

LEI DA LIBERDADE ECONÔMICA, ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO E A CONSTITUIÇÃO

Ana Paula de Barcellos

Professor Titular de Direito Constitucional da UERJ. Pós-Doutora - Harvard. Mestre e Doutora - UERJ. Advogada, consultora e parecerista

Resumo: O artigo sustenta que a análise de impacto regulatório (AIR), de que trata a Lei 13.874/19, tem na verdade fundamentos constitucionais que devem, portanto, ser considerados na regulamentação e implementação da AIR.

Palavras chave: análise de impacto regulatório; liberdade econômica; direito à justificativa

1. Lei 13.874/19, a AIR e sua regulamentação

A chamada Lei da Liberdade Econômica (Lei 13.874/19) trouxe uma série de inovações cujo sentido e impacto ainda estão sendo compreendidos e cuja regulamentação e prática

estão dando seus primeiros passos. Uma dessas inovações é a ampliação da exigência, até então imposta às agências reguladoras, de realização da Análise de Impacto Regulatório (AIR) de que trata o art. 5º da nova lei.

De forma simples, a AIR envolve o dever imposto à Administração Pública federal de, antes de decidir acerca da expedição de atos normativos, avaliar quais os objetivos pretendidos pela norma e seus possíveis efeitos e impactos e tornar pública essa análise, bem como receber e processar eventuais comentários e contribuições por parte da sociedade sobre a proposta normativa e sobre a análise de impacto divulgadas. A Lei 13.874/19 não disciplina a fase de divulgação, recebimento de contribuições e processamento dessas contribuições, mas aplicam-se aqui as normas gerais sobre o assunto previstas na Lei 9.784/99, que regula o processo administrativo federal, e, em relação às agências reguladoras, as previsões específicas da Lei 13.848/19.

O parágrafo único do art. 5º da Lei 13.874/19 prevê que norma infralegal (regulamento) deverá dispor sobre o conteúdo, a metodologia e os quesitos mínimos a serem objeto de exame na AIR, bem como sobre o início da exigência da AIR propriamente e as hipóteses em que ela será obrigatória e em que hipóteses ela poderá ser dispensada. Ou seja: qual deverá ser o conteúdo mínimo dessa análise, como essa análise será feita, que impactos – dos muitos possíveis – serão considerados, como eles serão examinados, como os eventuais interessados e destinatários poderão se manifestar sobre o material divulgado no âmbito da AIR, como a au-

toridade irá processar essas contribuições recebidas, dentre outros temas: tudo isso será definido por regulamento.

Embora a lei mencione regulamento no singular é natural que as diferentes entidades da Administração Pública federal tenham seus próprios regulamentos, e poderá fazer sentido que órgãos, para além das normas gerais contidas em um regulamento básico, tenham previsões internas específicas considerando a realidade das questões que disciplinam.

A imposição, por lei, da exigência da AIR é uma providência importante e que poderá ter resultados muito positivos para as relações entre a Administração Pública e os cidadãos – simultaneamente usuários dos seus serviços e titulares do poder exercido pelo Estado – e para a qualidade da atuação administrativa propriamente dita. Nada obstante, é preciso destacar que a obrigação de justificar proposições normativas é um dever que decorre da própria Constituição de 1988, e não apenas da lei¹.

Nesse sentido, a regulamentação da AIR e sua prática pela Administração deverão ser coerentes não apenas com a literalidade da lei, mas também com as previsões constitucionais que lhe são subjacentes. Neste pequeno estudo se quer discutir apenas dois fundamentos constitucionais que impõem à Administração o dever de justificar previamente eventuais normas que planeje editar. Esses fundamentos

1 BARCELLOS, Ana Paula de. Direitos Fundamentais e Direito à Justificativa, 2016.

constitucionais, portanto, deverão ser considerados quando da regulamentação da AIR pela Administração Pública e na utilização dessa ferramenta.

2. Fundamentos constitucionais da AIR

2.1. A Constituição de 1988 organiza uma república e exige dos agentes públicos o dever de prestar contas. A AIR é um meio de prestação de contas.

Nos termos da Constituição de 1988, o Brasil é uma República e se organiza sob a forma de um Estado Democrático de Direito. Isso significa que todos são iguais e os agentes públicos não são titulares de qualquer poder próprio, mas exercem um poder delegado. A consequência imediata dessa premissa é que os agentes públicos têm o dever de prestar contas à sociedade acerca dos atos que pretendam praticar. A sociedade, afinal, é quem delega poderes a tais indivíduos e quem será afetada pelos atos, caso venham a ser adotados. A aplicação é imediata: normas são editadas por agentes que exercem um poder político delegado e visam a interferir na esfera jurídica das pessoas, de modo que devem ser justificadas. O poder normativo estatal não é um bem de uso pessoal das autoridades.

Não há necessidade de discorrer sobre a distinção entre monarquias e repúblicas como formas de governo distintas a partir dos três critérios que já se tornaram tradicionais: eletividade, periodicidade dos mandatos e responsabilidade po-

lítica. A distinção, como se sabe, tornou-se menos relevante com o tempo já que muitas monarquias, paralelamente ao núcleo histórico e tradicional da família real, adotam amplas estruturas políticas e práticas republicanas².

