cultural conforme defendeu Bruno Garschagen, mas para Frank Karsten e Karel Beckman eles acreditam que isso é um problema recente das democracias modernas que se agravou diante do Estado Social. Segundo eles, quanto mais leis forem promulgadas, mais burocracias e engessamento do setor privado, para resolver problemas da sociedade, teremos.¹¹²

No relatório *Doing Business*, elaborado anualmente pelo Banco Mundial, que aponta o índice de burocracia entre os países e a facilidade de fazer negócios, o Brasil apontou na posição 123^o. O Canadá que se encontra na posição 22^o e, sabendo da consequência direta do excesso de leis, promulgou, recentemente, uma lei chamada de Lei de Redução da Burocracia.¹¹³ Nessa lei, o Governo do Canadá estabeleceu a regra de que cada aumento da carga administrativa sobre as empresas deve ser compensado com uma diminuição correspondente a outra carga administrativa, de um para um. Significa dizer que a cada regulamento feito, que impõe uma nova carga

¹⁰⁷ Por 9 votos a 2, o Supremo Tribunal Federal decidiu ser constitucional a Lei complementar 105/2001, que permite aos órgãos da administração tributária quebrar o sigilo fiscal de contribuintes sem autorização judicial. Ficaram vencidos no julgamento os ministros Celso de Mello e Marco Aurélio. Saiu vencedor o entendimento de que a norma não configura quebra de sigilo bancário, mas sim transferência de informações entre bancos e o Fisco, ambos protegidos contra o acesso de terceiros. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 601314. Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 18/09/2013, Data de Publicação: DJe-186 DIVULG 20/09/2013 PUBLIC 23/09/2013)

¹⁰⁸ Criado pela Lei nº 11.437/06 e regulamentado pelo Decreto nº 6.299/07 como uma categoria de programação específica do Fundo Nacional de Cultura (FNC), o FSA é um instrumento de fomento público que propicia investimentos em diferentes atividades do setor, desde a produção e comercialização de obras para cinema e televisão até a construção de salas de exibição.

¹⁰⁹ BRASIL. Constituição federal de 1988. Art. 5, XXIV. Disponível em <http://goo.gl/7wmtH6>

¹¹⁰ BRASIL. Constituição federal de 1988. Art. 145 § 1 Disponível em <http://goo.gl/7wmtH6>

¹¹¹ BRASIL. Constituição federal de 1988. Art. 156, § 1^a; Art. 182, § 4, inciso II Disponível em <http://goo.gl/7wmtH6>

¹¹² KARSTEN, Frank; BECKMAN, Karel. **Além da democracia**. 1^a ed. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2013. Pág. 52-57.

¹¹³ DOING BUSSINES. Ranking. Disponível em <http://www.doingbusiness.org/Rankings> Acesso em 26 de outubro de 2016.

administrativa sobre um negócio, um ou mais regulamentos devem ser alterados ou revogados para compensar o custo dessa nova carga administrativa sobre as empresas.¹¹⁴

Medidas como essas vão a favor da tese formulada por Frank Karsten e Karel Beckman, quanto aos problemas indiretos do excesso de legislação em uma democracia representativa. Se o empreendedor brasileiro precisa saber que existe uma norma que estabelece até mesmo o que ele deve ou não colocar na mesa de seus estabelecimentos, fica fácil descobrir porque o Brasil se encontra em 123º No relatório Doing Business.

George Stigler, prêmio Nobel de Economia em 1982, menciona que quando o Estado pode regular quase tudo, isso cria um incentivo muito poderoso para que agentes privados capturem o Poder Público, com o intuito de regular interesses particulares sob a desculpa de que estão criando normas que visam o interesse da coletividade.

Os interesses concentrados de grupos profissionais, tais como médicos ou de companhias farmacêuticas, se agrupam para estabelecerem regulações para servirem aos seus interesses especiais, ao invés do público geral, muitas dessas leis acabam por criar restrições à liberdade, sem nenhuma contrapartida eficiente para a sociedade.¹¹⁵

Nessa luta entre interesses, pequenos grupos com interesses focados e afiados tem mais influência na tomada de decisão do que grandes grupos com preocupações mais difusas, como consumidores e pagadores de impostos.¹¹⁶

E ainda:

