



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

LUIZ FELIPE MORENO AGARENO DE SOUZA

**A VIABILIDADE DE UM DIREITO FUNDAMENTAL À
JUSTIFICATIVA EM FACE DO PODER EXECUTIVO
FEDERAL NA EDIÇÃO DE MEDIDA PROVISÓRIA: A
NECESSÁRIA VINCULAÇÃO DA ELABORAÇÃO DA
NORMA A ELEMENTOS ESSENCIAIS CAPAZES DE
FUNDAMENTAR POLÍTICAS PÚBLICAS EM MATÉRIA DE
DIREITO FUNDAMENTAIS**

Salvador
2021

LUIZ FELIPE MORENO AGARENO DE SOUZA

**A VIABILIDADE DE UM DIREITO FUNDAMENTAL À
JUSTIFICATIVA EM FACE DO PODER EXECUTIVO
FEDERAL NA EDIÇÃO DE MEDIDA PROVISÓRIA: A
NECESSÁRIA VINCULAÇÃO DA ELABORAÇÃO DA
NORMA A ELEMENTOS ESSENCIAIS CAPAZES DE
FUNDAMENTAR POLÍTICAS PÚBLICAS EM MATÉRIA DE
DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Monografia apresentada ao curso de graduação em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito
parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Gabriel Dias Marques da Cruz

Salvador
2021

TERMO DE APROVAÇÃO

LUIZ FELIPE MORENO AGARENO DE SOUZA

A VIABILIDADE DE UM DIREITO FUNDAMENTAL À JUSTIFICATIVA EM FACE DO PODER EXECUTIVO FEDERAL NA EDIÇÃO DE MEDIDA PROVISÓRIA: A NECESSÁRIA VINCULAÇÃO DA ELABORAÇÃO DA NORMA A ELEMENTOS ESSENCIAIS CAPAZES DE FUNDAMENTAS POLÍTICAS PÚBLICAS EM MATÉRIA DE DIREITO FUNDAMENTAIS

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito,
Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2021.

À Dona Lígia, minha avó,
Que me ensinaste que o amor é uma verdade
à prova do tempo. A saudade no meu peito
ainda mora.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Raimundo e Luciete, por todo apoio, por todo carinho, por toda dedicação. Agradeço pela paciência durante esse período de escrita e pelo sorvete de coco com chocolate belga que me traziam para amenizar o nervosismo do primeiro trabalho acadêmico. A vocês, meu eterno agradecimento e carinho.

Aos meus amigos da Faculdade, Júlia Andrade, Maria Aparecida, Maria Taiana e Wilson Júnior, e ao meu amigo Ramon Bagano, agradeço por manterem a coragem de gostar de mim, apesar de mim. Agradeço pelas risadas, pelos sermões, pelas longas horas ao telefone, pelo carinho.

À professora Cláudia Albagli pelas indicações de leitura e pelas brilhantes aulas ministradas na disciplina de política pública, que, sem dúvida, foram de grande valia para o desenvolvimento dessa pesquisa.

Agradeço, por fim, ao meu orientador, professor Gabriel Marques, pelas sugestões e indicações valiosas que em muito contribuíram para o desenvolvimento desse trabalho. És um professor de brilhantismo ímpar, inteligência refinada e humildade a ser seguida. Me legou um ensinamento que levarei comigo: “canalizar produtivamente a angústia”.

“ A opacidade do poder é a negação da democracia”.

Noberto Bobbio

RESUMO

O objetivo desse trabalho consiste em investigar a viabilidade jurídica de reconhecimento da fundamentalidade material de um direito à justificativa a ser imposto em face do Poder Executivo federal quando da edição de Medida Provisória, mormente daquelas que tratam sobre políticas públicas relacionadas a direitos fundamentais. Nesse contexto, com base em pesquisa doutrinária e em análise do ordenamento jurídico-constitucional pátrio, e com fundamento no método hipotético-dedutivo, buscar-se-á perquirir, à luz da cláusula de abertura material dos direitos fundamentais, e alicerçado no sistema constitucional positivo brasileiro, a possibilidade constitucional de reconhecimento do direito à justificativa como um direito fundamental. Para tanto, o presente trabalho está dividido em três capítulos. No primeiro pretendemos demonstrar a relevância jurídica e social da discussão de um devido procedimento na elaboração normativa em conexão com o Poder Executivo federal na edição de Medidas Provisórias e com a temática das políticas públicas. Posteriormente, já no segundo capítulo, o nosso intento será no sentido de examinar os fundamentos constitucionais que possivelmente alicerçariam esse direito, e se esses fundamentos são suficientes para corroborar ou refutar a hipótese aventada nesse trabalho. Por fim, discorreremos sobre o conteúdo mínimo do direito à justificativa, apontando os seus elementos essenciais que são capazes de fundamentar políticas públicas e que devem ser apresentados publicamente pelo proponente de uma norma jurídica, impondo a este, portanto, o dever de exibição das razões que o conduziram a propor um diploma normativo. Nesse ponto, também buscaremos examinar a repercussão desse direito em face do Poder Executivo federal na edição de Medida Provisória.

Palavras-chave: Direito à justificativa; Direitos Fundamentais; Políticas Públicas; Poder Executivo; Medida Provisória.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

| | |
|-------|---|
| art. | artigo |
| CF/88 | Constituição Federal da República |
| DPEN | Devido Procedimento na Elaboração Normativa |
| MP | Medida Provisória |

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| 1 INTRODUÇÃO..... | 11 |
| 2 A RELEVÂNCIA DE UM DIREITO À JUSTIFICATIVA E O NECESSÁRIO RETORNO DO DIREITO CONSTITUCIONAL ÀS INSTÂNCIAS POLÍTICAS..... | 13 |
| 2.1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O DEVER DE MONITORAMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS E A PREFERÊNCIA DO PROCESSO POLÍTICO SOBRE O JUDICIÁRIO NA SISTEMÁTICA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS..... | 26 |
| 2.1.1. Dever de monitoramento das políticas públicas..... | 32 |
| 2.1.2. Papel subsidiário da jurisdição e prevalência do processo político..... | 34 |
| 2.2 SOBRE A RELEVÂNCIA DE UM DIREITO À JUSTIFICATIVA EM FACE DO PODER EXECUTIVO FEDERAL NA EDIÇÃO DE MEDIDA PROVISÓRIA..... | 40 |
| 3 A VIABILIDADE JURÍDICA DE UM DIREITO FUNDAMENTAL À JUSTIFICATIVA: O SEU FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL..... | 45 |
| 3.1 A CLÁUSULA DE ABERTURA MATERIAL CONTIDA NO ART. 5º, PARÁGRAFO 2º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL: DIREITOS FUNDAMENTAIS ATÍPICOS..... | 47 |
| 3.2 OS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DEFINIDORES DA ESTRUTURA ESTATAL | 50 |
| 3.2.1. Princípio republicano..... | 51 |
| 3.2.2. Princípio democrático..... | 53 |
| 3.3.3. Centralidade dos direitos fundamentais..... | 55 |
| 3.3.4. Sistema constitucional de elaboração legislativa..... | 56 |
| 3.4 DIREITO DE ACESSO À INFORMAÇÃO E DEVER DE PUBLICIDADE..... | 57 |
| 4 DIREITO FUNDAMENTAL À JUSTIFICATIVA EM FACE DO PODER EXECUTIVO FEDERAL E A NECESSÁRIA VINCULAÇÃO DA ELABORAÇÃO DA NORMA A ELEMENTOS ESSENCIAIS CAPAZES DE FUNDAMENTAR POLÍTICAS PÚBLICAS..... | 62 |
| 4.1 O CONTEÚDO MÍNIMO DO DIREITO CONSTITUCIONAL À JUSTIFICATIVA: OS ELEMENTOS ESSENCIAIS DE FUNDAMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS QUE VINCULAM O PROPONENTE DA NORMA..... | 65 |
| 4.1.1. Problema..... | 66 |
| 4.1.2. Objetivos..... | 68 |
| 4.1.3. Custos e impactos..... | 68 |

| | |
|---|-----------|
| 4.2 A REPERCUSSÃO DO DIREITO À JUSTIFICATIVA EM FACE DO PODER EXECUTIVO FEDERAL NA EDIÇÃO DE MEDIDA PROVISÓRIA..... | 69 |
| 5 CONCLUSÃO..... | 71 |
| REFERÊNCIAS..... | 73 |

1 INTRODUÇÃO

O caráter dirigente da Constituição brasileira projeta pretensões emancipatórias de transformação da realidade e de sua conformação aos objetivos constitucionalmente e socialmente relevantes. Redução de desigualdade social e econômica, promoção do bem de todos, garantia do desenvolvimento nacional, combate à pobreza e marginalização, construção de uma sociedade justa e igualitária são exigências a serem perseguidas pelos poderes que constituem a República Federativa brasileira.

Acontecem que as normas constitucionais não se implementam um em passe de mágica; não há automatismo jurídico, e sim dependência de atuações governamentais que se dirijam aos fins pretendidos pela Constituição.

Em um contexto de Estado dirigente e social, as políticas públicas ingressam como objeto de interesse para o jurista, na medida em que se consubstanciam em programas de ação governamental aptos a diminuir o problema fulcral da discrepância entre a realidade idealizada pela Constituição e a realidade fática subjacente a Carta Magna. Nesse contexto, ganha relevo não somente a implementação de políticas públicas como também o monitoramento e avaliação contínua da política, para verificar se os resultados pretendidos estão sendo produzidos e os direitos concretizados, de modo a permitir a efetiva fruição pelos cidadãos.

Todavia, de nada adiantaria o monitoramento da política pública se o poder público não garantisse o acesso às informações e razões que embasaram tal política, ou, pior ainda, se o poder público sequer refletisse sobre elas. A prestação equitativa pelos direitos mediante políticas públicas perpassa pelo dever de monitoramento e pela devida justificação por parte de quem proponha uma norma jurídica que fixe uma política pública.

É nesse cenário que chegamos ao tema proposto por este trabalho: a viabilidade de um direito fundamental à justificativa em face do Poder Executivo federal na edição de medida provisória: a necessária vinculação da elaboração da norma a elementos essenciais capazes de fundamentar políticas públicas em matéria de direitos fundamentais.

Para análise desse tema aventaremos a seguinte hipótese: em face dos princípios e regime adotados pela Constituição Federal de 1988, como também da cláusula de abertura do art. 5º, § 2º da CF, permitindo a ampliação do catálogo de direitos fundamentais, é possível o reconhecimento de um direito fundamental à justificativa em face do Poder Executivo, mormente diante de medida provisória que versa sobre política pública.

Constituem-se, portanto, objetivos desse trabalho: analisar a viabilidade do reconhecimento de um direito fundamental à justificativa, impondo ao Poder Executivo a

observância de um devido procedimento na elaboração da norma, com a apresentação pública de elementos essenciais capazes de fundamentar políticas públicas; verificar os fundamentos constitucionais que alicerçam a tese favorável ao reconhecimento de um direito fundamental à justificativa imposto ao Executivo na elaboração de medida provisória; identificar o conteúdo mínimo desse direito, ou seja, os elementos essenciais que devem ser observados pelo Executivo na elaboração de normas que versam sobre políticas públicas.

Nesse sentido, no primeiro capítulo buscaremos examinar a relevância social e política da discussão de um direito fundamental à justificativa em conexão com as políticas públicas e com a edição de medida provisória pelo Presidente da República. Investigaremos as preferências institucionais em termo de política pública e as justificativas que conduzem o nosso olhar ao Poder Executivo na edição de medida provisória.

Quanto ao segundo capítulo, será nosso intento, à luz da cláusula de abertura material dos direitos fundamentais contida no art. 5º, § 2º da CF/88, perquirir os possíveis fundamentos constitucionais que servem de supedâneo para o direito à justificativa e, com isso, verificar se esses fundamentos manejados são suficientes para propugnarmos pela possibilidade constitucional de reconhecimento da fundamentalidade material do direito à justificativa.

Por fim, buscar-se-á identificar o conteúdo mínimo do direito à justificativa, aquilo que deverá ser observado pelo proponente da norma, no caso do presente trabalho, o Poder Executivo.

Nessa pesquisa acadêmica utilizaremos o raciocínio hipotético-dedutivo de Karl Popper. As hipóteses aqui delineadas acerca da viabilidade de um direito fundamental à justificativa em face do Executivo, com base em conhecimentos obtidos a partir da leitura de bibliografia selecionada, serão submetidas a um processo de falseamento. No fim desse procedimento, caso as hipóteses não suportem esse teste de falseamento, elas serão refutadas, declinando-se da viabilidade constitucional do reconhecimento do direito à justificativa; do contrário, as hipóteses serão ratificadas – provisoriamente, visto que outro pesquisador poderá refutá-las.

Para o empreendimento dessa pesquisa, será utilizado manancial bibliográfico, comportando livros especializados, teses de doutorado, dissertações de mestrado, artigos científicos, além do uso da legislação. Para tanto se valerá de pesquisa qualitativa.

2 A RELEVÂNCIA DE UM DIREITO À JUSTIFICATIVA E O NECESSÁRIO RETORNO DO DIREITO CONSTITUCIONAL ÀS INSTÂNCIAS POLÍTICAS

A Constituição Federal de 1988 atrelou como eixo central do sistema jurídico brasileiro a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, rompendo com o pensamento de outrora, muito em voga na ditadura militar brasileira, como em outros regimes de matiz autoritária, que funcionalizava o indivíduo em face do Estado¹.

Com o advento da Constituição atualmente vigente, ergue-se uma generosa carta de direitos e garantias fundamentais, em um nítido compromisso de cindir com a indumentária despótica que trajava o antigo regime ditatorial.

A centralidade dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico pátrio fica evidenciada pela dupla rigidez constitucional da qual esses direitos gozam. Conferiu-se às cláusulas nucleares da Constituição – comumente denominadas de cláusulas pétreas – uma rigidez distinta a outorgada às demais normas constitucionais. No tocante aos direitos fundamentais, a Carta política de 1988 deixou-os à salvo das posturas corrosivas advindas de deliberações majoritárias, impedindo propostas de emendas constitucionais tendentes a abolir direitos e garantias individuais (art. 60,§ 4º, IV, CF)². Revelando o caráter consensual da democracia brasileira, foram impostos freios e restrições ao constituinte derivado e ao legislador ordinário no que se refere à temática dos direitos fundamentais. Engendrou-se, desse modo, um escudo protetivo dos direitos fundamentais e dos direitos das minorias frente às eventuais ações erosivas decorrentes de decisões políticas majoritárias.

Ao lado de princípios fundamentais da estrutura estatal brasileira, como o princípio da separação de poderes, o princípio da soberania popular, o princípio democrático e o princípio republicano, os direitos fundamentais lograram uma posição de proeminência na nova ordem jurídica que se inaugurava em 1988. A elevação dos direitos e garantias fundamentais ao patamar de elemento nuclear da Constituição cristalizou a escolha política triunfante na Assembleia Constituinte, qual seja, a concepção política de prevalência do ser humano,

¹ Sobre uma radiografia da repressão política que se assentou no Brasil no período da ditadura militar (1964-1985), como também do instrumental manejado pelos agentes oficiais do Estado brasileiro para a prática de tortura e imposição de castigos cruéis, degradantes e desumanos contra os opositores políticos do regime, representando, por conseguinte, uma lógica de funcionalidade do indivíduo frente ao Estado, v. ARNS, Dom Paulo Evaristo. **Brasil: nunca mais**. 41. ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 mar. 2021.

projetando-o como o fim do Estado, e o Estado, por conseguinte, como um instrumento para perseguir a “felicidade” daquele e atender as suas necessidades básicas³.

Somada à reforçada e diferenciada proteção jurídica, outro significativo ponto para se aferir a superlativa importância dirigida aos direitos fundamentais corresponde ao extenso catálogo de direitos positivados pela ordem jurídico-constitucional. Em seu Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), a Magna Carta brasileira apostou, no que concerne aos direitos fundamentais, no pluralismo, conjugando os clássicos direitos de liberdade e direitos políticos com dispositivos que versam sobre uma gama de direitos sociais. Esses direitos sociais, diga-se de passagem, foram acomodados na Constituição em capítulo próprio na lista dos direitos fundamentais (Capítulo II), sepultando, portanto, qualquer dúvida quanto a sua fundamentalidade.

No tocante a amplitude desse catálogo, mister frisar que o rol do texto constitucional é elástico, vez que o elenco de direitos previsto, apesar de analítico, é exemplificativo, não contendo natureza exaustiva e taxativa.

À vista disso, é merecedor de destaque a cláusula de abertura material dos direitos fundamentais⁴, contida no art. 5º, § 2º, da CF/88. O princípio da abertura material ou não tipicidade do catálogo dos direitos fundamentais consagrou uma concepção material de constituição e de direitos fundamentais. Isto significa dizer que, sob a ótica do direito constitucional positivo brasileiro, é plenamente possível, em face do seu conteúdo e substância, e a despeito de não estarem positivados expressamente no repertório constitucional dos direitos fundamentais, a existência de direitos que pertençam ao “corpo fundamental da Constituição de um Estado”⁵.

Assentado nesse ideal constitucional de prevalência do ser humano, os direitos fundamentais moldaram a atuação estatal, não somente impondo limites aos poderes constituídos, mas também conferindo legitimidade à atividade desempenhada pelos atores pertencentes ao corpo burocrático e político do Estado brasileiro.

Nesse diapasão, as normas de direitos fundamentais exercem uma importante função limitativa do poder, que pode ser extraída, como dito alhures, tanto do limite material

³ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 241.

⁴ O conceito materialmente aberto dos direitos fundamentais no direito constitucional positivo brasileiro será objeto de análise mais acurada no terceiro capítulo, referente aos fundamentos constitucionais do direito à justificativa.

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 80.

ao constituinte derivado, impedido de abolir tais direitos do sistema constitucional brasileiro, quanto do limite formal do poder de reforma constitucional, tracejando um processo complexo e agravado de emenda à constituição.

As atividades políticas e as demais atividades estatais não estão apenas condicionadas aos limites postos pela Constituição republicana, como também extrai dela a legitimidade de sua atuação.

A ação governamental pauta-se pelos direitos e objetivos fundamentais congregados no texto constitucional, revelando a dimensão programática da Constituição brasileira, de modo a conduzir a atuação do Poder Público à persecução dos fins desejados pela comunidade política. Sobreleva-se, nesse contexto, a feição dirigente da Constituição brasileira, engendrando um Estado Social Democrático de Direito e fixando objetivos sociais a serem perseguidos pelo Poder Público, a fim de efetivar a pretensão emancipatória e solidária da Constituição da República Federativa do Brasil.

Em sua perspectiva programática e dirigente, a Constituição, com vistas a transformar a realidade social brasileira, marcada por elevados índices de desigualdade e de precariedade na prestação de serviços básicos à dignidade humana, pautou uma série de objetivos a serem alcançados pela comunidade subjacente ao texto constitucional, demandando uma atuação governamental orientada, com o intuito de perseguir as finalidades socialmente relevantes.

Sob esse prisma, são merecedores de destaque os objetivos constitucionalmente tracejados no art. 3º, da CF/88. A República Federativa do Brasil constituiu como objetivo fundamental a construção de uma “sociedade livre, justa e solidária”, bem como a erradicação da pobreza e das desigualdades sociais e regionais. À vista disso, implementou-se a constitucionalização dirigente da política, direcionando-a para as finalidades sociais constitucionalmente positivadas. Nesse ponto, assiste razão a Miguel Calmon Dantas, quando exprime e reforça o caráter vinculante das promessas emancipatórias contidas no texto constitucional, o que, na visão do jurista, resulta em um “dever dos Poderes Públicos de adotar medidas vinculadas aos objetivos, aos princípios e aos direitos fundamentais, seja na formulação, seja na implementação, seja na execução, seja no controle das políticas públicas”⁶.

Ainda nesse enfoque, a atuação da política, no contexto de uma constituição dirigente, não se processa ao mero talante dos representantes políticos de uma nação, ao revés, o sistema político, no exercício de suas atribuições, está vinculado às diretrizes e prioridades

⁶ DANTAS. Miguel Calmon. **Constitucionalismo dirigente e pós-modernidade**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 4.

constitucionais. As preferências políticas não podem se divorciarem e contrariarem as predileções constitucionais, como também não devem abdicar da tarefa constitucional, imposta aos órgãos estatais, de transformação e conformação da realidade.

