

ANA PAULA DE BARCELLOS

Prefácio
Luís Roberto Barroso

DIREITOS FUNDAMENTAIS E
DIREITO À JUSTIFICATIVA
DEVIDO PROCEDIMENTO NA
ELABORAÇÃO NORMATIVA

2ª EDIÇÃO

Belo Horizonte



2017

© 2016 Editora Fórum Ltda.

2017 2ª edição

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio eletrônico, inclusive por processos xerográficos, sem autorização expressa do Editor.

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari	Floriano de Azevedo Marques Neto
Alécia Paolucci Nogueira Bicalho	Gustavo Justino de Oliveira
Alexandre Coutinho Pagliarini	Inês Virgínia Prado Soares
André Ramos Tavares	Jorge Ulisses Jacoby Fernandes
Carlos Ayres Britto	Juarez Freitas
Carlos Mário da Silva Velloso	Luciano Ferraz
Cármen Lúcia Antunes Rocha	Lúcio Delino
Cesar Augusto Guimarães Pereira	Marcia Carla Pereira Ribeiro
Clovis Beznos	Márcio Cammarosano
Cristiana Fortini	Marcos Ehrhardt Jr.
Dinorá Adelaide Museffi Grotti	Maria Sylvia Zanella Di Pietro
Diogo de Figueiredo Moreira Neto	Ney José de Freitas
Egon Bockmann Moreira	Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho
Emerson Gabardo	Paulo Modesto
Fabrizio Motta	Romeu Felipe Bacellar Filho
Fernando Rossi	Sérgio Guerra
Flávio Henrique Unes Pereira	Walber de Moura Agra



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo

Av. Afonso Pena, 2770 - 15º andar - Savassi - CEP 30130-012
Belo Horizonte - Minas Gerais - Tel.: (31) 2121.4900 / 2121.4949
www.editoraforum.com.br - editoraforum@editoraforum.com.br

B242d Barcellos, Ana Paula de

Direitos fundamentais e direito à justificativa: devido procedimento na elaboração normativa / Ana Paula de Barcellos. 2. ed. - Belo Horizonte : Fórum, 2017.

291p.

ISBN 978-85-450-0255-0

1. Direito Constitucional. 2. Direito Público. 3. Direitos Humanos. 4. Direitos Fundamentais. I. Título.

CDD: 342

CDU: 342

Informação bibliográfica deste livro, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

BARCELLOS, Ana Paula de. *Direitos fundamentais e direito à justificativa: devido procedimento na elaboração normativa*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. 291 p. ISBN 978-85-450-0255-0.

FUNDAMENTAÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL A UM DEVIDO PROCEDIMENTO NA ELABORAÇÃO NORMATIVA

Exposto o conteúdo básico do direito constitucional a um devido procedimento na elaboração normativa, cabe agora demonstrar quais seus fundamentos. Isto é: por quais razões se sustenta que há um direito constitucional – e não uma mera conveniência política ou sugestão moral – a um devido procedimento na elaboração normativa (DPEN), exigível daqueles que propõem a edição de normas, nos termos que se exporá no capítulo VII sobre a eficácia jurídica desse direito.

A fundamentação que se apresenta na sequência tem dois eixos principais. O primeiro eixo parte da perspectiva da pessoa humana: o respeito a que ela faz jus e os direitos de que é titular, e com os quais os Estados democráticos e o brasileiro em especial estão comprometidos. Na perspectiva da pessoa humana, a fundamentação do DPEN decorre de dois argumentos distintos. Em primeiro lugar, do direito fundamental autônomo titularizado por cada pessoa de receber justificativas em relação aos atos de autoridades públicas que lhe afetem de algum modo. Em segundo lugar, o fundamento do DPEN é extraído dos demais direitos fundamentais, já que a ação estatal destina-se em última análise a assegurar o respeito, a proteção e a promoção dos direitos. Essa atividade deve ser levada tão a sério quanto são sérios seu objetivo e os direitos fundamentais em si: a necessidade de apresentar justificativas para

a atividade estatal é um elemento essencial da diligência com que essa atividade deve ser desempenhada.

O segundo eixo parte de uma perspectiva diversa, ainda que correlata:¹⁴⁹ as opções acerca da organização do Estado adotadas pelo sistema constitucional brasileiro. Paralelamente ao fundamento do devido procedimento na elaboração normativa que decorre dos direitos da pessoa humana sob várias perspectivas, o certo é que a formação do Estado brasileiro, e as opções acerca de como o poder político deve ser exercido, repercute sobre a produção normativa e lhe impõe o dever de justificação. O que se vai demonstrar, portanto, é que o devido procedimento na elaboração normativa é uma decorrência lógica das opções constitucionais no particular, das mais gerais – como os princípios republicano, democrático, o Estado de Direito e a garantia do devido processo legal – às mais específicas, como as regras que tratam do próprio processo legislativo e da publicidade.

5.1 O direito fundamental a receber justificativas

As pessoas, todas elas e cada uma delas, são dotadas de dignidade e devem ser tratadas com respeito. Esse é um axioma filosófico e jurídico que dispensa maiores demonstrações e foi consagrado pela Constituição de 1988. Mesmo em situações dramáticas, como a do indivíduo condenado pela prática de um crime à privação de liberdade, a dignidade do indivíduo não desaparece e há um mínimo de condições que caracterizam o ser “tratado com respeito” e, portanto, constituem um direito desse indivíduo.¹⁵⁰ Pois bem: receber justificativas relativamente aos atos que nos afetam é um dos conteúdos essenciais do respeito a que cada indivíduo faz jus em decorrência de sua dignidade essencial como ser humano.

¹⁴⁹ Por evidente que as opções sobre a organização do Estado estão diretamente relacionadas com os compromissos constitucionais com os direitos fundamentais, de modo que as duas perspectivas estão logicamente imbricadas.

¹⁵⁰ O chamado direito penal do inimigo é uma tentativa justamente de despersonalizar o condenado de modo a retirar-lhe essa dignidade essencial e o direito a ser tratado com respeito. Sobre o tema, confira-se JAKOBS; CANCIO MELIÁ, 2007; ZAFFARONI, 2007.

O tema do respeito em suas múltiplas dimensões tem ocupado as discussões religiosas, morais e filosóficas por séculos. Um dos aspectos desse debate envolve justamente saber o que exatamente o respeito a que cada ser humano significa e o que o correlato dever de respeitar o próximo exige. Imperativos gerais como “tratar cada pessoa como um fim, e não um meio” e “considerar como relevantes as perspectivas e interesses do outro” balizam em certa medida a noção de respeito. Deles decorre, por exemplo, que não se deve causar dano a quem quer que seja, mas também que eventuais efeitos das ações pessoais sobre terceiros – mesmo que não caracterizem juridicamente um dano – sejam acompanhadas de uma nota, uma explicação, uma satisfação, que reconheça afinal a existência do outro e a circunstância de que seus interesses serão afetados.¹⁵¹

A necessidade de ser respeitado tem sido identificada pela psicologia como uma das necessidades humanas básicas. De acordo com a conhecida pirâmide de Maslow das necessidades humanas, receber o respeito dos outros integra as necessidades psicológicas básicas, que só são menos importantes que as necessidades fisiológicas e de segurança. Além de uma necessidade básica, receber respeito dos outros é essencial para o desenvolvimento da autocompreensão do indivíduo como alguém digno e respeitável, sob a forma de sua autoestima.¹⁵² É certo que existem várias formas de manifestação de respeito, em diferentes circunstâncias, mas apresentar justificativas em geral é uma sinalização praticamente universal e multicultural de que existe uma relação de respeito entre as pessoas, sobretudo entre alguém que exerce autoridade e o subordinado.¹⁵³

Em pesquisas feitas em várias partes do mundo sobre a percepção subjetiva de bem-estar das pessoas, a experiência de ser respeitado foi identificada com um dos fatores mais importantes associado a sentimentos positivos.¹⁵⁴ E esse bem-estar individual parece refletir na atuação social do indivíduo. Com efeito, estudos

¹⁵¹ DILLON, 2015; HILL, 2007; COMPARATO, 2006.

¹⁵² MASLOW, 2012, p. 20-21.

¹⁵³ FORST, 2007, p. 209: “This is thus the most universal and basic claim of every human being, which other human beings or states cannot reject: the right to justification, the right to be respected as a moral person who is autonomous at least in the sense that he or she must not be treated in any manner for which adequate reasons cannot be provided”.

¹⁵⁴ TAY; DINIER, 2011, p. 358: “Basic needs were the strongest predictor of life evaluations; respect and social needs were the strongest predictor of positive feelings;”.

indicam que pessoas tratadas com respeito tendem a cooperar mais com o grupo ao qual pertencem. Ou seja: independentemente de considerações sobre a importância moral de tratar qualquer pessoa com o respeito, o que se observa é que, ao se perceberem alvo do respeito e consideração por parte do líder, as pessoas tendem a ser mais colaborativas e a se comprometerem com mais intensidade com o projeto do grupo.¹⁵⁵

Já reingressando em temas jurídicos, é interessante que mesmo em situações de ruptura social dramática, como é o caso, por exemplo, do fenômeno da demissão coletiva, as normas internacionais (e também a jurisprudência trabalhista brasileira) exigem que a empresa apresente justificativas aos funcionários a serem demitidos, explicando a necessidade dessa providência.¹⁵⁶ É certo que essa justificativa em particular poderá ser objeto de eventual apreciação por parte do Poder Judiciário, no contexto das discussões sobre a validade ou não da demissão coletiva. Sob a perspectiva imediata do indivíduo que foi demitido, porém, a justificativa vincula-se muito mais com uma manifestação de respeito da empresa para com seus ex-funcionários.

As pessoas, na realidade, são seres que dão explicações e querem recebê-las,¹⁵⁷ sendo certo que ser tratado com respeito está

¹⁵⁵ DE CREMER, 2002, p. 1335: "The present research examined the effect of respect communicated by fellow group members on one's willingness to contribute to the group's welfare. Based on the procedural justice literature, it was expected that respect would communicate important relational information, consequently enhancing people's motivation to promote the group's welfare. Using a public good dilemma, it was found that respect indeed motivated group members to contribute more to the group's welfare and that this was most pronounced among group members who felt least included (i.e., peripheral members) relative to group members who felt included (i.e., core members). These findings illustrate the importance of decision makers' concerns about viable and positive intragroup relationships in their decision to cooperate or not".

¹⁵⁶ O ponto é abordado na Convenção OIT 158, ratificada pelo Brasil, mas denunciada em 1996. A despeito de a convenção não encontrar-se em vigor no país, a jurisprudência brasileira considera a justificativa exigível no caso de demissão coletiva. Confira-se ROCHA; ANDRADE, 2013, p. 972: "Nessa ordem das ideias, pode-se concluir que, para ser considerada lícita a dispensa coletiva deve atender a requisitos mínimos. É necessário, primeiramente, que sejam apresentadas causas ou motivações (motivos econômicos, tecnológicos ou estruturais) que sejam capazes de colocar em risco a existência do empregador/empresa. Feita esta constatação, deverá então haver uma negociação prévia de como essa dispensa (se realmente tiver que ocorrer) será materializada. Caso esse acordo se inviabilize, que se recorra, então, ao dissídio coletivo. Ressalto também que tentativas de negociação após a dispensa dos empregados, não torna lícita a dispensa em massa".

¹⁵⁷ FORST, 2007, p. 13: "The classic definition of human beings as animal rationale, as beings endowed with reason, means that human beings are justifying, reason-giving beings".

diretamente ligado a receber explicações para atos que afetem o indivíduo. Muitos momentos de protestos, revoltas e revoluções, sob realidades culturais diversas, envolveram justamente o clamor público por satisfações, justificativas, respeito.¹⁵⁸ Em resumo, apresentar justificativas é uma exigência do respeito devido aos indivíduos, de modo que é possível afirmar que há igualmente, e com ainda maiores razões, um direito a receber justificativas nas relações dos indivíduos com o Poder Público.¹⁵⁹

Três observações parecem importantes antes de prosseguir. Em primeiro lugar, a justificativa apresentada por quem quer que seja poderá sempre ser equivocada, falsa ou ter por objetivo enganar e manipular os destinatários das ordens. A apresentação de justificativas – por importante que seja – não nos livra da nossa humanidade e nem resolverá todos os problemas: os riscos continuam. No campo específico de interesse do presente estudo, esses riscos são minimizados, em um primeiro momento, pela existência de uma sociedade plural na qual qualquer justificativa apresentada pela autoridade, ou por quem quer que proponha a edição de normas, poderá ser objeto de todo tipo de crítica dos diferentes grupos da sociedade. Um dos objetivos do devido procedimento na elaboração normativa é justamente fomentar a possibilidade de existência desse debate. Em um segundo momento, esses riscos são controláveis em certa medida pelo Judiciário, por meio do controle de constitucionalidade do conteúdo da eventual norma que seja editada.

Em segundo lugar, o direito fundamental a receber justificativas que se está a expor aqui não significa ou exige que os destinatários da justificativa concordem com ela, mas apenas que, potencialmente, possam compreendê-la, ainda que discordando.¹⁶⁰

¹⁵⁸ FORST, 2007, p. 205-206, 209: "Preceding all demands for concrete human rights, there is one basic right being claimed: the right to justification. (...) The demand springs up where people ask for reasons, for the justification of certain rules, law, and institutions, and where the reasons that they receive no longer suffice; it arises where people believe that they are treated unjustly as members of their culture and society and also as human beings. They may have no abstract or philosophical idea of what it means to be a 'human being', but in protesting they believe that there is at least one fundamental moral demand that no culture or society may reject: the unconditional claim to be respected as someone who deserves to be given justifying reasons for the actions, rules, or structures to which he or she is subject".

¹⁵⁹ É possível identificar também um direito a receber justificativas no âmbito de outras relações em que há subordinação ou exercício de autoridade de algum tipo.

¹⁶⁰ FORST, 2007, p. 15: "Such reasons are also part of the public game of reasoning, but only insofar as the reasons that distinguish an action as rational can potentially be

Ou seja: não se trata de um debate propriamente sobre a racionalidade inerente à justificativa, ou de controle de seu conteúdo, mas de dar e receber justificativas. Nesse sentido o direito a receber justificativas se aproxima do direito de ação no que toca a sua autonomia em relação ao direito material discutido no âmbito de uma demanda judicial. Também o direito a receber justificativas é autônomo em relação ao eventual debate acerca do mérito das explicações apresentadas.