Um artigo de 1971, escrito por George Stigler, marcou a chegada da Escola de Chicago e criticou a burocracia de outro ponto de vista. Tendo como base as teorias sobre grupos de interesse de Mancur Olson, Stigler concluiu que regulamentações iriam surgir para servir a interesses concentrados de grupos profissionais, tais como os de médicos ou de companhia farmacêuticas, dão-lhe um forte incentivo a organizar e fazer lobby junto aos políticos, que, por sua vez, estabelecem agências regulatórias para suborna-los. Não é que as agências são capturadas por interesses especiais; o problema é que as agências são estabelecidas desde o princípio para beneficiar aqueles interesses. Stigler resumiu essa posição em seu artigo “em

¹¹⁴ GOVERNMENT OF CANADA - JUSTICE LAWS WEBSITE. Red tape reduction act. Disponível em <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/R-4.5/page-1.html> Acesso em 26 de outubro de 2016.

¹¹⁵ KARIER, Thomas. **Capital intelectual: 40 anos de prêmio nobel da economia**. 1º ed. Coimbra: Actual. 2010. Pág. 73

¹¹⁶ BUTLER, Eamonn. **Escolha pública: um guia**. 1ª ed.. São Paulo: Bunker Editorial, 2015. Pág.16

geral, a regulação é conquistada pela indústria, e é planejada e operada primariamente para o seu benefício".¹¹⁷

Grupos de interesse efetivamente dedicados têm um incentivo poderoso para se organizarem, aumentarem seus fundos e fazerem campanhas por políticos que irão votar a favor de regulações, que poderão trazer consequências nocivas, diretas ou indiretas para o cidadão, mas boas estritamente para esses grupos.

Interesses concentrados através de facções organizadas, extraído por meio de leis condições mais favoráveis às suas causas em contrapartida a menos liberdade de todo o resto, acabam por embaraçar o funcionamento da democracia representativa.

A crítica de George Stigler se torna ainda mais evidente quando analisamos sob a perspectiva de grandes aglomerados econômicos que financiam representantes eleitos democraticamente buscando conseguir influência política, visando aumentar seus lucros não por eficiência em termos de produtividade, mas por acordos políticos e leis que prejudicam seus concorrentes.

O excesso de normas, com o intuito de capturar o governo, não é um problema recente dos Estados Sociais. Em 1834, William Leggett, escreveu que nove entre dez leis sancionadas consistiam em violações pelas quais o governo não estava levando em consideração o bem-estar coletivo, mas sim os interesses de uma pequena minoria, que se organizava através de corporações, pouco importando com o interesse da coletividade.¹¹⁸

Quem acompanhou atentamente o curso de nosso governo federal e dos governos de cada Estado desde os seus primórdios, na nossa opinião deve estar profundamente convencido de que um dos verdadeiros grandes males do nosso Estado decorre do exagerado número de leis. Provavelmente, e até mesmo com segurança, pode-se afirmar que a soma das leis promulgadas pelo Congresso e pelos Estados chega a vários milhares por ano. Será que isto quer dizer que o povo honesto dos Estados Unidos exige ser estorvado pelo Estado por tantos grilhões, ou que não se possa manter nenhuma ordem sem que se lhe coloquem algemas a cada ano através de novas leis e determinações? Cada lei supérflua, no âmbito da liberdade de ação, é uma invenção maldosa e desnecessária, e prejudicaria os direitos reservados ao povo.¹¹⁹

¹¹⁷ BUTLER, Eamonn. **Escolha pública: um guia**. 1ª ed.. São Paulo: Bunker Editorial, 2015. Pág. 32

¹¹⁸ LEGGETT, William. Os direitos do povo. In Doering, D. e Erkens, R. (Orgs.). **Leituras sobre o liberalismo**. 2ª ed. São Paulo: Instituto Friedrich Naumann. 2009. Pág. 33

¹¹⁹ LEGGETT, William. Os direitos do povo. In Doering, D. e Erkens, R. (Orgs.). **Leituras sobre o liberalismo**. 2ª ed. São Paulo: Instituto Friedrich Naumann. 2009. Pág. 31

Não podemos afirmar que a Lei nº 10.369/2015 seja mais um exemplo de lei feita com a intenção de beneficiar sujeitos privados em prejuízo da coletividade. Conquanto, esse é um dos pontos que não se pode deixar de ser observado e que se entrepõe como um dos principais argumentos contrários ao excesso de legislação por parte do Estado.