É claro que não se quer com isso reduzir o papel de apreciação política inerente aos representantes do povo, ao contrário, o presente trabalho pretende avultar a importância do sistema político e sua predominância na promoção de políticas públicas que satisfaçam as pretensões constitucionais e os direitos fundamentais. A política, ao nosso ver, é uma instância de decisão de extrema relevância para os direitos fundamentais, cabendo a ela desempenhar a função de elencar as prioridades e os meios “necessários para o melhor governo”⁷ e para atender as necessidades básicas dos cidadãos. É a política, mediante seus “movimentos vitais”, que impulsiona, em uma democracia, a ação estatal na persecução dos objetivos públicos⁸, todavia, como sinalizado, essa atuação – e a margem de liberdade e apreciação política para eleição de prioridades –, não deve se distanciar dos propósitos constitucionais, ou seja, deve ser direcionada e orientada pelas balizas constitucionais: os princípios, os objetivos e os direitos fundamentais.

O que se pretende, portanto, é conduzir à um sistema político mais antenado à exigência constitucional e democrática de transparência, e aos demais princípios e objetivos colacionados na Constituição, que organizam, estruturam e direcionam a política; e, a partir dessas imposições constitucionais, perquirir se é possível, com base no sistema constitucional vigente, e com vistas a aperfeiçoar a atuação estatal na formulação de políticas públicas e na persecução dos desideratos constitucionais, a imposição de um dever constitucional de apresentação pública de justificativas que conduziram o Poder Público – mais especificamente, o Executivo, no âmbito deste trabalho – a propor determinada norma jurídica.

Como se pôde ver nas tessituras das linhas iniciais desse trabalho, os direitos fundamentais, para além de sua centralidade no ordenamento jurídico pátrio e sua função limitativa do poder, são critérios de legitimidade do atuar estatal na persecução dos intentos públicos.

Há, nesse sentido, de se notar um vínculo íntimo entre direitos fundamentais e constituição. Seguindo a mesma lógica plasmada na Declaração francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, datada de 26 de agosto de 1789, “toda sociedade na qual a garantia dos

⁷ DANTAS, Miguel Calmon. **Constitucionalismo dirigente e pós-modernidade**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 363.

⁸ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 60.

direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada não possui Constituição”⁹. Anuímos a esse entendimento, compreendendo que os direitos fundamentais constituem elemento vital para existência de uma constituição, assim como o oxigênio é para vida humana.

Não obstante isso, o vocábulo “constituição”, por apresentar “propriedades emotivas favoráveis”, não raro, é empregado por regimes autoritários, que se apropriam indevidamente da retórica constitucional. Imperioso, em face de tal constatação, renegarmos, de pronto, o emprego de tal vocábulo para referenciar as cartas políticas não comprometidas com a garantia dos direitos dos cidadãos, por entendermos que o emprego do termo “constituição”, nessas circunstâncias, retrata o uso degenerado e corrompido da gramática constitucional¹⁰.

À essas cartas podem-se dar também o nome, consoante verbete engendrado por Karl Loewestein, de constituições semânticas, a qual Miguel Calmon Dantas apelida de “disfarce de constituição”, por representar uma carta decorrente, não do poder constituinte, mas do poder de fato, exercício e produto do arbítrio e do autoritarismo¹¹. Seja qual for a nomenclatura utilizada, o campo lexical de uma constituição inclui a garantia dos direitos fundamentais.

Todavia, mais do que a garantia de direitos positivados em documentos jurídicos, diante de constituições como a Constituição brasileira de 1988, com caráter dirigente e emancipatório, um outro desafio se avizinha no horizonte: o problema da efetividade dos direitos fundamentais, mormente aqueles que demandam uma prestação ativa do Estado e que impõe a implementação de políticas públicas, tais como o direito à educação e o direito à saúde.

Não se quer com isso ignorar a importância histórica das Declarações de Direito; elas constituem um passo importante no contínuo caminhar de reconhecimento, afirmação e desenvolvimento dos direitos humanos, mas é só um passo, outros precisarão ser dados neste percurso para efetivação dos direitos proclamados. E isto passa, ao nosso ver, inevitavelmente,

⁹ FRANÇA. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 30/09/2021.

¹⁰ “É fascinante como o poder de fato, fruto da violência e do arbítrio, busca legitimação se apropriando da retórica e do prestígio da moeda constitucional... Afinal, como parece ter razão Sartori, a constituição ‘tem propriedades emotivas favoráveis’, é algo bom e positivo, como a democracia, a justiça, a liberdade ou a igualdade, e por isso mesmo aqueles que chegam ao poder de modo fraudulento buscam invocá-la a seu favor.” VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 88-89.

¹¹ DANTAS. Miguel Calmon. **Constitucionalismo dirigente e pós-modernidade**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 260.

pela atuação dos poderes políticos de um Estado, uma vez que a eles incube a tarefa de alocar recursos e elencar prioridades.

Nesse sentido, além da proclamação dos direitos, é imperioso a efetivação das disposições normativas que versam sobre direitos. Malgrado a consagração de um rol extenso de direitos fundamentais, o desfrute de alguns deles, mormente os de cunho social, depende da implementação de políticas públicas. Lançou-se, assim, um repto a conjuntura político-social que surgia com a promulgação do edifício constitucional de 1988: a implementação dos direitos sociais e das promessas constitucionais, mediante a adoção de políticas públicas.

Sob esse enfoque, a feição de Estado ausenteísta, tipicamente associado a um Estado Liberal, cede vez, em matéria de políticas públicas e direitos fundamentais, para um Estado prestacional.

Na ótica dos direitos fundamentais, o Estado exerce uma posição ambígua¹² e paradoxal: ora se comportando como precípua violador, ora se portando como provedor.

Numa perspectiva histórica, remontando ao período das monarquias absolutistas, o Estado se enquadrou na moldura de principal inimigo dos direitos fundamentais, fazendo com que, de início, esses direitos fossem projetados como escudo de defesa contra os excessos e abusos perpetrados pelo Estado na esfera individual e subjetiva dos indivíduos. Ao mesmo tempo, com o evoluir da humanidade, as contingências históricas demandaram do Estado uma postura mais ativa na promoção dos direitos fundamentais, dando destaque para os direitos fundamentais de segunda dimensão, quais sejam, os direitos sociais, econômicos e culturais¹³.

É lugar comum, nesse sentido, distinguir os direitos sociais e as liberdades de defesa quanto ao seu objeto e sua exigência de prestação estatal. Se por um lado, os direitos de defesa clamam por um *non facere*, ou seja, uma abstenção do Estado e dos concidadãos para não turbar a liberdade do indivíduo, os direitos sociais operam-se ao revés: necessitam de um atuar permanente do Estado, desencadeando em prestações positivas de natureza material em prol do indivíduo¹⁴.

Essa distinção não é ao todo correta, ao nosso ver. A dicotomia entre direitos negativos e direitos positivos, embora possa ser útil para fins didáticos, incorre em uma simplificação que pouco contribui para compreensão da complexidade e multiplicidade de

¹² NETTO, Felipe Braga. **Os novos rumos da responsabilidade civil: O Estado e a violência urbana**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 28.

¹³ DA CRUZ, Gabriel Dias Marques. **Quais são as gerações de direitos?** Jusbrasil. Disponível em: <<https://gabrielmarques.jusbrasil.com.br/artigos/195518426/quais-sao-as-geracoes-de-direitos>>. Acesso em: 25 set. 2021.

¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 51.

direitos com amparo constitucional. Onerar apenas os direitos sociais como passíveis de intervenção estatal não somente redundaria em uma dicotomia fútil e simplória como também, por vezes, exerce a função de encobrir um aspecto ideológico, cuja pretensão, ao apenas catalogar os direitos sociais, econômicos e culturais como positivos, é condicionar as políticas sociais à reserva orçamentária, ao qual, na lente do neoliberalismo, “não estariam adstritos os direitos individuais”¹⁵.

Não é à toa, como bem sinalizado pela Maria Paula Dallari Bucci, que testemunhamos no Brasil, desde 2016, a ascensão de um discurso favorável à ajustes fiscais e redução do Estado, tecendo críticas sobre os “excessos” da Constituição em relação aos direitos sociais¹⁶. Tais vertentes ideológicas se valem justamente das políticas públicas e do caráter prestacional da Constituição e dos direitos sociais para propalarem uma defesa pelo término das vinculações constitucionais de recursos financeiros¹⁷, considerada vital para “garantia da efetividade dos direitos”¹⁸.

A desconfiança quanto ao caráter programático da Constituição brasileira não é de hoje. À guisa de exemplo, citaríamos o ocorrido no período da constituinte, onde o então presidente José Sarney teceu duras críticas à Constituição, alegando que os brasileiros recebiam que ela tornasse o país ingovernável, afastando a iniciativa privada e sendo um incentivo ao ócio e à improdutividade. A declaração foi de imediato confrontada por Ulysses Guimarães, ao retorquir com a seguinte frase: “governabilidade está no social. A fome, a miséria, a ignorância, a doença inassistida são ingovernáveis”.

Como dito e demonstrado, a oposição entre direitos positivos e negativos pode ser um atrativo para correntes políticas e ideológicas que propugnam por um estado mínimo e que

¹⁵ DANTAS, Miguel Calmon. **Constitucionalismo dirigente e pós-modernidade**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 367.

¹⁶ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 27.

¹⁷ “Em permanente expansão, a Constituição de 1988 deveria ser objeto de uma ‘PEC do enxugamento’, que suprimisse dispositivos sobre a forma de implementação de políticas públicas e os transformasse em leis complementares. (...) A PEC do ‘enxugamento’ suprimiria do texto constitucional os dispositivos que regem a forma de implementação de políticas públicas e disporia que os dispositivos removidos passariam a vigorar de imediato como leis complementares (...) Na minha proposta, deixariam a Constituição: (a) todas as vinculações de impostos a gastos; (b) todos os parâmetros de gastos com referências fixas (salário mínimo, idade de aposentadoria); (c) todas as regras fiscais (teto de gastos, regra de ouro); e (d) todas as isenções de tributação.”. ARIDA, Persio. **Constitucionalização excessiva prende o país ao passado. Ter que adaptar a Carta a cada mudança do quadro econômico compromete a agilidade das respostas das políticas públicas. Folha de São Paulo Ilustríssima**. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2019/12/constitucionalizacao-excessiva-prende-o-pais-ao-passado.shtml?origin=folha>. Acesso em: 25 set. 2021.

¹⁸ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 28.

entendem que as liberdades clássicas, em contraste com os direitos sociais, são exercidas sem o dispêndio de recursos governamentais.

Com isso, tal disjuntiva, com foco no critério da intervenção estatal, se presta a um papel ideológico, e, como qualquer ideologia, visa interpor um véu para encobrir a realidade que pretende ocultar e projetar falsas representações¹⁹. Nesse sentido, tal polarização, instrumentalizada como ideologia, enevoa a realidade de que todos os direitos, por serem passíveis de imposição jurídica, são necessariamente positivos, e engendra o mito de que apenas os direitos sociais demandam uma ação afirmativa do Estado.

Assim, a fim de refutar tal hipótese, cabe registrar, na esteira dos ensinamentos colacionados pelos autores norte-americanos Stephen Holmes e Cass R. Sunstein, ao analisar os direitos básicos dos cidadãos estadunidenses, que todos os direitos são positivos²⁰ – entendimento ao qual anuímos. Mesmo os direitos individuais clássicos, como o direito de propriedade, pleiteiam dispêndio de recursos públicos. Para corroborar a esse posicionamento, os autores enfatizam o custo dos remédios judiciais, alertando que a garantia e proteção dos direitos depende de instituições jurídicas mantidas por recursos públicos, de modo que “nenhum sistema jurisdicional é capaz de operar num vácuo orçamentário”²¹.

Ademais, os direitos sociais também funcionam como meios e instrumentos para o pleno exercício dos direitos individuais; a precípua função dos direitos sociais é “assegurar que toda pessoa tenha condições de gozar os direitos individuais de primeira geração”. De pouca valia seria o direito à liberdade de pensamento se não fosse assegurado o direito à educação para combater o analfabetismo, do mesmo modo pode-se pensar o direito à intimidade para um sem-teto: não sendo garantido o direito à moradia a este, o direito à intimidade e à privacidade quedaria comprometido²².

Desse modo, o que se pode ver é que todos os direitos, tanto as liberdades quanto os direitos sociais, em certa medida, demandam prestação estatal. Todavia, não se pode negar que o problema fulcral da efetividade das normas constitucionais ganha um peso e uma dimensão maior quando estamos diante dos direitos sociais, seja por conta do maior grau de

¹⁹ PASSOS, J. J. Calmon de. O futuro do Estado e do Direito do Estado. Democracia, globalização e o nacionalismo. **Revista Eletrônica sobre a reforma do Estado**. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, nº 2, junho/julho/agosto, 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/>. Acesso em: 30 set. 2021.

²⁰ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos**: por que a liberdade depende dos impostos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019, p. 30.

²¹ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos**: por que a liberdade depende dos impostos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019, p. 32.

²² BUCCI, Maria Paula Dallari. O Conceito de política pública em direito. *In*: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas Públicas - reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

prestação estatal exigido por estes direitos, seja em face das constantes ofensivas desferidas aos direitos e programas sociais por um discurso neoliberal e de austeridade fiscal.

Somado a isso, a realidade brasileira nos fornece sobejos exemplos de problemas que clamam por um atuar permanente do Estado para mitigação e resolução das mazelas sociais que se arrastam ao longo do tempo. Ante um cenário brasileiro de carência nos padrões de desenvolvimento humano e de exclusão social, com índices elevados de desemprego e de insegurança alimentar, alta taxas de homicídio e desigualdade social, acrescido dos danos gerados e dos problemas sociais alavancados pela pandemia da Covid-19, contando, no caso brasileiro, com a agravante do menoscabo do governo federal em face da gravidade da doença e dos seus efeitos deletérios²³, a exigência pelo Estado social e a efetivação da dimensão dirigente da Constituição se fazem premente.

A realidade vivenciada por milhões de brasileiros no dia-a-dia é a prova viva que atesta que não basta assegurar os direitos, é preciso efetivá-los na prática, possibilitando a sua efetiva fruição pelos cidadãos. É nesse prisma que a transição do *law in the books* para o *law in the action*²⁴ reveste-se de demasiada importância.

Há um distanciamento entre o direito e a realidade que não pode ser olvidado. O direito reside no campo das palavras: constituições são promulgadas, decisões judiciais são prolatas, teses defendidas; “entre as palavras em um pedaço de papel e a efetiva fruição do direito pelas pessoas reais, há uma distância considerável²⁵”. A simples previsão de um direito fundamental pela norma não tem o condão mágico de efetivá-lo na prática, isso demanda esforços permanentes, através da execução de políticas públicas.

É em decorrência da constatação do abismo existente entre o que as normas constitucionais prescrevem e a sua realidade circundante, e em face das promessas proclamadas

²³ Para uma análise acurada do descaso intencional do governo federal no enfrentamento da pandemia da Covid-19, válido conferir o estudo e relatório realizado pelo Centro de Estudos e Pesquisas de Direito Sanitário (CEPEDISA) da Faculdade de Saúde Pública (FSP) da Universidade de São Paulo (USP). Investigando a hipótese de estar em curso no Brasil uma estratégia de disseminação da Covid-19, promovida sistematicamente em âmbito federal, o estudo, mediante uma equipe interdisciplinar, composta por integrantes nas áreas de Saúde Pública, Direito, Ciência Política e Epidemiologia, faz uma linha do tempo das estratégias manejadas pelo governo federal, concluindo existir uma estratégia de disseminação da doença, através da ação e omissão de alguns atos, tais como: “defesa da tese da imunidade de rebanho”, “banalização das mortes e das sequelas causadas pela doença”, “obstrução sistemática às medidas de contenção promovidas por governadores e prefeitos”, “incitação constante à exposição da população ao vírus e ao descumprimento de medidas sanitárias preventivas”, dentre outras. UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. **A linha do tempo da estratégia federal de disseminação da covid-19**. São Paulo: Centro de Estudos e Pesquisas de Direito Sanitário (CEPEDISA), 2021. Disponível em: <https://cepedisa.org.br/publicacoes/>. Acesso em: 28 set. 2021.

²⁴ DANTAS, Miguel Calmon. **Constitucionalismo dirigente e pós-modernidade**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 4.

²⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. **Direitos fundamentais e direito à justificativa**: devido procedimento na elaboração normativa. 3.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 37.

pelo constituinte originário e dos objetivos políticos gerais de erradicação da pobreza e redução das desigualdades regionais e sociais²⁶, como também dos objetivos específicos ventilados no texto constitucional, tais como a obrigação do Estado na prestação de serviços de saúde e educação, que as políticas públicas se apresentam como categoria de interesse para o Direito.

Vinculados aos problemas do Estado Social, como também da problemática envolvendo a efetiva promoção e respeito aos direitos, a categoria “políticas públicas” sobleva-se como mecanismo para concretização dos direitos fundamentais²⁷. O liame jurídico que conecta as políticas públicas ao Estado Social reside justamente na “legitimação da ação estatal pela provisão de direitos, efetivamente acessíveis e capazes de reduzir desigualdades, assegurando que toda pessoa possa se integrar à sociedade de forma plena”²⁸.

Assim, o processo de construção e concretização dos direitos fundamentais, mormente os de cunho social e de caráter programático, pleiteia esforços contínuos por parte dos demais poderes constituídos, demandando a implementação de políticas públicas que possam materializar esses direitos.

Os fins sociais pretendidos pela Constituição não terão os seus efeitos irradiados da noite para o dia; existe uma dependência da atuação dos diversos atores políticos e sociais²⁹ para a concretização dos valores e direitos consubstanciados na Constituição.

É nesse contexto que ganha relevo o papel do jurista de perquirir meios que possam contribuir para esse desiderato e solucionar o deslinde da questão. Um desses mecanismos, como se verá adiante, constitui no direito à justificativa, e o seu correlato dever constitucional de apresentação pública, por parte do proponente da norma, das justificativas que conduziram à elaboração do diploma jurídico.

Isto porque, quanto ao problema fulcral da efetividade, há dois processos capazes de romper com o abismo entre a norma e a realidade fática³⁰.

²⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 mar. 2021..

²⁷ “É fácil perceber que apenas por meio das políticas públicas o Estado poderá, de forma sistemática e abrangente, realizar os fins previstos na Constituição (e muitas vezes detalhados pelo legislador), sobretudo no que diz respeito aos direitos fundamentais”. BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n° 240, 2005, p. 90.

²⁸ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 34.

²⁹ Não apenas as instituições e órgãos do Estado são importantes na concretização dos direitos fundamentais, há fatores e processos sociais, para além das normas jurídicas, que desempenham papel de destaque nesse desiderato. A redução de natalidade, por exemplo, antes de um fenômeno jurídico, é um fenômeno social que foi de importante relevo para a redução da mortalidade infantil e aumento da expectativa de vida, representando, assim, uma forma advinda de um processo social que contribuiu para efetivação do direito fundamental à saúde.

³⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. Políticas públicas e o dever de monitoramento: “levando os direitos à sério”. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. Brasília: UniCEUB, v.8, n° 2, 2018, p. 255.

O primeiro deles consiste na implementação de políticas públicas para concretização do direito constitucionalmente tutelado, desencadeando em uma série de atos e providências por parte das instâncias estatais. Nesse ponto, já é possível concluir que a previsão de um direito fundamental pela Constituição e de uma política pública criada pela lei para materialização desse direito são apenas o início, o pontapé; após a sua previsão normativa, uma série de providências precisa ser tomada, a fim de que a política pública seja implementada. Alocação de recursos financeiros, criação de estruturas administrativas e infraestrutura para atendimento do público, contratação de equipe pessoal, elaboração de relatórios são amostras das medidas e providências a serem tomadas no âmbito de uma política pública³¹.

Desse modo, é perceptível que não basta a previsão de normas, fazendo-se premente a promoção de políticas públicas e sua implementação.

Feita a elaboração e implementação, é que ganha acento o segundo processo para superação da distorção entre norma e realidade. Este, por sua vez, refere-se ao dever de monitoramento das políticas públicas, a fim de fiscalizar se os objetivos pretendidos estão a ser efetivados. Portanto, mais do que a promoção da política pública, uma vez implementada, é imperativo um contínuo monitoramento, para perquirir se os resultados inicialmente almejados estão sendo realmente produzidos no mundo dos fatos.

Ocorre, porém, que o dever de monitoramento queda comprometido se não houver a apresentação pública de elementos essenciais que sustentam uma política pública, tais como o problema a ser enfrentado, o resultado almejado e a antecipação possível de custos e impactos da execução das medidas aventadas. Como se pode esperar um controle político e social de uma política pública se a sociedade não estiver munida de informações mínimas que embasaram a elaboração de determinada política pública? Como é possível avaliar se a política pública logrou êxito em superar ou minimizar o problema carente de resolução se não forem publicizados elementos informativos referentes ao problema a ser enfrentado e ao resultado pretendido?