Por fim, e em terceiro lugar, é certo que a relação dos indivíduos com o Estado e com as normas por ele editadas não é equiparável àquela que existe entre duas pessoas quaisquer, ou ainda àquela que se estabelece entre subordinados e seu chefe ou empresas e seus funcionários, embora também nesses ambientes o respeito seja devido. Em uma democracia, como se verá, o indivíduo já não é súdito, mas cidadão, participante de um governo cuja autoridade deriva, em última análise, do conjunto de indivíduos. O ponto é importante porque, se mesmo no âmbito desses espaços, nos quais há claramente uma relação de subordinação, a exigência de apresentação de justificativas por parte de quem exerce autoridade se verifica, muito mais ainda em relação ao Poder Público no que diz respeito a sua atuação em geral e a sua atividade normativa em particular. Daí porque, no espaço das relações entre Estado e cidadãos, pode se falar de um direito fundamental a receber justificativas.¹⁶¹

Com efeito, é amplamente consolidada a regra de que a atuação do Estado juiz – isto é: as decisões judiciais – deve sempre ser motivada e, em alguma medida, caminha-se também para concluir que a ação do Estado-administrador, sobretudo quando pratique atos que afetem indivíduos em particular, deve igualmente contar com justificação adequada. Mas o que dizer da atividade normativa? Como visto, o direito a receber justificativas se relaciona com a

comprehended by other rational beings; they do not, however, require others' acceptance for their validity as good reasons".

¹⁶¹ Na realidade, no âmbito das relações entre cidadão e Estado, além do direito de receber justificativas, há também um direito de participar da elaboração dos atos do Poder Público. Esse, porém, é um tema diverso, ainda que relacionado, e não será aprofundado neste estudo. Vale o registro, porém, no sentido de que o direito a um devido procedimento na elaboração normativa cria melhores condições para a participação dos cidadãos, já que lhes dá acesso às razões e informações consideradas pelos responsáveis pela propositura das normas.

circunstância de alguém ser afetado por um ato ou decisão. A pergunta que se coloca nesse contexto é simples: a atividade normativa afeta a vida das pessoas? A resposta, por evidente, é afirmativa.

As normas editadas pelo Poder Público, sejam leis formais ou atos infralegais, mas com conteúdo normativo, destinam-se justamente a conduzir de algum modo a conduta das pessoas. É para isso que elas são editadas, pois se nenhuma alteração precisasse se verificar no mundo dos fatos (e das condutas), provavelmente não seria editada norma alguma. Não há dúvida possível acerca dessa assertiva: as normas editadas pelo Poder Público existem para afetar a vida das pessoas.

Um critério de que se poderia cogitar para distinguir os atos normativos das decisões judiciais e dos atos administrativos concretos seria a circunstância de que estes últimos produzem de forma certa e razoavelmente imediata efeitos sobre a esfera jurídica de seus destinatários. As normas, por seu turno, podem ou não produzir efeitos sobre determinadas pessoas – já que eventualmente alguém jamais terá contato, por exemplo, com uma norma penal – e esses efeitos, mesmo quando se verifiquem, não são necessariamente imediatos.

A distinção resumida é em alguma medida real, mas não é relevante para o que se discute aqui. A simples possibilidade potencial que toda norma carrega de afetar a vida das pessoas já é suficiente para que o indivíduo tenha o direito a receber explicações sobre ela como decorrência do direito a ser tratado com respeito como pessoa dotada de dignidade. Não custa lembrar que o efeito ordinário que a norma pode produzir na vida das pessoas não é em geral o de uma sugestão gentil, mas de um comando cuja observância poderá ser garantida por meio da violência titularizada pelo Estado. Não se trata de uma bobagem ou de uma coisa qualquer.¹⁶²

Ademais, a verdade é que as pessoas são afetadas pelas normas mesmo que não seja de forma direta por meio de um ato que as aplique levado a cabo pelo Judiciário ou pela Administração

¹⁶² WALDRON, 2006, p. 19: "We argue for democracy in the light of what political systems do: They exercise power; they have an impact on people's lives; they bind whole communities; they impose costs and demand sacrifices. It is because of all this that we make demands about voting and enfranchisement: We say that each person is entitled to a vote, for example, because of the potential momentousness for him or her of the decisions that are being made".

Pública. O sistema normativo de repressão penal, por exemplo, afeta a sociedade como um todo, inclusive aqueles que jamais serão alvo de uma investigação criminal. As normas urbanísticas e ambientais afetam a qualidade de vida de todas as pessoas, mesmo as que não são titulares de qualquer bem imóvel, por exemplo. A decisão de alocar recursos públicos em determinado serviço tem múltiplos efeitos, tanto no sentido de tornar o serviço mais disponível quanto de reduzir a oferta de outros, que terão acesso a menos financiamento. Não há necessidade de prosseguir na enunciação. As normas estatais são atos que afetam a vida das pessoas, direta ou indiretamente, e, portanto, elas têm o direito de receber explicações,¹⁶³ assim como acontece com outros atos do Poder Público. O registro de Victor Nunes Leal abordando o ponto merece ser transcrito:

Capítulo dos estudos jurídicos que ainda exige acuradas pesquisas e meditações para uma adequada sistematização é o relativo à arte de fazer as leis. (...) Tal é o poder da lei que a sua elaboração reclama precauções severíssimas. Quem faz a lei é como se estivesse acondicionando materiais explosivos. As consequências da imprevisão e da imperícia não serão tão espetaculares, e quase sempre só de modo indireto atingirão o manipulador, mas podem causar danos irreparáveis.¹⁶⁴

Além do impacto sobre a existência das pessoas produzido pelas normas, a lógica apresentada subjacente ao direito fundamental de receber justificativas aplica-se integralmente às relações entre o indivíduo e o Poder Público no contexto da elaboração normativa. Apresentar justificativas exigirá do responsável pelo ato – quem propõe ou edita uma norma jurídica que tem a pretensão de vincular toda a coletividade – o esforço de incluir os afetados em suas considerações. A autoridade precisará dedicar um tempo para elaborar a justificativa e para encaminhá-la de algum modo àqueles que serão afetados. Nesse processo, quem elabora a justificativa procura, em geral, demonstrar que o ato não é resultado de um voluntarismo puro, absurdo ou caprichoso, de modo a incrementar sua aceitação

¹⁶³ FORST, 2007, p. 194: "According to this principle, each member within a context of justice has a basic right to justification, that is, a right to adequate reasons for the norms of justice that are to be generally in force".

¹⁶⁴ LEAL, 1960, p. 8.

e minimizar as possíveis críticas e reações.¹⁶⁵ Esse esforço é uma exigência de tratar o outro com o respeito exigível por sua consideração de ser humano.

Do ponto de vista dos destinatários, a existência de uma justificativa comunica a ideia de que eles não são apenas máquinas que recebem comandos, mas pessoas dignas de respeito e seres pensantes. A existência de uma justificativa veicula ainda a noção de que, ao menos em tese, existe uma racionalidade subjacente à norma, de modo que seus efeitos sobre as pessoas podem ser justificáveis e, quem sabe, até razoáveis. As pessoas não são simples meios, jogados de um lado para o outro sem qualquer razão ou motivo. Aliás, em sentido similar com o que já foi observado em outras relações sociais, e como já referido, há estudos apontando que a apresentação de justificativas e razões para as normas no âmbito de um procedimento aumenta a adesão a elas por parte da população.¹⁶⁶

Por fim, é certo que a discussão acerca do respeito, proteção e promoção de todos os demais direitos passa em boa medida pelo tema, prévio, da apresentação de justificativas e, *a fortiori*, pelo direito a recebê-las. Por que determinados direitos serão restringidos? Alguma explicação deve ser apresentada. Por que outros estão sendo promovidos tão lentamente? Espera-se que haja razões plausíveis para isso. Por que se vai priorizar o atendimento de determinados direitos e não de outros? Receber explicações e razões para essas múltiplas opções integra o próprio conceito de justiça ou, mais

¹⁶⁵ É possível, claro, que uma autoridade seja totalmente indiferente às reações dos destinatários de seus atos, mas o fenômeno será mais difícil em uma democracia. Ainda assim, a exigência da justificativa pode ao menos potencializar o chamado “efeito civilizador da hipocrisia”. O ponto será discutido no capítulo VIII, item 8.1, ao tratar da crítica da inutilidade.

¹⁶⁶ TYLER, 2008, p. 717, 719: “Research by Tyler (2006b) demonstrates that perceptions of system legitimacy do shape everyday compliance with the law, which is a conclusion that is also supported by more recent studies (SUNSHINE; TYLER, 2003a; Tyler and Huo 2002). Furthermore, perceived legitimacy seems to have more influence on compliance than do subjective assessments of the likely risk of punishment (...) The procedural basis of legitimacy is especially strong with respect to public opinion concerning political and legal institutions. Studies of Presidency (Tyler, Rasinski, and McGraw 1985), the legislature (Hibbing and Theiss-More 1995; 2002), and the Supreme Court (Tyler and Mitchell 1994) all suggest that when citizens are evaluating government institution they focus primarily on the fairness of the procedures by which the institution makes policies and implements its decisions. Research on work organizations also suggests that perceived legitimacy has a strong procedural basis (TYLER; BLADER, 2000; 2005)”.

precisamente, de ser tratado com justiça em relação aos direitos de forma ampla.¹⁶⁷ Na realidade, paralelamente aos demais direitos em si, há um direito fundamental autônomo à justificativa acerca das ações ou omissões estatais relativamente ao respeito, à proteção e à promoção dos direitos em geral.¹⁶⁸

Em resumo, o direito de cada indivíduo de ser tratado com respeito decorre de sua dignidade. Um dos conteúdos essenciais do respeito a que cada indivíduo faz jus é o direito de receber justificativas em relação aos atos que irão afetá-lo ou o afetem. As normas produzidas pelo Poder Público afetam os indivíduos direta ou indiretamente, de modo que há um direito fundamental de receber justificativas acerca das ações estatais em geral e, em particular, na elaboração normativa. Esse, portanto, o primeiro fundamento do direito a um devido procedimento na elaboração normativa, ao qual se agregarão os demais fundamentos discutidos a seguir.

5.2 O respeito, a proteção e a promoção dos direitos fundamentais levados a sério

Um segundo fundamento constitucional do devido procedimento na elaboração normativa diz respeito à necessidade de os agentes envolvidos na atividade estatal levarem tão a sério quanto possível os direitos fundamentais. É isso porque as normas sempre afetam em alguma dimensão os direitos das pessoas. Logo, a elaboração normativa deve ser uma atividade cuidadosa, que considere de forma adequada os direitos fundamentais dos destinatários das normas a serem editadas. A assertiva corresponde, a rigor, a um truísmo que pode ser desenvolvido, de forma singela, nos termos que se seguem.

¹⁶⁷ FORST, 2007, p. 191: "From the perspective of justice, it makes all the difference whether someone is denied particular goods or opportunities unjust(ifiab)ly".

¹⁶⁸ FORST, 2007, p. 194: "Within such a framework, therefore, a highest principle applies, which prevails normatively and criterially over other values referred to: the principle of reciprocal and general justification, according to which every claim to goods, rights or freedoms must be grounded reciprocally and generally, whereby one side may not project its reasons onto the other, but must discursively justify them".

Como regra, as normas jurídicas criam obrigações, deveres e, portanto, restringem a liberdade: um direito fundamental. Se a previsão normativa veda ou impõe uma conduta, a liberdade anterior de praticá-la ou de não executá-la deixa de existir. De outra parte, é frequente que as normas criem serviços, estruturas estatais e, portanto, despesas públicas. Essas despesas serão custeadas pela sociedade pelo mecanismo mais frequente da tributação, o que restringirá o direito de propriedade das pessoas, também um direito fundamental. Mas as normas não atuam apenas restringindo os direitos e liberdades. Boa parte da atuação normativa estatal contemporânea, ainda que continue a produzir tais efeitos, busca garantir o respeito, a proteção e a promoção de direitos fundamentais em algum aspecto. Ou seja: as normas podem eventualmente restringir direitos e liberdades justamente no esforço de promover outros direitos.¹⁶⁹

É possível concluir, nesse contexto, que as normas sempre afetam os direitos fundamentais, seja para garantir que eles sejam observados e promovê-los, seja restringindo seu exercício de algum modo, seja fazendo ambas as coisas. Mas o que significa levar a sério os direitos fundamentais e qual a relação dessa assertiva com o devido procedimento na elaboração normativa?

Os direitos fundamentais não são relevantes apenas como uma ideia teórica ou um debate acadêmico. Sua importância principal, inclusive como normas constitucionais dotadas de superioridade hierárquica, consiste em poderem ser efetivamente fruídos pelas pessoas reais ao longo de suas vidas. O ponto já foi destacado em outras partes deste estudo e constitui, na realidade, uma premissa importante do raciocínio aqui desenvolvido. Ora, a vida das pessoas sob uma perspectiva terrena dura por um tempo limitado e esse é o período no qual poderão ou não fruir os direitos que a ordem jurídica lhes assegura:¹⁷⁰ acontece que o tempo não para nem espera.

¹⁶⁹ Os direitos fundamentais, como se sabe, têm muitas dimensões que se imbricam. Há aspectos individuais e coletivos, presentes e futuros, há tensões, e sinergias, por vezes a promoção de determinados direitos pode ter impactos negativos sobre outros, ao passo que em outras ocasiões a proteção de determinado direito produz um círculo virtuoso. Sobre o ponto, v. BARCELLOS, 2011, p. 200 et seq.

¹⁷⁰ Para aqueles que acreditam em uma existência após a morte, a vida terrena será apenas uma fração da existência; para aqueles que não compartilham dessa crença, porém, a vida terrena corresponde à integralidade da existência humana.

