

**DECISÕES ADMINISTRATIVAS E JUDICIAIS E A LINDB NA PERSPECTIVA DO  
CONSEQUENCIALISMO – UM NORTE DE SEGURANÇA JURÍDICA NA  
PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

**ADMINISTRATIVE AND JUDICIAL DECISIONS AND LINDB FROM THE  
PERSPECTIVE OF CONSEQUENTIALISM – A DIRECTION OF LEGAL SECURITY  
IN THE PROTECTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS**

**RESUMO:** A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) trouxe balizas hermenêuticas suficientes para a contenção de decisões judiciais e administrativas baseadas em opiniões ou anseios dos julgadores, que podem dar margem à insegurança jurídica e quebra da isonomia de tratamento entre as partes. Em especial, o art. 20, da referida lei, impõe que a aplicação do Direito – seja na esfera administrativa, seja na esfera judicial – se dê com lastro em fundamentação jurídica relevante e não meramente na adoção de valores juridicamente abstratos, bem como que se considere as consequências práticas da decisão. Nesta senda, como se quer uma conjunção entre os requisitos para a melhor decisão, não se pode pensá-la pelo viés apenas consequencialista, sob pena de negação de direitos fundamentais. Na análise feita sobre a decisão da ADI n. 1.923, da qual surgiu a possibilidade do Estado optar pela prestação direta de serviços de saúde e educação, ou pelo fomento a tais atividades, com parcerias com o terceiro setor, ficou patente que a decisão do administrador público deve ser escorada no exame das consequências de sua escolha entre uma possibilidade ou outra, com a necessária fundamentação. Com isso, o decidiu-se que o poder público pode lançar mão do fomento em substituição à sua atuação direta, desde que esta hipótese seja mais oportuna e conveniente, diante do caso concreto, com vistas à realização dos direitos fundamentais.

**Palavras-chaves:** Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB); decisão judicial; decisão administrativa; consequencialismo; fundamentação adequada.

**ABSTRACT:** The “Introduction to Brazilian Law” Statute (LINDB, in Portuguese) brought enough hermeneutical beacons to contain judicial and administrative decisions based on the opinions or desires of the judges, which may give rise to legal uncertainty and breach of the equality of treatment between the parties. In particular, article number 20, of the aforementioned law, imposes that the application of the Law – be it in the administrative sphere, or in the judicial sphere – must be based on relevant legal basis and not merely on the adoption of legally abstract values, as well as that the practical consequences of the decision. In this way, as a conjunction between the requirements for the best decision is desired, it cannot be thought of only by a consequentialist bias, under penalty of denial of fundamental rights. In the analysis made on ADI's decision number 1.923, from which arose the possibility for the State to choose to directly provide health and education services, or to encourage such activities, in partnership with the third sector, it was clear that the decision of the public administrator must be supported in examining the

consequences of his/her choice between one possibility or another, with the necessary justification. With this, the government can resort to fostering instead of its direct action, provided that this hypothesis is more opportune and convenient, given the specific case, with a view to the realization of fundamental rights.

**Keywords:** Introduction to Brazilian Law Statute (LINBD); judicial decision; administrative decision; consequentialism; adequate reasoning.

## INTRODUÇÃO

O Direito brasileiro, construído sobre as ruínas do Positivismo Jurídico e sobre os alicerces – quase líquidos – do Pós-positivismo, vem enfrentando dilemas cotidianos diante da proliferação de decisões – administrativas e judiciais – que diuturnamente vêm afastando a aplicação dos comandos normativos editados pelo legislador democrático. Tais circunstâncias decorrem de um sistema normativo que abrange regras e princípios, sendo estas normas de cunho bastante abstrato que, aplicados de forma equivocada, legitimam decisões contrárias aos valores estruturantes do Estado Democrático de Direito. Tal estado de coisas decorre tanto do desconhecimento na utilização dos métodos hermenêuticos compatíveis com tais espécies normativas, quanto da atuação de agentes decisórios desvinculados dos compromissos constitucionais.