Essas informações não são de interesse apenas dos cidadãos, para que eles possam exercer, no âmbito de um regime democrático que preza pela cidadania e transparência, o controle social e político das políticas públicas e das ações governamentais, mas denotam-se de relevada utilidade para os próprios agentes políticos e entes estatais responsáveis pela propositura de uma política pública que foi concebida por uma norma jurídica. Com essas

³¹ BARCELLOS, Ana Paula de. **Direitos fundamentais e direito à justificativa**: devido procedimento na elaboração normativa. 3.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 37

informações em mãos, os agentes políticos detêm maior manancial para promover a avaliação de uma política e, se necessário, a sua continuidade, reestruturação ou extinção.

Daí é que surge a relevância do Direito Constitucional volver os seus olhos para a política e ordenar uma das atividades mais importantes desempenhadas pelas instâncias majoritárias – qual seja, a elaboração de normas jurídicas –, prescrevendo o dever do proponente da norma de apresentar informações e razões que fundamentaram a elaboração de um diploma normativo.

Adotando como referencial a dimensão teleológica do Estado Social brasileiro, mister sobrelevar o papel que o Direito Constitucional pode desempenhar como catalizador para efetivação dos projetos emancipatórios plasmados na Constituição e como mecanismo de superação da discrepância entre realidade normativa e realidade fática. Um desses papéis refere-se ao direito à justificativa e o seu potencial de fomento à democracia, permitindo o controle político e social das medidas desempenhadas pelo sistema político, e a fiscalização e monitoramento das políticas implementadas.

É desse modo que chegamos a hipótese aventada nesse trabalho: a viabilidade de um direito fundamental à justificativa em face do Poder Executivo federal na edição de medidas provisórias e a necessária vinculação da elaboração da norma a elementos essenciais capazes de fundamentar políticas públicas em matéria de direitos fundamentais. Esses elementos essenciais, no presente trabalho, serão correspondentes ao contorno básico do direito à justificativa, que também responde pelo nome de devido procedimento à elaboração normativa (DPEN).

O que se pretende examinar no transcorrer desse trabalho é a possibilidade, com base no sistema constitucional vigente, do reconhecimento de um direito fundamental à justificativa. Em outras palavras: em face dos princípios e do regime constitucional brasileiro, podemos reconhecer o devido procedimento à elaboração normativa como um direito fundamental, apto a exigir do proponente da norma a apresentação pública das razões que o levaram a confeccionar uma norma jurídica, em especial para aquelas implementadoras de uma política pública que versa sobre direitos fundamentais? A Constituição brasileira de 1988 permite o reconhecimento de direitos não elencados expressamente no catálogo dos direitos fundamentais? Se sim, quais seriam os fundamentos constitucionais que servem de supedâneo para esse direito? E mais: o que se entende por proponente da norma? Qual o conteúdo mínimo desse direito? Quais informações podem ser exigidas? Quais informações devem ser

publicizadas? Qual a natureza desse direito: procedimental ou de natureza substancial, também recaindo sobre o conteúdo das justificativas apresentadas?³²

Antes de adentrarmos na investigação dos fundamentos exauridos da ordem constitucional vigente que alicerçam o reconhecimento de um direito fundamental à justificativa, impondo o dever jurídico ao proponente da norma de exibição pública da justificativa, cumpre esclarecer, de pronto, a nossa escolha de investigar tal direito em conexão com as políticas públicas e em face do Poder Executivo federal na edição de medidas provisórias.

Para tanto, buscaremos, ao tecer breves comentários sobre políticas públicas, suscitar a relevância de monitoramento contínuo da política, mormente quando tratam de direitos fundamentais, a fim de avaliar se os resultados pretendidos surtiram efeitos. Nesse quadrante, emerge o direito à justificativa como mecanismo apto a exigir a elaboração e divulgação de elementos informativos capazes de fundamentar políticas públicas, e que são de grande serventia para o *feedback* da política implementada, quando também confrontados com os dados produzidos posteriormente à elaboração e materialização da política – o direito à justificativa fornece informações e razões anteriores à implementação.

No mesmo sentido, sinalizaremos o parâmetro institucional de preferência *prima facie* do processo político sobre o Poder Judiciário na definição de política pública, o que em seguida nos conduzirá à análise da relevância da discussão do devido procedimento na elaboração normativa em face do Poder Executivo, ou seja, buscaremos fornecer as respostas de alguns questionamentos que podem ser suscitados por quem se predispõe a leitura desse trabalho: o porquê da discussão de um direito à justificativa em face do Poder Executivo federal na edição de medidas provisórias. Embora o direito à justificativa, como pioneiramente pensando pela Ana Paula de Barcellos³³, possa ser imposto a todo proponente da norma, por que restringir o escopo desse trabalho acadêmico ao Executivo em nível federal na edição de medidas provisórias?

É o que pretendemos esclarecer nas páginas que se seguem.

³² É claro que no decorrer desse trabalho outros questionamentos irão surgir, mas, sobre o ponto específico da natureza do direito à justificativa, deixemos registrado logo de início que faremos uma análise bastante suscita, pois, do contrário, incorreríamos em um desvio na temática proposta pelo presente trabalho, demandando uma investigação sobre a eficácia do direito ao devido procedimento à elaboração normativa e o papel do Judiciário na efetivação desse direito em face de eventual descumprimento, o que, por face da complexidade do tema e da importância, exigiria um trabalho a parte que se dedicasse exclusivamente e com maior rigor e esmero reflexivo a esse problema de pesquisa. Pretendemos com esse trabalho apenas lançar as vigas mestras constitucionais que sustentam o direito à justificativa.

³³ BARCELLOS, Ana Paula de. **Direitos fundamentais e direito à justificativa**: devido procedimento na elaboração normativa. 3.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

2.1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O DEVER DE MONITORAMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS E A PREFERÊNCIA DO PROCESSO POLÍTICO SOBRE O JUDICIÁRIO NA SISTEMÁTICA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

As políticas públicas passaram a ingressar como categoria de interesse para o Direito a partir do momento em que se operou uma mudança de paradigma jurídico no século XX, de modo que as Constituições ultrapassaram “os limites de estruturação do poder e das liberdades públicas” e passaram “a tratar dos direitos fundamentais em sentido amplo, dispondo especificamente sobre os direitos sociais”³⁴.

Antes disso não haveria motivos para inserir as políticas públicas no âmbito e nas cogitações da teoria jurídica, visto que a definição de política, “no sentido de programa de ação”, era uma realidade “inexistente” e sem importância no período anterior à Revolução Industrial³⁵. São em face dos direitos sociais e em decorrência das obrigações impostas ao poder público na concretização do conteúdo desses direitos que se efetua uma transformação na postura do Estado: de uma perspectiva absentéista para um enfoque prestacional.

Seriam, portanto, os direitos sociais e o dever estatal de implementá-los e concretizá-los os próprios fundamentos mediatos das políticas públicas, e o que justificaria o seu aparecimento, como também a atenção depositada pelo Direito sobre essa categoria, a fim de cataloga-la no prisma da teoria jurídica e no quadrante da organização jurídica estatal.

Daí surge o interesse do Direito e dos teóricos da área jurídica em engendrar um conceito jurídico para políticas públicas, enquadrando-a nas dimensões epistemológicas da disciplina jurídica.

A pretexto de advertência, mister destacar desde já a dificuldade na tarefa de forjar um conceito estritamente e tecnicamente jurídico para políticas públicas. A complexidade desse desiderato decorre, ao menos, de dois motivos: fenômeno relativamente novo e a sua interdisciplinaridade³⁶.

³⁴ BUCCI, Maria Paula Dallari. O Conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas Públicas - reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 2.

³⁵ COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo constitucional de políticas públicas. **Revista de informação legislativa**. Brasília: v. 35, abr./jun. 1998, p. 44.

³⁶ É apontando também como fato que dificulta a interação entre direito e política pública alguns traços do ensino jurídico ao negligenciarem o estudo de políticas públicas e as abordagens empíricas e interdisciplinares. “Desde o ponto de vista acadêmico, contudo, os juristas brasileiros estudam pouco as políticas públicas e o fazem com recursos metodológicos escassos e frágeis [...] Como já há tempos diagnosticado, os cursos de graduação e de pós-graduação em direito no Brasil seguem presos a referenciais e abordagens de ensino descritas como formalistas, estanques e enciclopédicas, essencialmente baseadas em ensinamentos doutrinários. A utilização intensiva de manuais – textos didáticos nos mais das vezes rasos e simplificadores – prevalece sobre a discussão do estado da arte da pesquisa nas salas de aula e isso, em última análise, colabora para que o ensino jurídico termine

Como dito, a categoria “políticas públicas” ganha relevo a partir do momento que o Estado chama para si a tarefa de coordenar a sociedade, de prestar serviços públicos em larga escala e de minimizar e resolver as mazelas sociais que se arrastam há tempo. É interessante notar, nesse ponto, que os primeiros estudos referentes ao tema, ainda que não tenham sido jurídicos, coincidem com o período de expansão do intervencionismo estatal norte-americano nas áreas sociais e econômicas, como resposta à crise de 1929 e a Segunda Guerra Mundial³⁷.

Assim, as reflexões acerca do termo “políticas públicas” são relativamente recentes na história da humanidade, de modo a ser ainda incipiente o seu desenvolvimento teórico no campo do Direito se comparado com outras categorias jurídicas mais consolidadas.

Ademais, a interdisciplinaridade do fenômeno é outro fator que dificulta, sobremaneira, a formulação de uma conceituação mais segura e precisa. A política pública não é uma categoria adstrita às fronteiras da Ciência jurídica, ao revés, extrapola o campo do Direito, conectando-se com outros ramos do conhecimento; é, por assim dizer, um objeto cognoscível multidisciplinar, aflorando o interesse de outras áreas da epistemologia humana. Essa miríade de abordagens desencadeia na dificuldade e na ausência de unanimidade de se apontar um conceito para o vocábulo. Não há consenso quanto a definição do termo, o que significa dizer que estamos diante de um objeto de pesquisa de semântica polissêmica, cuja a conceituação varia de acordo com ângulo de visão do seu observador, seja este sociólogo, administrador, jurista ou economista. Mesmo reduzindo a lente de observação ao escopo jurídico, não se consegue chegar a um conceito unívoco. Conforme o perfil político do jurista, se mais adepto ou refratário à intervenção judicial, a conotação cunhada para se referenciar ao termo pode ser mais elástica ou menos ampla³⁸.

A despeito da dificuldade de situar as políticas públicas em um enquadramento jurídico, tal obstáculo não pode servir de escusas para nos inabilitarmos a aderir uma convenção jurídica, ainda que prévia, de políticas públicas, pois, do contrário, estaria prejudicado o próprio desenvolvimento desse trabalho. É claro que, ao acolhermos uma formulação, não estamos a projetar uma conceituação de forma acabada e definitiva, isso seria incorrer no erro de reduzir

negligenciando a problematização, o diálogo, o caso e a dúvida como métodos. As abordagens de pesquisa empíricas e interdisciplinares são ainda escassas no campo do direito no país [...]”. COUTINHO, Diogo R. O direito nas políticas públicas. In: MARQUES, Eduardo; DE FARIA, Carlos Aurélio Pimenta (Orgs.). **A política pública como campo multidisciplinar**. São Paulo: Editora Unesp; Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2013, p. 183.

³⁷ FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no Estado Democrático de Direito**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 36.

³⁸ Para uma análise da política pública como categoria jurídica autônoma, buscando demonstrar a complexidade na tarefa de cunhar um termo jurídico e passeando por distintas abordagens (legislativas, jurisprudências e doutrinárias) na conceituação de política pública, v. FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no Estado Democrático de Direito**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 33-57.

o objeto cognoscível à uma “essência estática e imutável”, de modo a não assimilarmos e captarmos o processo evolutivo do conhecimento³⁹.

O caminhar histórico e o desenvolvimento da humanidade, do sujeito cognoscente e dos objetos cognoscíveis (e da relação entre eles) são guiados pelo princípio da evolutividade, e as análises epistemológicas não podem fechar os olhos para a constatação de que o tempo transforma “as formas do viver” e que o ser existe situado no tempo, fora dele não teremos sido⁴⁰.

Assim, nos filiamos a uma dinâmica mais afeita à conexão que pretendemos fazer de políticas públicas com o direito à justificativa. A nossa predileção é por uma conceituação projetada em sede doutrinária, que destaca a dinâmica processual das políticas públicas. A autora responsável por empreender essa tentativa conceitual é a jurista Maria Paula Dallari Bucci⁴¹, para quem política pública pode ser definida como,

[...] o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.

Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados.

Na visão formulada por Dallari, há um elemento processual estruturante na formação da política pública. Como programa de ação governamental, ela é resultado de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados. Essa dinâmica processual, partindo do esquema de organização didática das fases sequencias⁴² da política pública, se inicia com a inserção do problema de interesse público na agenda política e se prolonga até a implementação e avaliação da política pública idealizada pelo Poder Público, de modo que nessa fase pode-se chegar a conclusões distintas: continuidade da política sem modificações, a sua reestruturação ou sua extinção.

³⁹ COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo constitucional de políticas públicas. **Revista de informação legislativa**. Brasília: v. 35, abr./jun. 1998, p. 40.

⁴⁰ Ao se referir precisamente na transformação das formas do viver, menciona-s a música “Tempo rei”, de composição de Gilberto Gil.

⁴¹ BUCCI, Maria Paula Dallari. O Conceito de política pública em direito. *In*: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas Públicas - reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 41.

⁴² As fases sequências atendem também pelo nome de ciclo das políticas públicas. Retornar-se-á a esse tema quanto tratarmos do conteúdo do direito ao devido procedimento na elaboração normativa.

No âmbito da avaliação de uma política, alguns critérios são utilizados, tais como economicidade, efetividade, eficácia, igualdade e equidade⁴³. O monitoramento da política é essencial para verificar se os resultados pretendidos estão se projetando na realidade fática, e se o problema público está sendo solucionado ou minimizado. Todavia, como será possível realizar esse monitoramento e controle da política, se o Poder Público, ao elaborar uma norma jurídica implementadora dessa política, não disponibilizar informações relativas ao problema que pretende ser enfrentado, o resultado e objetivo almejado, e a antecipação de possíveis custos e impactos decorrentes de determinada política.

Nesse ponto, atentemos para o fato de que muitos desses critérios avaliativos dizem respeito a exigência mínima do DPEN. Por exemplo: o parâmetro da eficácia refere-se ao alcance das metas, guardando uma conexão íntima com a exigência de exposição pública dos resultados e finalidades pretendidos pelo proponente de uma norma que versa sobre alguma política pública. Não só isso: o conteúdo mínimo do direito à justificativa se correlaciona com os elementos conceituais propostos pela Dallari: “objetivos definidos”, “seleção de prioridades”, “meios necessários à sua consecução”, “atingimento de resultados”.

Ainda dissecando o conceito empreendido pela jurista, é merecedor de destaque a noção de política pública como processo decisório governamental. Desse modo, é possível concluirmos que a política pública visa a coordenação dos meios à disposição do Estado, para a persecução dos objetivos constitucionais e socialmente determinados⁴⁴. A fim de dar movimento a máquina estatal, cabe à política a alocação de meios e formulação de alternativas para resolução dos problemas públicos e concretização das finalidades constitucionais. A decisão sobre elementos estruturais da arquitetura de um programa de ação governamental, como as metas, os instrumentos, a seleção de prioridades, alocação de recursos, estratégias de implantação, definição de público-alvo, recaem sobre as instâncias majoritários, mais precisamente sobre o Poder Executivo, e, em um ambiente democrático, essas escolhas devem ser publicizadas.

Além disso, é traço definidor da política um conjunto de processos que resulta na atuação governamental, todos regulados juridicamente. Eis aqui um ponto de interseção entre direito e política pública, a medida em que os processos que instrumentalizam a atuação

⁴³ SECCHI, Leonardo; COELHO, Fernando de Souza; PIRES, Valdemir. **Políticas públicas**: conceitos, casos práticos, questões de concurso. 3. ed. São Paulo: Cengage, 2020, p. 80.

⁴⁴ BUCCI, Maria Paula Dallari. Controle judicial de políticas públicas: possibilidades e limites. **Fórum Administrativo**: Direito Público. Belo Horizonte, n. 103, set. 2009, p 9. Disponível em: <Controle-judicial-de-politicas-publicas-possibilidades-e-limites.pdf (researchgate.net)>. Acesso em: 01 set. 2021.

governamental são regulados pelo direito. O direito permeia as políticas públicas nas suas mais várias fases.

De acordo com o pensamento de Diogo R. Coutinho⁴⁵, o direito pode desempenhar papéis importantes na operacionalização dos programas de ação governamental, seja o direito visto como ferramenta, fornecendo os meios e instrumentos jurídicos para consecução das estratégias em ação (utiliza-se, por exemplo, a sanção, a premiação, a conscientização ou algum mecanismo de indução de comportamento), seja como arranjo institucional, partilhando atribuições entre os órgãos e atores competentes, ou até mesmo como vocalizador de demandas, de modo que as decisões em matéria de políticas públicas devem não somente serem fundamentadas mas também submetidas ao escrutínio público.

Ainda na esteira de pensamento colacionado pelo referido autor, o direito também pode ser compreendido como objetivo. É justamente esse ponto que nos interessa para compreensão do direito à justificativa, deixando de antemão delimitado que o escopo desse direito constitucional incide no âmbito do processo de elaboração normativa.

Os fins das políticas públicas são assimilados a partir de dois enfoques (não excludentes), quais sejam, a delimitação dos objetivos em uma fase extrajudicial e formalização dessas metas em regras jurídicas despersonalizadas. No primeiro foco de análise, a ingerência do direito e do jurista é mínima, determinando-se, tal fase, pela lógica política, sem a existência do arcabouço jurídico para formalizar e instrumentalizar esses objetivos. Já, sob o ângulo da formalização dos objetivos, o direito funciona como objetivo, ou seja, o aparato jurídico formaliza as metas para resolução de um problema merecedor de atenção pública, prescrevendo o que deve ser perseguido pela atuação governamental⁴⁶.

É no âmbito da formalização da política pública, com a sugestão de uma norma jurídica que pretenda disciplinar um programa de ação governamental, que surge o dever do proponente da norma declinar as escolhas e razões que o conduziram a elaborar o diploma normativo. Isso se faz ainda mais imperativo quando o diploma em questão for a medida provisória, face a sua eficácia imediata no ordenamento jurídico.

⁴⁵ COUTINHO, Diogo R. O direito nas políticas públicas. In: MARQUES, Eduardo; DE FARIA, Carlos Aurélio Pimenta (Orgs.). **A política pública como campo multidisciplinar**. São Paulo: Editora Unesp; Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2013.

⁴⁶ COUTINHO, Diogo R. O direito nas políticas públicas. In: MARQUES, Eduardo; DE FARIA, Carlos Aurélio Pimenta (Orgs.). **A política pública como campo multidisciplinar**. São Paulo: Editora Unesp; Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2013.

É cediço que política pública não se confunde com direito nem com norma jurídica, ela não se reduz às normas jurídicas que a disciplina⁴⁷. Desse modo, é possível que se questione: então por que forçar na análise do processo de elaboração normativa? Há razões para isso.

Além do aspecto já sinalizado referente ao quanto o direito permeia as políticas públicas, a normatização e institucionalização de uma política governamental em regras despersonalizadas é um dos mecanismos que habilita a disjuntiva e emancipação entre o plano de ação e seu criador, conferindo à política permanência e estabilidade, a despeito da alternância no poder⁴⁸. Com isso, visa-se garantir continuidade do programa de ação mesmo após encerrado o mandato eletivo do governante que a projetou.

A formalização da política pública em estruturas despersonalizadas é o que garante também a sua força cogente.

Ao formalizar uma decisão política e/ou técnica sob a forma de um programa de ação governamental, o direito agrega-lhe traços cogentes (isto é, vinculantes, não facultativos), distinguindo-a de uma mera intenção, recomendação ou proposta de ação cuja adoção seja facultativa. Dito de outra forma, o direito dá à política pública seu caráter oficial, revestindo-a de formalidade e cristalizando objetivos que traduzem embates de interesses por meio de uma solenidade que lhe é própria⁴⁹.

Assim, as decisões políticas e atividade normativa exercida pelas instâncias majoritárias despertam o interesse da disciplina jurídica, estando condicionadas às regras procedimentais e aos limites substanciais tracejados no texto constitucional. O poder político e os órgãos que o compõe, em um regime democrático, não exercerão o processo de elaboração normativa ao seu mero talante, é imprescindível, para se chegar até a confecção da norma jurídica, percorrer um caminho que legitime a atuação normativa, observando rigorosamente as regras e princípios constitucionais, ou seja, respeitando o devido procedimento na elaboração normativa.

Destarte, da análise do conceito de política pública, como da sua interação com o direito, podemos formular duas conclusões preliminares referentes à sistemática da política pública: a imposição de monitoramento da política e o protagonismo das instâncias majoritárias.

⁴⁷ BUCCI, Maria Paula Dallari. Pesquisa em direito e políticas públicas. In: FEFERBAUM, Marina; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. **Metodologia da pesquisa em direito: técnicas e abordagens para elaboração de monografias, dissertações e teses**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 365.