De toda sorte, esses três critérios que organizam do ponto de vista operacional as repúblicas – eletividade, periodicidade dos mandatos e responsabilidade política – decorrem de um pressuposto básico: a igualdade e a dignidade de todos os indivíduos. Porque todos são iguais e igualmente dignos, sua opinião terá o mesmo valor e peso para decidir sobre o que afeta a sociedade política³. Assim, respeitadas condições e procedimentos que garantam de forma permanente essa igualdade e essa dignidade, a tomada de decisões nesse ambiente seguirá a lógica majoritária. Reflexo disso é que os agentes públicos eventualmente encarregados de tomar decisões devem ser escolhidos pela

2 BARCELLOS, Ana Paula de. O princípio republicano, a Constituição Brasileira de 1988 e as Formas de Governo. *Revista Forense*, v. 356, p. 3-20, 2001.

3 É certo que há outros espaços, diversos daquele próprio à sociedade política, nos quais as opiniões de determinadas pessoas valem mais que a de outras: é o caso da opinião dos pais acerca da criação de seus filhos, das pessoas acerca de suas próprias escolhas existenciais, dos técnicos e professores sobre suas áreas de conhecimento, etc.. Esse é um ponto delicado pois envolve, na realidade, os limites temáticos do Direito oriundo do Estado. Mesmo no âmbito dos debates políticos, o conhecimento técnico pode ser especialmente relevante e não é igualmente compartilhado por todos: o ponto será discutido no texto adiante. Para um exame da questão sob a ótica da *expertise* acadêmica, v. POST, Robert. *Democracy, expertise, and academic freedom: a first amendment jurisprudence for the modern state*. New Haven: Yale University Press, 2012.

maioria ou por critérios por ela definidos, devem poder ser substituídos e terão sempre responsabilidade política perante a população: nesse ponto, como é fácil perceber, a república se comunica com a democracia⁴.

Não há nenhuma novidade no que se afirmou acima e é certo que a relação dos agentes públicos com a população envolve, de um lado, a delegação do exercício do poder político e, de outro, um permanente dever de prestar contas dos atos praticados ou que se pretende praticar, bem como das decisões tomadas⁵. Essa lógica se aplica de forma imediata aos agentes públicos em geral e, por evidente, àqueles que pretendam propor normas a serem expedidas pelo Po-

4 BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009-a; ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998; HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. 20. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 112 e ss.; CANOTILHO, J. J. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1997; e DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1979.

5 V. STF, MS 24.725-8, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 09.12.2003: “Assiste, aos cidadãos e aos meios de comunicação social (‘mass media’), a prerrogativa de fiscalizar e de controlar a destinação, a utilização e a prestação de contas relativas a verbas públicas. (...) Não custa rememorar que os estatutos do poder, numa República fundada em bases democráticas, não podem privilegiar o mistério, eis que a legitimidade político-jurídica da ordem democrática, impregnada de necessário substrato ético, somente é compatível com um regime do poder visível, definido, na lição de BOBBIO, como ‘um modelo ideal do governo público em público’. Ao dessacralizar o segredo, a nova Constituição do Brasil restaurou o velho dogma republicano e expôs o Estado, em plenitude, ao princípio democrático da publicidade, cuja incidência – sobre repudiar qualquer compromisso com o mistério – atua como fator de legitimação das decisões e dos atos governamentais”.

der Público. As normas são atos do Poder Público da maior relevância que tem grande repercussão sobre a esfera de direitos e liberdades das pessoas. Sua elaboração e expedição veiculam claro exercício de poder político delegado por parte do povo e, por isso mesmo, demandam justificação minimamente adequada.

A igualdade que conduz à república conduz igualmente à democracia⁶, na medida em que a Constituição explicita essa dupla opção ao afirmar que a República Federativa do Brasil é um Estado Democrático de Direito. A democracia exige, em primeiro lugar, o voto. Para além disso, muitas concepções agregam ao voto outros elementos, sendo dois especialmente importantes.

Em primeiro lugar, a democracia demandaria uma expansão permanente, tanto quanto possível, dos participantes nos debates que antecedem a tomada de decisões públicas, ou mesmo, em alguns casos, na tomada de decisão em si. Em segundo lugar, a democracia exigiria igualmente, para além da ampliação dos participantes, a apresentação de razões e contrarrazões por eles, no contexto de um esforço dos vários envolvidos no sentido de convencer os demais ou ao menos de esclarecer as várias posições existentes. A decisão final, portanto, já não resultaria apenas da agregação de posições previamente definidas, mas de uma reflexão coletiva e, sobretudo,

6 KELSEN, Hans. *A democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

do, justificada⁷, ainda que a regra majoritária continue fundamental, já que o consenso dificilmente é viável em uma sociedade que realmente respeita o pluralismo. Essas concepções são identificadas comumente como democracia participativa e deliberativa (a segunda expressão por vezes englobando a primeira).

É fácil perceber que essas concepções mais participativas e deliberativas da democracia são alimentadas sobretudo pela influência dos direitos fundamentais sobre a dinâmica de funcionamento do Estado. Assim, as pessoas, como titulares de uma dignidade que exige que elas sejam tratadas com respeito pelos demais, têm o direito de receber justificativas acerca dos atos que eventualmente as afetem, e devem igualmente poder influenciar a formação desse ato.