Embora a assertiva pareça óbvia, se as normas editadas para proteger determinado direito não os protegem, as pessoas concretas muito provavelmente não terão esse direito protegido (sobretudo as mais vulneráveis). Se essa norma for alterada apenas dez ou vinte anos depois (agora de forma bem-sucedida tendo em conta seus fins), terão se passado dez ou vinte anos da vida dessas pessoas durante os quais elas tiveram que conviver com seu direito violado. O mesmo se diga sob a perspectiva das restrições que uma norma crie. Se a restrição for injustificável, enquanto ela perdurar o direito da pessoa terá sido restringido, durante uma fração de sua vida, sem razão ou propósito. Embora muitas vezes a ação estatal incorra em tentativas e erros, essa circunstância deve decorrer de uma inevitabilidade das condições humanas e políticas, e não da eventual pouca diligência empregada na atividade de elaboração normativa.¹⁷¹

Por outro lado, o desrespeito a um direito dificilmente pode ser desfeito de fato (com a exceção possível, mas discutível, de direitos patrimoniais¹⁷²): o tempo não volta. É possível que a situação se altere e, a partir de determinado momento da vida do indivíduo, seus direitos passem a ser protegidos, mas esse fato – embora altamente desejável – não faz desaparecer o desrespeito anterior. O preso que passou dez anos compartilhando uma cela e um mesmo vaso sanitário com outros sessenta encarcerados viveu essa realidade de forma inexorável. A reforma prisional que lhe assegure uma cela nas condições previstas pela Lei de Execuções Penais será maravilhosamente bem-vinda, mas não apagará o que aconteceu na experiência daquele indivíduo.¹⁷³

Além disso, há direitos cuja fruição é especialmente sensível em determinados momentos da vida, de modo que o seu não atendimento, além de não poder ser desfeito, trará consequências permanentes. É o caso, por exemplo, da educação básica na idade

¹⁷¹ E também, naturalmente, da execução dessas normas.

¹⁷² Mesmo no caso de direitos patrimoniais, a questão não é assim tão simples. O indivíduo que teve uma restrição inválida a seu direito de propriedade, por exemplo, enquanto seus filhos eram crianças, mesmo que receba uma indenização relevante 20 anos depois, não terá como usar aquele dinheiro como teria feito se a restrição não tivesse ocorrido. Oportunidades são perdidas e não há como restaurar o *status quo ante*, a despeito dos esforços da ordem jurídica.

¹⁷³ BARCELLOS, 2014a.

própria e do atendimento de saúde infantil e materna, ou da moradia, sobretudo para crianças e adolescentes. Estudos têm apurado, por exemplo, que múltiplos episódios de diarreia em crianças até cinco anos – diretamente associados à falta de saneamento básico – têm impacto no seu desenvolvimento neurológico, com consequências permanentes para as capacidades cognitivas do indivíduo.¹⁷⁴ O tempo não para e a vida das pessoas não aguarda que as ações estatais para proteção e promoção de seus direitos “funcionem” afinal.

O que se quer demonstrar é que há uma seriedade dramática na atuação normativa do Estado por conta dessa conexão com os direitos das pessoas reais.¹⁷⁵ A elaboração de uma norma pode ser um dos passos capazes de proporcionar a sua efetiva fruição ou, ao contrário, pode apenas representar um gasto de dinheiro público – *rectius*: dinheiro das pessoas – sem grande proveito para a promoção dos direitos. É certo que depois de uma geração outra se seguirá, também titular de direitos, mas os indivíduos que morreram eram dotados de dignidade, quer tenham tido seus direitos respeitados e protegidos ou não. O que a Constituição pretende é que eles tenham seus direitos respeitados e protegidos.

Já se discutiu inicialmente que entre a ação normativa e a efetiva transformação da realidade verifica-se um processo complexo, composto de várias etapas e nem sempre inteiramente previsível. Uma lei não muda de imediato o mundo dos fatos e, por vezes, a despeito das melhores das intenções, seus efeitos não são aqueles que se esperava. A limitação do conhecimento humano e da capacidade de antecipação pode levar determinadas iniciativas normativas do Estado ao fracasso, daí a necessidade de constante monitoramento e eventual revisão.

Essa limitação das capacidades humanas que se reflete, como não poderia deixar de ser, na atividade do Estado não significa, porém, que o Poder Público possa agir de forma leviana e sem o esforço possível para que as normas editadas tenham as melhores condições de produzir os efeitos desejados. Levar a sério os direitos

¹⁷⁴ LORNTZ et al, 2006; e NIEHAUS, 2002.

¹⁷⁵ Não apenas normativa, já que a atuação do Estado como um todo afeta direitos fundamentais.

fundamentais é incompatível com uma atividade normativa aleatória ou displicente.¹⁷⁶ O devido procedimento na elaboração normativa e seus três conteúdos mínimos, que se vão discutir adiante, são, a rigor, uma exigência essencial dessa seriedade que deve envolver a atividade normativa do Poder Público.

A atuação normativa estatal, a despeito de sua abstração e generalidade, diz respeito à vida das pessoas e a seus direitos reais e, de novo, o tempo que os indivíduos têm para fruírem seus direitos é o tempo de suas vidas e o tempo não para. Nesse sentido, o mínimo que se pode esperar de uma atuação diligente por parte de quem propõe uma norma é, como se verá, que se tenha apurado qual é o problema que a norma pretende solucionar, quais os resultados que ela pretende produzir – até para que se possa verificar ao longo do tempo se eles efetivamente estarão se produzindo – e quais os custos e impactos que se pode esperar da norma, caso editada.

Repita-se que, por vezes, a despeito de todo esse esforço de seriedade na elaboração normativa, as coisas não se passarão como se antecipava. O conhecimento sobre o problema era mais limitado do que se supunha, os efeitos pretendidos não se produziram como imaginado e impactos não antecipados se mostraram extremamente graves, exigindo reformulações da norma. Nada obstante, parece evidente que sem esse esforço inicial a chance de sucesso será sempre mais remota. Ou seja: os fracassos até poderão acontecer como resultado das limitações cognitivas humanas, mas não como resultado de uma displicência institucional. O mínimo que se espera diante da centralidade dos direitos fundamentais e dos efeitos que as normas produzem sobre esses direitos é que toda a seriedade possível seja atribuída ao processo de elaboração normativa. O devido procedimento na elaboração normativa constitui um conteúdo elementar desse esforço.

¹⁷⁶ WALDRON, 2006, p. 23: "In view of the inherent importance of law and the interests and liberties that are at stake in their decision making, lawmakers have a duty to take care when they are legislating. (...) This principle has a number of implications. The general duty of care in this regard means that those who in a position to modify the law have a responsibility to arrive at a sound view about what makes a legal change a good change or a bad change".

5.3 Os princípios constitucionais republicano e democrático

Um segundo conjunto de fundamentos para o direito constitucional ao devido procedimento na elaboração normativa, paralelo e complementar aos direitos fundamentais, decorre das opções constitucionais acerca da estrutura do Estado brasileiro. Um primeiro bloco dessas opções que se pretende examinar cuida dos princípios constitucionais republicano – ou de forma mais geral a opção pela República – e democrático. Eles serão discutidos em conjunto já que há uma clara conexão entre eles.

Não há necessidade de discorrer sobre a distinção entre monarquias e repúblicas como formas de governo distintas a partir dos três critérios que já se tornaram tradicionais: eletividade, periodicidade dos mandatos e responsabilidade política.¹⁷⁷ A distinção, como se sabe, tornou-se menos relevante com o tempo, já que muitas monarquias, paralelamente ao núcleo histórico e tradicional da família real, adotam amplas estruturas políticas e práticas republicanas.¹⁷⁸

De toda sorte, esses três critérios que organizam do ponto de vista operacional as repúblicas – eletividade, periodicidade dos mandatos e responsabilidade política – decorrem de um pressuposto básico: a igualdade e a dignidade de todos os indivíduos. Porque todos são iguais e igualmente dignos, sua opinião terá o mesmo valor e peso para decidir sobre o que afeta a sociedade política.¹⁷⁹ Assim, respeitadas condições e procedimentos que garantam de forma permanente essa igualdade e essa dignidade, a tomada de decisões nesse ambiente seguirá a lógica majoritária. Reflexo disso

¹⁷⁷ BOBBIO, 1998; VERDU, 1977; JELLINEK, 1921.

¹⁷⁸ BARCELLOS, 2001.

¹⁷⁹ É certo que há outros espaços, diversos daquele próprio à sociedade política, nos quais as opiniões de determinadas pessoas valem mais que a de outras: é o caso da opinião dos pais acerca da criação de seus filhos, das pessoas acerca de suas próprias escolhas existenciais, dos técnicos e professores sobre suas áreas de conhecimento, etc.. Esse é um ponto delicado, pois envolve, na realidade, os limites temáticos do Direito oriundo do Estado. Mesmo no âmbito dos debates políticos, o conhecimento técnico pode ser especialmente relevante e não é igualmente compartilhado por todos: o ponto será discutido no texto adiante. Para um exame da questão sob a ótica da *expertise* acadêmica, v. POST, 2012.

é que os agentes públicos eventualmente encarregados de tomar decisões devem ser escolhidos pela maioria ou por critérios por ela definidos, devem poder ser substituídos e terão sempre responsabilidade política perante a população: nesse ponto, como é fácil perceber, a república se comunica com a democracia.¹⁸⁰

Não há nenhuma novidade no que se afirmou e é certo que a relação dos agentes públicos com a população envolve, de um lado, a delegação do exercício do poder político e, de outro, um permanente dever de prestar contas dos atos praticados ou que se pretende praticar, bem como das decisões tomadas.¹⁸¹ Essa lógica se aplica de forma imediata aos agentes públicos em geral e, por evidente, àqueles que pretendam propor normas a serem expedidas pelo Poder Público. As normas são atos do Poder Público da maior relevância e já se discutiu sua gravidade e repercussão. Sua elaboração e expedição veiculam claro exercício de poder político delegado por parte do povo e, por isso mesmo, demandam justificação minimamente adequada, na linha do devido procedimento na elaboração normativa discutido aqui.

A igualdade que conduz à república conduz igualmente à democracia,¹⁸² na medida em que a Constituição explicita essa dupla opção ao afirmar que a República Federativa do Brasil é um Estado Democrático de Direito. No capítulo III discutiram-se brevemente algumas concepções de democracia e não há necessidade de retomar o debate teórico aqui. Basta o registro de que, ao lado de concepções que concentram apenas no voto dos eleitores e dos representantes a dinâmica democrática, há aquelas que agregam a esse critério decisório outros elementos, sendo dois especialmente importantes.

¹⁸⁰ BARROSO, 2009a; ATALIBA, 1998; HESSE, 1998, p. 112 et seq.; CANOTILHO, 1997; e DALLARI, 1979.

¹⁸¹ V. STF, MS 24.725-8, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 09.12.2003: "Assiste, aos cidadãos e aos meios de comunicação social ('mass media'), a prerrogativa de fiscalizar e de controlar a destinação, a utilização e a prestação de contas relativas a verbas públicas. (...) Não custa rememorar que os estatutos do poder, numa República fundada em bases democráticas, não podem privilegiar o mistério, eis que a legitimidade político-jurídica da ordem democrática, impregnada de necessário substrato ético, somente é compatível com um regime do poder visível, definido, na lição de Bobbio, como 'um modelo ideal do governo público em público'. Ao dessacralizar o segredo, a nova Constituição do Brasil restaurou o velho dogma republicano e expôs o Estado, em plenitude, ao princípio democrático da publicidade, cuja incidência - sobre repudiar qualquer compromisso com o mistério - atua como fator de legitimação das decisões e dos atos governamentais".

¹⁸² KELSEN, 2000.

Em primeiro lugar, a democracia demandaria uma expansão permanente, tanto quanto possível, dos participantes nos debates que antecedem a tomada de decisões públicas, ou mesmo, em alguns casos, na tomada de decisão em si. Em segundo lugar, a democracia exigiria igualmente, para além da ampliação dos participantes, a apresentação de razões e contrarrazões por eles, no contexto de um esforço dos vários envolvidos no sentido de convencer os demais ou ao menos de esclarecer as várias posições existentes. A decisão final, portanto, já não resultaria apenas da agregação de posições previamente definidas, mas de uma reflexão coletiva e, sobretudo, justificada,¹⁸³ ainda que a regra majoritária continue fundamental, já que o consenso dificilmente é viável em uma sociedade que realmente respeita o pluralismo. Essas concepções, como já referido, são identificadas comumente como democracia participativa e deliberativa (a segunda expressão por vezes englobando a primeira).

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

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

¹⁸³ V. TREMBLAY, 2001.

acaba por trazer em si a ideia de que seu ofício não se esgota no voto, que é o momento final de deliberação, mas envolve o debate anterior no âmbito dos colegiados.¹⁸⁴

Do ponto de vista da Constituição de 1988, é certo que um dos conteúdos essenciais da democracia é o exercício do voto secreto, universal e periódico com igual valor para todos por parte dos cidadãos.¹⁸⁵ Em um segundo momento, a rotina democrática se estrutura em torno das deliberações majoritárias dos corpos legislativos no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios,¹⁸⁶ para além das competências atribuídas aos demais órgãos e entidades estatais. Entretanto, as opções constitucionais no que diz respeito à democracia não se esgotam no voto e uma série de previsões incluídas no texto reflete o ponto.

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

Paralelamente, a Constituição pretende de forma específica que ações estatais de caráter permanente se desenvolvam de forma democrática. Para isso, a Constituição indica a necessidade de serem criados espaços de debate e discussão – ou seja: de apresentação de razões e contrarrazões, críticas e argumentos – e garante a participação da sociedade ou de grupos específicos nesses espaços. É o que

¹⁸⁴ HAMILTON, JAY; MADISON, 1993; JELLINECK, 1921, p. 536-537.

¹⁸⁵ Constituição de 1988: "Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:" e "Art. 60, §4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) II - o voto direto, secreto, universal e periódico;"

¹⁸⁶ Constituição de 1988: "Art. 47. Salvo disposição constitucional em contrário, as deliberações de cada Casa e de suas Comissões serão tomadas por maioria dos votos, presente a maioria absoluta de seus membros".

acontece, por exemplo, em relação às políticas relacionadas com a seguridade social,¹⁸⁷ a assistência social,¹⁸⁸ a educação,¹⁸⁹ a saúde¹⁹⁰ e a cultura,¹⁹¹ bem como com a política agrícola.¹⁹²

A Constituição assegura a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados de órgãos públicos nos quais seus interesses sejam objeto de deliberação e decisão¹⁹³ e prevê que a lei deve regular formas de participação do usuário na Administração Pública direta e indireta.¹⁹⁴ Tanto o Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza quanto os Fundos de Combate à Pobreza previam, no

¹⁸⁷ Constituição de 1988: "Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos: (...) VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)".