Esse contexto vem gerando dificuldades especificamente no que tange à segurança jurídica e à isonomia de tratamento decorrente de decisões judiciais e administrativas. No âmbito jurisdicional, a matéria encontra reflexão no âmbito da análise crítica dos temas voltados ao ativismo judicial<sup>1</sup> e do pan-principiologismo, expressão cunhada por Lenio Luiz Streck<sup>2</sup>. Já no âmbito do Direito Administrativo, a discussão gira em torno da formulação das políticas públicas<sup>3</sup>, dos limites de controle do ato administrativo discricionário<sup>4</sup> e da possibilidade de decisões administrativas fundadas em juízo de ponderação que, por vezes, flexibilizam a aplicação do princípio da legalidade estrita.

---

<sup>1</sup> Ver, sobre o tema, Schier, Adriana da Costa Ricardo; Freitas, Daniel Castanha de. “O protagonismo do órgão jurisdicional: uma pesquisa empírica da perspectiva dos magistrados do Tribunal de Justiça do Paraná sobre o ativismo judicial”. In: Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 19, n. 101, p. 115-130, jan./fev. 2017.

<sup>2</sup> Streck, Lenio Luiz. Verdade e consenso. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

<sup>3</sup> Ver, sobre o tema, Valle, Vanice Regina Lírio do. Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

<sup>4</sup> Freitas, Juarez. O controle dos atos administrativos. São Paulo: Malheiros, 2013.

O estabelecimento de balizas que permitam o enfrentamento de tais temas parece ser o mote que levou à edição da LINDB, a chamada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, Lei n. 13.655, editada em 25 de abril de 2018. Tal lei, ao repaginar a antiga Lei de Introdução ao Código Civil, tratou igualmente de normas aplicáveis ao Direito Público. Tem-se, com tal tratativa, uma maior aposta em instrumentos eficazes de gestão e controle, na busca do aprimoramento da gestão pública<sup>5</sup>, em prol da boa administração<sup>6</sup>.

Tais desideratos parecem mais próximos de ser alcançados mediante dispositivos que impõem limites e ônus aos agentes administrativos, notadamente no que se refere à fundamentação de suas decisões, que deverão ser editadas em respeito à legislação, mas também conectadas ao chamado “Direito real”<sup>7</sup>. Permite-se, assim, uma maior sindicabilidade das decisões fundadas em juízos discricionários.

No presente ensaio pretende-se, então, analisar especialmente o art. 20, da referida legislação, que impõe que a aplicação do Direito – seja na esfera administrativa, seja na esfera judicial - considere as suas consequências práticas<sup>8</sup>, que deverão ser tomadas com base em ampla fundamentação empírica<sup>9</sup>.

A partir de análise crítica busca-se apreciar o diálogo das opções consequencialistas no âmbito do Direito em cotejo com a proteção dos direitos fundamentais. Analisa-se, como caso paradigma, a decisão proferida pelo STF, no julgamento da ADI n. 1.923.

### **Das balizas impostas pela LINDB na aplicação do Direito com base em valores jurídicos abstratos**

O art. 20, da LINDB, impõe o afastamento das decisões lastreadas em opiniões ou anseios dos julgadores, na medida em que determina a atenção não só aos pressupostos do julgamento – adequação jurídica dos fundamentos -, como na efetivação do resultado, com vistas à exequibilidade.

---

<sup>5</sup> Moraes, Fausto Santos de; Zolet, Lucas. “A nova LINDB e os problemas da argumentação consequencialista”. *In*: Revista Jurídica, Curitiba, v. 4, n. 53, p. 497-523, 2018.

<sup>6</sup> Freitas, Juarez. Sustentabilidade. Direito ao futuro. Belo Horizonte: Fórum. 2016.

<sup>7</sup> Moraes, Fausto Santos de; Zolet, Lucas. *Op. cit.*, p. 512.

<sup>8</sup> *Idem*.

<sup>9</sup> Marques Neto, Floriano de Azevedo; Freitas, Rafael Vêras de. A nova LINDB e o consequencialismo jurídico como mínimo essencial. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-18/opinioao-lindb-quadrantes-consequencialismo-juridico>>. Acesso em: 23 maio 2019.

Nessa seara, despontam as previsões do art. 20, e seu parágrafo único:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

De acordo com Marçal Justen Filho, o principal objetivo de tal dispositivo é reduzir a indeterminação das decisões estatais, fundadas, por vezes, em princípios abstratos<sup>10</sup>. Para Carlos Ari Sundfeld, o referido dispositivo visa conferir um ônus aos agentes públicos que, atualmente, se consideram autorizados a decidir com base em retórica, sobretudo para impor obrigações ao Estado. De acordo com o mesmo autor, a norma pretende reduzir o âmbito de interpretações casuísticas que negam coerência na aplicação do Direito. Já Floriano de Azevedo Marques e Rafael Vêras de Freitas sustentam que com a edição de tal preceito espera-se “interditar a utilização indiscriminada de abstrações nas razões de decidir – as quais, nos últimos anos, serviram para ampliar o espectro de poder de instituições”<sup>11</sup>.