Vale o registro de que mesmo antes de a democracia estar tão intimamente ligada à ideia de igualdade e, *a fortiori*, de soberania popular, bem como ao axioma da dignidade, já se identificava uma ligação lógica e operacional entre a representação política e o debate de ideias. Com efeito, uma das justificativas da democracia representativa era justamente a necessidade de viabilizar uma discussão adequada e, ao fim, a deliberação acerca das questões públicas, debate esse que o povo, coletivamente considerado, não teria condições de levar a cabo. Interessantemente,

7 V. TREMBLAY, Luc B. Deliberative democracy and liberal rights. *Ratio Juris*, v. 14, n. 4, p. 424-454, 2001.

portanto, mesmo a democracia representativa clássica, em suas várias vertentes, acaba por trazer em si a ideia de que seu ofício não se esgota no voto, que é o momento final de deliberação, mas envolve o debate anterior no âmbito dos colegiados⁸.

Do ponto de vista da Constituição de 1988, é certo que um dos conteúdos essenciais da democracia é o exercício do voto secreto, universal e periódico com igual valor para todos por parte dos cidadãos⁹. Em um segundo momento, a rotina democrática se estrutura em torno das deliberações majoritárias dos corpos legislativos no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios¹⁰, para além das competências atribuídas aos demais órgãos e entidades estatais. Entretanto, as opções constitucionais no que diz respeito à democracia não se esgotam no voto e uma série de previsões incluídas no texto refletem o ponto.

A opção constitucional no sentido de financiar, ao menos em parte, a propaganda eleitoral concedendo aos partidos acesso gratuito ao rádio e à televisão reflete a

8 HAMILTON, Alexander; JAY, John; e MADISON, James. *Os artigos federalistas*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993; e JELLINECK, Georg. *Teoría general del Estado*. Buenos Aires: Albatroz, 1921, p. 536-537.

9 Constituição de 1988: “Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:” e “Art. 60, § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) II - o voto direto, secreto, universal e periódico;”.

10 Constituição de 1988: “Art. 47. Salvo disposição constitucional em contrário, as deliberações de cada Casa e de suas Comissões serão tomadas por maioria dos votos, presente a maioria absoluta de seus membros.”

importância que a Constituição conferiu à exposição de ideias no contexto eleitoral (independentemente, é claro, do uso concreto que seja feito desse recurso público pelos partidos). A extensão da imunidade material conferida aos parlamentares – que não inclui apenas seus votos, mas opiniões e palavras – vai no mesmo sentido, assim como a previsão constitucional das comissões no âmbito das casas legislativas, cujo objetivo é justamente promover um debate específico sobre os projetos em discussão.

Paralelamente, a Constituição pretende de forma específica que ações estatais de caráter permanente se desenvolvam de forma democrática. Para isso, a Constituição indica a necessidade de serem criados espaços permanentes de debate e discussão – ou seja: de apresentação de razões e contrarrazões, críticas e argumentos – e garante a participação da sociedade ou de grupos específicos nesses espaços. É o que acontece, por exemplo, em relação às políticas relacionadas com a seguridade social¹¹, a assistência social¹², a

11 Constituição de 1988: “Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos: (...) VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)”.

12 Constituição de 1988: “Art. 204. As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes: (...) II - participação da população, por meio

educação¹³, a saúde¹⁴ e a cultura¹⁵, bem como com a política agrícola¹⁶.

A Constituição assegura a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados de órgãos públicos nos quais seus interesses sejam objeto de deliberação e decisão¹⁷

de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis.”

13 Constituição de 1988: “Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: (...) VI - gestão democrática do ensino público, na forma da lei;”

14 Constituição de 1988: “Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: (...) III - participação da comunidade.

15 Constituição de 1988: “Art. 216-A. O Sistema Nacional de Cultura, organizado em regime de colaboração, de forma descentralizada e participativa, institui um processo de gestão e promoção conjunta de políticas públicas de cultura, democráticas e permanentes, pactuadas entre os entes da Federação e a sociedade, tendo por objetivo promover o desenvolvimento humano, social e econômico com pleno exercício dos direitos culturais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 71, de 2012) § 1º O Sistema Nacional de Cultura fundamenta-se na política nacional de cultura e nas suas diretrizes, estabelecidas no Plano Nacional de Cultura, e rege-se pelos seguintes princípios: Incluído pela Emenda Constitucional nº 71, de 2012 (...) X - democratização dos processos decisórios com participação e controle social; Incluído pela Emenda Constitucional nº 71, de 2012”

16 Constituição de 1988: “Art. 187. A política agrícola será planejada e executada na forma da lei, com a participação efetiva do setor de produção, envolvendo produtores e trabalhadores rurais, bem como dos setores de comercialização, de armazenamento e de transportes, levando em conta, especialmente:”

17 Constituição de 1988: “Art. 10. É assegurada a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação.”

e prevê que a lei deve regular formas de participação do usuário na Administração Pública direta e indireta¹⁸. Tanto o Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza, quanto os Fundos de Combate à Pobreza previam, no plano constitucional, participação de representantes da sociedade civil em seus conselhos e órgãos de gestão¹⁹.