⁴⁸ “Em matéria de políticas públicas, o acerto dessa visão se confirma em relação aos programas de longo prazo, cuja realização ultrapasse a duração de um governo. Os objetivos de interesse público não podem ser sacrificados pela alternância no poder, essencial à democracia. As leis de plano, portanto, conciliam princípio republicano e democrático com as demandas da estabilidade e da governabilidade”. BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas públicas e direito administrativo. **Revista de informação legislativa**. Brasília: v. 34, jan./mar. 1999, p. 97.

⁴⁹ COUTINHO, Diogo R. O direito nas políticas públicas. In: MARQUES, Eduardo; DE FARIA, Carlos Aurélio Pimenta (Orgs.). **A política pública como campo multidisciplinar**. São Paulo: Editora Unesp; Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2013.

Assim, superado o obstáculo conceitual e desenvolvido essas deduções prévias, dar-se-á prosseguimento à análise do monitoramento das políticas públicas, avultando a relevância de se projetar um direito ao DPEN.

2.1.1. Dever de monitoramento das políticas públicas

O reconhecimento da eficácia normativa da Constituição e sua centralidade no ordenamento jurídico não se satisfaz com a simples previsão de normas, é preciso efetivá-las. O neoconstitucionalismo logrou o êxito de promover o deslocamento da Constituição para a centro do ordenamento jurídico e, conseqüentemente, reconhecer a força normativa dos direitos fundamentais nela consagrada. Não se pode mais pensar como antes, que a Constituição é “um repositório de promessas grandiloquentes⁵⁰”. Os catálogos de direitos previstos devem incidir na realidade social, possibilitando a sua fruição pelos cidadãos no mundo dos fatos.

Sob esse prisma, já pudemos destacar dois processos capazes de romper com o abismo que divorcia as pretensões dirigentes da Constituição brasileira com a sua realidade circundante. Estes processos estão ligados com a implementação de políticas públicas e o necessário monitoramento delas.

Não basta o poder público implementar a política e coordenar as ações governamentais no sentido de desenvolver as normas programáticas e os direitos fundamentais, é imperioso, uma vez já implementada, avaliar e monitorar a execução da política.

O acompanhamento e avaliação periódico sobreleva-se quando nos deparamos com a dinâmica prospectiva das políticas públicas e as limitações cognitivas do ser humano. O gestor público, ao formular uma política, necessita estar cômico de que o plano de ação projetado é prospectivo, se debruça sobre o futuro e resultados esperados. São, portanto, resultados previsíveis, não há no campo da política pública, que trata sobre problemas complexos, precisão. O vocábulo mais adequado seria previsão.

Desse modo, como não se pode dominar o futuro, prevendo todas as circunstâncias adversas capazes de surgirem ao longo da execução de uma política, é que o gestor, a fim de que as ações sejam efetivas, precisa promover um monitoramento contínuo e flexibilizar a ação, abrindo uma certa margem para revisibilidade da política.

⁵⁰ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *In*: FELLET, André Luiz Fernandes; DE PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). **As novas facetas do ativismo judicial**. Salvador: Editora JusPodivm, 2011, p. 88.

Portanto, o sucesso da política pública não é uma garantia, uma vez que os atores por trás da formulação do plano de ação estatal são seres humanos, e a previsibilidade humana é falível: ninguém detém o monopólio do saber. Assim sendo, é perfeitamente possível que se idealize uma política pública munido das melhores intenções e guarnecido de extensas informações sobre o problema de ordem pública, e que esta seja executada corretamente como foi projetada, mas que ainda sim não produza os efeitos e objetivos pretendidos, ou, mesmo que alcançados em sua grande maioria, haja um déficit da fruição desse direito em um determinado grupo de pessoas, ou em determinada região.

Em seu livro, Ana Paula de Barcellos⁵¹ nos oferece alguns exemplos que avultam o relevo do contínuo monitoramento, demonstrando o insucesso de uma política pública ainda quando efetivamente executada. Um dos exemplos remete a um caso ocorrido em cidades da Europa durante a Idade Média, no qual foi implementada como política de saúde pública a realização de pagamento, efetuado pelo Estado, para aqueles que entregassem ratos mortos. O propósito era eliminar os roedores a fim de conter as doenças transmitidas por estes animais, ocorre, todavia, que o efeito foi diverso. Ao invés de conter os roedores, a população, ensandecida pelo dinheiro e vislumbrando o pagamento, passou a criar os transmissores da doença.

Outro exemplo também fornecido corresponde a implementação do mecanismo de mentoreamento nas escolas públicas de um determinado Município, com vistas a reduzir o atraso escolar. Com o desenrolar da política de mentoreamento, e ultrapassado alguns anos, verifica-se que o resultado pretendido não foi obtido, inexistindo redução na disparidade idade/série em relação aos anos em que tal política foi adotada. A fim de entender a causa justificadora do insucesso, consultou-se os alunos e seus pais e percebeu que os mentores advinham de classes sociais e regiões distintas, dificultando, por conseguinte, a comunicação deles com os alunos. Munido dessa informação, cabe ao Município adotar uma das duas posturas: fazer as correções e ajustes necessários ou abandonar a política de mentoreamento. Portanto, apesar dos melhores esforços e intenções, os seres humanos são falíveis, apresentando limitações epistêmicas.

Esses exemplos fornecidos pela autora são amostras que deixam cristalinas a relevância de uma atuação permanente para implementação dos direitos fundamentais, ultrapassando a mera previsão normativa e empreendendo a implantação e monitoramento de políticas públicas.

⁵¹ BARCELLOS, Ana Paula de. **Direitos fundamentais e direito à justificativa**: devido procedimento na elaboração normativa. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 30 e 38

Cientes disso, é que os agentes públicos devem engendrar mecanismos de monitoramento, cuja avaliação pode se dar por perspectivas distintas, seja financeira, organizacional ou orçamentária. Esse sistema de avaliação envolverá, ao mínimo, a verificação das metas pretendidas e apuração dos resultados concretos, com base no problema sedento por solução, e dos impactos da medida implementada. Todavia, para o alcance desse desiderato, é fácil perceber que, previamente a adoção da política, os agentes estatais têm que firmar uma meta e estarem munidos de um mínimo de informações sobre o problema a ser enfrentado. “Se não há informação sobre a realidade antes da adoção da política, será difícil avaliar qual terá sido seu impacto (se algum) ao longo da execução da política”⁵².

Assim, a dinâmica do monitoramento envolve uma etapa anterior à execução da política. Previamente, os agentes públicos devem estar cientes de qual problema pretendem solucionar (e sua dimensão), convencionar os objetivos almejados e estarem abastecidos de informações sobre a realidade a qual a política incidirá. Mais do que isso, quando os impulsos políticos desembocarem na elaboração de um ato normativo, dando força cogente a ação governamental, esses dados e informações devem ser difundidos e publicizados, a ponto de permitirem não só o controle dos órgãos públicos sobre o programa, mas também o controle político e social pelos cidadãos.

2.1.2. Papel subsidiário da jurisdição e prevalência do processo político

Outra conclusão a que se pode aferir, após o exame da dinâmica e sistemática das políticas públicas, é a preferência *prima facie* pelo processo político na sua elaboração e implementação. As possibilidades da jurisdição no fomento e execução de políticas públicas, em termos de equidade e sustentabilidade, são limitadas.

Por equidade compreendemos, na linha de entendimento exarado pela professora Ana Paula de Barcellos, a imposição de projetar políticas públicas com focos em públicos especializados, priorizando o atendimento dos mais necessitados e vulneráveis sociais⁵³.

É claro que em determinadas situações isso se revela complicado, pois os direitos fundamentais tutelados por essas políticas são de todos os seres humanos. O direito à saúde, por exemplo, é um direito de todos, conforme dicção constitucional. Se pensarmos na

⁵² BARCELLOS, Ana Paula de. Políticas públicas e o dever de monitoramento: “levando os direitos à sério”. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. Brasília: UniCEUB, v.8, nº 2, 2018, p. 255.

⁵³ BARCELLOS, Ana Paula de. **Direitos fundamentais e direito à justificativa**: devido procedimento na elaboração normativa. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 42.

construção de um hospital público garantindo atendimento a universalidade da população, compreendemos que a prestação de tal serviço está à disposição da totalidade dos cidadãos, desde as camadas mais pobres até as mais abastardas financeiramente, e não vemos nenhum problema nisso.

Todavia, a existência de políticas gerais não é óbice para a projeção de políticas especializadas com recorte no seu público-alvo. Há problemas sociais que perpassam pelo atingimento de metas que se destinam a um público específico e mais vulnerável. Ainda recorrendo ao direito à saúde, a proposta apresentada pela deputada Marília Arraes, na esfera do Programa de Proteção e Promoção da Saúde Menstrual (instituído pela Lei 14.214/2021), de distribuir gratuitamente absorventes femininos para estudantes de baixa renda e pessoas em situação de rua⁵⁴, com o objetivo de combater a precariedade menstrual, é um nítido exemplo de proposta de política pública com foco especializado.

Cabe esclarecer aos desavisados que a promoção equitativa de direitos não é mera predileção política e ideológica nossa, mas uma diretriz política com amparo constitucional, pois, como já sinalizado, o traço dirigente da Constituição brasileira impõe a realização de fins que buscam a transformação da realidade e mudanças nas ralações de desigualdade que assombram o país há séculos.

Nesse sentido, registremos o protagonismo do processo político na estruturação de políticas públicas capazes de atender a determinação constitucional de um Estado que promova equitativamente os direitos. A delimitação de um público-alvo escoa no manejo de relatórios sobre a realidade, que dimensionem a gravidade do problema e os principais atingidos por ele, e dos quais, muitas vezes, o Judiciário não dispõe em mãos ou não é capaz de produzir ou colher essas informações. Ademais, a execução de um programa de atuação governamental pleiteia recursos públicos para atender aos fins pretendidos, e, nesse contexto, cabe assentar que a iniciativa das leis orçamentárias, na realidade constitucional brasileira, é do chefe do Executivo.

Por sua vez, a sustentabilidade na promoção de direitos é entendida como a continuidade: aquilo que perdura no tempo. A efetiva promoção dos direitos fundamentais está condicionada a um projeto de longo prazo erigido pelo Estado, até porque alguns direitos fundamentais envolvem uma dimensão “trasnegeracional”, como o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado.

⁵⁴ Cabe esclarecer que, embora a instituição do Programa de Proteção e Promoção da Saúde Menstrual, a previsão quanto a distribuição de absorventes, proposta pela deputada, foi vetada pelo então presidente da República, sob o argumento de não indicar fonte de custeio.

Há políticas públicas concretizadoras de um direito fundamental que demandam tempo para a visualização dos resultados pretendidos, e, em alguns casos, esses resultados sequer são efetivados, uma vez que a atuação governamental mediante a execução de política pública é de natureza prospectiva. Por conta dessa característica intrínseca das políticas públicas, não é possível prever com exatidão a realidade futura, nem as adversidades que surgirão ao longo do caminho e imporão obstáculos para o incremento dos objetivos inicialmente almejados; sem contar que nesse percurso outras demandas e problemas poderão surgir. Da constatação dessa assertiva se atribui como consequência obrigacional ao poder público o dever de monitorar as políticas, para, se preciso for, promover os ajustes e correções necessárias.

Desse modo, um Estado capaz de promover direitos fundamentais de maneira equitativa e sustentável passa pela atuação ordinária das instâncias políticas, quais seja, Poder Executivo e Poder Legislativo.

Ao afirmamos a predominância do poder político, não pretendemos com isso ignorar as possibilidades que a jurisdição tem no exercício do controle jurídico de políticas públicas. De nada valeria a supremacia constitucional e a centralidade dos direitos fundamentais como sustentáculo do Estado Democrático de Direito, se não existisse algum mecanismo que a garantisse. Assim, há um papel democrático e contramajoritário importante desempenhado pela jurisdição contra as ações erosivas advindas do poder público, em caso de comportamentos comissivos que afrontam frontalmente à constituição ou diante de uma omissão inconstitucional, inviabilizando o exercício de um direito fundamental.

Apenas para que tal aspecto não fique sem referência, visto que não constitui objeto de estudo do presente trabalho⁵⁵, citaríamos três grupos em que a jurisdição desenvolve papel importante para as políticas públicas e os direitos fundamentais: ações coletivas, demandas que postulam bens públicos e o papel de efeito na pauta política.

No aspecto concernente às ações coletivas, inclusive, somos capazes de deduzir um outro parâmetro institucional em matéria de políticas públicas: a preferência da tutela coletiva sobre a tutela individual. Essa predileção se deve ao viés universalizante do controle judicial de políticas públicas via demanda coletiva. O impacto sobre a política pública de determinado direito através da ação coletiva é mais abrangente do que pela ação individual, uma vez que alcança um maior número de beneficiados.

⁵⁵ Nem o estudo da legitimidade do controle judicial de constitucionalidade, nem a intervenção do Judiciário nas políticas públicas serão assuntos desenvolvidos nessa monografia.

Quanto ao segundo grupo, temos as demandas sedimentadas em pretensões de bens públicos envolvendo a prestação concreta de serviços, no qual o consumo destes “não reduz a disponibilidade do bem para o restante das pessoas⁵⁶”. Em face de sua natureza, esses serviços serão usufruídos coletivamente. É o que se pode verificar, por exemplo, quando se vai ao Judiciário demandar a construção de uma escola ou hospital, ou quando se pleiteia a instalação ou ampliação do sistema de coleta e tratamento de esgotos. Os benefícios advindos da concessão desses direitos detêm viés universalizante

Por fim, o terceiro grupo corresponde ao “efeito da pauta política”⁵⁷. Algumas decisões judiciais tem o poder de influenciar na pauta política, seja pela natureza da decisão, considerando inconstitucional uma omissão do poder público e o colocando em mora, seja pela repercussão, gerando a atenção da opinião pública e da sociedade civil sobre o tema, desencadeando, por conseguinte, o debate público e possibilitando o processo de mudança social.

A despeito das possibilidades da jurisdição anteriormente elencadas, não se pode perder de vista os seus limites na promoção equitativa e ampla das políticas públicas.

O Poder Judiciário é a instância patológica da vida, recorrendo-se a ela quando existe um litígio ou desavença. Desse modo, há um filtro exercido pela jurisdição, vez que nem todas demandas lhe são submetidas, restando muitas à margem do Poder Judiciário. Creditar ao Judiciário a função de protagonista na efetivação de políticas públicas seria incorrer uma interpretação equivocada e dissociada da realidade, desconsiderando as limitações da jurisdição: “ por mais numerosas que sejam as ações judiciais, elas representam uma parcela pequena da realidade: a maioria absoluta da população brasileira passará toda a sua vida e jamais será beneficiária de uma decisão judicial em matéria de saúde ou educação”⁵⁸.

Some-se a isso o fato de que a judicialização acaba beneficiando as camadas mais abastadas financeiramente. Em que pese todo o avanço do sistema constitucional brasileiro acerca do acesso à justiça, com a organização e instituição da Defensoria Pública, com a instalação de espaços mais céleres e menos formais de prestação jurisdicional – a exemplo da criação dos Juizados Especiais –, com a previsão da justiça gratuita; ainda persistem a

⁵⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. **Direitos fundamentais e direito à justificativa**: devido procedimento na elaboração normativa. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 43- 46.

⁵⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. **Direitos fundamentais e direito à justificativa**: devido procedimento na elaboração normativa. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 43- 46.

⁵⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. **Políticas públicas e o dever de monitoramento**: “levando os direitos a sério”. *In*: Revista Brasileira de Políticas Públicas. Brasília: v. 8, nº 2, 2018, p. 254.

indisponibilidade informacional e de recurso que dificultam o acesso dos mais pobres ao Judiciário.

Há um número grande de pessoas invisíveis inclusive para as instituições que teriam legitimidade ativa para atuar na defesa dos seus direitos. Diversos são os motivos que levam a essa invisibilidade, de modo que abordá-los aqui seria um desvio no propósito dessa pesquisa. Poderíamos citar, à guisa de exemplo, o aspecto informacional, pois não basta a existência da Defensoria Pública, se a população mais vulnerável não tiver conhecimento acerca da sua existência; e a dimensão territorial de escala continental do país, vez que a maioria dos postos de atendimento dessas instituições estão localizados nos grandes centros urbanos, distante de muitas das comunidades brasileiras.

Outros obstáculos se impõe oriundos da própria natureza das políticas públicas. Por conta de sua lógica prospectiva e de ação programada, a implementação de políticas públicas exige contínuo monitoramento, correções e avaliações periódicas. Essa série de providências não fica a cargo do juiz, pois não dispõe de instrumental técnico e informacional que lhe dê condições de avaliar a realidade da ação estatal sobre uma perspectiva macro e ampla⁵⁹.

Nesse sentido, vale colacionar as lições de Diogo R. Coutinho, ao destacar o papel supletivo do Judiciário na sistemática das políticas públicas;

Já os críticos do ativismo judicial – os que defendem uma postura mais contida dos juízes em políticas públicas - ressaltam o fato de que o Judiciário tem características estruturais e institucionais que restringem significativamente sua capacidade de promover mudanças sociais abrangentes e de corrigir adequadamente o rumo de políticas públicas desde uma ótica substantiva ou distributiva. Políticas públicas requerem medidas legislativas e complexas ações administrativas que dependem, em última instância, da combinação de ações políticas e expertise técnica para as quais o Judiciário não é capacitado, vocacionado ou legitimado. Além disso, medidas como essas dependem diretamente da arrecadação e alocação de volumes de recursos significativos e de decisões alocativas baseadas numa visão alargada do universo das políticas públicas, que o Judiciário não possui⁶⁰.

O que se pode concluir é que o Executivo e Legislativo, em regra, contam com técnicos dotados de expertise nos seus campos de atuações específicos, e o mesmo não se visualiza no âmbito do Poder Judiciário, que é composto por juízes generalistas. No contexto das instâncias majoritárias é possível se pensar em políticas públicas com foco específico, a fim

⁵⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 111-147.

⁶⁰ COUTINHO, Diogo R. O direito nas políticas públicas. In: MARQUES, Eduardo; DE FARIA, Carlos Aurélio Pimenta (Orgs.). **A política pública como campo multidisciplinar**. São Paulo: Editora Unesp; Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2013.

de atender as camadas mais necessitadas da sociedade brasileira e fazer cumprir os fins sociais consignados no texto constitucional.

A postura do Poder Judiciário, nesse sentido, dever ser de natureza supletiva e substitutiva, atuando quando os demais órgãos dos Poderes Executivo e Legislativo são omissos na função de legislar sobre políticas públicas e executá-las, ou quando eles adotam posturas contrárias e corrosivas aos direitos fundamentais. Em ambos os casos, a atuação jurisdicional sobre políticas públicas e direitos fundamentais é legítima. O que não se pode conceber é uma atuação do Judiciário em caráter primário. Tal lógica contribuiria para o prevalecimento de soluções pontuais em face de soluções coletivas, representando violação ao princípio da igualdade e da isonomia.

Como dito alhures, o Judiciário é a instância patológica da vida, não são todas as demandas que lhe são submetidas, quedando um grande número fora do escopo do Poder Judiciário. Ainda assim, a judicialização acaba beneficiando um grupo seletivo de pessoas, mormente aquelas que detêm poder aquisitivo para contratação de advogados e para pagar as custas decorrentes de um processo.

Mesmo com o avanço da Constituição no esforço de garantir o acesso à justiça, muitos grupos, com especial destaque para os mais miseráveis, permanecem invisíveis para as autoridades públicas. Desse modo, a predileção por soluções pontuais, mediante intervenção do Judiciário, não teria o condão de atender as exigências constitucionais de erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais e regionais. É imperativo prevalecer a opção por soluções coletivas oriundas das instâncias majoritárias, priorizando a coletividade em prol dos interesses pontuais de determinados setores, grupos ou indivíduos

Destarte, somos capazes de concluir que, em matéria de políticas públicas, o protagonismo é do Poder Executivo e do Poder Legislativo. Eles são os principais atores quando o tema envolve políticas públicas. A necessidade de monitoramento e avaliações periódicas para verificação de sua execução, como os possíveis ajustes e correções requeridos ao longo do tempo, lançam os holofotes para as instâncias majoritárias. Eis o motivo, portanto, do Direito Constitucional regressar os olhos para a temática da elaboração normativa desempenhada pelas instâncias políticas; “se a judicialização é um tema importante para o Direito Constitucional, mais ainda deverá ser a elaboração normativa que se ocupa de promover tais direitos em caráter geral”⁶¹.

⁶¹ BARCELLOS, Ana Paula de. **Direitos fundamentais e direito à justificativa**: devido procedimento na elaboração normativa. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 22.