¹⁸⁸ Constituição de 1988: "Art. 204. As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes: (...) II - participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis".

¹⁸⁹ Constituição de 1988: "Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: (...) VI - gestão democrática do ensino público, na forma da lei;".

¹⁹⁰ Constituição de 1988: "Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: (...) III - participação da comunidade.

¹⁹¹ Constituição de 1988: "Art. 216-A. O Sistema Nacional de Cultura, organizado em regime de colaboração, de forma descentralizada e participativa, institui um processo de gestão e promoção conjunta de políticas públicas de cultura, democráticas e permanentes, pactuadas entre os entes da Federação e a sociedade, tendo por objetivo promover o desenvolvimento humano, social e econômico com pleno exercício dos direitos culturais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 71, de 2012) §1º O Sistema Nacional de Cultura fundamenta-se na política nacional de cultura e nas suas diretrizes, estabelecidas no Plano Nacional de Cultura, e rege-se pelos seguintes princípios: Incluído pela Emenda Constitucional nº 71, de 2012 (...) X - democratização dos processos decisórios com participação e controle social; Incluído pela Emenda Constitucional nº 71, de 2012".

¹⁹² Constituição de 1988: "Art. 187. A política agrícola será planejada e executada na forma da lei, com a participação efetiva do setor de produção, envolvendo produtores e trabalhadores rurais, bem como dos setores de comercialização, de armazenamento e de transportes, levando em conta, especialmente:".

¹⁹³ Constituição de 1988: "Art. 10. É assegurada a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação".

¹⁹⁴ Constituição de 1988: "Art. 37. §3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:".

plano constitucional, participação de representantes da sociedade civil em seus conselhos e órgãos de gestão.¹⁹⁵

Independentemente do debate teórico, como se vê, parece tranquilo concluir que a opção constitucional em matéria de democracia agrega ao seu conteúdo essencial, para além do voto, tanto a ampliação dos participantes quanto, sobretudo, a apresentação de razões por parte deles.¹⁹⁶ E, se é assim, e se a apresentação de razões por parte dos agentes públicos é inerente à democracia, as instituições e as práticas públicas em um Estado democrático devem ser concebidas e desenhadas de forma a contribuir para esse resultado.¹⁹⁷

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

¹⁹⁵ Constituição de 1988: “Art. 79. É instituído, para vigorar até o ano de 2010, no âmbito do Poder Executivo Federal, o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, a ser regulado por lei complementar com o objetivo de viabilizar a todos os brasileiros acesso a níveis dignos de subsistência, cujos recursos serão aplicados em ações suplementares de nutrição, habitação, educação, saúde, reforço de renda familiar e outros programas de relevante interesse social voltados para melhoria da qualidade de vida. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 31, de 2000) (Vide Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003) (Vide Emenda Constitucional nº 67, de 2010). Parágrafo único. O Fundo previsto neste artigo terá Conselho Consultivo e de Acompanhamento que conte com a participação de representantes da sociedade civil, nos termos da lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 31, de 2000)” e “Art. 82. Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios devem instituir Fundos de Combate à Pobreza, com os recursos de que trata este artigo e outros que vierem a destinar, devendo os referidos Fundos ser geridos por entidades que contem com a participação da sociedade civil. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 31, de 2000)”.

¹⁹⁶ FORST, 2007, p. 186: “What is, finally, the “ultimate ground” of deliberative democracy? As opposed to liberal and communitarian answers, which imply an instrumental understanding of democracy as either one possible or the only means to realize liberal principles or communal values, the ground of deliberative democracy is the basic moral right to justification which – when applied to a political context – calls for an institutionalization of forms of reciprocal and general justification. Thereby, it justifies and models as well as transcends and limits democratic institutions. Democracy is the only appropriate, though never fully appropriate, political expression of the basic right to justification and of mutual respect between persons”.

¹⁹⁷ FORST, 2007, p. 181: “Political institutions in a narrower sense, most importantly parliamentary decision-making bodies, also have to be “designed” so that the “force” of the better argument can become a real political force”.

isso mesmo, demandam justificação minimamente adequada, na linha do devido procedimento na elaboração normativa.

Ademais, se a apresentação de razões é uma exigência essencial da democracia, o devido procedimento na elaboração normativa é uma especificação relativamente básica dessa exigência no contexto da elaboração normativa. Isto é: a exigência de que aquele que propõe normas apresente a justificativa correspondente, que deverá trazer razões e informações que fundamentem a proposta, tendo em conta o problema que se pretende enfrentar, os resultados ao final esperados, e os custos e impactos antecipados.

5.4 Princípios do Estado de Direito e do devido processo legal

O devido procedimento na elaboração normativa encontra fundamento também em um segundo bloco de opções constitucionais acerca do funcionamento básico do Estado brasileiro: trata-se do princípio do Estado de Direito e da garantia do devido processo legal, temas que não se confundem, mas se aproximam de forma relevante e, por isso, serão tratados de forma conjunta.

O Estado recriado pela Constituição de 1988 é um Estado Democrático de Direito, nos termos do seu art. 1º. Mas o que significa isso? O aspecto democrático do Estado de Direito já foi mencionado e se ocupa de como o Direito será criado. Não se admite, portanto, que uma autoridade ou qualquer outra estrutura, que não possa ser descrita como democrática, simplesmente crie o Direito. Já se viu que esse *como* abarca vários desenvolvimentos possíveis, desde o voto majoritário, passando por mecanismos de ampliação da participação e pelo debate de razões. Seja como for, não é qualquer Direito que atende ao Estado de Direito, mas apenas aquele criado de forma democrática. Superado esse aspecto da expressão, o que significa afinal o Estado de Direito e qual sua relação possível com o devido procedimento na elaboração normativa?

Existe amplo debate no âmbito da filosofia e da teoria jurídicas sobre o que exatamente significa e exige o Estado de Direito ou o *rule of law*, conceitos que podem ser aproximados para os fins do

argumento aqui em vista.¹⁹⁸ De forma simplificada, é possível identificar duas grandes visões sobre o tema: uma que postula uma visão mais restrita e predominante formal e procedimental para o Estado de Direito e outra que, sem prejuízo de acolher esses elementos formais e procedimentais, agrega ainda considerações substantivas. Essas visões divergem quanto ao conteúdo – mais abrangente ou mais limitado – e, de certo modo, essa divergência decorre da função que os autores atribuem ao princípio.¹⁹⁹

Para alguns autores, uma vez que se incluam conteúdos materiais no Estado de Direito – como, por exemplo, a proteção dos direitos fundamentais, a redução das desigualdades, etc. –, o conceito perderia especificidade e funcionalidade, pois passaria a significar basicamente tudo o que se pretende que os Estados democráticos contemporâneos venham a proporcionar como resultado de sua ação. Seu conteúdo essencial restaria perdido ou significativamente diluído. De outra parte, outros autores sustentam que uma visão formal e limitada do Estado de Direito reforçaria a percepção equivocada, e por vezes manipulativa, de uma suposta neutralidade do aparato estatal e jurídico, reforçando injustiças, discriminações e violações a direitos. Assim, seria indispensável conectar aos elementos formais do Estado de Direito também pressupostos materiais essenciais.²⁰⁰

Mas quais seriam esses elementos formais do Estado de Direito? As listas apresentadas pelos autores oscilam um pouco, mas há certo consenso em torno de alguns elementos: (i) as pessoas como um todo e também o Poder Público devem se submeter à lei e obedecê-la; (ii) a lei deve ser efetivamente capaz de guiar a conduta das pessoas; (iii) como decorrência de (ii), a lei deve ser prospectiva, razoavelmente estável, geral, clara e compreensível; e (iv) um Judiciário independente, e ao qual o acesso deve ser facilitado, deve assegurar o cumprimento da lei.

Mesmo os autores que sustentam uma concepção formal do Estado de Direito reconhecem a importância dos qualificadores da lei referidos, como as ideias de clareza, generalidade (que se

¹⁹⁸ Para os fins deste estudo Estado de Direito e *rule of law* estão sendo equiparados, embora os dois conceitos apresentem nuances próprias. Sobre o ponto, v. ROSENFELD, 2001, p. 1309-1310; VIEIRA, 1991.

¹⁹⁹ V. RAZ, 2009; FULLER, 1969; HART, 1994.

²⁰⁰ V. VIEIRA, 2007; O'DONNELL, 2004; ROSENFELD, 2001; FALLON, 1997.

conecta de certo modo com a de igualdade) e compreensibilidade. É relevante observar que embora tais elementos possam ser descritos sob uma perspectiva formal, eles carregam considerável conteúdo substantivo.

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

Não se vai aqui ingressar no debate sobre as diferentes concepções acerca do Estado de Direito ou sobre suas funcionalidades. Basta então o registro de que, mesmo conceitos estritos vão qualificar minimamente o que se vai admitir como “lei” ou “Direito”, não operando com um conceito puramente formalista. Assim, exigências como generalidade, igualdade, não discriminação, estabilidade e compreensibilidade por parte dos destinatários são consideradas essenciais para que se possa caracterizar algo como Direito e, portanto, decorrem do Estado de Direito. Ora, se é assim, é certo que quem elabora as normas está igualmente vinculado a esses mesmos elementos: não poderá elaborar normas incompreensíveis, ilógicas, sem sentido, para além dos outros aspectos referidos, como a generalidade, a irretroatividade e a estabilidade.

A justificativa exigida pelo devido procedimento na elaboração normativa, com seus conteúdos mínimos, deverá ser apresentada por quem propõe a criação de normas, e constitui um procedimento para que essa clareza e compreensibilidade das normas sejam explicitadas. Ou seja: o DPEN veicula uma garantia elementar do conteúdo essencial do Estado de Direito referido. Nesse ponto é possível fazer uma conexão lógica do que se vem de expor com a garantia do devido processo legal.

A Constituição de 1988 assegura de forma expressa a garantia de que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art. 5º, LIV). Historicamente, sobretudo a partir

da experiência anglo-saxã, a garantia do devido processo legal se desenvolveu inicialmente à vista da atuação do Estado-Juiz, o chamado devido processo legal processual. Assim, embora o Estado, por meio do Judiciário, pudesse impor restrições sérias à liberdade e ao patrimônio das pessoas, essas restrições não poderiam ser aplicadas de forma livre ou aleatória. Regras e limites deveriam ser observados nessa atuação estatal, que se desenvolveram ao longo do tempo, tendo em seu núcleo a imparcialidade do juízo e as garantias de defesa. O ponto já foi observado no início deste estudo quando se procurou esclarecer a opção pela expressão "devido procedimento na elaboração normativa". Cabe agora aprofundá-lo.

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

Como se sabe, e a doutrina brasileira destaca com frequência, da tradição alemã, uma ideia aproximada²⁰¹ que se desenvolveu a partir justamente da garantia do Estado de Direito em conexão com o sistema dos direitos fundamentais:²⁰² trata-se da exigência de proporcionalidade que se dirige à ação estatal como um todo, e aos atos normativos em particular. Nesse sentido, aqueles qualificadores da lei inerentes ao Estado de Direito referidos anteriormente proscreveriam a ação normativa estatal abusiva, ilógica ou desproporcional,

²⁰¹ Embora boa parte da doutrina e da jurisprudência equipare razoabilidade e proporcionalidade, se está de acordo com a parte da doutrina que distingue esses dois conceitos. Sobre o tema, v. ÁVILA, 2003. O ponto porém não tem especial consequência para o objeto deste estudo, de modo que fica apenas o registro teórico.

²⁰² MENDES, 2015, p. 217 et seq.

servindo, portanto, como limites às leis e aos atos do Poder Público de forma mais ampla.

Antes da Constituição atual, na realidade, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já utilizava a ideia de proporcionalidade ou, de forma mais genérica, de razoabilidade, com maior ou menor elaboração, e muitas vezes associada à noção de abuso ou desvio de poder. O primeiro caso apontado pela historiografia do Supremo Tribunal Federal como antecedente da utilização da razoabilidade no século XX foi decidido em 1951, no Recurso Extraordinário 18.331, Relator o Ministro Orozimbo Nonato.²⁰³ Na hipótese, o Município de Santos havia aumentado em 1.000% o imposto de licença sobre cabines de banho, e determinada empresa afetada alegava que o aumento inviabilizava sua atividade econômica, o que foi acolhido ao fim pelo STF. A Corte invocou a noção, oriunda da experiência norte-americana, de que o poder de tributar é o poder de manter vivo, e concluiu que há limites ao poder de tributar, que não pode ser utilizado de forma abusiva de tal modo que inviabilize as atividades econômicas.

A proporcionalidade ganhou muitos desenvolvimentos analíticos, na Alemanha, no Brasil e em outras partes do mundo, que procuram operacionalizar sua utilização.²⁰⁴ Reproduzindo o modelo mais comumente adotado pela doutrina e jurisprudência brasileiras, entende-se que atenderá à proporcionalidade a norma ou ato que seja capaz de atender a três testes sucessivos: o da adequação lógica entre os meios empregados e os fins a que eles se destinam; o da vedação do excesso ou da necessidade, que envolve uma comparação entre os meios adotados pela norma ou ato e outros eventualmente menos gravosos para os direitos envolvidos e igualmente capazes de produzir os resultados pretendidos; e, por fim, o teste identificado como da proporcionalidade em sentido estrito, que cuida de um confronto da norma ou ato com o sistema constitucional como um todo, de modo a aferir se, ao pretender realizar determinado fim, ela ou ele respeita minimamente as demais normas constitucionais.

Como se pode perceber, a adequação lógica e a necessidade constituem exames internos, tendo em conta a norma ou o ato em

²⁰³ COSTA, 2008.

²⁰⁴ A doutrina nacional tem elaborado de forma muito consistente o princípio da razoabilidade. Veja-se, por muitos, BÉZE, 2011; BARROSO, 2009a, p. 198 et seq.; BARROS, 1996; BANDEIRA DE MELLO, 1993; SIQUEIRA CASTRO, 1989; DANTAS, 1953.

si mesmo: seus motivos, meios (efetivamente adotados ou alternativos) e fins. Já a proporcionalidade em sentido estrito descreve um confronto da norma com o sistema externo a ela, a saber, com o sistema constitucional como um todo. O confronto externo é próprio da possibilidade de controle de constitucionalidade que decorre da superioridade hierárquica da Constituição.