As regulações governamentais, feitas sem a devida análise e prudência, também podem criar situações fáticas exatamente opostas ao que se propõe como o objetivo da lei. A fundamentação teórica a respeito de consequências inesperadas de regulações feitas pelo Poder Público foi feita por Frédéric Bastiat, economista Francês nascido em 1893,¹²⁰ bem como, mais recentemente, pelo economista Nassim Nicholas Taleb.

Se tanto as consequências negativas quanto as positivas de uma ação recaíssem sobre seu autor, nosso aprendizado seria rápido. Mas, com frequência, as consequências positivas de uma ação beneficiam somente o autor dela, já que são visíveis, enquanto as consequências negativas, sendo invisíveis, são aplicáveis a outros, com um custo líquido para a sociedade. Considere medidas de proteção de empregos: você repara naqueles cujos empregos são tornados estáveis e atribui benefícios sociais para essas proteções. Não percebe o efeito sobre os que não conseguem encontrar um emprego por causa disso, já que a medida reduzirá a abertura de novas vagas.¹²¹

No Brasil, há inúmeros exemplos de leis que geraram efeitos nocivos para o cidadão, pelo qual o Poder Público não pode, ou não teve interesse em prever. Entre elas podemos citar a Emenda Constitucional nº 72, que durante a tramitação no Poder Legislativo Federal ficou conhecida como a PEC das Domésticas. Essa Emenda Constitucional, apesar da boa intenção em equiparar trabalhadores domésticos aos demais trabalhadores urbanos e rurais, acabou gerando inicialmente um índice de desemprego de 8.1% entre esses trabalhadores.¹²² A longo prazo os efeitos dessa norma tende a se estabilizar, mas em um primeiro momento foi uma consequência drástica e imprevisível para a grande parte dos cidadãos que dependiam dessa modalidade de trabalho para sobreviver.

Há, ainda o exemplo da famigerada Medida Provisória nº 579, que se transformou, posteriormente na Lei Federal nº 12.783 de 2013. Seu objetivo

¹²⁰ BASTIAT, Frédéric. **Frédéric Bastiat**. 2ª ed. São Paulo. Instituto Ludwig Von Mises Brasil. 2010. Pág.19

¹²¹ TALEB, Nassim. **A lógica do cisne negro: o impacto do altamente improvável**. 9ª ed. Rio de Janeiro: 2015. Pág.154.

¹²² R7 NOTÍCIAS. Desemprego cresce 8,1% entre as domésticas do DF após a PEC. Disponível em <http://zip.net/bytshY> Acesso em 30 de agosto de 2016.

primário era reduzir a tarifa de energia, mas teve consequências diametralmente opostas.

Logo no dia da edição da Medida Provisória nº 579, as ações de empresas do setor elétrico derreteram, destruindo bilhões em valor para o acionista. Em razão da insegurança jurídica, o setor privado congelou os novos investimentos em geração, transmissão e distribuição de energia. A consequência da redução de investimentos fez disparar o preço da energia elétrica (oposta à intenção inicial do governo), mas nem assim pensou-se em rever a legislação. Ao contrário, tomou-se a decisão política de congelar os preços de energia elétrica, forçando as empresas a operar em prejuízo. O resultado foi o acréscimo em mais de 50% das tarifas de energia pagas pelo consumidor e a quebra geral de geradoras e distribuidoras, que operaram em prejuízo durante os anos seguintes.¹²³

Evidentemente que não são situações exclusivas de legislações brasileiras. No Estados Unidos há o exemplo famoso da proibição de exigência de antecedentes criminais para vagas de empregos em New York e New Jersey. O objetivo era diminuir a discriminação por parte da sociedade em relação aos indivíduos que alguma vez haviam cometido crimes. Sabendo que, estatisticamente, a maioria dos que cometem crimes são negros, os empregadores passaram a rejeitar candidatos que tinham nomes comumente dados a negros. Se antes da proibição de pedir antecedentes criminais eram contratados apenas 7% de brancos a mais que os negros, após a proibição os brancos passaram a ser contratados 45% a mais que os negros.¹²⁴

De pronto, a Lei nº 10.369/2015, não mostra nenhum efeito, ou consequência, negativa não prevista na sua implementação diante dos consumidores, contudo esses efeitos só poderão ser observados a médio-longo prazo. Consequências inesperadas mostram a importância de a liberdade ser a regra e a regulação, mediante normas impositivas pelo Estado, a exceção. O fato do Poder Público atingir toda a coletividade por meio de suas normas, o erro de uma consequência imprevisível é muito mais nocivo, do que os erros em tomadas de decisões individuais.