2.2 SOBRE A RELEVÂNCIA DE UM DIREITO À JUSTIFICATIVA EM FACE DO PODER EXECUTIVO FEDERAL NA EDIÇÃO DE MEDIDA PROVISÓRIA

Como exposto anteriormente, a dinâmica das políticas públicas é guiada pela preferência institucional do sistema político, comportando como protagonistas os Poderes Executivo e Legislativo. De outra senda, é cediço que, em uma concepção clássica da teoria da separação de poderes, incube ao Legislativo a tarefa precípua de elaboração e produção legislativa. À evidência disso, questiona-se: então por que discutir o direito à justificativa e o devido procedimento na elaboração normativa em face do Poder Executivo federal? Qual é a relevância de restringimos o escopo desse trabalho ao âmbito da edição de medidas provisórias que vinculam políticas públicas?

A relevância da discussão do DPEN em face de políticas públicas já foi superada e enfrentada nos tópicos antecedentes; cumpre-nos agora atestar a pertinência do direito à justificativa em face do Poder Executivo federal na edição de medida provisória; porém, antes de assinalarmos os motivos providos pelo sistema constitucional e político brasileiro que direcionam a nossa atenção ao Poder Executivo, é dever nosso ter em mente, ainda que de maneira panorâmica, e à guisa de advertência, a revisão da separação de poderes e a descentralização legislativa.

Sobre esse ponto em específico, não se pode perder de vista que a teoria da separação dos poderes arquitetada por Montesquieu foi originalmente erigida como resposta aos abusos perpetrados pelo Absolutismo, a partir da constatação da nocividade da concentração de poderes para o exercício dos direitos e liberdades dos cidadãos. Todavia, percorrido a transição do Estado Liberal para um Estado Social, condensando-se em uma constituição de natureza dirigente, como a brasileira, seria incorrer em anacronismo utilizar o modelo montesquiano clássico sem fazer as devidas adaptações às peculiaridades atuais do ordenamento jurídico brasileiro. Diferente do *Ancien Regime*, a República Federativa Brasileira é informada pelo princípio democrático, consagrando uma série de direitos fundamentais, cuja efetividade deve ser garantida por todos os poderes constituídos.

Desse modo, a separação absoluta e rígida de poderes, além de impossível, é indesejada, não se coadunando com a exigência constitucional de coordenação e cooperação entre os Poderes para o exercício das tarefas sociais que a Constituição de 1988 os atribui.

A “emergência do Estado Social”, somada a “emergência da sociedade técnica”⁶², alargam as competências desempenhadas pelo Executivo, desembocando, também, na descentralização da função legiferante, compreendida como fenômeno no qual é possível a confecção de atos normativos por outros órgãos que não o Legislativo. Nesse cenário, ascende-se o papel do Executivo no exercício da atividade legislativa.

Estabelecido os apontamentos iniciais e genéricos da revisão da separação de poderes e salientado o papel legislativo exercido pelo Executivo hodiernamente, voltemos para sistematização dos motivos jurídicos, políticos e institucionais que nos direciona à análise do direito à justificativa diante do Executivo no cenário constitucional brasileiro.

Há de se apontar como um dos fatores que credenciam a relevância do tema em conexão com o Executivo a expansão da atividade normativa desempenha por este Poder na sistemática constitucional vigente, como também a maior participação do Chefe do Poder Executivo na produção legislativa⁶³. O mandatário do Poder Executivo envolve-se ativamente do processo legiferante através de duas formas: ou participando de alguma das fases do processo legislativo, seja por meio da iniciativa, da sanção, do veto, da promulgação e publicação da lei; ou elaborando, por si mesmo, um ato normativo⁶⁴.

Mister frisar, nesse sentido, a critério de exemplo, que cabe ao Executivo a iniciativa de leis orçamentarias (art. 165 da CF/88). A perspectiva orçamentária é um ponto fulcral para a política pública dispor de recursos que a atribuam aptidão na busca pelos objetivos socialmente relevantes. É preciso dispor de recursos financeiros para que uma política pública se concretize, visto que, em torno dela, há elementos e atividades que exigem um dispêndio e gasto de verba pública, como a contratação de equipe pessoal, elaboração de relatórios, manutenção e criação de estruturas administrativas, formulação de campanhas publicitárias de conscientização. Desse modo, é fácil concluir que o Executivo detém poder de manuseio sobre

⁶² “O vir à tona do Estado social e da sociedade técnica dificulta o exercício, pelo parlamento, da função legislativa. Primeiro, porque o Estado social e a sociedade técnica exigem do Legislativo um preparo técnico que não pode ser encontrado num órgão cuja composição não é de especialistas, e sim de mandatários eleitos. Depois, porque o processo legislativo nem sempre pode ser célere. De uma estrutura colegial, formada por um número nem sempre pequeno de congressistas, não se pode exigir que a tomada de decisão seja tão rápida como a do Executivo”. CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do poder executivo**. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 49

⁶³ Registre-se que não é pretensão desse trabalho uma análise da legitimidade da expansão normativa do Executivo, nem um estudo da validade das normas produzidas por ele sobre o ângulo da legalidade. A referência à essa descentralização legislativa e predominância do Executivo na produção legiferante à nível federal cumpre apenas como exemplo para suscitar a relevância do debate do direito à justificativa em face desse Poder.

⁶⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do poder executivo**. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 91.

o orçamento, e que tal poder o credencia como lócus preferencial e tradicional na condução de políticas públicas.

Além disso, o presidente da República dispõe de forte influência na organização da administração pública e estruturação do Estado. Isso porque, segundo a dicção constitucional, são de iniciativa privativa do Chefe do Executivo as leis que versem sobre “criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração”, “organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios” (art. 61, II, a e b, da CF/88). Alinhando-se a esse dispositivo constitucional, o art. 84, inciso IV da nossa Lei Fundamental firmar ser de competência privativa do presidente “dispor, mediante decreto, sobre [a] organização e funcionamento da administração federal”.

Com a explanação das duas iniciativas competentes constitucionalmente ao Executivo, somos capazes de identificar duas razões para atentar-se à iniciativa governamental em disciplina legislativa: i) razão financeira e orçamentária, atribuindo à Presidência iniciativa sobre leis orçamentárias; e ii) razão administrativa, firmando a competência do Executivo na estruturação do corpo burocrático estatal.

Não apenas dispondo do poder de iniciativa, o chefe do Executivo federal ainda conta com o poder de solicitar urgência na votação e apreciação dos projetos de lei de sua iniciativa (art. 64, § 1º, CF/88), de modo que eventual não apreciação pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal da proposição legislativa do Executivo em até quarenta e cinco dias, sobrestará “todas as deliberações legislativas da respectiva Casa, com exceção das que tenham prazo constitucional determinado” (art. 64, § 2º, CF/88).

Dotado desses mecanismos explicitados (apresentação de projetos de lei e de pedido de urgência na tramitação), o Poder Executivo exerce um poder de agenda, podendo controlar o conteúdo e a ordem dos trabalhos no Legislativo, de modo a inserir programas de atuação governamental e políticas de seu interesse na agenda legislativa desse Poder⁶⁵.

O poder de ditar a agenda do Legislativo é acrescido pela prerrogativa constitucional do presidente de editar medidas provisórias, em caso de relevância e urgência e em face de matérias constitucionalmente determinadas. Esse poder de inserir pautas na agenda do Legislativo se acentua com a previsão do art. 62, § 6º, da Constituição, ao possibilitar a tramitação em regime de urgência de medida provisória, se ultrapassado 45 dias sem qualquer

⁶⁵ LUZ, Joyce; AFLALO, Hannah Maruci; DUTRA, Ana Beatriz. A relação Executivo-Legislativo revisitada: a governabilidade da coalizão no Brasil. *In*: DANTAS, Humberto (Orgs.). **Governabilidade**: para entender a política brasileira. Rio de Janeiro: Konrad Adenauer Stiftung, 2018, p. 51.

deliberação no Congresso Nacional. Vencido esse período, as deliberações legislativas ficam sobrestadas pelo não cumprimento do prazo de apreciação da medida⁶⁶.

Nesse diapasão, destaca-se que amiúde o Poder Executivo tem se valido das medidas provisórias como meio de vinculação e juridificação de políticas públicas. O Programa do Fundo de Financiamento do Ensino Superior (FIES), o Programa Bolsa Família, o Programa Mais Médicos e o Programa de Parcerias de Investimento são alguns exemplos que ilustram a veiculação de políticas públicas mediante o uso de medidas provisórias editadas pelo Executivo federal⁶⁷. O emprego recorrente dessa instrumentação normativa pelo chefe do Executivo justifica à análise do direito ao devido procedimento na elaboração normativa em face da edição de medidas provisória, ainda mais quando constatamos que tal medida constitui um ato normativo primário, capaz de inovar no ordenamento jurídico, além de possuir eficácia imediata.

Assim, a despeito das distintas expressões jurídicas e suportes legais que juridificam uma política pública, a escolha por essa espécie normativa se dá por conta do seu uso recorrente pelo Executivo federal para veicular seus programas de ação governamental. Somado a isso, nos termos das lições empreendidas por Clèmerson Merlin Clévi, inexistem contradições prévias da medida provisória no cenário jurídico brasileiro. Para o autor, “inocorre, em nosso país, qualquer debate prévio acerca das providências adotadas, na medida em que substanciam matéria de exclusiva competência do Presidente da República (órgão unipessoal e não colegial como o governo parlamentarista)”⁶⁸. A inviabilidade de discussão prévia, somada a eficácia imediata da medida, avulta a importância de o Executivo expor os motivos, para o exercício de um controle a posteriori, seja pelo Congresso ou pela sociedade e opinião pública, que, em um regime democrático, exercem papel vital para fiscalização do exercício do poder.

A particularidade da estrutura unipessoal e não colegial do Executivo apontada nos permite deduzir que, em tese, a produção normativa a cargo do Executivo não se submete a mesma oposição e deliberação visualizada no âmbito do Congresso Nacional. O Legislativo, até por conta de sua composição proporcional (com exceção do Senado Federal), é casa, por excelência, do dissenso, da oposição e dos debates, contando com comissões internas com salutar papel no processo legislativo, de modo que podem realizar “audiências públicas com

⁶⁶ Sobre esse ponto específico, vale destacar decisão monocrática do Ministro Celso de Mello, proferida no mandado de segurança 27931, firmando o entendimento de que somente as matérias que podem ser veiculadas por medidas provisórias ficam sobrestadas, de modo que aquelas que não constituem escopo de MP devem ter sua tramitação assegurada.

⁶⁷ PINHO, Clóvis Alberto Bertolini de. Medidas provisórias e políticas públicas: uma análise do papel do Congresso Nacional nas políticas de saúde do governo Dilma (2011-2016). **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. Brasília, v. 8, nº 3, 2018, p. 56.

⁶⁸ CLÉVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do poder executivo**. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 153.

entidades da sociedade civil” e “convocar Ministros de Estado para prestar informações sobre assuntos inerentes as suas atribuições” (art. 58, § 2º, da CF/88). Esse mesmo ambiente não se projeta no domínio dos órgãos e estruturas do Poder Executivo⁶⁹, o que torna premente a exigência de exposição de motivos e apresentação de justificativas para elaboração de uma norma jurídica pelo chefe do Executivo.

Ademais, vale colacionar a conclusão arremata pela Ana Paula de Barcellos, ao indicar que os projetos oriundos do Executivo federal não são objetos de amplos debates no Congresso Nacional. Constatando a predominância da produção legislativa do Executivo no plano federal, a autora sinaliza alguns indicadores que atestam a celeridade no processamento dos projetos de origem do Executivo, corroborando, por conseguinte, a tese de que os debates e as discussões acerca desses projetos são limitados. Os indicadores são: quantidade de emendas sofridas, tramitação em regime de urgência e dificuldade no desenvolvimento dos trabalhos das comissões parlamentares – esse último indicador acaba por ser uma das consequências da tramitação de urgência, pois ela implica, por vezes, no prejuízo dos trabalhos desenvolvidos pelas comissões internas das Casas Legislativas e na dificuldade de submissão dos projetos do Executivo à essas comissões.

Essa pequena abordagem desenvolvida é suficiente para justificar a abordagem do presente estudo. O protagonismo do Executivo na produção legislativa e o pouco debate em torno dos projetos oriundos desse Poder nas casas legislativas revestem de relevância e conveniência a discussão do tema de um direito constitucional ao devido procedimento na elaboração normativa, exigindo do Presidente da República a apresentação pública de justificativas que o conduziram a editar uma medida provisória que vincula uma política pública sobre direitos fundamentais.

⁶⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. **Direitos fundamentais e direito à justificativa**: devido procedimento na elaboração normativa. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 81.

3 A VIABILIDADE JURÍDICA DE UM DIREITO FUNDAMENTAL À JUSTIFICATIVA: O SEU FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

No capítulo antecedente destacamos a relevância pragmática do reconhecimento de um direito à justificativa, impondo deveres ao proponente da norma de apresentação pública das razões e informações acerca das proposições normativas, com ênfase naquelas que versam sobre políticas públicas. Foram esclarecidos pontos acerca da necessidade do contínuo monitoramento das políticas e do papel supletivo da jurisdição na implementação delas, desencadeando em uma preferência *prima facie* pelo processo político e pelas soluções coletivas.

Das reflexões formuladas anteriormente, aferimos, em face de razões de natureza institucional, o protagonismo das instâncias majoritárias, Legislativo e Executivo, vez que elas detêm maior legitimidade e capacidade no desenvolvimento e implementação de políticas públicas com foco específico nos mais vulneráveis, que muitas das vezes escapam do olhar do Poder Judiciário.

Também diagnosticamos o Poder Executivo como *locus preferencial* de formulação de políticas públicas, destacando o desenho institucional brasileiro e o conjunto de poderes conferidos ao Chefe do Poder Executivo.

Realizadas essas deduções, fomos capazes de esclarecer a relevância de se discutir a obrigatoriedade da exposição de motivos que vinculam o proponente ao conteúdo mínimo do devido procedimento na elaboração normativa. O direito à justificativa, ao nosso entender, é de importância salutar para o que pactuamos chamar de promoção equitativa e sustentável dos direitos fundamentais e dos programas de ação concretizadores desses direitos, como também mecanismo apto a viabilizar o controle social dos poderes, revelando, portanto, o potencial de fomento à democracia do DPEN.

Todavia, a despeito do seu potencial de fomentação da democracia e de promoção equitativa de política públicas, o dever de apresentação de justificativas precisa estar alicerçado em fundamentos constitucionais. A mera conveniência política ou satisfação moral não é critério para identificação de um direito fundamental; se assim fosse, estaríamos a testemunhar uma banalização dos direitos constitucionais e o seu conseqüente esvaziamento, vez que “tudo” poderia ser catalogado sobre a rubrica jurídica de direitos fundamentais. O que deve imperar na análise dos fundamentos do DPEN não são as nossas vontades pessoais, mas sim a real vontade da Constituição.

Assim sendo, uma vez superada a viabilidade política e prática do direito ao DPEN, as atenções do nosso trabalho rumam para identificação da viabilidade jurídica do direito à justificativa. Dito de outro modo, cabe se perguntar sobre a possibilidade do reconhecimento de um direito fundamental à justificativa perante o Poder Executivo federal na edição de medidas provisórias, momento aquelas que versam sobre políticas públicas, em face dos princípios e do regime adotados pela Constituição Federal de 1988.

Para essa empreitada, cumpre esclarecer, desde logo, a nossa opção metodológica de proceder a análise da fundamentação jurídica do DPEN tendo como parâmetro três eixos de fundamentos constitucionais. A fim de perquirir a viabilidade jurídico-constitucional do direito à justificativa, a nossa investigação estará fincada nesses três grupos de fundamentos que podem servir de base para a identificação do direito ao devido procedimento na elaboração normativa.

O primeiro fundamento a ser investigado consiste na cláusula de abertura material (ou não tipicidade), contida no art. 5º, § 2º, da atual Constituição brasileira. Buscaremos examinar o alcance e significado dela, ao permitir a ampliação do catálogo de direitos fundamentais, mediante a inclusão de outros direitos a essa lista. De modo parecido, será intento nosso demonstrar as possibilidades constitucionais de reconhecimento de outros direitos fundamentais não previstos no Título II da Constituição e, a partir dessas espécies de direitos fundamentais atípicos, sinalizar em qual desses quadrantes estaria situado o direito à justificativa.

Quanto ao segundo grupo de fundamentos a serem examinados, teremos as opções fundamentais de estruturação do Estado brasileiro como objeto de investigação. Nessa toada, nos debruçaremos sobre os princípios republicano e democrático, a centralidade dos direitos fundamentais na ordem jurídica brasileira, e o Estado de Direito e o sistema constitucional de elaboração legislativa.

Por fim, como último grupo de base constitucional para o DPEN, exploraremos o princípio constitucional da transparência e o dever de publicidade dos agentes pertencentes ao Poder Público.

Fincado nessa ideia que seguiremos a análise da viabilidade de um direito fundamental à justificativa. Procederemos um exame mais acurado de cada um dos fundamentos, a fim de identificar se de fato a Constituição permite reconhecer um direito de cunho procedimental, a ser respeitado pelo proponente da norma quando da propositura de um diploma jurídico, ou se a adoção desse direito implica em uma intromissão indevida do direito constitucional em um espaço assentado pela dinâmica política.

Cabe, logo de início, advertir que esses fundamentos analisados, embora tratados em tópicos distintos, para fins de esquematização dos alicerces do DPEN, se imbricam mutuamente. A ideia de transparência não somente constitui um princípio autônomo, como também é uma exigência que decorre do próprio princípio republicano. A transparência, além do mais, é um meio que instrumentaliza a participação e vigilância social, aspectos essenciais para um Estado que se pretende democrático e republicano.

Estabelecidas essas premissas iniciais, passemos a investigação de cada um dos fundamentos elencados. Começemos, portanto, com o exame do conceito materialmente aberto de direitos fundamentais no direito constitucional positivo brasileiro, de modo a compreender o significado e alcance da cláusula de abertura material ou de inesgotabilidade dos direitos fundamentais do art. 5º, § 2º, da CF/88.

3.1 A CLÁUSULA DE ABERTURA MATERIAL CONTIDA NO ART. 5º, PARÁGRAFO 2º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL: DIREITOS FUNDAMENTAIS ATÍPICOS

O direito à justificativa, sobre o qual este trabalho se debruça, não se encontra expressamente positivado no texto constitucional brasileiro. Nem adianta ler a Constituição “de cabo a rabo” na esperança de se encontrar um dispositivo que faça referência expressa a um direito à justificativa, versando sobre o devido procedimento na elaboração normativa. Esta disposição expressa inexistente, seja no Título II da Constituição, sobre os “Direitos e Garantias Fundamentais”, ou nos demais Títulos da textura constitucional.

Aqueles que desconhecem ou conhecem minimamente o sistema constitucional brasileiro e as disposições contidas na nossa Carta Magna, possivelmente se questionarão: é então possível o reconhecimento de direitos fundamentais ainda que não expressos na Constituição e dispostos no seu Título II? A resposta à essa pergunta é positiva: sim, é possível; e isto se deve a cláusula de abertura material dos direitos fundamentais.

Seguindo a tradição das Constituições brasileiras republicanas⁷⁰, a Constituição de 1988 concebeu a existência de um conceito material de direitos fundamentais, o que significa dizer que abriu chances para identificação e reconhecimento de outros direitos para além daqueles expressamente consignados na nossa Lei fundamental. Nesse ponto, foi prevista a

⁷⁰ Essa tradição de abertura material dos direitos fundamentais se iniciou com a Constituição republicana de 1891 (art. 78) e prosseguiu com todas as constituições brasileiras posteriores a ela, visualizando alguma variedade na literalidade do texto da cláusula de abertura. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 79.

regra contida no art. 5º, § 2º, na qual “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Daí se pode concluir que existem direitos que, mesmo não estando catalogados no rol do Título II, mas em face de sua substância e fundamentalidade, recebem a etiqueta constitucional.

Essa cláusula exauri a sua razão de ser na esteira do entendimento de que o processo histórico de reconhecimento e positivação dos direitos humanos está em constante evolução, é uma página em aberto, possibilitando a consagração de outros direitos que não foram inicialmente redigidos pelo constituinte. Esse contínuo caminhar dos direitos fundamentais é decorrência da própria natureza dos sujeitos titulares dessas situações jurídicas-fundamentais: o ser humano é guiado pelo princípio da evolução, de modo que as nossas relações sociais se transformam com o decurso do tempo, e, junto com elas, outras exigências e demandas por direitos passam a surgir. Evidenciando-se isso que a inegotabilidade dos direitos fundamentais impõe a necessária abertura material da Constituição

Ingo Wolfgang Sarlet, ao buscar a exegese do art. 5º, § 2º e o alcance dessa cláusula de abertura, cogita a existência de duas espécies de direitos fundamentais, os direitos formal e materialmente fundamentais, correspondentes aqueles expressos no texto da Constituição formal, e os direitos apenas materialmente fundamentais, ou seja, direitos sem assento no texto da Constituição, mas com conteúdo constitucional⁷¹. O referido autor também sinaliza uma outra corrente doutrinária que propugna pela existência de um terceiro grupo: os direitos apenas formalmente fundamentais.