Na tradição brasileira, sobretudo a partir da Constituição de 1988, as exigências da razoabilidade e da proporcionalidade dirigidas aos atos estatais em geral, e aos atos normativos em particular, têm sido extraídas pela doutrina e pela jurisprudência tanto da garantia do devido processo legal substantivo quanto da cláusula do Estado de Direito, como de forma mais ampla do sistema dos direitos fundamentais.²⁰⁵ Tornou-se inclusive frequente a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos do Poder Público com fundamento nas exigências da razoabilidade e/ou da proporcionalidade,²⁰⁶ a tal ponto que parte da doutrina tem inclusive observado a necessidade de maior cuidado na utilização desses parâmetros.

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

Por fim, a Administração e o Legislativo atuam de forma prospectiva – cabe a elas avaliar e prever da melhor forma possível os resultados futuros de seus atos, mas não há garantias. O Judiciário, portanto, ao avaliar a eventual invalidade de uma norma ou ato sob a perspectiva da razoabilidade ou da proporcionalidade não pode ignorar essas circunstâncias reais nas quais eles foram editados.

²⁰⁵ Gilmar Mendes observa, citando doutrina alemã, que a extração da proporcionalidade de apenas um ou outro dos elementos constitucionais referidos não produziria necessariamente os mesmos resultados, já que a vinculação aos direitos fundamentais e ao devido processo legal diz respeito às relações entre o Estado e os particulares, ao passo que o Estado de Direito abarcaria todas as relações do Estado. Na prática, também na Alemanha, essa distinção não se verifica estendendo-se a compreensão de que a ação do Estado comum tudo demanda o respeito à proporcionalidade. V. MENDES, 2015, p. 218-219.

²⁰⁶ COSTA, 2008; SANTOS, 2004.

O julgador não pode perder de vista que se encontra em uma posição totalmente diversa para fazer suas avaliações: o Judiciário examina o que já aconteceu, tem informações efetivas sobre os resultados produzidos (e não apenas avaliações prospectivas), e não sofre pressões de tempo da mesma natureza.²⁰⁷

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

O ponto que se quer destacar aqui é o de que os atos do Poder Público não se limitam ao produto final expedido, mas incluem também a sua fase de elaboração. Assim, em um nível menos rigoroso e procedimental, as exigências do Estado de Direito – de clareza e compreensibilidade da norma – e da proporcionalidade devem igualmente ter repercussão, ainda que em um nível mínimo, também na fase de elaboração das normas. É neste ponto, como se vê, que o devido procedimento na elaboração normativa se fundamenta nas cláusulas do Estado de Direito e do devido processo legal.

Boa parte dos problemas de falta de proporcionalidade de uma norma tem origem no momento de sua elaboração, não sendo possível dissociar esses dois fenômenos: a norma e o processo que lhe dá origem. Se não se identificou de forma minimamente clara no processo de elaboração normativa qual o problema que se pretende enfrentar e quais os resultados que se espera com a providência proposta – os dois primeiros conteúdos mínimos do DPEN –, as chances de que não haja adequação lógica entre meios e fins será considerável. No mesmo sentido, se não se fez qualquer reflexão sobre os custos e impactos da medida proposta – o terceiro conteúdo do DPEN –, problemas em torno da necessidade da norma, e da viabilidade de medidas menos gravosas, bem como de infração a outras normas constitucionais, também poderão se apresentar.²⁰⁸

²⁰⁷ ÁVILA, 2004.

²⁰⁸ WINTGENS, 2013, posição 438: "I propose to call legislation in the passive and in the active sense. Legislation in the passive sense is a product. It is used in expressions like

Ou seja: embora o objetivo principal do DPEN não seja fazer um controle de mérito da justificativa, não se pode ignorar que existem parâmetros constitucionais que as normas em geral deverão observar – os três testes da proporcionalidade, por exemplo – e, portanto, é apenas natural e esperado que haja alguma articulação explícita acerca deles por parte de quem as elabora.²⁰⁹ No mínimo, a exigência de justificativa pretendida pelo devido procedimento na elaboração normativa, embora não garanta resultados, funciona como um incentivo a que haja uma reflexão sobre esses pontos.²¹⁰

Mas não se trata apenas de prevenir futuras invalidades de normas por desrespeito às exigências básicas do Estado de Direito e do devido processo legal, embora esse seja certamente um fim relevante. Trata-se de incluir o processo de elaboração normativa na categoria de atos do Poder Público de forma mais ampla que recebem igualmente a incidência dessas cláusulas constitucionais. Assim como o Estado-Juiz e o Estado-Administrador, também o Estado-Elaborador de Normas está submetido ao Estado de Direito e ao devido processo legal.

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

“environmental legislation” or “tax legislation”. Legislation in the active sense on the contrary refers to the process of legislation. While problems with the rationality of legislation in the passive sense only appear when it comes to interpretation and application, problems of the rationality of legislation in the active sense appear at an earlier state, that is, throughout the process of legislative law making. A legisprudential theory of law that no longer takes for granted the central position of the judge, but also considers the legislator as a legal agent (although he is also a political agent) focuses on the process of legislation or legislation in the active sense. From this perspective, the process of legislation seems to be the appropriate context for the exploration of the rationality of the legislator”.

²⁰⁹ Nesse sentido, relacionando a apresentação de razões a uma exigência elementar da razoabilidade, ou ao menos da não arbitrariedade: OLIVER-LALANA, 2013, posição 4029 (“It would be then possible to challenge the constitutionality of certain legislative choices, for instance, when parliamentarians do not give any reasons for them, as this amounts to lacking justification and hence to arbitrariness”).

²¹⁰ Na linha descrita por SUNSTEIN; THALER, 2009, como um *nudge*, isto é, um estímulo.

mesmo modo que as normas – produto final desse processo – estarão submetidas aos parâmetros constitucionais próprios que limitam seu conteúdo.

Quem propõe uma norma, assim como os demais agentes públicos, deve demonstrar minimamente como sua proposta faz sentido no mundo, quais são suas pretensões, e como elas se relacionam com os fatos que pretendem disciplinar.²¹¹ O legislador tem ampla discricionariedade para decidir acerca dos atos legislativos, e em menor medida outros agentes com competência normativa, mas não está livre para ser absurdo, ilógico, abusivo, aleatório ou inconsequente.²¹²

Repita-se, como já referido, que a exigência de apresentação de justificativa que dá o conteúdo do devido procedimento na elaboração normativa não ingressa em qualquer controle ou debate acerca do conteúdo dessa justificativa, definindo apenas três grandes temas que deverão ser abordados. Não se trata de equiparar as funções legislativas às demais funções estatais, cuja vinculação ao Direito é muitíssimo maior, ou de esvaziar o espaço da política para ocupá-lo com o Direito: o ponto será retomado adiante de forma mais específica.

O DPEN não procura controlar a conveniência da decisão legislativa ou seu conteúdo propriamente (embora, como se viu, a norma afinal editada poderá ter seu conteúdo controlado a partir de uma versão mais densa das cláusulas do Estado de Direito e do devido processo legal). Caso a norma seja afinal editada, o controle de constitucionalidade das normas poderá concluir que essa consideração foi inteiramente equivocada e declarar a invalidade da norma. Mas essa já será uma outra questão. Em resumo, o devido procedimento na elaboração normativa apenas exige que os elementos considerados nucleares para a garantia do Estado de Direito e do devido processo legal sejam *considerados e explicitados* por quem propõe a norma e, nesse sentido, é uma decorrência lógica de tais princípios constitucionais.

²¹¹ OLIVER-LALANA, 2013, posição 3517: “rational lawmaking is impossible without arguments –, this presupposes that lawmakers publicly state and exchange reasons for what they decide.”.

²¹² FLUECKIGER, 1999, p. 117: “Le législateur dispose d’un vaste espace d’autonomie créatrice dans le cadre des règles constitutionnelles et légales. Il n’est cependant pas libre d’échapper à l’exigence de rationalité”.

5.4.1 O processo legislativo constitucional e o devido procedimento na elaboração normativa

Como discutido, o devido procedimento na elaboração normativa é extraído de conteúdos essenciais dos direitos fundamentais e dos princípios republicano, democrático, do Estado de Direito e da garantia do devido processo legal. Mas o que dizer das normas constitucionais que tratam especificamente da elaboração legislativa? É disso que se cuida agora de forma particular.

A Constituição de 1988 não trata de forma geral ou sistemática sobre o processo de elaboração normativa pelo Estado, por seus vários órgãos e entidades, e talvez não fosse realmente razoável esperar que o fizesse. A Constituição estabelece apenas regras básicas acerca do processo legislativo conduzido pelas Casas Legislativas, e nenhuma delas prevê, de forma explícita, o dever de apresentação de uma justificativa nos termos do devido procedimento na elaboração normativa discutido neste estudo.

Nada obstante, a ideia de discussão acerca das razões e informações pertinentes às propostas normativas, acerca de seus objetivos e dos impactos da medida proposta encontra-se claramente subjacente a várias dessas previsões constitucionais. A rigor, o devido procedimento na elaboração normativa encontra fundamento nos princípios que estruturam a atuação estatal como um todo já discutidos e é coerente com as previsões constitucionais específicas que cuidam do processo legislativo.

Com efeito, o exame das normas constitucionais que tratam do processo legislativo revela algumas opções importantes por parte do constituinte originário nesse particular. Em primeiro lugar, em várias ocasiões a Constituição prevê que as competências normativas de Casas Legislativas envolvem *discutir* e votar os temas que lhes são submetidos. A ideia de que deve haver uma *discussão*, e não apenas uma votação, pressupõe a apresentação de argumentos e contra-argumentos, que idealmente devem envolver razões e informações, acerca das propostas submetidas às Casas Legislativas.²¹³

²¹³ Constituição de 1988: "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 As comissões, em razão

Em relação ao veto, a Constituição exige que ele seja motivado e, ao tratar da reunião que decidirá sobre ele, diz a Constituição que cabe ao Congresso reunir-se para conhecer do veto e sobre ele deliberar.²¹⁴

Em segundo lugar, a própria Constituição prevê que o Congresso e suas Casas deverão contar com comissões permanentes e temporárias cujo objetivo é tanto aprofundar quanto ampliar os debates acerca das matérias examinadas. Esses debates receberão a contribuição da participação de representantes da sociedade civil e de outros Poderes e da circunstância de serem examinados sob diferentes perspectivas, tendo em conta as diferentes concentrações temáticas das comissões. Cabe às comissões, igualmente, e nesse mesmo contexto, apurar informações que possam ser relevantes para o que esteja sendo examinado.

Caberá aos regimentos internos das Casas definir a forma e as atribuições das Comissões, mas a Constituição já define em termos gerais que lhes cabe: discutir e votar projetos de lei, apreciar e elaborar parecer sobre programas de obras e planos de desenvolvimento, coletar informações e razões por meio da oitiva de pessoas (Ministros de Estado, autoridades, cidadãos e entidades da sociedade civil) e do debate em audiências públicas, etc.²¹⁵ Todas essas atividades

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; (...) 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. (...) 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. (...) Art. 65. O projeto de lei aprovado por uma Casa será revisto pela outra, em um só turno de *discussão* e votação, e enviado à sanção ou promulgação, se a Casa revisora o aprovar, ou arquivado, se o rejeitar. (...) ADCT, Art. 11. Cada Assembleia Legislativa, com poderes constituintes, elaborará a Constituição do Estado, no prazo de um ano, contado da promulgação da Constituição Federal, obedecidos os princípios desta. Parágrafo único. Promulgada a Constituição do Estado, caberá à Câmara Municipal, no prazo de seis meses, votar a Lei Orgânica respectiva, em dois turnos de *discussão* e votação, respeitado o disposto na Constituição Federal e na Constituição Estadual”.

²¹⁴ Constituição de 1988: “Art. 57. O Congresso Nacional reunir-se-á, anualmente, na Capital Federal, de 2 de fevereiro a 17 de julho e de 1º de agosto a 22 de dezembro. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 50, de 2006) (...) §3º Além de outros casos previstos nesta Constituição, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal reunir-se-ão em sessão conjunta para: (...) IV - conhecer do veto e sobre ele deliberar.

²¹⁵ Constituição de 1988: “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. §1º Na constituição das Mesas e de cada Comissão, é assegurada, tanto quanto possível, a representação proporcional

atribuídas às Comissões envolvem justamente o debate em torno dos diferentes argumentos e informações relativos aos projetos e planos submetidos ao Poder Legislativo.²¹⁶

É interessante notar que o que se discute aqui não é estranho aos regimentos internos, *e.g.*, da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Como se sabe, os regimentos organizam várias comissões temáticas e as proposições normativas devem, como regra, percorrer várias delas, de modo a permitir que o tema seja examinado sob múltiplas perspectivas.²¹⁷ Os regimentos preveem

dos partidos ou dos blocos parlamentares que participam da respectiva Casa. §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; II - realizar audiências públicas com entidades da sociedade civil; III - convocar Ministros de Estado para prestar informações sobre assuntos inerentes a suas atribuições; IV - receber petições, reclamações, representações ou queixas de qualquer pessoa contra atos ou omissões das autoridades ou entidades públicas; V - solicitar depoimento de qualquer autoridade ou cidadão; VI - apreciar programas de obras, planos nacionais, regionais e setoriais de desenvolvimento e sobre eles emitir parecer”.

²¹⁶ A despeito das previsões constitucionais e regimentais, como discutido no item 4.3, o papel das comissões acaba sendo limitado pelos regimes de urgência.