A ausência de legitimação da Lei nº 10.369/2015 pela sociedade capixaba tem amplo respaldo acadêmico como se nota. A quantidade de legislação em uma

¹²³ CANAL ENERGIA. MP 579: um ano do 11/09 do setor elétrico. Disponível em <http://zip.net/bytsh0> Acesso em 30 de agosto de 2016.

¹²⁴ JUSLIBERDADE. A exigência de apresentação de certidão de antecedentes criminais pelos candidatos ao emprego gera dano moral? Disponível em <http://zip.net/bttsy>. Acesso em 30 de agosto de 2016.

sociedade tem um nível “ótimo”, não podemos ter muita legislação, mas também não temos condições de viver em uma sociedade sem nenhuma legislação. Encontrar esse ponto “ótimo” é o grande desafio dos Estados Sociais.¹²⁵

¹²⁵ Uma situação econômica é ótima no sentido de Pareto se não for possível melhorar a situação, ou, mais genericamente, a utilidade de um agente, sem degradar a situação ou utilidade de qualquer outro agente econômico. (TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e economia no Brasil**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.)

CONCLUSÃO

O Brasil, claramente, adotou na Constituição de 1988 o modelo de Estado de Bem-Estar Social. O direito à vida é tido pela doutrina como um direito indisponível, corolário desse direito, o direito à saúde passou a ser um compromisso pelo qual o constituinte optou por oferecer segundo o padrão de acesso universal e gratuito.

A legitimidade que se retira das normas promulgadas pelo Estado, a exemplo da saúde pública, é pautada pelo pré-compromisso democrático ao quais todos se sujeitam, e por ser assim, os custos da saúde pública são diluídos por todos os cidadãos.

A Lei nº 10.369/2015 do Estado do Espírito Santo, vem como uma medida de saúde preventiva, diante das consequências negativas para a saúde que o excesso de cloreto de sódio ocasiona. A saúde preventiva é economicamente mais eficiente que a saúde curativa. O Poder Público ao adotar medidas de mudanças simples na vida cotidiana do cidadão como o *Nudge*, economizará em algumas áreas, possibilitando uma melhor realocação dos recursos da Administração Pública. O *Nudge*, nesse sentido, é um mecanismo utilizando pela doutrina do Paternalismo Libertário que, ao invés de impor uma proibição direta ao particular, apenas cria um leve incentivo, induzindo uma escolha melhor ao particular, podendo esse decidir de forma diferente, sem sofrer uma sanção, ou se sofrer, essa sanção tem que ser irrisória.

A Lei nº 10.369/2015 está de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro. A competência legislativa para a saúde é comum à União, Estados e Municípios, bem como é concorrente a competência legislativa que diz respeito às relações de produção e consumo. Não é vedado a Administração Pública, mediante lei, restringir a liberdade e a propriedade dos cidadãos visando a um interesse público, prerrogativa própria do poder de polícia do Estado. A ordem constitucional tutela a intervenção na vida privada, através da esfera administrativa e civil, naquelas escolhas que tocam apenas ao indivíduo, desde que estejam relacionadas à indisponibilidade do direito à vida, incluindo, o direito à saúde.

Por outro lado, nossa Constituição também protege a Livre Iniciativa, no que tange a liberdade dos proprietários organizarem seus estabelecimentos para melhor atender seus clientes, bem como o direito à liberdade de consciência. Em um eventual controle de constitucionalidade, caberá ao Poder Público fazer o juízo de ponderação,

com o intuito de descobrir qual dos dois princípios constitucionais, no caso, se adequará melhor ao interesse público. Se o direito à saúde, como medida preventiva, deverá prevalecer, ou se o direito à Livre Iniciativa.

Não fica claro pelos doutrinadores do Paternalismo Libertário se é legítimo ou não o Estado forçar a criação de arquiteturas de escolha em ambientes privados. A arquitetura de escolha, para ser moldada na sociedade civil, somente surtirá efeito vinculante se feita mediante lei que incidirá diretamente na vida privada das pessoas. Nesse caso acreditamos que a afronta à individualidade e à liberdade ocorrerá, visto que há uma clara tentativa do Poder Público em padronizar condutas dentro da sociedade, através de normas positivas, que afetam diretamente a esfera privada de escolha do indivíduo. O *Nudge* do Paternalismo Libertário, nesse caso, acabará por ser uma tentativa de padronização por indicações, veladas ou não, do que não fazer ou do que fazer.