Além disso, interpretando a cláusula de não tipicidade, somos capazes de enxergar três fontes⁷² dos quais os direitos materialmente fundamentais podem advir: i) do regime constitucional, seja do regime *lato sensu*, correspondente as normas constitucionais como um todo, seja do regime constitucional *stricto sensu*, referente as normas constitucionais que regulam o subsistema constitucional dos direitos e garantias fundamentais; ii) dos princípios constitucionais; e iii) dos tratados internacionais de direitos humanos que o Brasil é signatário⁷³.

⁷¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 82.

⁷² DOS SANTOS, Eduardo Rodrigues. **Direitos fundamentais atípicos**: análise da cláusula de abertura – art. 5º, § 2º, da CF/88. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 107.

⁷³ Deixemos desde logo consignado que não constitui objetivo dessa pesquisa investigar o alcance e conteúdo da cláusula de abertura material em face dos tratados internacionais sobre direitos humanos que a República Federativa do Brasil seja signatária. Quem tem interesse sobre a discussão do tema, remetemos à seguinte obra: PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

Nesse sentido, para investigação da fundamentalidade do direito à justificativa, socorremo-nos da classificação proposta por Eduardo Rodrigues do Santos. Para o autor, a partir das três fontes firmadas, podemos concluir que os direitos fundamentais atípicos, ou seja, os direitos fundamentais sem assento expresso no Título II da Constituição brasileira, são um gênero do qual comportaria quatro espécies: i) direitos fundamentais não enumerados, ii) direitos fundamentais implícitos, iii) direitos fundamentais atípicos *stricto sensu*, e iv) direitos humanos fundamentais, advindos dos tratados internacionais⁷⁴.

Para o nosso trabalho, nos interessa as três primeiras espécies de direitos fundamentais atípicos, demandando, ainda que breve, uma excursão sobre o sentido e significado da cada um deles.

A primeira espécie de direitos fundamentais atípicos, os não enumerados, que também atendem pelo nome de “direitos fundamentais dispersos na Constituição”, refere-se aos direitos e garantias fundamentais positivados expressamente no texto constitucional, mas sem estarem contidos no Título II da Constituição, ou seja, fora do rol típico dos direitos fundamentais⁷⁵. São exemplos de direitos fundamentais fora do catálogo, mas com status constitucional formal e material, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225, CF/88) e o direito ao ensino público fundamental obrigatório (art. 215, CF/88).

Por sua vez, a segunda possibilidade constitucional de direitos fundamentais atípicos, os direitos fundamentais implícitos, trata daqueles direitos e garantias sem previsão expressa na Constituição, mas implicitamente contidos em face do regime constitucional adotado. Essa espécie de direitos fundamentais atípicos, além de estar alicerçada no regime e nos princípios constitucionais, exauri a sua fundamentalidade de algum dispositivo constitucionalmente positivado, ou seja, é implícito a algum direito ou garantia fundamental contida na Constituição Federal.

Por fim, há de se destacar também os direitos fundamentais atípicos *stricto sensu*, que são os direitos fundamentais decorrentes, exclusivamente, do regime e dos princípios adotados pela Constituição. Assim sendo, a sua jusfundamentação é decorrência única do sistema constitucional, do sistema dos direitos fundamentais e dos princípios fundamentais de

⁷⁴ O autor ainda aponta uma corrente doutrinária que advoga pela possibilidade constitucional de direitos fundamentais extravagantes, advindos exclusivamente de legislação infraconstitucional; doutrina esta que ele refuta. Como os fundamentos do direito à justificativa estão contidos na própria Constituição, não pretendemos enfrentar esse problemática, pois representaria um desvio no tema aqui proposto. DOS SANTOS, Eduardo Rodrigues. **Direitos fundamentais atípicos: análise da cláusula de abertura** – art. 5º, § 2º, da CF/88. Salvador: Juspodivm, 2017.

⁷⁵ DOS SANTOS, Eduardo Rodrigues. **Direitos fundamentais atípicos: análise da cláusula de abertura** – art. 5º, § 2º, da CF/88. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 215.

estruturação estatal, não estando expresso em outro Título da Constituição ou implícito em outro direito assegurado constitucionalmente. Difere das duas espécies anteriormente abordadas pois não encontra positividade expressa, como no caso dos direitos fundamentais atípicos não enumerados, nem implícita, como no caso dos direitos atípicos implícitos, cuja a fundamentalidade se extrai não apenas do regime constitucional, mas também de algum direito e garantia fundamental. A fundamentalidade, portanto, dos direitos atípicos em sentido estrito é única e exclusivamente aferida pelo regime e princípios constitucionais que fundam a ordem jurídica brasileira.⁷⁶

É nesse ponto, referente aos direitos atípicos, que surge o nosso interesse de investigar a possibilidade constitucional de reconhecimento de um direito fundamental à justificativa à luz da cláusula de abertura a novos direitos fundamentais.

Para nós, valendo-se da classificação das espécies de direitos fundamentais atípicos, o direito constitucional à justificativa estaria inserido na classe dos direitos fundamentais implícitos. Justifiquemos a nossa escolha.

Como o DPEN decorre não somente dos princípios constitucionais republicano, democrático, do Estado de direito e do sistema constitucional de centralidade dos direitos fundamentais, mas também exauri sua fundamentalidade do direito de acesso à informação, entendemos que ele se enquadra na categoria de direitos fundamentais implícitos. Nota-se, com isso, que a abordagem da fundamentação constitucional do direito à justificativa está respaldada no regime e princípios constitucionais e também é implícita a um direito expressamente positivado na Constituição Formal, qual seja: o direito de acesso à informação.

Desenvolvido o enquadramento do direito ao DPEN à luz da classificação dos direitos fundamentais atípicos, um primeiro obstáculo é superado no reconhecimento do direito à justificativa, restando-nos, então, investigar os fundamentos constitucionais que sedimentariam esse direito, e se esses fundamentos são suficientes para propugnarmos por um direito fundamental ao devido procedimento na elaboração normativa.

3.2 OS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DEFINIDORES DA ESTRUTURA ESTATAL

Um segundo conjunto de fundamentos constitucionais do direito à justificativa decorre das opções fundamentais de estruturação do Estado brasileiro. Nesse ponto, estaremos

⁷⁶ DOS SANTOS, Eduardo Rodrigues. **Direitos fundamentais atípicos**: análise da cláusula de abertura – art. 5º, § 2º, da CF/88. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 244-243.

diante das decisões políticas triunfantes na Assembleia Constituinte encarregada de elaborar a Constituição de 1988.

Esses princípios e decisões políticas fundamentais fixam a estrutura do Estado brasileiro, servindo como guia para atuação dos poderes constituídos. O poder político, e mais especificamente o chefe do Poder Executivo federal, no âmbito desse trabalho, não pode se furtar a exercer suas atividades sem ter esses princípios como parâmetro. A atividade de elaboração normativa deve ser conduzida por tais opções estruturais; o poder político não está imune a elas, ao revés, as deve obediência, pois esse poder é fruto do poder constituinte, e não se pode negar que este tem uma ascendência política institucional em relação àquele: o poder constituinte elabora uma Constituição, e é essa Constituição que disciplina os poderes.

Uma vez que os princípios e escolhas políticas conformadores da vida estatal são normas jurídicas com força cogente, vinculam todos os poderes e servem de referência para atuação dos órgãos estatais. Assim, é possível destacar os seguintes fundamentos que servem de supedâneo para o direito ao devido procedimento na elaboração normativa: o princípio republicano, o princípio democrático, a centralidade e o devido respeito aos direitos fundamentais, como decorrência da escolha fundamental que define a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado, e o Estado de Direito em conjunto com o sistema constitucional de elaboração legislativa.

3.2.1. Princípio republicano

Comumente a República é definida como forma de governo contraposta à monarquia. A assertiva é correta, porém incompleta. O princípio republicano não se encarrega apenas de definir a forma de governo, ele é mais do que isso, também entendido como fonte de direito e alvo a ser perseguido, além de ser diretriz fundamental para interpretação da legislação e das próprias normas albergadas na Constituição.

Quanto fonte de direito, o princípio republicano serve como fundamento para o reconhecimento e construção de direitos materialmente fundamentais, e, no caso em questão, é um dos alicerces constitucionais que legitimam o reconhecimento do direito à justificativa como direito fundamental atípico.

Dentre as características atribuídas ao princípio republicano, são merecedoras de destaque, em conexão com a fundamentação do direito à justificativa, a responsabilidade do agente político, a relação de não dominação entre governantes e governados, e a impessoalidade, transparência e controle da coisa pública.

O governo republicano há de ser exercício com responsabilidade, o que significa dizer que os governantes devem responder pelos seus atos perante os governados. A dinâmica é a de responsabilização dos agentes políticos pelas irregularidades que venham a cometer, diferente de regimes monárquicos absolutistas em que os reis se situavam acima da lei e não respondiam política e juridicamente por suas atitudes⁷⁷, imperando a máxima do “*The king can do no wrong*”.

Se os governantes se submetem a mecanismos de responsabilização pessoal, como o impeachment, por exemplo, de modo igual devem se sujeitar a mecanismos que viabilizem a fiscalização e vigilância social diante do exercício de suas atribuições políticas, ainda mais quando elas consistem na elaboração normativa, uma vez que a norma jurídica tem o condão de afetar uma generalidade de pessoas. Recortando para as normas jurídicas que implementam políticas públicas, esse dever de justificação se faz ainda mais premente, já que, em regra, a implementação e concretização de uma política pública desencadeia em dispêndio de verba pública, e esses recursos públicos são, em sua maioria, custeados pela sociedade através da tributação.

O ideal republicano é também associado à ideia de liberdade contra a tirania, ou seja, é contrário a sujeição e dominação dos cidadãos aos governantes exercentes do poder político e responsáveis pela gestão da *res publica*. Inserido nesse contexto, o direito à justificativa revela-se de grande valia para as ideias ventiladas pelo princípio republicano. O direito ao devido procedimento na elaboração normativa vem a ser mais uma regra que limita o exercício do poder político, exigindo que o proponente da norma preste contas à sociedade e aos demais poderes, expondo publicamente as justificativas e razões que o fizeram elaborar alguma espécie normativa.

Se o exercício do poder político está assentando na soberania popular (“todo poder emana do povo”), os Poderes estatais devem ao povo respeito, e uma das formas de demonstração desse respeito consiste na prestação de justificativas. Os Poderes estatais devem regularmente, em um exercício de *accountability*, prestar esclarecimentos e informações de suas ações aos titulares do poder constituinte: o povo.

O espírito do republicanismo firma um compromisso com uma concepção de liberdade “que não dispensa o envolvimento dos cidadãos nos assuntos públicos e na

⁷⁷ Recorrendo ao histórico das Constituições brasileiras, depara-se com a previsão de irresponsabilidade do imperador na Constituição imperial de 1824. “Art. 99. A Pessoa do Imperador é inviolável, e Sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma”.

formulação do bem comum”⁷⁸. Portanto, mais dois componentes podem ser extraídos do princípio republicano: a impessoalidade e a transparência da atividade governamental.

Assim sendo, ao confeccionar uma norma jurídica versando sobre política pública, o agente público está a tratar de um problema de interesse da coletividade, não podendo, por exigência da impessoalidade, se relacionar com uma questão pública como se fosse assuntos particulares e individuais⁷⁹, até porque a implementação de uma política, como dito, envolve gastos que são custeados pela sociedade.

Nesse sentido, há uma exigência de transparência nas informações que envolvam a gestão da coisa pública, de modo que podemos concluir que a atividade normativa estatal e as razões de se elaborar uma norma jurídica devem ser publicizadas. Esse dever de fundamentação é um antídoto a ausência de transparência, típica dos regimes autoritários.

Além disso, a exposição da justificativa e dos motivos da norma jurídica têm potencial de fomentar a democracia e habilitar que a sociedade possa desenvolver uma vigilância social dos poderes, de modo que os atos do governo estejam sempre “submetidos ao juízo e à crítica dos cidadãos, seja em assembleias representativas, seja na sociedade civil organizada, para aprofundar as relações de não dominação”⁸⁰. Nessa toada, o controle público das decisões políticas é um elemento de salutar importância para os ideais republicanos.

3.2.2. Princípio democrático

A apresentação das razões e informações pelos agentes públicos, correlacionado a um dos deveres do devido procedimento a elaboração normativa, tem um grande potencial de fomentar o debate público, incrementando a democracia e aumentando a percepção de legitimidade da norma e do próprio sistema democrático. Não custa lembrar que um dos princípios fundamentais de conformação da vida estatal é o princípio democrático⁸¹. O Estado brasileiro é erigido como um Estado Democrático de Direito. O Poder Executivo, no exercício da elaboração da norma, não pode desatentar para esse detalhe. Esse princípio deve servir de

⁷⁸ SCHWARCZ, Lilia M.; STARLING, Heloisa M. Introdução: em busca da república. In: SCHWARCZ, Lilia M.; STARLING, Heloisa M (Orgs.). **Dicionário da república**: 51 textos críticos. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, p. 15

⁷⁹ SARMENTO, Daniel. O princípio republicano nos 30 anos da Constituição de 88: por uma república inclusiva. **Revista EMERJ**. Rio de Janeiro, v. 20, n. 3, Setembro – Dezembro, 2018, p. 296-318.

⁸⁰ FALCÃO, Luís. Participação e cidadania. In: SCHWARCZ, Lilia M.; STARLING, Heloisa M (Orgs.). **Dicionário da república**: 51 textos críticos. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, p. 274.

⁸¹ Conforme o art. 1º, CF/88: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos”.

referência e horizonte ao Executivo quando do exercício de sua função de elaboração normativa.

Assim sendo, a obrigatoriedade de observância ao conteúdo mínimo do direito à justifica, comportado pelo dever de exibição pública dos problemas a serem enfrentados pela norma, os resultados finais pretendidos e uma antecipação dos custos e impactos da medida adotada pela norma, corresponde a uma medida de caráter obsequioso aos valores democráticos, possibilitando a absorção das razões apresentadas pelo proponente pelos cidadãos.

Um dos critérios que deve ser almejado em um ambiente democrático é o entendimento esclarecido dos cidadãos. Nesse sentido, afirma Robert Dahl “cada membro deve ter oportunidades iguais e efetivas de aprender sobre as políticas alternativas importantes e suas prováveis consequências⁸²”. Para que isso seja possível, a publicidade das razões e justificativas que levaram o Legislativo ou Executivo a elaborar determinada norma se faz imperioso, até porque essas normas, em especial para as que versam sobre políticas públicas, têm alto potencial de interferência na vida prática dos cidadãos como também na própria fruição de alguns dos seus direitos. Dessa forma, o entendimento esclarecido, até como forma de exercício do controle social e da cidadania pelo povo, fica comprometido sem a apresentação pública das justificativas. A sociedade só poderá exercer esse controle social e adquirir o esclarecimento acerca das proposições normativas se lhe for dada o direito a conhecer as razões e motivos que levaram o Parlamento ou o Executivo a adotar determinada medida; do contrário, haverá uma grande déficit nesse quesito⁸³.

Ademais, a publicidade é necessária em um Estado que almeje ser democrático; o sigilo e o segredo são palavras que não correspondem ao campo lexical da democracia. O poder precisa ser visível, pois “a opacidade do poder é a negação da democracia⁸⁴”. A democracia é o governo do poder visível, para que os atos dos diversos agentes públicos sejam submetidos a opinião pública e controle social. Um governo democrático não pode agir na penumbra, pelo contrário, deve-se dar à luz do dia e em praça pública, sob o controle e o crivo da opinião pública e dos mais diversos setores e corporações que compõem a sociedade brasileira.

⁸² DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2016, p. 49.

⁸³ É claro que não incorremos na ingenuidade de acreditar que a apresentação pública de informações e razões terá o condão de promover uma ampla mobilização social para participação da sociedade nos debates públicos, há outros fatores subjacentes ao desinteresse político e falta de engajamento. Porém, a ausência dela dificulta ainda mais o esclarecimento da população.

⁸⁴ BOBBIO, Norberto. **Democracia e segredo**. São Paulo: Editora Unesp, 2015, p. 35.

3.3.3. Centralidade dos direitos fundamentais

Ao depositarmos uma leitura atenta da Constituição, somos capazes de atestar a centralidade que os direitos fundamentais lograram com o advento da ordem constitucional que se inaugurava em 1988.

Não nos cabe aqui fazer uma digressão no tema, pois já foi ponto de análise no capítulo sobre a relevância de um direito à justificativa. O que é importante atestar é que a centralidade que a Constituição atribui aos direitos e garantias fundamentais junta-se a lista de motivos que fundamentam o DPEN.

O direito à justificativa exauri a sua jusfundamentalidade do necessário respeito ao indivíduo e da sua dignidade humana, que não custa lembrar constitui um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Desse modo, a apresentação de justificativas revela-se uma demonstração de respeito do Poder Público para com o cidadão, e esse entendimento de respeito a condição humana espalha-se no ordenamento jurídico brasileiro.

Ana Paula de Barcellos destaca situações em que a ideia de respeito ao ser humano está subjacente: vedação de tratamento desumano ao preso, a imposição de restituição quando se causa um dano, a dispensa coletiva e a apresentação de justificativas como um dos requisitos mínimos a serem atendidos⁸⁵.

O dever de fundamentação também se revela no escopo do processo judicial, com imposição da decisão judicial ser devidamente fundamentada. Nesse ponto em específico é que nos questionamos: se decisões judiciais precisam apresentar motivação, pois afetam a vida das pessoas, não se pode dizer o mesmo da atividade normativa? A edição de normas deve se submeter à exigência de justificação? As leis não afetam a vida das pessoas assim como as decisões judiciais? O fato das normas serem abstratas e gerais, diferente de uma decisão judicial que interfere em um caso concreto, é um óbice à apresentação de justificativas? As normas, ainda que não de forma direta como as decisões judiciais, não afeta a vida dos cidadãos? Nesse sentido pensemos: normas penais não afetam segurança pública? Normas sobre direito urbano e ambiental não têm o poder de afetar proprietários de bens imóveis e qualidade de vida das pessoas? Uma medida provisória que trata sobre a aquisição de vacinas e sobre o Plano de Operacionalização da Vacinação contra Covid-19 não tem o condão de afetar a população e o seu direito à saúde? Uma MP que fixe um auxílio emergencial para enfiamento da emergência

⁸⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. **Direitos fundamentais e direito à justificativa**: devido procedimento na elaboração normativa. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 92.

de saúde pública gerada pela pandemia da covid-19 não tem o potencial de afetar a vida de milhares de famílias?

Ao que tudo indica sim: as normas jurídicas afetam a vida dos cidadãos, e mais do que isso tem o potencial de afetar diretamente o exercício de direitos fundamentais. Uma vez que as normas jurídicas criam obrigações e restringem a liberdade, levar a sério a elaboração normativa significa levar à sério os direitos fundamentais.

Como discorrido alhures, por vezes, normas jurídicas que elaboram políticas públicas preveem serviços e criam estruturas administrativas que são custosas do ponto de vista de verba pública. Acontece, porém, que no mais das vezes essas despesas públicas são custeadas pela sociedade através da tributação, restringindo, por conseguinte, o direito fundamental de propriedade dos contribuintes. Desse modo, o que se pode concluir é que normas afetam direitos fundamentais e, em face disso, é imperioso levar a sério a elaboração normativa.

3.3.4. Sistema constitucional de elaboração legislativa

Como já tivemos oportunidade de discorrer, o direito à justificativa não encontra menção expressa na Constituição Federal, mas, a despeito dessa constatação, o devido procedimento na elaboração normativa está subjacente ao sistema constitucional de elaboração legislativa.

Quanto a isso, se fizermos uma leitura mais atenta das normas constitucionais que versam sobre a produção legislativa, identificamos um caráter obsequioso para o desenvolvimento e reconhecimento do direito à justificativa. Nesse sentido, destaca-se o empenho da Constituição brasileira em projetar uma atividade normativa permeada pelo ideal do debate e confronto de ideias. Dispositivos constitucionais não se furtam a determinar o debate no âmbito da proposição de leis e demais atos normativos do Poder Público. À guisa de exemplo, a Constituição expressamente determina que as propostas de emenda à Constituição devem ser “discutidas” em cada Casa do Congresso Nacional em dois turnos (art. 60, § 2º⁸⁶), no mesmo sentido trata da discussão dos projetos de lei de iniciativa do Presidente da República, do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores⁸⁷.

⁸⁶ “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: (...) § 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros”.