Independentemente do debate teórico, como se vê, parece tranquilo concluir que a opção constitucional em matéria de democracia agrega ao seu conteúdo essencial, para além do voto, tanto a ampliação dos participantes, quanto, sobretudo, a apresentação de razões por parte deles²⁰. E,

18 Constituição de 1988: “Art. 37. § 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:”

19 Constituição de 1988: “Art. 79. É instituído, para vigorar até o ano de 2010, no âmbito do Poder Executivo Federal, o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, a ser regulado por lei complementar com o objetivo de viabilizar a todos os brasileiros acesso a níveis dignos de subsistência, cujos recursos serão aplicados em ações suplementares de nutrição, habitação, educação, saúde, reforço de renda familiar e outros programas de relevante interesse social voltados para melhoria da qualidade de vida. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 31, de 2000) (Vide Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003) (Vide Emenda Constitucional nº 67, de 2010). Parágrafo único. O Fundo previsto neste artigo terá Conselho Consultivo e de Acompanhamento que conte com a participação de representantes da sociedade civil, nos termos da lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 31, de 2000)” e “Art. 82. Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios devem instituir Fundos de Combate à Pobreza, com os recursos de que trata este artigo e outros que vierem a destinar, devendo os referidos Fundos ser geridos por entidades que contem com a participação da sociedade civil. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 31, de 2000)”

20 FORST, Rainer. *The right to justification*. New York: Columbia University Press, 2007, p. 186: “What is, finally, the “ultimate ground” of

se é assim, e se a apresentação de razões por parte dos agentes públicos é inerente à democracia, as instituições e as práticas públicas em um Estado democrático devem ser concebidas e desenhadas de forma a contribuir para esse resultado²¹. Tal exigência é ainda mais intensa quando a elaboração normativa ocorre não no âmbito do Legislativo – eleito diretamente pelo povo – mas de órgãos da Administração Pública.

Em síntese, em uma república, os agentes públicos exercem um poder delegado e devem prestar contas dos atos praticados ou que pretendem praticar e que tenham repercussão sobre a vida das pessoas. A elaboração e a expedição de normas – cujo impacto sobre a esfera jurídica dos indivíduos é da sua própria natureza – veiculam claro exercício de poder político delegado por parte do povo e, por isso mesmo, demandam justificação minimamente adequada.

deliberative democracy? As opposed to liberal and communitarian answers, which imply an instrumental understanding of democracy as either one possible or the only means to realize liberal principles or communal values, the ground of deliberative democracy is the basic moral right to justification which – when applied to a political context – calls for an institutionalization of forms of reciprocal and general justification. Thereby, it justifies and models as well as transcends and limits democratic institutions. Democracy is the only appropriate, though never fully appropriate, political expression of the basic right to justification and of mutual respect between persons.”

21 FORST, Rainer. *The right to justification*. New York: Columbia University Press, 2007, p. 181: “Political institutions in a narrower sense, most importantly parliamentary decision-making bodies, also have to be “designed” so that the “force” of the better argument can become a real political force.”

Nesse contexto, a exigência de que aquele que propõe normas apresente a justificativa correspondente, trazendo razões e informações que fundamentem a proposta tendo em conta o problema que se pretende enfrentar, os resultados ao final esperados, e os custos e impactos antecipados, é uma aplicação direta dessa premissa. A regulamentação da AIR deverá permitir que essa exigência seja atendida.

2.2. A Constituição de 1988 exige que a ação estatal, inclusive normativa, observe o dever de proporcionalidade.

Em um Estado Democrático de Direito, não se admite que o Estado, por qualquer de seus órgãos ou entidades, se comporte de forma irracional, caprichosa, irrazoável ou desproporcional. O dever de justificar e de prestar contas, portanto, não é apenas uma formalidade protocolar. Quem propõe uma norma deve demonstrar minimamente como sua proposta faz sentido no mundo, qual o problema que ela pretende resolver, como a solução sugerida é capaz de resolvê-lo, quais seus custos e impactos, e como ela se relaciona de forma mais ampla com os fatos que pretende disciplinar. Explica-se melhor.

O Estado recriado pela Constituição de 1988 é um Estado Democrático de Direito, nos termos do seu art. 1º. Mas o que significa isso? O aspecto democrático do Estado de Direito já foi mencionado acima e se ocupa de como o Direito será criado. Não se admite, portanto, que uma

autoridade ou qualquer outra estrutura, que não possa ser descrita como democrática, simplesmente crie o Direito. Já se viu que esse *como* abarca vários desenvolvimentos possíveis, desde o voto majoritário, passando por mecanismos de ampliação da participação e pelo debate de razões. Seja como for, não é qualquer Direito que atende ao Estado de Direito, mas apenas aquele criado de forma democrática. Superado esse aspecto da expressão, o que significa afinal o Estado de Direito?

Existe amplo debate no âmbito da filosofia e da teoria jurídicas sobre o que exatamente significa e exige o Estado de Direito ou o *rule of law*, conceitos que podem ser aproximados²². De forma simplificada, é possível identificar duas grandes visões sobre o tema: uma que postula uma visão mais restrita e predominante formal e procedimental para o Estado de Direito e outra que, sem prejuízo de acolher esses elementos formais e procedimentais, agrega ainda considerações substantivas. Essas visões divergem quanto ao conteúdo – mais abrangente ou mais limitado – e, de certo modo, essa divergência decorre da função que os autores atribuem ao princípio²³.

22 Para os fins deste estudo Estado de Direito e rule of law estão sendo equiparados, embora os dois conceitos apresentem nuances próprias. Sobre o ponto, v. ROSENFELD, Michael. The rule of law and the legitimacy of constitutional democracy. *Southern California Law Review*, v. 74, 2001, p. 1309-1310; e VIEIRA, Oscar Vilhena. Estado x Sociedade: a questão dos direitos humanos. *Revista USP*, p. 87-94, mar./ maio 1991.