A padronização de condutas, por meio da lei, é o exato oposto da pluralidade, e a pluralidade somente é possível havendo liberdade para que os cidadãos possam manifestar sua individualidade. Para a configuração da arquitetura de escolha do *Nudge*, no âmbito privado, será necessário que o Poder Público sempre afronte diretamente a livre iniciativa e a liberdade dos indivíduos bem como a individualidade, uma vez que a finalidade principal de toda norma jurídica é justamente padronizar condutas.

O que mudaria na doutrina do Paternalismo Libertário para uma norma proibitiva comum é apenas o foco da sanção. Enquanto as normas proibitivas penalizam os sujeitos que violam concretamente o objeto jurídico tutelado, no Paternalismo Libertário a sanção iria para o sujeito que criou o ambiente que proporcionou, ou induziu, a violação do objeto jurídico tutelado na esfera privada.

Embora para a maioria dos cidadãos o *Nudge* vai ser apenas um indicativo do que fazer, por outro lado, para a pessoa sobre a qual a norma incide, a obrigação de estar em conformidade com a arquitetura de escolha não se tratará apenas de um indicativo, mas de uma verdadeira norma proibitiva do que não fazer.

O *Nudge* não se caracteriza sobre a ótica da livre iniciativa, dirigida aos empresários empreendedores, uma vez que há uma proibição direta a estes, sob pena de multa, ao modo como organizam seus empreendimentos. No segundo caso, se trata de uma norma pela qual o seu descumprimento acarreta em uma sanção administrativa e não de um *Nudge*. Trata-se, na verdade, de uma limitação direta à

propriedade e à liberdade. E também, para qualquer efeito, a pena de multa a um estabelecimento comercial não pode ser tida como irrisória.

Uma norma, como visto, pode ser legítima quanto à forma; pode ser legítima do ponto de vista doutrinário e também pode ser legítima do ponto de vista social, ao qual nesse último caso se fala que houve legitimação pela sociedade. No caso, o excesso de leis, regulando aspectos pessoais da vida privada, foi a principal causa da ausência de legitimação pela sociedade capixaba. Contudo os motivos da ausência de legitimação pela sociedade capixaba não são, de nenhum modo, destituídos de fundamentos doutrinários. Há amplos estudos que mostra como muita legislação traz efeitos nocivos como, por exemplo, burocracia em demasia; esvaziamento do âmbito de decisão do cidadão; facilitação de legislação por captura do ente público e também acarretar consequências inesperadas e nefastas no âmbito da sociedade.

O nosso ordenamento jurídico possui incontáveis normas em âmbito Municipal, Estadual e Federal que dispõem sobre aspectos mínimos do setor público e da vida privada dos cidadãos. Nem por isso nossa sociedade melhorou. Talvez seja a hora de nossos legisladores passarem a confiar mais nos indivíduos que, de forma descentralizada, podem buscar diversas soluções para um determinado problema, ao invés do Estado continuar chamando a responsabilidade para si e tirando a responsabilidade dos verdadeiros agentes de mudança.

REFERÊNCIAS

ALBERT, Hans. **O direito à luz do racionalismo crítico**. 1ª ed. Brasília: Universa – Fundação Universidade de Brasília. 2013.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ALVARO Luis de A.S. **Direito à saúde – paradigmas procedimentais e substanciais da constituição**. São Paulo: Saraiva. 2013.

AMARAL, Gilberto Luiz et al. Quantidade de normas editadas no Brasil: 26 anos da constituição federal de 1988. Curitiba: Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação, 2014. Disponível em: <http://goo.gl/Kk842M>

ANCINE. Regulação - o que é? Disponível em <http://goo.gl/cy8j4u>

ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. 1ª. Ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

ARIELY, Dan. **Previsivelmente irracional**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier. 2008.

AVILA, F. e BIANCHI, A. (Orgs.). **Guia de economia comportamental e experimental**. São Paulo. 2015.

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do Estado**. 4ª ed. São Paulo: Globo. 2008.