⁸⁷ “Art. 64. A discussão e votação dos projetos de lei de iniciativa do Presidente da República, do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores terão início na Câmara dos Deputados”.

Entendemos que os vocábulos constitucionais não expressam palavras ao vento, desprovidas de sentido, pelo contrário, carregam elevada força semântica, projetando as suas escolhas de conformação da vida estatal e associando-as aos intentos perseguidos pela comunidade política que se funda. A previsão de “debates” e “discussões” no entorno de propostas legislativas não é mero acaso, representa a idealização de Estado projetada pela Constituição de 1988, que deve ser marcado pelo debate e pluralismo político.

Não à toa, a Constituição também prevê a existência, no âmbito das Casas Legislativas, de comissões permanentes e temporárias encarregadas de aprofundar a discussão e debates sobre matérias que tramitam no âmbito do Poder Legislativo⁸⁸.

3.4 DIREITO DE ACESSO À INFORMAÇÃO E DEVER DE PUBLICIDADE

O último grupo de motivos constitucionais que servem de base para justificar a fundamentalidade material do direito ao devido procedimento na elaboração normativa corresponde ao princípio da transparência, o direito de acesso à informação e o dever de publicidade.

Tanto o princípio da transparência quanto o dever de publicidade (art. 37, *caput*, § 3º, II e § 8º, II; art. 49, IX; art. 84, XI e XXIV, art. 74, I e II⁸⁹) e o direito de acesso à informação (art. 5º, XIV e XXXII⁹⁰) encontra-se expressamente previsto na Constituição Federal, o que

⁸⁸ “Art. 58. O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação. (...) § 2º Às comissões, em razão da matéria de sua competência, cabe: (...) I - discutir e votar projeto de lei que dispensar, na forma do regimento, a competência do Plenário, salvo se houver recurso de um décimo dos membros da Casa”.

⁸⁹ “Art. Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (...) § 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (...) II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (...) Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: (...) IX - julgar anualmente as contas prestadas pelo Presidente da República e apreciar os relatórios sobre a execução dos planos de governo; (...) Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: (...) XI - remeter mensagem e plano de governo ao Congresso Nacional por ocasião da abertura da sessão legislativa, expondo a situação do País e solicitando as providências que julgar necessárias; (...) XXIV - prestar, anualmente, ao Congresso Nacional, dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa, as contas referentes ao exercício anterior; (...) Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de: I - avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União; II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;”

⁹⁰ “Art. 5º (...) XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional; (...) XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”.

significa dizer que o DPEN é um direito fundamental atípico implícito a um direito e um dever constitucionalmente positivado.

Optamos pela terminologia “princípio da transparência”, por nos filarmos ao entendimento de Wallace Paiva Martins Júnior⁹¹, que compreende a transparência como um conceito amplo e abrangente, abrigando os subprincípios da publicidade, motivação e participação popular, que ao aturem em conjunto rumam em direção à concretização da transparência, elemento vital para um Estado republicano e democrático.

A transparência, desse modo, possui um maior grau de generalidade e densidade, incorporando mecanismos diversos que auxiliam na sua materialização: acesso às informações, publicidade das informações, motivação e justificção das decisões, e participação nas tomadas de decisões⁹².

Sob o prisma da reivindicação democrática por maior transparência da atividade normativa estatal, não basta o conhecimento de que uma norma foi produzida, através da sua publicação no Diário Oficial, há um dever jurídico que exige uma explicação da tomada de decisão pelas instâncias políticas. Deve-se assegurar a plena visibilidade dos motivos que orientam a condução do negócio público⁹³. A democratização da gestão pública não se compraz com o mero conhecimento do fato, ou seja, com a publicidade da norma jurídica, mas vindica a exposição das razões (motivação) da proposição normativa. Atentemos que esse dever jurídico de motivação se impõe desde antes da aprovação da norma, direcionando-se para o proponente.

Não se pode olvidar também a instrumentalidade do princípio da transparência para o aperfeiçoamento do controle social e político das decisões dos órgãos estatais, remontando, portanto, a um dos ideais republicanos sobre o qual já tivemos oportunidade de abordar. A exigência por exposição de motivos e sua devida publicização quando da elaboração normativa afigura-se como elemento de caráter instrumental para o exercício do controle político, seja do Congresso Nacional, quando vota a medida provisória editada pelo Presidente, seja por parte da sociedade. Desse modo, garantir o acesso à informação das justificativas reveste-se de elevada relevância para o exercício da cidadania e para fiscalização da atividade normativa

⁹¹ MARTINS JÚNIOR, Paiva Wallace. Princípio da transparência. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARTINS JÚNIOR, Paiva Wallace (Coord.). **Tratado de direito administrativo: teoria geral e princípios do direito administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, v.1, p. 422.

⁹² MARTINS JÚNIOR, Paiva Wallace. Princípio da transparência. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARTINS JÚNIOR, Paiva Wallace (Coord.). **Tratado de direito administrativo: teoria geral e princípios do direito administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, v.1, p. 423.

⁹³ MARTINS JÚNIOR, Paiva Wallace. Princípio da transparência. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARTINS JÚNIOR, Paiva Wallace (Coord.). **Tratado de direito administrativo: teoria geral e princípios do direito administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, v.1, p. 464.

desempenhada pelo Presidente da República, além da sua utilidade para o monitoramento de uma política pública.

Dissecando um pouco mais o conteúdo do princípio da transparência, remetemo-nos ao direito constitucional fundamental de acesso à informação e o dever jurídico de publicidade das informações de interesse público a cargo dos órgãos estatais. Seguindo o raciocínio democrático de transparência, a publicidade se apresenta como regra e o sigilo como exceção. Essa assertiva se cristalizou no ordenamento jurídico brasileiro com o advento da Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/11), ao prever, em seu art. 3º, a “publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção”⁹⁴, se justificando em situações de segurança nacional e de preservação da intimidade.

O direito constitucional de acesso à informação se desdobra em dois sentidos: o direito de ter acesso a informações de si próprio, que estejam sob a guarda do Estado, e o direito de ter acesso de forma contínua e permanente sobre atos públicos de interesse coletivo praticados pelo poder público⁹⁵. É a segunda direção que nos interessa.

Porém, antes de mais nada, cabe rebater, de pronto, o argumento de que a exigência de prestar informação das razões subjacentes a uma proposição normativa do Presidente da República resultaria numa intromissão indevida no âmbito político. Não concordamos, até porque a Constituição refere-se ao acesso à informação sobre atos de governo (art. 37, § 3º, II), dos quais, se pode concluir, estão contidos os atos da atividade normativa, dentre eles, o de propositura. Propugnar de modo distinto seria desvirtuar a tônica democrática da Constituição.

Desse modo, regressando à análise do conteúdo ao direito de acesso à informação, destacam-se dois efeitos desse direito quando compreendido como dever dos órgãos públicos de prestarem informações de interesse geral. O primeiro é o dever dos órgãos estatais de tornarem públicas as informações e dados de interesse público, já o segundo é a exigência de produzir esses dados, caso não os tenha. Com isso se quer dizer que a ausência de informação não descredencia a coletividade de reclamar por elas, ao revés, a não existência de informações impõe ao Poder Público a tomada das providências necessárias para produzi-las e fornece-las.

Conectando essa evidência com o direito à justificativa, podemos concluir que o proponente da norma não pode se valer da escusa de ausência de informações. As razões de se adotar uma norma jurídica, e a política pública definida por essa norma (como se verá doravante

⁹⁴ BRASIL. **Lei 12.527**, de 18 de novembro de 2011. Brasília, DF, 18 nov. 2011. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm>. Acesso em: 15 out. 2021.

⁹⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. **Direitos fundamentais e direito à justificativa**: devido procedimento na elaboração normativa. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 125.

na discussão do conteúdo do DPEN) exige que as razões sejam externalizadas publicamente, que os objetivos sejam definidos e que haja uma antecipação possível dos custos e impactos de se produzir determinada norma e de se adotar determinada política.

Ao mesmo passo que a publicidade constitui um direito subjetivo da coletividade, consubstancia num dever jurídico do Estado e de seus órgãos e Poderes, de fornecerem e produzirem informações sobre atos de interesse geral.

Nesse quadrante, é salutar sinalizar que o dever de publicidade, conectado com dever republicano de prestação de contas, reclama por uma postura estatal ativa, no sentido de dar publicidade aos atos, informações e motivos na tomada de decisões de interesse público. Dito de outro modo, para ser mais claro: o dever constitucional de publicidade não se contenta com uma transparência passiva, cuja a divulgação das informações é procedida mediante uma solicitação; ao contrário, a transparência desejada é ativa, na qual os órgãos e entidades públicas devem divulgar as informações espontaneamente, independente de solicitação⁹⁶.

Outro aspecto que tange esse dever de publicidade diz respeito ao que deve ser informado, vez que ao Estado não incube a prestação de qualquer informação, mas somente aquelas de relevância para a coletividade. Assim, já podemos firmar o entendimento de que informações que não sejam de interesse público não ingressam no escopo do dever de publicidade, o que não acontece com as informações fornecidas no âmbito do direito à justificativa, vez que estaremos diante do exercício de uma atividade com potencial de afetar a generalidade da população brasileira.

Ademais, essa informação apresentada também deve ser prestada de maneira inteligível. É preciso que haja clareza nas informações fornecidas. A satisfação do direito constitucional à justificativa reivindica que as razões apresentadas sejam acessíveis e claras. Os elementos subjacentes a esse direito, mormente quando a norma jurídica tratar de política pública, deve nos permitir “compreender as razões pelas quais ela foi concebida, acompanhar a sua execução e avaliar os resultados produzidos e a necessidade de eventuais ajustes”⁹⁷.

Ante o exposto, somos capazes de verificar que os fundamentos constitucionais ora apresentados nos habilitam a reconhecer um direito fundamental à justificativa, cuja a imposição de justificação dos motivos de proposição da norma, juntamente com a exigência de

⁹⁶ CLÈVE, Clèmerson Merlin; FRANZONI, Júlia Ávila. Administração pública e a nova lei de acesso à informação. **Revista Interesse Público**. Belo Horizonte: Editora Fórum, ano 15, n° 79, maio/jun. 2013, p. 8. Disponível em: <<https://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2013/10/Direito-Publico-Administracao-Publica-e-a-nova-Lei-de-Acesso-a-Informacao.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2021.

⁹⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. **Direitos fundamentais e direito à justificativa**: devido procedimento na elaboração normativa. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 130.

clareza das razões apresentadas e que subsidiaram a norma, nos conduz a examinar o conteúdo mínimo desse direito. Quais são, portanto, os elementos indispensáveis para satisfação do direito à justificativa? É o que buscaremos responder logo em seguida.

4 DIREITO FUNDAMENTAL À JUSTIFICATIVA EM FACE DO PODER EXECUTIVO FEDERAL E A NECESSÁRIA VINCULAÇÃO DA ELABORAÇÃO DA NORMA A ELEMENTOS ESSENCIAIS CAPAZES DE FUNDAMENTAR POLÍTICAS PÚBLICAS

Superada a nossa investigação sobre a viabilidade jurídica de reconhecimento do direito à justificativa à luz da cláusula de abertura material do art. 5º, § 2º, da CF/88, elencando os fundamentos constitucionais que sedimentam esse direito, busquemos compreender o significado do direito à justificativa e o seu conteúdo mínimo, que, ao nosso ver, constitui os elementos essenciais para fundamentação de uma política pública.

Antes disso, porém, cumpre uma advertência inicial. O direito à exibição pública devidamente fundamentada das justificativas que serviram de base para uma iniciativa normativa vêm a se juntar aos conjuntos de regras que já disciplinam a elaboração de normas jurídicas no direito constitucional brasileiro. Da análise do sistema constitucional de elaboração legislativa, identificamos três grupos de regras que regulamentam o processo legislativo, sendo o DPEN um quarto grupo a ser observado.

O primeiro conjunto de normas que regulamenta a criação do direito refere-se às regras constitucionais atinentes à competência para edição das normas. Aqui ganha relevo as disposições constitucionais que tratam de esclarecer quão dos entes federativos detêm a competência legislativa sobre determinada matéria, qual dos Poderes, se Executivo ou Legislativo, está autorizado a abordar determinado conteúdo e em que extensão, e se a questão a ser normatizada está sujeita à reserva de lei material ou formal. Como no presente trabalho adotamos como recorte temático as medidas provisórias, a competência para editá-las fica a cargo do Chefe do Poder Executivo.

Além da atribuição da competência para legislar, há um segundo agrupamento de normas que disciplina a elaboração normativa, descrevendo o processo legislativo a ser seguido e as suas etapas (iniciativa, deliberação, votação e sanção, p.ex.). Nesse ponto, referendamos as regras que fixam o quórum de votação para aprovação de uma iniciativa normativa (maioria simples, maioria absoluta ou quórum qualificado), que determinam de quem é a iniciativa para propor a norma, e que regulamentam as hipóteses de veto, sanção, promulgação e publicação.

Por último, como terceiro grupo de regras constitucionais que disciplinam o processo de elaboração normativa destacam-se aquelas quanto ao conteúdo das proposições, ou seja, os limites substanciais impostos aos Poderes quando do exercício da atividade normativa. Somado aos aspectos formais já abordados, esse conjunto de regras disciplina o processo

legislativo, voltando-se para o conteúdo dos atos normativos, de modo que as normas jurídicas não podem entrar em colisão com os direitos e garantias constitucionais. A supremacia da Constituição reclama por obediência tanto ao procedimento tracejado no texto constitucional quanto ao seu conteúdo. Nesse ponto, a Carta Magna brasileira deixa à salvo das deliberações majoritárias os direitos e garantias fundamentais, impedido que o poder constituinte reformador suprima-os. É também exemplo de respeito ao conteúdo a vedação às penas cruéis e desumanas.

Nesse contexto que se insere o direito ao devido procedimento na elaboração normativa, como um quarto conjunto de regras, de natureza procedimental, a ser seguida, impondo a quem se predisponha a propor uma norma o dever constitucional de explanação pública das razões que sustentaram a iniciativa. O que se quer com isso, como já sinalizamos, é promover o debate público acerca dessas proposições normativas e viabilizar o controle político e social delas. Assim sendo, quando o Executivo, por exemplo, editar uma medida provisória ou encaminhar um projeto de lei ao Congresso Nacional, essas proposições de sua autoria devem vir acrescidas de uma exposição de motivos devidamente fundamentada.

Antes de adentrarmos na delimitação do conteúdo mínimo do direito à justificativa, chamemos atenção para o que entendemos de destinatários do dever de exibição pública dos motivos.

Para nós, um primeiro recorte se impõe na delimitação da exigência imposta pelo direito ao devido procedimento. Estamos aqui a tratar apenas das normas expedidas pela ordem estatal. Com isso se exclui da nossa análise a produção normativa operada em âmbito distinto dos órgãos e entidades estatais.

Não pretendemos fechar os olhos para a produção normativa operacionada em contexto privado, nem retirar a sua importância, mas apenas delimitar o campo de inspeção dessa pesquisa. Não constitui, portanto, objetivo do nosso trabalho proceder a investigação do direito à justificativa no âmbito das relações privadas, pois tal tema demandaria uma atenção exclusiva. Agora deixemos advertido que a delimitação das fronteiras do nosso trabalho não nos deve induzir à equivocada percepção de que proposições legislativas de origem popular não se sujeitam às exigências do DPEN. Essa conclusão é falsa. Os projetos de lei de iniciativa popular também acarretam em impacto na vida dos cidadãos, não havendo razão plausível para elidir a exigência de justificativa nessas situações. O que o se pode permitir, na esteira do pensamento de Ana Paula de Barcellos, é, ao se constatar o ônus excessivo ao cidadão ou grupo de cidadãos em produzirem as razões subjacentes a iniciativa de lei, alocar esse dever em face

do parlamentar (Deputado Federal, Deputado Estadual ou Vereador) que doravante receba as atribuições de autor da proposta, seja apresentando a justificativa ou completando-a⁹⁸.

Advertência feita, voltemos ao tema: a quem cabe o dever constitucional oriundo do DPEN? Ao nosso entender, os destinatários da exigibilidade de justificção são os proponentes da norma. Com essa resposta, há quem possa retorquir alegando que incorremos em uma vagueza e abrangência demasiada, mas é preciso compreender que os conceitos, dentre os quais os jurídicos, são obtidos mediante remissões e associações. Os conceitos jurídicos apresentam componentes que podem ser tomados como conceitos próprios e assim se opera nesse caso. Portanto, mister responder a seguinte indagação: o que é proponente de norma?

Proponente da norma são todos aqueles que detêm competência constitucional e legislativa para propositura de uma norma. Com isso, se percebe que a vagueza do termo é proposital, podendo ser depositários do dever de justificção pública o Chefe do Poder Executivo, quando exerce sua atividade legislativa; os órgãos que possuem iniciativa legislativa, como o Poder Judiciário e Ministério Público; os órgãos e entidades públicas que tenham competência para edição de normas, a exemplo de Agências Reguladoras, Tribunais de Contas, órgãos do Poder Judiciário, dentre outros.

Além disso, as propostas por iniciativa externa encaminhadas às Casas Legislativas, a exemplo dos projetos de lei de iniciativa popular, também se subordinam ao dever de motivação. Enfim, a lista é vasta.

Embora haja um grupo diverso de destinatários do dever de justificção das iniciativas normativas, não se pode olvidar, pelos argumentos já lançados nesse trabalho, como a predominância desse Poder na elaboração normativa em cenário federal, que o principal destinatário é o Poder Executivo. O fenômeno da descentralização legislativa, em conjunto com a estrutura unipessoal e não colegial, pouco propensa ao debate, fazem com que o DPEN se torne premente diante de medidas provisórias editadas pelo Presidente da República, até porque tal espécie normativa tem sido utilizada com frequência para veicular políticas públicas.

Desse modo, superada a questão quanto ao destinatário do dever correlato ao direito à justificativa, cabe se questionar o que se entende por uma exposição de motivos devidamente fundamentada? Qual o conteúdo mínimo do direito à justificativa? Quem é o proponente da norma? Quais são os deveres tributáveis a ele? O que é imprescindível para a devida justificção pública da norma apresentada? Por que associar esse conteúdo aos elementos essenciais de

⁹⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. **Direitos fundamentais e direito à justificativa: devido procedimento na elaboração normativa**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 208.

fundamentação de políticas públicas. Essas indagações devem ser enfrentadas para que seja efetuada a delimitação e os contornos do DPEN.

4.1 O CONTEÚDO MÍNIMO DO DIREITO CONSTITUCIONAL À JUSTIFICATIVA: OS ELEMENTOS ESSENCIAS DE FUNDAMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS QUE VINCULAM O PROPONENTE DA NORMA

A dinâmica aplicada ao DPEN, quando pioneiramente formulada no Brasil pela Ana Paula de Barcellos, segue a mesma lógica atribuída ao devido processo legal aplicado no âmbito dos processos judiciais e administrativos. Isto porque, à semelhança do que ocorre na esfera do devido processo legal, o devido procedimento na elaboração normativa é composto de um conteúdo mínimo de garantias⁹⁹. Isso não anula, por evidente, a formulação de procedimentos adicionais a depender da espécie normativa e do proponente da norma que estivermos a tratar. É o mesmo que acontece na seara jurisdicional: um processo criminal, por exemplo, não segue o mesmo procedimento de um processo que tramita no Juizado Especial, mas há um denominador comum entre eles, vez que a garantia mínima do devido processo legal deve ser respeitada em ambas esferas.

Todavia, a despeito da possibilidade de procedimento adicionais, nosso trabalho se limitará a delinear os contornos básicos e essenciais do direito ao DPEN. Sob esse prisma, o direito à justificativa vem a ser mais uma regra, de natureza procedimental, a ser observada quando da elaboração de uma norma. Com isso, o proponente de um ato normativo deverá justificar publicamente a sua iniciativa, passando, ao menos, por três temáticas: o problema público merecedor de atenção do Estado, o resultado que se busca alcançar com a medida e uma antecipação de custos e impactos do ato expedito.

Confrontado com o conteúdo mínimo do direito ao DPEN, mais um questionamento se impõe: por que a escolha desses exigências mínimas em conexão com as políticas públicas? Isso deve ao fato do conteúdo mínimo do direito à justificativa guardar uma relação íntima com elementos capazes de fundamentar políticas públicas.

Bebendo da proposta de sistematização das políticas públicas em fases sequenciais (o ciclo das políticas públicas) fica evidente que muitas delas se conectam com as exigências mínimas do devido procedimento à elaboração normativa.

⁹⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. **Direitos fundamentais e direito à justificativa: devido procedimento na elaboração normativa**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 137.