23 V. RAZ, Joseph. The rule of law and its virtues. In: *The authority of law: essays on law and morality*. Oxford: Clarendon Press, p. 210-232, 2009; FULLER, Lon L. *The morality of law*. New Haven: Yale University Press,

Para alguns autores, uma vez que se incluem conteúdos materiais no Estado de Direito – como, por exemplo, a proteção dos direitos fundamentais, a redução das desigualdades, etc. –, o conceito perderia especificidade e funcionalidade, pois passaria a significar basicamente tudo o que se pretende que os Estados democráticos contemporâneos venham a proporcionar como resultado de sua ação. Seu conteúdo essencial restaria perdido ou significativamente diluído. De outra parte, outros autores sustentam que uma visão formal e limitada do Estado de Direito reforçaria a percepção equivocada, e por vezes manipulativa, de uma suposta neutralidade do aparato estatal e jurídico, reforçando injustiças, discriminações e violações a direitos. Assim, seria indispensável conectar aos elementos formais do Estado de Direito também pressupostos materiais essenciais²⁴.

Mas quais seriam esses elementos formais do Estado de Direito? As listas apresentadas pelos autores oscilam um pouco, mas há certo consenso em torno de alguns elementos: (i) as pessoas como um todo e também o Poder

1969; e HART, Herbert L. A. *O conceito de Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

24 V. VIEIRA, Oscar Vilhena. A desigualdade e a subversão do Estado de Direito. *SUR: Revista Internacional de Direitos Humanos*, v. 6, n. 4, p. 28-51, 2007; O'DONNELL, Guillermo. Why the rule of law matters. *Journal of Democracy*, v. 15, n. 4, p. 32-46, 2004; ROSENFELD, Michael. The rule of law and the legitimacy of constitutional democracy. *Southern California Law Review*, v. 74, p. 1307-1352, 2001; e FALLON JR., Richard H. "The rule of law" as a concept in constitutional discourse. *Columbia Law Review*, v. 97, n. 1, p. 1-56, 1997.

Público devem se submeter à lei e obedecê-la; (ii) a lei deve ser efetivamente capaz de guiar a conduta das pessoas; (iii) como decorrência de (ii), a lei deve ser prospectiva, razoavelmente estável, geral, clara e compreensível; e (iv) um Judiciário independente, e ao qual o acesso deve ser facilitado, deve assegurar o cumprimento da lei.

Mesmo os autores que sustentam uma concepção formal do Estado de Direito reconhecem a importância dos qualificadores da lei referidos acima, como as ideias de clareza, generalidade (que se conecta de certo modo com a de igualdade) e compreensibilidade. É relevante observar que embora tais elementos possam ser descritos sob uma perspectiva formal, eles carregam considerável conteúdo substantivo.

Na realidade, haveria uma certa tautologia vazia em afirmar que o Estado deve se submeter à lei – a principal e provavelmente a mais central das garantias decorrentes do Estado de Direito – se qualquer ato estatal pudesse ser qualificado como lei, sem maiores considerações, já que, por definição, o Estado age por meio da lei e do Direito. Sem essas qualificações, qualquer ato estatal – obscuro, abusivo, discriminatório, ilógico, incompreensível – poderia ser qualificado como lei e atender assim à exigência do Estado de Direito do ponto de vista formal. Ou seja: alguma exigência substantiva para a noção de lei é indispensável sob pena de o princípio não ter sentido ou função.

Não se vai aqui ingressar no debate sobre as diferentes concepções acerca do Estado de Direito ou sobre suas funcionalidades. Basta então o registro de que, mesmo conceitos estritos vão qualificar minimamente o que se vai admitir como “lei” ou “Direito”, não operando com um conceito puramente formalista. Assim, exigências como generalidade, igualdade, não discriminação, estabilidade e compreensibilidade por parte dos destinatários são consideradas essenciais para que se possa caracterizar algo como Direito e, portanto, decorrem do Estado de Direito.

Ora, se é assim, é certo que quem elabora as normas está igualmente vinculado a esses mesmos elementos: não poderá elaborar normas incompreensíveis, ilógicas, sem sentido, para além dos outros aspectos referidos, como a generalidade, a irretroatividade e a estabilidade. A justificativa a ser apresentada por quem propõe a criação de normas é um meio de garantir essa clareza e compreensibilidade exigidas pelo Estado de Direito. Nesse ponto é possível fazer uma conexão lógica do que se vem de expor com a garantia do devido processo legal.

A Constituição de 1988 assegura de forma expressa a garantia de que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o *devido processo legal*” (art. 5, LIV). Historicamente, sobretudo a partir da experiência anglo-saxã, a garantia do devido processo legal se desenvolveu inicialmente à vista da atuação do Estado-Juiz, o chamado devido processo legal processual. Assim, embora o Estado, por meio do Judiciário, pudesse impor restrições sérias à

liberdade e ao patrimônio das pessoas, essas restrições não poderiam ser aplicadas de forma livre ou aleatória. Regras e limites deveriam ser observados nessa atuação estatal, que se desenvolveram ao longo do tempo, tendo em seu núcleo a imparcialidade do juízo e as garantias de defesa.

Com a ampliação dos papéis do Estado ao longo dos últimos 100 anos, a mesma lógica subjacente ao devido processo legal processual – de que a atuação estatal não poderá ser irracional, abusiva, ou ilógica – expandiu-se para ser aplicada também à atuação do Estado-Administração Pública, que passou a ter cada vez mais competências, e chegou igualmente a atividade normativa estatal, que cresceu sem precedentes. O devido processo legal, portanto, sem prejuízo de sua faceta processual, desenvolveu também uma faceta substantiva, como um mecanismo de controle da razoabilidade dos atos do Poder Público em geral, aí compreendidos atos normativos. De forma simples, a ideia é que qualquer ação estatal destina-se a afetar em alguma medida (positiva ou negativamente) a liberdade e os direitos das pessoas, de modo que deve ser no mínimo razoável.