BASTIAT, Frédéric. **Frédéric Bastiat**. 2ª ed. São Paulo. Instituto Ludwig Von Mises Brasil. 2010.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Direito econômico brasileiro**. São Paulo: IBDC, 2000.

BARRETO, Leonardo. **Quanto de quê? o debate teórico e os estudos de democratização**. 2006. Pag.124 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) -

Universidade de Brasília, Brasília, 2006. Disponível em <http://goo.gl/6Z8Oyc> Acesso em 27 de abril de 2016.

BARDSLEY N et al. **Experimental economics: rethinking the rules**. Princeton University Press. 2010.

BIANCHI, Ana Maria. A ética na economia comportamental: uma breve incursão. In Avila, F. e Bianchi, A. (Orgs.). **Guia de economia comportamental e experimental**. São Paulo. 2015.

BUTLER, Eamonn. **Escolha pública: um guia**. 1ª ed. São Paulo: Bunker Editorial, 2015.

BRAINY QUOTE. Citação. Disponível em <http://goo.gl/7uKYBu> Acesso em 30 de agosto de 2016

BRASIL. Constituição federal de 1988. Disponível em <http://goo.gl/7wmtH6>

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em <http://goo.gl/AL6nfo>

BRASIL. Lei nº 10.369 de 25 de maio de 2015. Disponível em: <http://goo.gl/NMB2ay>. Acesso em 25 de abril de 2016.

BRASIL. Resolução CFM nº 1931/2009. Disponível em <https://goo.gl/zuCx1I> Acesso em 03 de novembro de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 601314. Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 18/09/2013, Data de Publicação: DJe-186 DIVULG 20/09/2013 PUBLIC 23/09/2013)

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Câmara aumenta a produtividade em 2015 e aprova 59 propostas em 100 dias. 2015. Disponível em <http://goo.gl/6NfYWL>

CANAL ENERGIA. MP 579: um ano do 11/09 do setor elétrico. Disponível em <http://zip.net/bytsh0>

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4ª edição. Coimbra: Livraria Almedina, 2000.

CHATER, Nick. A revolução da ciência comportamental nas políticas públicas e em sua implementação. In Avila, F. e Bianchi, A. (Orgs.). **Guia de economia comportamental e experimental**. São Paulo. 2015.

COOTER, Robert e ULLEN, Thomas. **Direito & economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

DOING BUSSINES. Ranking. Disponível em <http://www.doingbusiness.org/Rankings>

ÉPOCA. Você é livre para escolher mesmo? Disponível em: <http://goo.gl/Ghs7IO>

FOLHA VITORIA. População do Espírito Santo aumenta em mais de 40 mil habitantes em 2015, afirma IBGE. Disponível em <https://goo.gl/ZCYUSw>

FRIEDMAN, Milton. **Livre para escolher**. 1º ed. Rio de Janeiro: Record. 2015.

G1. Entra em vigor a proibição do sal em mesas de restaurantes do ES. Disponível em <http://goo.gl/g26qJi>

GARSCHAGEN, Bruno. **Pare de acreditar no governo - por que os brasileiros não confiam nos políticos e amam o Estado**. 1. Ed. Rio de Janeiro: Record, 2015.

GLENN BECK. Cass Sunstein once again proves to be the most dangerous man in america. Disponível em <http://goo.gl/DvLCER>

GOVERNMENT OF CANADA - JUSTICE LAWS WEBSITE. Red tape reduction act. Disponível em <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/R-4.5/page-1.html>

HEILBRONER, Robert. **A história do pensamento econômico**. 6.ed. Nova Cultural Ltda, 1996.

HOPPE, Hans-Hermann. **Democracia: o deus que falhou**. São Paulo: Instituto Ludwing von Mises, 2014.

JUSLIBERDADE. A exigência de apresentação de certidão de antecedentes criminais pelos candidatos ao emprego gera dano moral? Disponível em <http://zip.net/bttsy>.

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar: duas formas de pensar**. Rio de Janeiro: Objetiva 2012.

KARSTEN, Frank; BECKMAN, Karel. **Além da democracia**. 1ª ed. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2013.

KARIER, Thomas. **Capital intelectual: 40 anos de prêmio Nobel da economia**. 1º ed. Coimbra: Actual. 2010.

LEGGETT, William. Os direitos do povo. In Doering, D. e Erkens, R. (Orgs.). **Leituras sobre o liberalismo**. 2ª ed. São Paulo: Instituto Friedrich Naumann. 2009.