²¹⁷ As comissões são disciplinadas no Regimento Interno da Câmara dos Deputados a partir do art. 25, e, no Regimento Interno do Senado Federal, a partir do art. 71. É interessante observar que o Regimento Interno do Senado Federal é explícito em atribuir às comissões a avaliação ao longo do tempo da execução das políticas públicas: “Art. 96-B. No desempenho da competência prevista no inciso IX do art. 90, as comissões permanentes selecionarão, na área de sua competência, políticas públicas desenvolvidas no âmbito do Poder Executivo, para serem avaliadas. §1º Cada comissão permanente selecionará as políticas públicas até o último dia útil do mês de março de cada ano. §2º Para realizar a avaliação de que trata o *caput*, que se estenderá aos impactos das políticas públicas e às atividades meio de suporte para sua execução, poderão ser solicitadas informações e documentos a órgãos do Poder Executivo – e ao Tribunal de Contas da União, bem como a entidades da sociedade civil, nos termos do art. 50 da Constituição Federal. §3º Ao final da sessão legislativa, a comissão apresentará relatório com as conclusões da avaliação realizada. §4º A Consultoria Legislativa e a Consultoria de Orçamentos, Fiscalização e Controle do Senado Federal elaborarão estudos e relatórios técnicos que subsidiarão os trabalhos da avaliação de que trata o *caput*. (...) Art. 99-A. A Comissão de Assuntos Econômicos compete, ainda, avaliar periodicamente a funcionalidade do Sistema Tributário Nacional, em sua estrutura e seus componentes, e o desempenho das administrações tributárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. (...) Art. 101-A. O Ministro de Estado da Justiça comparecerá anualmente à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal para prestar informações e esclarecimentos a respeito da atuação de sua Pasta, bem como para apresentar avaliação das políticas públicas no âmbito de suas competências. (...) Art. 102-A. A Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle, além da aplicação, no que couber, do disposto no art. 90 e sem prejuízo das atribuições das demais comissões, compete: I - exercer a fiscalização e o controle dos atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta, podendo, para esse fim: a) avaliar a eficácia, eficiência e economicidade dos projetos e programas de governo no plano nacional, no regional e no setorial de desenvolvimento, emitindo parecer conclusivo; (...) i) propor ao Plenário do

ainda (genericamente, é bem de ver) que as proposições devem ser fundamentadas,²¹⁸ e há órgãos auxiliares destinados a auxiliar o Congresso Nacional na avaliação das proposições normativas e no monitoramento da execução das normas e dos impactos por elas produzidos.²¹⁹

Senado as providências cabíveis em relação aos resultados da avaliação, inclusive quanto ao resultado das diligências realizadas pelo Tribunal de Contas da União; (...) Art. 102-E. À Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa compete opinar sobre: (...) VII - fiscalização, acompanhamento, avaliação e controle das políticas governamentais relativas aos direitos humanos, aos direitos da mulher, aos direitos das minorias sociais ou étnicas, aos direitos dos estrangeiros, à proteção e integração das pessoas portadoras de deficiência e à proteção à infância, à juventude e aos idosos”.

²¹⁸ Regimento Interno da Câmara dos Deputados: “Art. 103. A proposição poderá ser *fundamentada* por escrito ou verbalmente pelo Autor e, em se tratando de iniciativa coletiva, pelo primeiro signatário ou quem este indicar, mediante prévia inscrição junto à Mesa. Parágrafo único. O Relator de proposição, de ofício ou a requerimento do Autor, fará juntar ao respectivo processo a justificação oral, extraída do Diário da Câmara dos Deputados. (...) Art. 107. A publicação de proposição no Diário da Câmara dos Deputados e em avulsos, quando de volta das Comissões, assinalará, obrigatoriamente, após o respectivo número: (...) §1º Deverão constar da publicação a proposição inicial, *com a respectiva justificação*; os pareceres, com os respectivos votos em separado; as declarações de voto e a indicação dos Deputados que votaram a favor e contra; as emendas na íntegra, com as suas justificações e respectivos pareceres; as informações oficiais porventura prestadas acerca da matéria e outros documentos que qualquer Comissão tenha julgado indispensáveis à sua apreciação”.

Regimento Interno do Senado Federal: “Art. 233. Nenhuma emenda será aceita sem que o autor a tenha *justificado* por escrito ou oralmente. Parágrafo único. A justificação oral de emenda em plenário deverá ser feita no prazo que seu autor dispuser para falar no Período do Expediente da sessão. (...) Art. 238. As proposições, salvo os requerimentos, devem ser acompanhadas de *justificação* oral ou escrita, observado o disposto no parágrafo único do art. 233. Parágrafo único. Havendo várias emendas do mesmo autor, dependentes de justificação oral, é lícito justificá-las em conjunto. (...) Art. 249. Toda proposição apresentada ao Senado será publicada no Diário do Senado Federal, na íntegra, acompanhada, quando for o caso, da *justificação* e da legislação citada. (...) Art. 376. O projeto de decreto legislativo referente a atos internacionais terá a seguinte tramitação: I - só terá iniciado o seu curso se estiver acompanhado de cópia autenticada do texto, em português, do ato internacional respectivo, bem como da mensagem de encaminhamento e da exposição de motivos;”.

²¹⁹ Regimento Interno da Câmara dos Deputados: “Art. 275. O sistema de consultoria e assessoramento institucional unificado da Câmara dos Deputados compreende, além do Conselho de Altos Estudos e Avaliação Tecnológica, a Consultoria Legislativa, com seus integrantes e respectivas atividades de consultoria e assessoramento técnico-legislativo e parlamentar à Mesa, às Comissões, às Lideranças, aos Deputados e à Administração da Casa, com o apoio dos sistemas de documentação e informação, de informática e processamento de dados. Parágrafo único. O Conselho de Altos Estudos e Avaliação Tecnológica e a Consultoria Legislativa terão suas estruturas, interação, atribuições e funcionamento regulados por resolução própria. Art. 276. O Conselho de Altos Estudos e Avaliação Tecnológica, órgão técnico-consultivo diretamente jurisdicionado à Mesa, terá por incumbência: I - os estudos concernentes à formulação de políticas e diretrizes legislativas ou institucionais, das linhas de ação ou suas alternativas e respectivos instrumentos normativos, quanto a planos, programas e projetos, políticas e ações governamentais; II - os estudos de viabilidade e análise de impactos, riscos e benefícios de

Retornando ao sistema constitucional, e em terceiro lugar, a Constituição prevê, e o ponto já foi sublinhado, a necessidade de participação da sociedade de forma geral, ou de grupos interessados de forma específica, no contexto de elaboração de normas (mesmo que infralegais) sobre vários assuntos específicos, como seguridade social,²²⁰ assistência social,²²¹ educação,²²² saúde,²²³ cultura²²⁴ e política agrícola.²²⁵ A Constituição cuida também da participação

natureza tecnológica, ambiental, econômica, social, política, jurídica, cultural, estratégica e de outras espécies, em relação a tecnologias, planos, programas ou projetos, políticas ou ações governamentais de alcance setorial, regional ou nacional; III - a produção documental de alta densidade crítica e especialização técnica ou científica, que possa ser útil ao trato qualificado de matérias objeto de trâmite legislativo ou de interesse da Casa ou de suas Comissões. Parágrafo único. As atividades de responsabilidade do Conselho poderão ser desagravadas por solicitação da Mesa, de Comissão ou do Colégio de Líderes". Uma questão altamente problemática acerca desses Conselhos, nos termos da disciplina vigente, é a circunstância de que a minoria parlamentar dificilmente poderá fazer-lhes solicitações.

- ²²⁰ Constituição de 1988: "Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos: (...) VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)".
- ²²¹ Constituição de 1988: "Art. 204. As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes: (...) II - participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis".
- ²²² Constituição de 1988: "Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: (...) VI - gestão democrática do ensino público, na forma da lei".
- ²²³ Constituição de 1988: "Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: (...) III - participação da comunidade".
- ²²⁴ Constituição de 1988: "Art. 216-A. O Sistema Nacional de Cultura, organizado em regime de colaboração, de forma descentralizada e participativa, institui um processo de gestão e promoção conjunta de políticas públicas de cultura, democráticas e permanentes, pactuadas entre os entes da Federação e a sociedade, tendo por objetivo promover o desenvolvimento humano, social e econômico com pleno exercício dos direitos culturais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 71, de 2012) §1º O Sistema Nacional de Cultura fundamenta-se na política nacional de cultura e nas suas diretrizes, estabelecidas no Plano Nacional de Cultura, e rege-se pelos seguintes princípios: Incluído pela Emenda Constitucional nº 71, de 2012 (...) X - democratização dos processos decisórios com participação e controle social; Incluído pela Emenda Constitucional nº 71, de 2012".
- ²²⁵ Constituição de 1988: "Art. 187. A política agrícola será planejada e executada na forma da lei, com a participação efetiva do setor de produção, envolvendo produtores e trabalhadores rurais, bem como dos setores de comercialização, de armazenamento e de transportes, levando em conta, especialmente:".

dos trabalhadores e empregadores nos colegiados de órgãos públicos nos quais seus interesses sejam objeto de deliberação e decisão.²²⁶

A exigência de participação popular nesses vários fóruns demandará, de um lado, que as autoridades públicas apresentem seus planos e *os justifiquem*, oferecendo as razões e informações capazes de demonstrar porque tais planos devem ser aprovados. Além disso, esses fóruns tornam-se um espaço de debate dessas justificativas e, eventualmente, da apresentação de outras perspectivas por parte dos participantes.

Em quarto lugar, a própria Constituição cuida, em vários pontos, da necessidade de avaliação sobre os impactos esperados da ação estatal ou mesmo de iniciativas privadas autorizadas pelo Estado. Os custos financeiros de proposições normativas em discussão devem ser estimados, bem como as repercussões que intervenções públicas e privadas possam ter sobre determinados bens que o constituinte considerou especialmente relevantes.

Assim, por exemplo, a Constituição prevê que, relativamente a determinados projetos, como, os de iniciativa do Executivo, as eventuais emendas parlamentares não poderão aumentar despesa.²²⁷ Isso significa que alguma avaliação precisa ser feita para que se possa dimensionar a despesa prevista para o projeto como um todo e a associada à emenda em particular. O mesmo se diga das eventuais alterações levadas a cabo pelo Legislativo do projeto de lei do orçamento anual.²²⁸ De forma mais geral, a EC nº 42/03 incluiu, dentre as competências do Senado Federal (art. 52, XV), a de "avaliar periodicamente a funcionalidade do Sistema Tributário Nacional, em sua estrutura e seus componentes, e o desempenho

²²⁶ Constituição de 1988: "Art. 10. É assegurada a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação".

²²⁷ Constituição de 1988: "Art. 63. Não será admitido aumento da despesa prevista: I - nos projetos de iniciativa exclusiva do Presidente da República, ressalvado o disposto no art. 166, §3º e §4º; II - nos projetos sobre organização dos serviços administrativos da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, dos Tribunais Federais e do Ministério Público".

²²⁸ Constituição de 1988: "Art. 166 §3º As emendas ao projeto de lei do orçamento anual ou aos projetos que o modifiquem somente podem ser aprovadas caso: I - sejam compatíveis com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias; II - indiquem os recursos necessários, admitidos apenas os provenientes de anulação de despesa, excluídas as que incidam sobre: (...)".

das administrações tributárias da União, dos Estados e do Distrito Federal e dos Municípios”.

A Constituição prevê ainda, ao tratar da proteção ao meio ambiente, que há necessidade de estudo prévio de impacto ambiental para instalação de obra ou atividade potencialmente poluidora.²²⁹ Ora, um ato normativo não é, em si mesmo, uma atividade potencialmente poluidora, mas seu conteúdo pode desencadear atividades com tais características, de modo que seria profundamente incoerente que tal aspecto não fosse cogitado quando da elaboração da norma, diante da prioridade constitucional dada ao tema.

O mesmo se diga, por exemplo, acerca do impacto de eventual norma em discussão sobre “as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país”, que a Constituição expressamente prevê devem receber tratamento favorecido pela disciplina da ordem econômica.²³⁰ Uma norma que venha a prejudicar tal segmento seria provavelmente considerada inválida, de modo que parece indispensável, do ponto de vista das prioridades constitucionais, que alguma avaliação sobre esse impacto seja feita quando da elaboração normativa. O mesmo se diga, e ainda com maior razão, acerca do impacto de eventual norma sobre os direitos fundamentais em geral, particularmente sob a perspectiva da desigualdade, à vista do art. 3º, III, da Constituição. Outros exemplos poderiam ser suscitados, mas parece suficiente o que já se expôs até aqui.

Cabe apenas fazer uma última observação neste tópico. Poder-se-ia argumentar que as normas referidas cuidam sobretudo do processo legislativo a cargo das Casas Legislativas e não

²²⁹ Constituição de 1988: “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. §1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: (...) IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;”. Na realidade, nos termos do art. 186, II, da Constituição, a preservação do meio ambiente integra a noção de função social da propriedade rural (TEPEDINO, 2009).

²³⁰ Constituição de 1988: “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)”.

exatamente da produção normativa em geral, eventualmente levada a cabo por outros Poderes, e nem propriamente de quem propõe a elaboração de normas. Assim, o devido procedimento na elaboração normativa, certamente coerente com tais previsões, não poderia ser extrapolado para outras instâncias de produção normativa ou para outros iniciadores do processo legislativo que não os membros do Poder Legislativo. O argumento merece ser enfrentado.

Não é inteiramente precisa a afirmação de que as normas referidas se ocupam apenas do funcionamento das Casas Legislativas, até porque o Legislativo não é o único agente do processo legislativo. A Constituição integra a participação de vários outros Poderes e entidades por meio das iniciativas privativas no processo legislativo e, no caso do Executivo, há ainda o poder de veto. Ou seja: as normas constitucionais sobre o processo legislativo vinculam todos aqueles que participam em alguma medida dele, e, portanto, todo aquele que apresenta ao Poder Legislativo uma proposta ou projeto de ato normativo recebe a incidência das previsões constitucionais discutidas.

Sobre o processo de elaboração normativa de forma mais geral, que tenha lugar em outras esferas estatais, é certo que várias das disposições constitucionais examinadas não se referem necessariamente ao Poder Legislativo. Os mecanismos de participação da sociedade previstos em relação à tomada de decisões acerca de várias políticas públicas dizem respeito, frequentemente, a órgãos do Poder Executivo que terão competências normativas sobre esses temas.

Além disso, parece tranquilo afirmar que a regra geral no sistema constitucional brasileiro é a de que a elaboração normativa esteja a cargo do Poder Legislativo efetivamente, e o exercício dessa competência por outras instâncias – embora tenha se tornado frequente – terá sempre um caráter de excepcionalidade. A função normativa exercida por outros órgãos ou entidades estatais não é ontologicamente distinta daquela tradicionalmente a cargo do Legislativo, de modo que não há razão para deixar de aplicar a esses outros órgãos a lógica constitucional aplicável ao processo legislativo sob a perspectiva do devido procedimento na elaboração normativa.