Como se sabe, e a doutrina brasileira destaca com frequência, da tradição alemã, uma ideia aproximada²⁵ que se desenvolveu a partir justamente da garantia do Estado de

25 Embora boa parte da doutrina e da jurisprudência equipare razoabilidade e proporcionalidade, se está de acordo com a parte da doutrina que distingue esses dois conceitos. Sobre o tema, v. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. O ponto porém não tem especial consequência para o objeto deste estudo de modo que fica apenas o registro teórico

Direito em conexão com o sistema dos direitos fundamentais²⁶: trata-se da exigência de proporcionalidade que se dirige à ação estatal como um todo, e aos atos normativos em particular. Nesse sentido, aqueles qualificadores da lei inerentes ao Estado de Direito referidos acima proscreveriam a ação normativa estatal abusiva, ilógica ou desproporcional, servindo, portanto, como limites às leis e aos atos do Poder Público de forma mais ampla.

Antes da Constituição atual, na realidade, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já utilizava a ideia de proporcionalidade ou, de forma mais genérica, de razoabilidade, com maior ou menor elaboração, e muitas vezes associada à noção de abuso ou desvio de poder. O primeiro caso apontado pela historiografia do Supremo Tribunal Federal como antecedente da utilização da razoabilidade no século XX foi decidido em 1951, no Recurso Extraordinário 18.331, Relator o Ministro Orozimbo Nonato²⁷. Na hipótese, o Município de Santos havia aumentado em 1.000% o imposto de licença sobre cabines de banho, e determinada empresa afetada alegava que o aumento inviabilizava sua atividade econômica, o que foi acolhido ao fim pelo STF. A Corte invocou a noção, oriunda da experiência norte-americana, de que o poder de tributar é o poder de manter vivo, e concluiu que há limites ao poder de tributar, que

26 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 217 e ss..

27 COSTA, Alexandre Araújo. *O princípio da razoabilidade na jurisprudência do STF: o século XX*. Brasília: Thesaurus, 2008.

não pode ser utilizado de forma abusiva de tal modo que inviabilize as atividades econômicas.

A proporcionalidade ganhou muitos desenvolvimentos analíticos na Alemanha, no Brasil e em outras partes do mundo, que procuram operacionalizar sua utilização²⁸. Reproduzindo o modelo mais comumente adotado pela doutrina e jurisprudência brasileiras, entende-se que atenderá à proporcionalidade a norma ou ato que seja capaz de atender a três testes sucessivos: o da adequação lógica entre os meios empregados e os fins a que eles se destinam; o da vedação do excesso ou da necessidade, que envolve uma comparação entre os meios adotados pela norma ou ato e outros eventualmente menos gravosos para os direitos envolvidos e igualmente capazes de produzir os resultados pretendidos; e, por fim, o teste identificado como da proporcionalidade em sentido estrito, que cuida de um confronto da norma ou ato com o sistema constitucional como

28 A doutrina nacional tem elaborado de forma muito consistente o princípio da razoabilidade. Veja-se, por muitos, BÉZE, Patrícia Mothé Gliöche. Devido Processo Legal (Princípio do-). In: TORRES, Ricardo Lobo et al. *Dicionário de princípios jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011; BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009-a, p. 198 e ss.; BARROS, Suzana de Toledo. O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 1996; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros, 1993; SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto de. O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 1989; DANTAS, San Tiago. Igualdade perante a lei e due process of law. In: *Problemas de Direito Positivo: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Forense, 1953.

um todo, de modo a aferir se, ao pretender realizar determinado fim, ela ou ele respeita minimamente as demais normas constitucionais.

Como se pode perceber, a adequação lógica e a necessidade constituem exames internos, tendo em conta a norma ou o ato em si mesmo: seus motivos, meios (efetivamente adotados ou alternativos) e fins. Já a proporcionalidade em sentido estrito descreve um confronto da norma com o sistema externo a ela, a saber, com o sistema constitucional como um todo. O confronto externo é próprio da possibilidade de controle de constitucionalidade que decorre da superioridade hierárquica da Constituição.

Na tradição brasileira, sobretudo a partir da Constituição de 1988, as exigências da razoabilidade e da proporcionalidade dirigidas aos atos estatais em geral, e aos atos normativos em particular, têm sido extraídas pela doutrina e pela jurisprudência tanto da garantia do devido processo legal substantivo quanto da cláusula do Estado de Direito, como de forma mais ampla do sistema dos direitos fundamentais²⁹. Tornou-se inclusive frequente a declaração

29 Gilmar Mendes observa, citando doutrina alemã, que a extração da proporcionalidade de apenas um ou outro dos elementos constitucionais referidos não produziria necessariamente os mesmos resultados, já que a vinculação aos direitos fundamentais e ao devido processo legal diz respeito às relações entre o Estado e os particulares, ao passo que o Estado de Direito abarcaria todas as relações do Estado. Na prática, também na Alemanha, essa distinção não se verifica extendendo-se a compreensão de que a ação do Estado comum tudo demanda o respeito à proporcionalidade. V. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 218-219.

de inconstitucionalidade de leis e atos do Poder Público com fundamento nas exigências da razoabilidade e/ou da proporcionalidade³⁰, a tal ponto que parte da doutrina tem inclusive observado a necessidade de maior cuidado na utilização desses parâmetros.