LOCKE, John. Em defesa da tolerância. In Doering, D. e Erkens, R. (Orgs.). **Leituras sobre o liberalismo**. 2ª ed. São Paulo: Instituto Friedrich Naumann. 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31ª ed. São Paulo: Malheiros Editores.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9.ed.rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MILL, Stuart. **Ensaio sobre a liberdade**. 1. Ed. São Paulo: Editora Escala, 2006.

MILL, Stuart. Liberdade e educação. In Doering, D. e Erkens, R. (Orgs.). **Leituras sobre o liberalismo**. 2ª ed. São Paulo: Instituto Friedrich Naumann. 2009.

MISES BRASIL. O individualismo metodológico. Disponível em <https://goo.gl/kTP8nH>

NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e utopia**. 1ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes. 2011.

PADILHA, Rodrigo. **Direito constitucional**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. Versão Epub.

PORTAL DO GOVERNO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. Atividade física e alimentação saudável no combate à hipertensão. Disponível em <http://goo.gl/lfu5JK>

PORTAL LIBERTARIANISMO. O uso do conhecimento na sociedade – Friedrich A. Hayek. Disponível em <http://goo.gl/rx8uCo>

R7 NOTÍCIAS. Desemprego cresce 8,1% entre as domésticas do DF após a PEC. Disponível em <http://zip.net/bytshY>

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça** – 3ª ed.- São Paulo: Martins Fontes, 2008.

RAND, Ayn. **A virtude do egoísmo**. 1ª ed. Porto Alegre: Editora Sulina. 2015.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 19. ed. São Paulo Saraiva, 1999.

REDE SAÚDE FILANTRÓPICA. Medicina preventiva: economia e bonificação para operadoras. Disponível em <http://goo.gl/jm7cLJ>

RIDLEY, Matt. **As origens da virtude: um estudo biológico da solidariedade**. Rio de Janeiro: Record. 2000.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. 1ª. ed. São Paulo: Martin Claret, 2013.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal.** 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **As dimensões da dignidade da pessoa humana: uma compreensão jurídico-constitucional aberta e compatível com os desafios da biotecnologia.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SCHWARTZ, Bernard. **A history of the supreme Court.** New York: Oxford University Press, 1993.

SCRUTON, Roger. **Como ser um conservador.** 1ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2015.

SEN. Amartya. **A ideia de justiça.** 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras. 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 16.ed.rev e atual. São Paulo: Malheiros, 1999.

SKINNER, Burrhus Frederic. **Sobre o behaviorismo.** 10. ed. São Paulo: Cultrix, 2006.

SOUTO, João Carlos. **Suprema corte dos Estados unidos – principais decisões.** 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SPOTNIKS. 5 razões pelas quais o Estado deve parar de tentar regular a sua vida. Disponível em: <http://goo.gl/ORXWJT>

TALEB, Nassim. **A lógica do cisne negro: o impacto do altamente improvável.** 9ª ed. Rio de Janeiro: 2015.

TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e Economia no brasil.** 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

THALER, Richard H. SUNSTEIN, Cass. **Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness.** New York: Penguin Books. 2008.

TODOS PELA EDUCAÇÃO. O que são e para que servem as diretrizes curriculares? Todos pela educação. Disponível em <http://goo.gl/46wkZu>

VON MISES, Ludwig. **Ação humana**. 1ª ed. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil. 2010.

VON MISES, Ludwig. **A mentalidade anticapitalista**. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

VON MISES, Ludwig. **Liberalismo – segundo a tradição clássica**. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises. Brasil, 2010.

WATTS, Duncan J. **Tudo é óbvio: quando você sabe a resposta**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2013.

WENDERS, John T. Freedom and democracy are different. FEE. 1990. Disponível em <https://goo.gl/UE9awj>

WEFFORT, Francisco C (org.). **Os clássicos da política – Burke, Kant, Hegel, Tocqueville, Stuart mill, Marx**. 10ª ed. São Paulo: Editora Ática. Vol. II.

WEFFORT, Francisco C (org.). **Os clássicos da política – Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, “os federalistas”**. 10ª ed. São Paulo: Editora Ática. Vol. I

WEBER, Max. **Conceitos sociológicos fundamentais**. Covilhã: Lusofia: Press, 2010.