Ademais, um órgão ou entidade estatal, diverso do Legislativo, apenas goza de competência normativa porque a recebeu diretamente da Constituição ou porque a recebeu do próprio

Legislador. Assim, e ao contrário do que essa crítica poderia supor, as exigências do DPEN devem incidir de forma ainda mais ampla e rígida sobre outros órgãos e entidades que proponham ou expeçam normas, justamente porque não se trata do Poder Legislativo.

Em resumo, sob a perspectiva das opções constitucionais acerca da estrutura e funcionamento do Estado, o devido procedimento na elaboração normativa decorre não apenas dos princípios gerais discutidos, mas é coerente, e encontra também fundamentação lógica, com o sistema constitucional que cuida da elaboração legislativa.

5.5 O dever constitucional de publicidade e o direito constitucional de acesso à informação

Procurou-se demonstrar que há um direito fundamental geral à justificativa de qualquer espécie de ação estatal e que os princípios republicano, do Estado de Direito e democrático, além da garantia do devido processo legal, todos consagrados de forma expressa pela Constituição de 1988, exigem, como uma decorrência direta do seu sentido nuclear, que a apresentação de proposições normativas por qualquer agente público deve ser obrigatoriamente acompanhada de justificativa. Também se discutiu a coerência do DPEN com o próprio sistema constitucional de elaboração legislativa. Neste tópico, adicionalmente, se vai demonstrar que, além de um efeito que decorre do núcleo dos princípios referidos, o direito constitucional ao devido procedimento na elaboração normativa é uma exigência lógica e indispensável de um conjunto de regras constitucionais.

Como é corrente, a Constituição de 1988 consagrou de forma expressa o direito de acesso à informação (art. 5º, XIV e XXXIII²³¹),²³² ao lado dos correspondentes deveres de publicidade²³³ e de prestação

²³¹ Constituição de 1988: "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;"

²³² SARLET; MOLINARO, 2014.

²³³ Embora a publicidade seja frequentemente identificada como um princípio, parece mais adequado identificá-la como uma regra no que diz respeito ao objeto sobre o qual ela incide:

de contas, impostos aos agentes públicos em geral (art. 37, *caput*, §3º, II, e §8º, II; art. 49, IX; art. 84, XI e XXIV; art. 74, I e II²³⁴).²³⁵ Nos termos da Constituição, a publicidade será sempre a regra, e o sigilo dos atos do Poder Público apenas é admitido para a preservação da intimidade e quando seja necessário à segurança da sociedade e do Estado.²³⁶ Além disso, a Constituição faz menção expressa a planos de governo, à avaliação do cumprimento das metas previstas e à execução dos programas de governo.²³⁷ Aprofunde-se brevemente a compreensão do sentido e alcance desses dispositivos.

todo e qualquer ato do Poder Público, salvo exceção expressa. Debates contemporâneos sobre como garantir efetiva publicidade, dependendo do público e do conteúdo do ato, aproximam a previsão normativa de um princípio, já que há meios variados de produzir esse resultado.

²³⁴ Constituição de 1988: "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) (...) §8º A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (...) II - os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes; (...) 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;".

²³⁵ MANNARINO, 2006, p. 229: "Ainda que objeto de discussão recorrente em meio ao poder público, a prestação anual de contas do Presidente da República, oferecida à Sociedade Brasileira por força de mandamento constitucional específico (artigo 84, inciso XXIV), é pouco perceptível pelo cidadão comum, carecendo de interesse do cidadão-leigo, tanto por sua compreensão quanto eventual repercussão no dia-a-dia de cada brasileiro".

²³⁶ Constituição de 1988, art. 5º, XXXIII e LX; art. 37, *caput*, §§1º e §3º, II; art. 93, IX.

²³⁷ Constituição de 1988, arts. 74, I, e 84, IX.

O direito de acesso à informação desdobra-se em duas direções. Em primeiro lugar, cada indivíduo tem o direito de ter acesso a informações acerca de si próprio, mas que estejam sob poder do Estado. Esse primeiro aspecto do tema se vincula a interesses como a privacidade, o poder do indivíduo de controlar suas informações pessoais e, eventualmente, a proteção contra discriminações.²³⁸ Em segundo lugar, o acesso à informação diz respeito ao direito de todos, e de cada um, de ter acesso em caráter permanente a informações sobre os atos públicos de interesse geral: esse é o ponto que interessa de forma direta a este estudo. O art. 5º, XXXIII, identifica como objeto desse aspecto do direito "informação de interesse coletivo ou geral". O art. 37, §3º, II, de forma mais específica, menciona o direito de ter acesso a registros administrativos e a informações sobre atos de governo.²³⁹

²³⁸ A Corte Europeia de Direitos Humanos já reconheceu esse direito, embora considere que uma ponderação será necessária em cada caso, tendo em conta o legítimo interesse estatal, e.g., na segurança nacional, v. CEDH: Leander v. Suécia (1987), Gaskin v. Reino Unido (1989), Guerra v. Itália (1998), Odièvre v. França (2003), e Segertedt-Wibergand e outros v. Suécia (2006). A Constituição brasileira de 1988 previu expressamente o direito de o indivíduo obter dos órgãos públicos informações de seu interesse individual, embora também tenha ressalvado que a segurança da sociedade e do Estado podem limitar esse direito (art. 5º, XXXIII e LXXII).

²³⁹ A Lei nº 12.527/11, chamada Lei de Acesso à Informação, trata deste segundo aspecto do direito à informação de forma específica, e seus arts. 7º e 8º indicam o conteúdo do direito à informação, exemplificativamente nos seguintes termos: "Art. 7º O acesso à informação de que trata esta Lei compreende, entre outros, os direitos de obter: I - orientação sobre os procedimentos para a consecução de acesso, bem como sobre o local onde poderá ser encontrada ou obtida a informação almejada; II - informação contida em registros ou documentos, produzidos ou acumulados por seus órgãos ou entidades, recolhidos ou não a arquivos públicos; III - informação produzida ou custodiada por pessoa física ou entidade privada decorrente de qualquer vínculo com seus órgãos ou entidades, mesmo que esse vínculo já tenha cessado; IV - informação primária, íntegra, autêntica e atualizada; V - informação sobre atividades exercidas pelos órgãos e entidades, inclusive as relativas à sua política, organização e serviços; VI - informação pertinente à administração do patrimônio público, utilização de recursos públicos, licitação, contratos administrativos; e VII - informação relativa: a) à implementação, acompanhamento e resultados dos programas, projetos e ações dos órgãos e entidades públicas, bem como metas e indicadores propostos; b) ao resultado de inspeções, auditorias, prestações e tomadas de contas realizadas pelos órgãos de controle interno e externo, incluindo prestações de contas relativas a exercícios anteriores. §1º O acesso à informação previsto no caput não compreende as informações referentes a projetos de pesquisa e desenvolvimento científicos ou tecnológicos cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. §2º Quando não for autorizado acesso integral à informação por ser ela parcialmente sigilosa, é assegurado o acesso à parte não sigilosa por meio de certidão, extrato ou cópia com ocultação da parte sob sigilo. §3º O direito de acesso aos documentos ou às informações neles contidas utilizados como fundamento da tomada de decisão e do ato administrativo será assegurado com a edição do ato decisório respectivo. §4º A negativa

O direito de acesso à informação de interesse geral desencadeia ao menos dois efeitos. Em primeiro lugar, caso o Poder Público não dê publicidade a informações existentes de interesse público, surge para os indivíduos a pretensão de exigí-las. É possível identificar manifestações individuais, coletivas e difusas desse direito. Com efeito, após uma solicitação administrativa infrutífera, um indivíduo poderá ingressar com uma demanda postulando determinada informação. Também uma associação de moradores pode pretender obter informação, *e.g.*, sobre os níveis de salubridade da água distribuída no bairro e as ações estatais planejadas para garantir sua potabilidade.

Além dessa dimensão coletiva, não é difícil visualizar uma dimensão difusa desse direito. A coletividade tem o direito de exigir informações, por exemplo, sobre gastos públicos em geral,²⁴⁰ ou sobre a quantidade de mortos em decorrência da dengue, caso

de acesso às informações objeto de pedido formulado aos órgãos e entidades referidas no art. 1º, quando não fundamentada, sujeitará o responsável a medidas disciplinares, nos termos do art. 32 desta Lei. §5º Informado do extravio da informação solicitada, poderá o interessado requerer à autoridade competente a imediata abertura de sindicância para apurar o desaparecimento da respectiva documentação. §6º Verificada a hipótese prevista no §5º deste artigo, o responsável pela guarda da informação extraviada deverá, no prazo de 10 (dez) dias, justificar o fato e indicar testemunhas que comprovem sua alegação. Art. 8º É dever dos órgãos e entidades públicas promover, independentemente de requerimentos, a divulgação em local de fácil acesso, no âmbito de suas competências, de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas. §1º Na divulgação das informações a que se refere o caput, deverão constar, no mínimo: I - registro das competências e estrutura organizacional, endereços e telefones das respectivas unidades e horários de atendimento ao público; II - registros de quaisquer repasses ou transferências de recursos financeiros; III - registros das despesas; IV - informações concernentes a procedimentos licitatórios, inclusive os respectivos editais e resultados, bem como a todos os contratos celebrados; V - dados gerais para o acompanhamento de programas, ações, projetos e obras de órgãos e entidades; e VI - respostas a perguntas mais frequentes da sociedade”.

²⁴⁰ Em fevereiro de 2008, um Senador da República impetrou mandado de segurança perante o STF (MS 27.141) contra ato do Presidente da República alegando que ele teria se negado a fornecer informações sobre os gastos públicos com cartões corporativos. O Ministro Celso de Mello, relator, solicitou que fosse juntada aos autos a prova de que o Presidente teria se negado a fornecer os dados. Cerca de um mês depois o Senador desistiu do mandado de segurança e a questão não chegou a ser apreciada pelo STF. Também em fevereiro de 2008, o PPS ajuizou a ADPF 129-3/DF sustentando que a norma que autorizava o sigilo das despesas da Presidência consideradas reservadas e confidenciais – art. 86 do Decreto-Lei nº 200/67 – não teria sido recepcionada pela Constituição de 1988. O autor da ADPF sustenta que o sigilo, embora possível, é excepcional e depende de motivação específica. O Ministro Ricardo Lewandowski, relator, negou a liminar entendendo que, apesar do princípio da publicidade, o sigilo era admitido pela Constituição, e que a decisão acerca do sigilo não seria arbitrária, pois um conjunto de leis, posteriores inclusive à editada em 1967, regulava a matéria. Até a conclusão deste trabalho, o tema ainda não havia sido examinado pelo Plenário da Corte.

eles não sejam fornecidos. Em resumo, existe um direito de exigir que a informação de interesse geral existente seja fornecida. Mas o que dizer de uma informação que não esteja disponível, seja porque não foi coletada, seja porque não foi processada? É neste ponto que se manifesta um segundo efeito do direito de acesso à informação de interesse geral: é preciso que exista a informação de interesse geral, "existir" entendido no sentido de ter sido coletada e estar disponível. É certo que não existe um direito de ter acesso a qualquer informação que se deseje. Informações astronômicas são de interesse geral, mas dificilmente se poderá sustentar que o Estado está obrigado a produzi-las e difundi-las, a não ser que haja uma conexão de alguma delas com alguma espécie de ação estatal. Coletar informação, processá-la e colocá-la a disposição do público é uma atividade complexa, por vezes demorada e custosa. Por isso mesmo, o Estado não estará obrigado a produzir e colocar à disposição informações não relacionadas com sua atividade, ainda que se possa considerar uma determinada informação desse tipo de interesse geral. O mesmo não se pode dizer, porém, sobre informações diretamente relacionadas com os atos do Poder Público e com as políticas públicas de forma mais ampla.

Veja bem, pouco sentido haveria em se garantir acesso à informação de interesse geral relacionada com a atuação estatal se o Estado pudesse negar a informação sobre o argumento de que não a possui, ainda que o argumento fosse verdadeiro. Imagine um pedido de informação sobre o funcionamento de um hospital público municipal: quantos profissionais trabalham no hospital e qual a média de faltas, por qualquer razão, por mês. Imagine, porém, que o Município não tem, na realidade, a informação solicitada: seu banco de dados apenas lista a quantidade total de profissionais de saúde, não discriminando quantos estão alocados em quais unidades, e não existe controle de faltas. A conclusão natural parece ser a de que a ausência da informação, no caso, não afasta o direito difuso da coletividade de obtê-la, mas, o contrário, gera para o Município o dever-meio de tomar providências de modo a ser capaz de produzir e divulgar essa informação.

A questão é tão relevante que a Constituição comete de forma específica à União a coleta e divulgação de informações estatísticas de caráter nacional, particularmente dados geográficos, geológicos e cartográficos, dados que serão necessários para a compreensão

da realidade brasileira de forma ampla e indispensáveis para a concepção de qualquer política pública geral.²⁴¹ Além disso, será impossível avaliar a execução das políticas públicas e dos programas de governo em geral, como exigido pela própria Constituição, se o Poder Público não produzir e divulgar tais informações.²⁴²

Ou seja: o direito constitucional de acesso à informação de interesse público significa que será possível exigir as informações de interesse público relacionadas com a ação estatal, existam essas informações ou não. No caso de elas não existirem por alguma razão, caberá ao Poder Público aparelhar-se para obter tais dados e divulgá-los. Cabe agora examinar o dever constitucional contraposto a esse direito, que é o dever de publicidade.

A publicidade é um dever constitucional que se destina a todos os órgãos e entidades públicos, de modo que Executivo, Legislativo e Judiciário, salvo exceções previstas pela própria Constituição,²⁴³

²⁴¹ Nesse particular, e a despeito de suas limitações, o emprego de estatísticas será especialmente útil. V. Constituição de 1988: "Art. 21. Compete à União: (...) XV - organizar e manter os serviços oficiais de estatística, geografia, geologia e cartografia de âmbito nacional;".