A primeira fase, por exemplo, relaciona-se a identificação do problema, ou seja, um dos conteúdos do direito à justificativa: o governante há de indicar publicamente o problema selecionado. Não só isso, deverá expor o motivo que o conduz a considerar esse problema como passível de intervenção estatal, o que significa dizer, deverá justificar a formação da agenda, o porquê o problema ou o conjunto de problemas suscita o interesse da comunidade política.

No que concerne a formulação de alternativas (mais uma fase sequencial do ciclo das políticas públicas), projeta-se a formulação de soluções do problema inserido na agenda política e institucional, fixando estratégias e objetivos e estabelecendo “estudo das potenciais consequências da cada alternativa de solução”¹⁰⁰. Eis que aqui nos deparamos com mais exigências do DPEN: determinação do objetivo e antecipação de custos e impactos da medida adotada.

Assim, esse direito irá impor ao governante, quando da formalização de uma política mediante normatização, uma atuação mais coordenada no implemento das políticas públicas concretizadoras de direitos fundamentais, pois o governante, ao ter que expor as justificativas que embasaram o programa de ação governamental, terá que pensar em elementos estruturantes para uma política pública, ou seja, deverá atender ao conteúdo mínimo vindicado pelo DPEN.

Fixadas essas premissas iniciais, passemos a analisar cada um dos elementos que conjugam o conteúdo mínimo do DPEN.

4.1.1. Problema

O primeiro elemento a ser observado pelo proponente da norma quando da exposição das justificativas é referente ao problema a ser enfrentado pela norma jurídica e pela política pública erigida por tal norma.

Por problema podemos definir como “discrepância entre o status quo e uma situação ideal desejável”. Tal problema pode surgir de maneiras distintas, seja inesperadamente, através de alguma catástrofe ou situação emergencial, a exemplo da pandemia da Covid-19, seja paulatinamente; além do que há problemas que existem há bastante tempo, mas que não receberam a devida atenção dos órgãos públicos.¹⁰¹

¹⁰⁰ SECCHI, Leonardo; COELHO, Fernando de Souza; PIRES, Valdemir. **Políticas públicas: conceitos, casos práticos, questões de concurso**. 3. ed. São Paulo: Cegage, 2020, p. 61

¹⁰¹ SECCHI, Leonardo; COELHO, Fernando de Souza; PIRES, Valdemir. **Políticas públicas: conceitos, casos práticos, questões de concurso**. 3. ed. São Paulo: Cegage, 2020, p. 51

Nesse quadrante, quando a devida explanação pública do problema a ser enfrentado, tal imposição não recai apenas sobre a delimitação do problema, mas também exige um dimensionamento dele, com o cotejamento de dados e informações que possam diagnosticar a realidade não desejada, que a política pretende enfrentar. Mais do que isso: o proponente deve externar as razões que o fazem compreender e qualificar determinada situação como problemática e, portanto, sequiosa por uma intervenção estatal para minimizá-la ou superá-la.

Nesse ponto, há uma exigência de tornar pública não somente o problema fixado, mas também os motivos que fizeram com que o proponente da norma enquadrasse esse problema como digno de intervenção pública.

Há, portanto, uma distinção entre razão e informações que não pode ser olvidada. Os dois fenômenos, embora caminhem juntos, já que não se pode falar em “uma narrativa de fatos totalmente objetiva ou neutra”, não se confundem. A razão reside no campo argumentativo e da opinião, é, portanto, a percepção do gestor público sobre o problema, enquanto que as informações se relacionam com os fatos. Agora é claro que a delimitação do fato e a fixação dos métodos para apurá-lo envolve “em alguma medida razões: concepções prévias, escolhas, opiniões”¹⁰².

Ademais, a delimitação e dimensionamento do problema reveste-se de importância salutar para o próprio monitoramento da política pública engendrada pela norma. Isso nos remete, portanto, ao que já discutimos em capítulos anteriores: como podemos avaliar e monitorar uma política pública para verificar se os objetivos no enfrentamento do problema público surtiram efeitos se não tivermos acesso às informações relativas ao problema? Sem estarmos munidos dessas informações, o monitoramento da política queda comprometido.

É claro que também não se pode perder de vista que a identificação do problema não é objetiva e neutra. As predileções políticas influenciam na delimitação de uma situação como problemática e passível de enfrentamento pela sociedade e pelo Estado. É justamente por isso que a justificativa deve ser publicizada, a fim de permitir eventuais críticas e controle político e social das razões de levarem à fixação de determinado problema.

Assim, não podemos incorrer na ingenuidade de que as razões são apresentadas por pessoas desinteressadas; pois isso não é verdade. Há múltiplos interesses quando da elaboração de uma norma e delimitação de um problema como público. Desse modo, como forma de propiciar esse constate fluxo de debates, é que se impõe a exibição pública do problema delineado.

¹⁰² BARCELLOS, Ana Paula de. **Direitos fundamentais e direito à justificativa: devido procedimento na elaboração normativa**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 142

4.1.2. Objetivos

Somada a identificação do problema, temos como uma outra exigência do direito ao devido procedimento na elaboração normativa o apontamento dos objetivos pretendidos pelo proponente com a sua iniciativa normativa. É, portanto, a indicação do resultado que se pretende projetar na realidade fática, com o enfrentamento do problema delimitado na exposição de motivos apresentada para a elaboração de um diploma normativo.

É claro que aqui adentramos em um campo no qual o ser humano não domina: o futuro. Não possuímos poderes oraculares para desvendarmos com precisão o que vai acontecer com a implementação de uma política, se ela de fato vai alcançar os resultados pretendidos, se a ação estatal será eficaz no combate ao problema público.

Nesse sentido, o direito à justificativa não exige uma indicação precisa do resultado que pode ser concretizado, todavia, também não retira do proponente da norma a obrigação de pensar e refletir minimamente acerca dos resultados que se espera com a implementação da norma. Uma coisa é o resultado pretendido pela política pública não ser alcançado em face da natureza prospectiva da política e das limitações cognitivas dos seres humanos, outra coisa é o resultado não alcançado como decorrência de displicência do governante.

Além disso, a exposição dos resultados pretendidos é também de grande importância para o monitoramento da política. Como exigência de promoção sustentável e equitativa dos direitos fundamentais, há um dever de se monitorar as políticas públicas implementadas.

4.1.3. Custos e impactos

Por fim, o último elemento do conteúdo mínimo do devido procedimento na elaboração normativa compreende uma possível antecipação de custos e impactos advindos do implemento de uma política pública. Nesse campo também se apresenta a problemática da natureza prospectiva, porém, a despeito dela, quem exerce a iniciativa normativa não pode escapar do dever de projeção de possíveis impactos e custos do implemento de uma política pública.

Devem ser levados em consideração, quando da tomada de decisões no âmbito das políticas públicas, o custo econômico e sociais da implementação da medida, além, é claro, de uma antecipação dos impactos de adotá-la. Esses impactos devem estar conectados com a lógica

constitucional de centralidade dos direitos fundamentais e com os objetivos de redução das desigualdade.

Portanto, ao proponente da norma impõe tornar público as potenciais consequências e impactos da alternativa escolhida como possível solução para o problema público.

4.2 A REPERCUSSÃO DO DIREITO À JUSTIFICATIVA EM FACE DO PODER EXECUTIVO FEDERAL NA EDIÇÃO DE MEDIDA PROVISÓRIA

É testemunhado no sistema político brasileiro uma descentralização legislativa e aumento da atividade normativa desempenhada pelo Chefe do Poder Executivo. Na seara federal, como já advertido, o Presidente da República se torna um dos principais protagonistas no que concerne a elaboração de políticas públicas. Há razões que justificam isso, como a competência para iniciativa de leis orçamentárias e de organização da estruturação administrativa do Estado, além do seu poder de agenda e de solicitar urgência na tramitação dos projetos de lei de sua autoria.

Somado a isso, o mandatário do Poder Executivo conta com a prerrogativa de editar medidas provisórias que, além de terem força de lei, possuem eficácia imediata. Foi visto no capítulo inicial desse trabalho que o Poder Executivo tem se valido com frequência dessa indumentária normativa, e também a tem utilizado para poder vincular políticas públicas.

Há de se destacar também que a predominância do Executivo na elaboração normativa chama atenção do Direito Constitucional, uma vez que as estruturas no âmbito Executivo não são muito propensas à um debate claro e aberto e a um controle prévio das proposições advindas desse Poder.

É justamente no somatório desses motivos que nós encontramos a razão que justifica direcionarmos o nosso olhar para o Poder Executivo federal, de modo a traçar comentários sobre a repercussão do direito à justificativa em face desse Poder na edição de medidas provisórias.

Cumpre, desde logo, registrar que o Chefe do Executivo é também um dos destinatários do dever jurídico-constitucional de exibição pública do conteúdo mínimo do direito à justificativa. Na verdade, todos aqueles encarregados de atividade normativa estatal se sujeitam ao devido procedimento na elaboração normativa, e não seria diferente com o Presidente da República.

Nesse ponto, a exposição de motivos não é algo completamente estranho na relação entre Executivo e Legislativo no que tange ao exercício normativo desempenhado por aquele.

Tanto sim que o Decreto 9.191, de 1ª de novembro de 2017, em substituição ao Decreto 4.176, fixa questões que devem ser analisadas quando da elaboração de atos normativos em âmbito do Poder Executivo federal.

Dentre algumas questões, tal decreto faz referência a um diagnóstico da iniciativa, perpassando por indagações sobre o problema, os objetivos, as repercussões do problema no âmbito da economia, ciência e tecnologia, as razões que determinam a iniciativa, os custos e despesas para o orçamento público, dentre outros pontos.

Nesse sentido, o direito à justificativa vem a tornar cogente a exibição dos motivos, não se satisfazendo com a justificativa que não perpassa pelas exigências mínimas do devido procedimento na elaboração normativa. Assim, se propugna por exposição devidamente motivada à luz do conteúdo do direito à justificativa.

O fato da norma ser urgente, o que é o caso da medida provisória, não é escusa para o Chefe do Executivo declinar do dever jurídico de expor as justificativas referente a edição da MP, pelo contrário, deve, para além do conteúdo mínimo do DPEN, justificar a urgência de se adotar tal medida.

Assim sendo, em face da exigência do direito à justificativa, o Chefe do Poder Executivo, ao editar uma medida provisória, deve encaminhá-la acrescida de uma exposição de motivos que aborde todos os elementos básicos do DPEN; deve, portanto, expor o problema público que o conduziu a editar a MP, os objetivos pretendidos e uma antecipação de possíveis impactos e custos da implementação da política pública definida pela medida provisória.

Agora outro ponto interessante de abordagem é no caso de violação desse direito: o que fazer? Qual garantia manejar para assegurar o devido cumprimento desse direito? Qual o papel do Judiciário quando do não cumprimento da exibição pública de justificativas? Pode o Judiciário apreciar o conteúdo das justificativas ou se limitaria a verificar se elas foram apresentadas? Qual é, portanto, a eficácia jurídica do direito à justificativa? O tema é de fato instigante, mas isso, como dito logo no início desse trabalho, é assunto para um outro estudo.

5 CONCLUSÃO

Na nossa empreitada para investigar a viabilidade jurídica de um direito fundamental à justificativa pudemos avultar a sua relevância diante das exigências constitucionais de transformação da realidade em busca de uma sociedade mais igualitária. Sobre esse ponto, destacamos a centralidade dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico pátrio, seja em face do generoso rol de direitos, seja em face de sua função limitadora e legitimadora dos poderes constituídos.

À evidência do protagonismo dos direitos fundamentais, concluímos que a satisfação desses direitos e a superação do abismo existente entre realidade normativa e realidade fática não se satisfaz com a mera previsão de normas. Destacamos, nesse diapasão, que o campo do direito é a palavra, de modo que a efetiva fruição do direito previsto por uma norma jurídica não se procede de maneira mágica. Refutamos, por conseguinte, a crença no automatismo jurídico, demandando de nós a busca por mecanismos capazes de solucionar o problema fulcral da falta de efetividade dos comandos constitucionais.

Nesse sentido, dois fenômenos se mostraram aptos a minimizar a problemática da discrepância do caráter dirigente da Constituição e da realidade subjacente a nossa Carta Magna: a implementação de políticas públicas e o necessário monitoramento delas para atestar se os resultados pretendidos de fato surtiram efeito. Nesse ponto, ganhou relevo a discussão do direito à justificativa, como uma exigência de apresentação pública dirigida ao proponente da norma, mormente quando o diploma normativo versar sobre políticas públicas referente a direitos fundamentais.

Dando continuidade a relevância do direito à justificativa, analisamos o conceito e a sistemática das políticas públicas. Nesse diapasão, ao compreendermos a política pública como um programa de ação governamental, concluímos pela exigência do monitoramento periódico e contínuo da política e da preferência institucional *prima facie* das instâncias políticas na sistemática dos programas de ação governamental.

Essas conclusões auferidas nos conduziram à análise e justificação pela abordagem do direito à justificativa em conexão com as políticas públicas e com o Poder Executivo federal na edição de medidas provisórias. Deduzimos, então, que a predominância do Poder Executivo na produção normativa em sede federal e do uso corriqueiro das medidas provisórias para vincular políticas públicas justificariam a abordagem do tema está centrada na figura do Chefe do Poder Executivo, a despeito da função típica de legislar estar a cargo do Legislativo.

Já no capítulo sobre a fundamentação constitucional do direito à justificativa, buscamos examinar a fundamentalidade desse direito à luz da cláusula de abertura material dos direitos fundamentais. Identificamos que o sistema constitucional brasileiro permite a incorporação e reconhecimento de outros direitos fundamentais ainda que não expressamente previstos no Título II da Constituição. Nesse ponto, enquadramos o DPEN como um direito fundamental atípico implícito ao regime e princípios da Carta Magna brasileira, como também implicitamente decorrente do direito de acesso à informação. Após o exame dos fundamentos constitucionais que poderiam justificar o DPEN, chegamos à conclusão sobre a possibilidade constitucional de se reconhecer a fundamentalidade material do direito à justificativa. O princípio republicano, democrático, da transparência, o direito de acesso à informação e cláusula de não tipicidade do art. 5º, § 2º são os alicerces constitucionais que, ao nosso ver, servem de supedâneo para o devido procedimento na elaboração normativa.

Por fim, assentamos o conteúdo mínimo do direito à justificativa, compreendendo que ele impõe a apresentação pública das razões que conduziram o proponente da norma a ter essa iniciativa. Para nós, uma motivação devidamente fundamentada, como exigência do devido procedimento na elaboração normativa, deve atender aos seguintes elementos: apresentação pública do problema a ser solucionado, exposição dos objetivos almejados com a elaboração da norma e explanação dos custos e impactos decorrente da implementação da norma jurídica e da política pública.

REFERÊNCIAS

ARNS, Dom Paulo Evaristo. **Brasil: nunca mais**. 41.ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

ARIDA, Persio. Constitucionalização excessiva prende o país ao passado. Ter que adaptar a Carta a cada mudança do quadro econômico compromete a agilidade das respostas das políticas públicas. **Folha de São Paulo Ilustríssima**. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2019/12/constitucionalizacao-excessiva-prende-o-pais-ao-passado.shtml?origin=folha>. Acesso em: 25 set. 2021.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Direitos fundamentais e direito à justificativa**: devido procedimento na elaboração normativa. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n° 240, 2005.

BARCELLOS, Ana Paula de. Políticas públicas e o dever de monitoramento: “levando os direitos à sério”. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. Brasília: UniCEUB, v.8, n° 2, 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 mar. 2021.

_____. **Lei 12.527**, de 18 de novembro de 2011. Brasília, DF, 18 nov. 2011. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/12527.htm. Acesso em: 15 out. 2021.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Controle judicial de políticas públicas: possibilidades e limites. **Fórum Administrativo: Direito Público**. Belo Horizonte, n. 103, set. 2009, p. 7-16. Disponível em: <http://www.researchgate.net/publication/312527147>. Acesso em: 01 set. 2021.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. 2.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

_____. **Quadro de Referência de uma Política Pública: primeiras linhas de uma visão jurídico-institucional**. Direito do Estado, 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/maria-paula-dallari-bucci/quadro-de-referencia-de-uma-politica-publica-primeiras-linhas-de-uma-visao-juridico-institucional>. Acesso em: 01 out. 2021.

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

_____. Pesquisa em direito e políticas públicas. *In*: FEFERBAUM, Marina; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. **Metodologia da pesquisa em direito**: técnicas e abordagens para elaboração de monografias, dissertações e teses. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 361-377.

_____. Políticas públicas e direito administrativo. **Revista de informação legislativa**. Brasília: v. 34, jan./mar. 1999, p. 89-98.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do poder executivo**. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; FRANZONI, Júlia Ávila. Administração pública e a nova lei de acesso à informação. **Revista Interesse Público**. Belo Horizonte: Editora Fórum, ano 15, n° 79, maio/jun. 2013, p. 1-24. Disponível em: <https://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2013/10/Direito-Publico-Administracao-Publica-e-a-nova-Lei-de-Acesso-a-Informacao.pdf>. Acesso em: 15 out. 2021.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo constitucional de políticas públicas. **Revista de informação legislativa**. Brasília: v. 35, abr./jun. 1998, p. 39-48.

COUTINHO, Diogo R. O direito nas políticas públicas. *In*: MARQUES, Eduardo; DE FARIA, Carlos Aurélio Pimenta (Orgs.). **A política pública como campo multidisciplinar**. São Paulo: Editora Unesp; Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2013, p. 181-200.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

DA CRUZ, Gabriel Dias Marques. **Quais são as gerações de direitos?** Jusbrasil. Disponível em: <https://gabrielmarques.jusbrasil.com.br/artigos/195518426/quais-sao-as-geracoes-de-direitos>. Acesso em: 25 set. 2021.

DANTAS, Miguel Calmon. **Constitucionalismo dirigente e pós-modernidade**. São Paulo: Saraiva, 2009.

DOS SANTOS, Eduardo Rodrigues. **Direitos fundamentais atípicos**: análise da cláusula de abertura – art. 5º, § 2º, da CF/88. Salvador: Juspodivm, 2017

FALCÃO, Luís. Participação e cidadania. *In*: SCHWARCZ, Lilia M.; STARLING, Heloisa M (Orgs.). **Dicionário da república**: 51 textos críticos. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, p. 269-275.

FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no Estado Democrático de Direito. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FRANÇA. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 30/09/2021.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos**: por que a liberdade depende dos impostos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019.

LUZ, Joyce; AFLALO, Hannah Maruci; DUTRA, Ana Beatriz. A relação Executivo-Legislativo revisitada: a governabilidade da coalizão no Brasil. *In*: DANTAS, Humberto

(Orgs.). **Governabilidade: para entender a política brasileira**. Rio de Janeiro: Konrad Adenauer Stiftung, 2018

MARTINS JÚNIOR, Paiva Wallace. Princípio da transparência. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARTINS JÚNIOR, Paiva Wallace (Coord.). **Tratado de direito administrativo**: teoria geral e princípios do direito administrativo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, v.1, p. 419-482.

NETTO, Felipe Braga. **Os novos rumos da responsabilidade civil**: O Estado e a violência urbana. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

PASSOS, J. J. Calmon de. O futuro do Estado e do Direito do Estado. Democracia, globalização e o nacionalismo. **Revista Eletrônica sobre a reforma do Estado**. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, nº 2, junho/julho/agosto, 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/>. Acesso em: 30 set. 2021.

PEREZ, Marco Augusto. A participação da sociedade na formação, decisão e execução das políticas públicas. *In*: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas Públicas - reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

PINHO, Clóvis Alberto Bertolini de. Medidas provisórias e políticas públicas: uma análise do papel do Congresso Nacional nas políticas de saúde do governo Dilma (2011-2016). **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. Brasília, v. 8, nº 3, 2018, p. 54-74.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 19. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *In*: FELLET, André Luiz Fernandes; DE PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). **As novas facetas do ativismo judicial**. Salvador: Editora JusPodivm, 2011, p. 88.

SARMENTO, Daniel. O princípio republicano nos 30 anos da Constituição de 88: por uma república inclusiva. **Revista EMERJ**. Rio de Janeiro, v. 20, n. 3, Setembro – Dezembro, 2018, p. 296-318.

SCHWARCZ, Lilia M.; STARLING, Heloisa M. Introdução: em busca da república. *In*: SCHWARCZ, Lilia M.; STARLING, Heloisa M (Orgs.). **Dicionário da república**: 51 textos críticos. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, p.11-18.

SECCHI, Leonardo; COELHO, Fernando de Souza; PIRES, Valdemir. **Políticas públicas**: conceitos, casos práticos, questões de concurso. 3. ed. São Paulo: Cengage, 2020.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. **A linha do tempo da estratégia federal de disseminação da covid-19**. São Paulo: Centro de Estudos e Pesquisas de Direito Sanitário (CEPEDISA), 2021. Disponível em: <https://cepedisa.org.br/publicacoes/>. Acesso em: 28 set. 2021.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes:** da transição democrática ao mal-estar constitucional. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.