O que a doutrina tem destacado nesse ponto, com razão, é que, no mundo real, as avaliações acerca das relações de adequação lógica entre os meios e os fins, bem como acerca dos meios alternativos capazes de produzir os mesmos resultados de forma menos gravosa são complexas e multifacetadas, e não singelas e lineares como nos exemplos acadêmicos. Além disso, os agentes públicos não dispõem de todo o tempo do mundo para fazer suas avaliações: pressões de tempo estão sempre presentes.

Por fim, a Administração e o Legislativo atuam de forma prospectiva – cabe a elas avaliar e prever da melhor forma possível os resultados futuros de seus atos, mas não há garantias. O Judiciário, portanto, ao avaliar a eventual invalidade de uma norma ou ato sob a perspectiva da razoabilidade ou da proporcionalidade não pode ignorar essas circunstâncias reais nas quais eles foram editados. O julgador não pode perder de vista que se encontra em uma posição totalmente diversa para fazer suas avaliações: o Judiciário examina o que já aconteceu, tem informações

30 COSTA, Alexandre Araújo. *O princípio da razoabilidade na jurisprudência do STF: o século XX*. Brasília: Thesaurus, 2008; e SANTOS, Gustavo Ferreira. *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: limites e possibilidades*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

efetivas sobre os resultados produzidos (e não apenas avaliações prospectivas), e não sofre pressões de tempo da mesma natureza³¹.

O que se expôs até aqui corresponde ao conhecimento consolidado no Brasil acerca do Estado de Direito e da razoabilidade e da proporcionalidade como parâmetros de controle da atuação estatal e, em particular, da atuação normativa do Poder Público brasileiro. Há amplo consenso no sentido de que é possível ao Judiciário declarar a invalidade de atos de Poder Público por desrespeito a tais exigências. Mas qual a conexão entre o que se acaba de expor e a justificativa exigida de quem pretende editar uma norma?

O ponto que se quer destacar aqui é o de que os atos do Poder Público não se limitam ao produto final expedido, mas incluem também a sua fase de elaboração. Assim, em um nível menos rigoroso e procedimental, as exigências do Estado de Direito – de clareza e compreensibilidade da norma – e da proporcionalidade devem igualmente ter repercussão também na fase de elaboração das normas.

Boa parte dos problemas de falta de proporcionalidade de uma norma tem origem no momento de sua elaboração, não sendo possível dissociar esses dois fenômenos: a norma e o processo que lhe dá origem. Se não se

31 ÁVILA, Limites e Intensidade dos controles de razoabilidade, de proporcionalidade e de excessividade das leis, *Revista de Direito Administrativo*, n. 236, p. 369-384, 2004.

identificou de forma minimamente clara no processo de elaboração normativa qual o problema que se pretende enfrentar e quais os resultados que se espera com a providência proposta, as chances de que não haja adequação lógica entre meios e fins será considerável. No mesmo sentido, se não se fez qualquer reflexão sobre os custos e impactos da medida proposta, problemas em torno da necessidade da norma, e da viabilidade de medidas menos gravosas, bem como de infração a outras normas constitucionais, também poderão se apresentar³².

Mas não se trata apenas de prevenir futuras invalidades de normas por desrespeito às exigências básicas do Estado de Direito e do devido processo legal, embora esse seja certamente um fim relevante. Trata-se de incluir o pro-

32 WINTGENS, Luc J. The Rational Legislator Revisited. Bounded Rationality and Legisprudence. In: WINTGENS, Luc J. e OLIVER-LALANA, Daniel (Org.). Legisprudence Library: Studies on the Theory and Practice of Legislation, The Rationality and Justification of Legislation. Essays in Legisprudence. Switzerland: Springer, 2013, posição 438: “I propose to call legislation in the passive and in the active sense. Legislation in the passive sense is a product. It is used in expressions like “environmental legislation” or “tax legislation”. Legislation in the active sense on the contrary refers to the process of legislation. While problems with the rationality of legislation in the passive sense only appear when it comes to interpretation and application, problems of the rationality of legislation in the active sense appear at an earlier state, that is, throughout the process of legislative law making. A legisprudential theory of law that no longer takes for granted the central position of the judge, but also considers the legislator as a legal agent (although he is also a political agent) focuses on the process of legislation or legislation in the active sense. From this perspective, the process of legislation seems to be the appropriate context for the exploration of the rationality of the legislator.”

cesso de elaboração normativa na categoria de atos do Poder Público de forma mais ampla que recebem igualmente a incidência dessas cláusulas constitucionais. Assim como o Estado-Juiz e o Estado-Administrador, também o Estado-Elaborador de Normas está submetido ao Estado de Direito e ao devido processo legal.

É certo que essas incidências serão diferentes, em intensidade e conteúdo, mas ainda assim deverão existir. Nesse contexto, do mesmo modo como o processo judicial e administrativo estão submetidos a normas procedimentais, e também suas decisões finais estarão submetidas a determinadas exigências de forma e conteúdo, assim também o processo de elaboração de normas deve submeter-se a algum tipo de norma procedimental, do mesmo modo que as normas – produto final desse processo – estarão submetidas aos parâmetros constitucionais próprios que limitam seu conteúdo.