²⁴² Além das previsões constitucionais já referidas, v. Lei nº 4.320/64: Art. 75. O controle da execução orçamentária compreenderá: (...) III - o cumprimento do programa de trabalho expresso em termos monetários e em termos de realização de obras e prestação de serviços. Sobre essa discussão, v. NORTON; ELSON, 2002; e PEDERIVA, 1998, p. 36-37: "Com efeito, o sistema contábil utilizado pela Administração Pública deixa de informar os quantitativos físicos, impossibilitando a noção de custo unitário. Como verificar a eficiência e a eficácia sem o cotejamento entre os dados financeiros e físicos? A carência de dados sobre o cumprimento das metas físicas inviabiliza a verificação da economicidade, ou, em outras palavras, impossibilita o cumprimento da determinação constitucional. (...) Em síntese, a contabilidade vem perdendo relevância naquilo que seria seu objetivo precípuo: indicar o estado atual e futuro das entidades Estado e Governo (nas respectivas esferas). Constata-se pouca visibilidade das discussões sobre *accountability* do setor público. Ademais, existe descumprimento formal e substancial dos próprios ditames constitucionais sobre evidenciação, em que pese a preocupação dos sistemas de controle quanto aos aspectos formais".

²⁴³ A excepcionalidade do sigilo é objeto de destaque também na jurisprudência do STF. V., por todos, MS 28.178, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe 04.03.2015: "1. A regra geral num Estado Republicano é a da total transparência no acesso a documentos públicos, sendo o sigilo a exceção. Conclusão que se extrai diretamente do texto constitucional (arts. 1º, *caput* e parágrafo único; 5º, XXXIII; 37, *caput* e §3º, II; e 216, §2º), bem como da Lei nº 12.527/2011, art. 3º, I, 2. As verbas indenizatórias para exercício da atividade parlamentar têm natureza pública, não havendo razões de segurança ou de intimidade que justifiquem genericamente seu caráter sigiloso"; e por todos, RMS 23036/RJ, Rel. p/ acórdão Min. Nelson Jobim, DJ 25.08.2006: "A publicidade e o direito à informação não podem ser restringidos com base em atos de natureza discricionária, salvo quando justificados, em casos excepcionais, para a defesa da honra, da imagem e da intimidade de terceiros ou quando a medida for essencial para a proteção do interesse público".

estão a ele vinculados. Há, portanto, uma dimensão da publicidade que claramente se aproxima da estrutura de uma regra: a previsão incide sobre qualquer ato ou informação relacionada com a ação do Poder Público, salvo as exceções previstas na Constituição ou na lei de forma válida.

Há, porém, um outro aspecto do dever de publicidade que o aproxima estruturalmente de um princípio e envolve o *como* se dará a publicidade. O estado ideal pretendido pela norma constitucional parece simples: proporcionar às pessoas envolvidas e/ou interessadas conhecimento acerca dos atos do Poder Público.²⁴⁴ Entretanto, dependendo da informação e do público, meios diferentes poderão ter de ser empregados para produzir esse resultado.

Não se vai aqui ingressar na discussão sobre quais os meios adequados para garantir a publicidade, embora valha o registro de que o art. 3º, III, da Lei nº 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação), prevê, como diretriz geral na matéria, a “utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação”. Seja como for, e independentemente do meio empregado para proporcionar às pessoas ciência e conhecimento acerca das informações públicas, o que se quer destacar neste ponto é que o dever de publicidade não significa, apenas, que as informações e atos públicos não serão sigilosos. Esse é um primeiro aspecto especialmente relevante acerca do dever de publicidade que merece comentários adicionais.

A falta do sigilo é, por certo, uma condição necessária para que se chegue ao fim pretendido pelo comando constitucional, mas está muito longe de ser suficiente. A circunstância de atos e informações públicas não serem sigilosos corresponde a uma posição passiva por parte do Estado, que transfere aos indivíduos todo o esforço necessário para obtenção de ciência e conhecimento acerca do ato referido. O que o dever de publicidade exige, muito mais do que a passividade, é uma postura estatal ativa nesse particular. Quando se conecta esse dever com o dever de prestar contas que decorre do princípio republicano, já discutido anteriormente, a insuficiência de uma posição passiva resta ainda mais evidente. Ou seja: o dever de publicidade demanda uma posição ativa do Poder Público por

²⁴⁴ LIMBERGER, 2006.

seus vários órgãos no sentido de dar publicidade às informações de interesse público.

Se havia alguma dúvida sobre o ponto, a já referida Lei nº 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação) prevê expressamente (art. 3º, II) que uma das diretrizes para assegurar o direito de acesso à informação é a “divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações”. Na realidade, o direito de acesso à informação apenas precisará ser manejado quando o dever de publicidade tiver sido descumprido. Como regra, as informações de interesse público devem ser divulgadas como rotina e espontaneamente, sem necessidade de requerimento.

Há um segundo aspecto do dever de publicidade que merece igualmente registro e diz respeito àquilo que deve ser informado. O material ao qual o Poder Público dará publicidade não é indiferente, por natural, ao dever previsto pela Constituição. Assim, do mesmo modo como se passa em outros ambientes nos quais também há um dever de publicidade e um correspondente direito à informação,²⁴⁵ a informação a ser prestada aos indivíduos pelo Estado – isto é: o objeto, afinal, do dever de publicidade – deve ser relevante e inteligível. A relevância diz respeito àquilo que deve ser informado: de um universo bastante amplo de dados existentes, somente serão relevantes as informações que puderem esclarecer adequadamente os seus destinatários. Assim, informações sobre determinada política pública devem permitir compreender as razões pelas quais ela foi concebida, acompanhar sua execução e avaliar os resultados produzidos e a necessidade de eventuais ajustes. A divulgação de uma lista com os códigos numéricos associados a cada despesa realizada no contexto dessa política pode ser útil para os órgãos de controle, mas não realiza o dever de publicidade.

De outra parte, a publicidade deve ser inteligível, isto é: a linguagem e a apresentação da informação devem permitir que ela

²⁴⁵ É o caso, por exemplo, das relações de consumo (CDC: “Art. 6º. São direitos básicos do consumidor: (...) III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;” e do mercado de capitais (Lei nº 6.404/76: “Art. 157. (...) §4º. Os administradores da companhia aberta são obrigados a comunicar imediatamente à bolsa de valores e a divulgar pela imprensa qualquer deliberação da assembleia-geral ou dos órgãos de administração da companhia, ou fato relevante ocorrido nos seus negócios, que possa influir, de modo ponderável, na decisão dos investidores do mercado de vender ou comprar valores mobiliários emitidos pela companhia”).

seja compreensível – ou tão compreensível quanto possível – para seus destinatários. Se a informação é prestada em linguagem técnica, ou de forma tão complexa ou desordenada que as pessoas não são capazes de compreendê-la, não terão sido cumpridos os deveres de publicidade e de prestação de contas. Por outro lado, frequentemente a informação de um ato isolado, fora de seu contexto, pode tornar-se incompreensível para os destinatários. Ou seja: além de relevante, a informação a ser prestada deve também ser inteligível.

Pois bem, cabe agora explicitar as duas conexões essenciais entre o direito constitucional ao devido procedimento na elaboração normativa, discutido neste estudo, e direito constitucional de acesso à informação e o dever igualmente constitucional de publicidade, sobre os quais se acabou de tratar. A conclusão que se apura é a de que o DPEN decorre logicamente desses comandos constitucionais e é, a rigor, uma especificação dessas normas de modo que o direito de acesso à informação e o dever de publicidade possam ser observados nesse contexto da elaboração normativa que também é, como já se discutiu, uma atividade. Cabe desenvolver um pouco mais esse raciocínio.

Como referido, o direito de acesso à informação assegura a todos – trata-se de um direito difuso nesse aspecto – a possibilidade de exigir informações de interesse geral ou coletivo, sendo certo que com fundamento nesse mesmo direito se poderá exigir que o Poder Público produza essas informações, caso elas não estejam disponíveis. A conexão desse direito com o DPEN é imediata, sendo que dois cenários são possíveis. Em um primeiro cenário, o agente ou o órgão público desenvolve estudos preparatórios e com fundamento neles apresenta uma proposta de norma. Imagine-se, porém, que a proposta de norma é encaminhada (ou eventualmente a própria norma é editada), mas tais razões e informações não são divulgadas.

A pergunta pertinente aqui é a seguinte: há uma pretensão, com fundamento no direito de acesso à informação, de que os estudos preparatórios feitos por órgão ou entidade públicos no contexto da concepção e/ou proposição de uma norma sejam tornados públicos? A resposta é claramente afirmativa, salvo se se tratar de informação sigilosa, nos termos constitucionais, e assim adequadamente justificada. Isto é: há um direito à informação, titularizado de forma difusa pelas pessoas, de ter acesso às informações e razões que tenham sido usadas ou tenham instruído a prática de atos do Poder

Público, e particularmente a elaboração de uma proposta normativa. Mais que isso, se há um direito à informação, há também um dever prévio de publicidade. Antes, porém, de se tratar da publicidade, cabe examinar o segundo cenário.

O segundo cenário é um pouco mais complexo. Imagine-se que um agente ou órgão público efetivamente apresenta uma proposta normativa ou mesmo edita uma norma, mas não houve, previamente, a produção de qualquer espécie de estudo ou discussão sobre o tema. Ou seja: não foram registradas razões ou informações na hipótese.²⁴⁶ Antes de qualquer outra consideração, há um problema sério do ponto de vista democrático na possibilidade de uma proposta normativa ser apresentada ou, pior, uma norma ser editada, sem que tenha havido uma reflexão específica sobre o tema. Esse ponto, porém, já foi objeto de exame e não é o caso de retomá-lo novamente. A questão aqui é ligeiramente diversa e pode ser enunciada nos seguintes termos: como o direito de acesso à informação poderá lidar com esse cenário?

Parece que será preciso fazer uma distinção. Quanto às razões, ainda que elas não tenham sido registradas em algum tipo de documento preparatório ou estudo, é certo que elas existem, mesmo que tenham sido apenas objeto de conversas informais entre os envolvidos. A elaboração de uma norma envolve necessariamente escolhas: as letras e as palavras não formaram frases sozinhas, mas foram agrupadas por alguém. Essas escolhas foram tomadas com base em algum tipo de razão, ainda que essas razões não tenham sido registradas sob qualquer formato. Nesse contexto, haverá o direito de acesso a tais razões que, portanto, deverão ser reduzidas a termo e disponibilizadas à população. Parece evidente que o fato de a autoridade pública não haver mantido registro das razões que

²⁴⁶ JORGE NETO, 2008, p. 153: "Entre nós, ainda não se estabeleceu, sequer, o direito à informação aos dados públicos, tal qual já vigora, há algum tempo, nos Estados Unidos da América e em muitos países da Europa. A falta de clareza quanto a esses aspectos, de um lado, proporciona um isolamento dos responsáveis pela implementação das políticas públicas ao argumento de que não é dado ao Poder Judiciário ingerir nesses assuntos; de outro, pode levar a um ativismo judicial exagerado, em que a intromissão do Poder Judiciário no planejamento e execução das políticas públicas acaba por prejudicar o planejamento estratégico da gestão pública em prejuízo de toda a sociedade".

a levaram a conceber uma determinada norma não torna inaplicável a ela o direito difuso de acesso à informação.

De outra parte, quanto às informações sobre o tema da proposição normativa, como o direito pode interagir com um cenário no qual não foi apurada – ou ao menos não há registro nesse sentido – qualquer informação previamente sobre o assunto? Retoma-se aqui o que foi discutido no sentido de que o direito de acesso à informação pode exigir não apenas a divulgação de informações existentes mas também a produção de informações de interesse geral ou coletivo, relacionadas com a ação estatal. Esse parece ser precisamente o caso.

É certo, como registrado, que o Estado não estará obrigado a produzir todo e qualquer tipo de informação e lhe dar publicidade. Nada obstante, e como já discutido, dentre todas as atividades estatais, a criação do direito é provavelmente a mais dramática e relevante: a que mais demanda justificativas. Trata-se da criação de direitos e obrigações, em caráter geral, para cuja observância a estrutura estatal será mobilizada, recursos serão arrecadados, sendo certo que a violência poderá ser empregada para garantir sua obediência. Sob outra perspectiva, e no mais das vezes, as normas a serem criadas se destinam a assegurar que os direitos das pessoas sejam efetivamente respeitados e garantidos.

Ou seja: quer sob a perspectiva da norma como elemento que restringe a liberdade, quer sob a ótica da norma como veículo de proteção e promoção de direitos, em qualquer hipótese, a produção normativa não é uma coisa qualquer. Se o Estado pretende editar norma sobre um assunto, informações sobre ele são necessariamente de interesse geral ou coletivo e precisam existir. Tais informações serão indispensáveis não apenas para compreensão e avaliação da proposta normativa como também para o acompanhamento da execução da norma em si, caso ela seja aprovada pelos órgãos competentes e passe a vigor. Ou seja: o direito de acesso à informação gerará, no caso, o dever de o Poder Público produzir a informação e divulgá-la.²⁴⁷

A segunda conexão do direito constitucional ao devido procedimento na elaboração normativa será com o dever de publicidade:

²⁴⁷ Eventualmente, porém, do ponto de vista do direito de acesso à informação, e dependendo do momento em que a eventual pretensão se coloque, o órgão que vá se ocupar do levantamento dessas informações talvez já não seja o que apresentou a proposta normativa.

ela é mais simples e de certo modo complementa a conexão com o direito à informação descrito. Como enunciado, o dever de publicidade impõe ao Poder Público em geral, e a seus órgãos em particular, o dever ativo de dar publicidade às informações de interesse público: informações relevantes que deverão ser veiculadas de forma inteligível. Se há um direito de acesso à determinada informação, há igualmente o dever da autoridade de dar publicidade a ela, antes e independentemente de qualquer solicitação.

A aplicação ao que se discute aqui é imediata. O direito à informação abarca as razões e as informações que subsidiaram uma proposta normativa (ou que deveriam ter subsidiado) – isto é: há um direito constitucional, que decorre do direito à informação, de que tais dados existam e sejam divulgados –, de modo que não há dúvida de que os agentes públicos têm o dever de dar-lhes publicidade. Nesse sentido, o direito constitucional ao devido procedimento na elaboração normativa (DPEN) nada mais é do que a especificação dessas previsões constitucionais no ambiente da elaboração normativa.

Em resumo, o direito de acesso à informação confere à coletividade o direito de ter acesso às razões e às informações que subsidiam uma proposta normativa (ou que devem subsidiar). E, nos termos do dever de publicidade, cabe ao agente público divulgar voluntariamente esses dados, independentemente de solicitação. Nesse sentido, portanto, o DPEN decorre de forma direta das previsões constitucionais que cuidam do direito de acesso à informação e do dever de publicidade, constituindo uma incidência específica desses elementos constitucionais no ambiente da produção normativa.