Como referido inicialmente, quem propõe uma norma, assim como os demais agentes públicos, deve demonstrar minimamente como sua proposta faz sentido no mundo, quais são suas pretensões, e como elas se relacionam com os fatos que pretendem disciplinar³³. Independentemente

33 OLIVER-LALANA, Daniel. Rational Lawmaking and Legislative Reasoning in Parliamentary Debates. In: WINTGENS, Luc J. e OLIVER-LALANA, Daniel (Org.). *Legisprudence Library: Studies on the Theory and Practice of Legislation, The Rationality and Justification of Legislation. Essays in Legisprudence*. Switzerland: Springer, 2013, posição 3517: “rational lawmaking is impossible without arguments –, this presupposes that lawmakers publicly state and exchange reasons for what they decide.”.

do grau de discricionariedade conferido à autoridade com competência normativa, ela não está livre para ser absurda, ilógica, abusiva, aleatória ou inconsequente³⁴. A disciplina e utilização da AIR devem estar alinhadas com essas premissas constitucionais.

3. Conclusão

Existem diferentes visões políticas acerca do tamanho do Estado e dos papéis que ele deve ou não desempenhar: o dever constitucional imposto ao Poder Público de justificar suas intervenções normativas aplica-se a qualquer dessas visões, em qualquer de seus desenvolvimentos. Trata-se de uma exigência elementar que decorre das opções fundamentais da Constituição de 1988 acerca das relações entre Estado e sociedade – uma república e um Estado democrático de Direito – e da seriedade com que o Estado, por seus órgãos, entidades e agentes, encara sua própria atividade.

Referências

ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

34 FLUECKIGER, Alexandre. La planification : un mode de rationalité dépassé pour la légistique? In: *Légistique formelle et matérielle = Formal and material logistic*. Aix-en-Provence: Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1999, p. 117: “Le législateur dispose d’un vaste espace d’autonomie créatrice dans le cadre des règles constitutionnelles et légales. Il n’est cependant pas libre d’échapper à l’exigence de rationalité.”

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

ÁVILA, Humberto. Limites e Intensidade dos controles de razoabilidade, de proporcionalidade e de excessividade das leis, *Revista de Direito Administrativo* 236, p. 369-384, 2004.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros, 1993.

BARCELLOS, Ana Paula de. O princípio republicano, a Constituição Brasileira de 1988 e as Formas de Governo. *Revista Forense*, v. 356, p. 3-20, 2001.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Direitos Fundamentais e Direito à Justificativa*, 2016.

BARROS, Suzana de Toledo. O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009-a.

BÉZE, Patrícia Mothé Glioche. Devido Processo Legal (Princípio do-). In: TORRES, Ricardo Lobo et al. *Dicionário de princípios jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

CANOTILHO, J. J. Direito Constitucional e teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 1997.

COSTA, Alexandre Araújo. O Princípio da Razoabilidade na Jurisprudência do STF: O século XX, Brasília: Thesaurus, 2008.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1979.

DANTAS, San Tiago. Igualdade perante a lei e due process of law. In: *Problemas de Direito Positivo: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Forense, 1953.

FALLON JR., Richard H. “The rule of law” as a concept in constitutional discourse. *Columbia Law Review*, v. 97, n. 1, p. 1-56, 1997.

FLUECKIGER, Alexandre. La planification : un mode de rationalité dépassé pour la légistique? In: *Légistique formelle et matérielle = Formal and material legistic*. Aix-en-Provence: Presses universitaires d’Aix-Marseille, p. 117-138, 1999.

FORST, Rainer. *The right to justification*. New York: Columbia University Press, 2007.

FULLER, Lon L. *The morality of law*. New Haven: Yale University Press, 1969.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; e MADISON, James. *Os artigos federalistas*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

HART, Herbert L. A. *O conceito de Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. 20. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

KELSEN, Hans. *A democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

JELLINECK, Georg. *Teoría general del Estado*. Buenos Aires: Albatroz, 1921.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2015.

O'DONNELL, Guillermo. Why the rule of law matters. *Journal of Democracy*, v. 15, n. 4, p. 32-46, 2004.

OLIVER-LALANA, Daniel. Rational Lawmaking and Legislative Reasoning in Parliamentary Debates. In: WINTGENS, Luc J. e OLIVER-LALANA, Daniel (Org.). *Legisprudence Library: Studies on the Theory and Practice of Legislation, The Rationality and Justification of Legislation. Essays in Legisprudence*. Switzerland: Springer, posição 3340 a 4650, 2013.

POST, Robert. *Democracy, expertise, and academic freedom: a first amendment jurisprudence for the modern state*. New Haven: Yale University Press, 2012.

RAZ, Joseph. The rule of law and its virtues. In: *The*

authority of law: essays on law and morality. Oxford: Clarendon Press, p. 210-232, 2009.

ROSENFELD, Michael. The rule of law and the legitimacy of constitutional democracy. *Southern California Law Review*, v. 74, p. 1307-1352, 2001.

SANTOS, Gustavo Ferreira. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: limites e possibilidades. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto de. O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

TREMBLAY, Luc B. Deliberative democracy and liberal rights. *Ratio Juris*, v. 14, n. 4, p. 424-454, 2001.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Estado x Sociedade: a questão dos direitos humanos. *Revista USP*, p. 87-94, mar./maio 1991.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A desigualdade e a subversão do Estado de Direito. *SUR: Revista Internacional de Direitos Humanos*, v. 6, n. 4, p. 28-51, 2007.

WINTGENS, Luc J. 2013. The Rational Legislator Revisited. Bounded Rationality and Legisprudence. In: WINTGENS, Luc J. e OLIVER-LALANA, Daniel (Org.). *Legisprudence Library: Studies on the Theory and Practice of Legislation, The Rationality and Justification of Legislation. Essays in Legisprudence.* Switzerland: Springer, posição 186 a 906.