A partir deste quadro, então, desponta a questão central suscitada para o presente ensaio: qual o sentido possível ao conceito normativo que se poderia extrair de *decisões administrativas, de controladoria e judiciais fundadas em “valores jurídicos abstratos”* e quais as suas consequências práticas, investigando-se, ainda, quais os juízos de motivação possíveis às decisões fundadas em tais termos.

Nos limites do presente trabalho, entende-se por valor jurídico abstrato aquele que não encontra sua definição explícita em norma jurídica concreta<sup>12</sup>, extraindo-se sua expressão jurídica em termos como justiça, bem comum, liberdade, igualdade, interesse público, dignidade humana, por exemplo. Adotando-se a perspectiva de Marçal Justen Filho, tais referenciais correspondem a uma multiplicidade de sentidos e ingressam no mundo jurídico principalmente mediante

---

<sup>10</sup> Justen Filho, Marçal. “Art. 20 da LINDB Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas”. In: Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 13-41, nov. 2018.

<sup>11</sup> Marques Neto, Floriano de Azevedo; Freitas, Rafael Vêras de. Op. cit.

<sup>12</sup> Idem.

normas de natureza principiológica. Trata-se da dimensão axiológica do ordenamento jurídico<sup>13</sup>.

Portanto, parece ser possível uma primeira aproximação no sentido de que o valor jurídico abstrato é o conteúdo que se depreende dos princípios que integram, explícita ou implicitamente, o ordenamento jurídico. Daí que a regra em comento visa, justamente, impedir que a autoridade omita o real *valor* que direciona sua atuação, reportando-se a valores abstratos destituídos de pertinência com a situação em pauta<sup>14</sup>. Além disso, visa impedir decisões que, fundadas em tais valores jurídicos abstratos escamoteiam qualquer juízo de concreção, admitindo os princípios como verdadeiras “cartas-coringas” que servem a legitimar qualquer decisão<sup>15</sup>. Ou, ainda, conforme adverte Irene Nohara, impede que se admita um *supertrunfo* “de um jogo de cartas marcadas, sem que os argumentos concretizados de ponderação sejam trazidos às claras”<sup>16</sup>.

Observa-se que não resta proibida, pelo dispositivo, a invocação a valores abstratos como fundamentos da decisão tomada<sup>17</sup>. O que se impõe, contudo, é que a autoridade que decide atenda o ônus argumentativo que possa demonstrar, a partir de juízos concretos, que a solução adotada é pertinente (i) ao ordenamento jurídico interpretado sistematicamente e (ii) às consequências concretas que serão produzidas<sup>18</sup>. Exige-se, portanto, do agente, que se realize uma projeção, uma análise de causa-efeito que considere a relevância política, social e econômica das decisões adotadas<sup>19</sup>.

Ainda que os limites do presente ensaio não permitam maiores digressões, percebe-se que tal dispositivo só traduz, normativamente, as exigências que Robert Alexy há muito já impunha ao tratar da *norma de decisão*. Segundo ele, a solução

---

<sup>13</sup> Justen Filho, Marçal. Op. cit., p. 26.

<sup>14</sup> Justen Filho, Marçal. Op. cit., p. 28.

<sup>15</sup> Os valores, portanto, tornados jurídicos pelos princípios, não podem se prestar a um argumento de autoridade hermenêutica sem que o decisor tenha o dever (ônus) de perquirir os efeitos desta decisão. (Justen Filho, Marçal. Op. cit., p. 29.)

<sup>16</sup> Nohara, Irene Patrícia. LINDB. Lei de Introdução às normas do direito brasileiro. Hermenêutica e novos parâmetros ao direito público. Curitiba: Juruá, 2018, p. 28.

<sup>17</sup> E nem poderia, afinal, pois são os princípios que permitem admitir “a Constituição como verdadeiro fundamento material de toda ordem jurídica, de modo que será possível sustentá-la como um Pacto dotado de verdadeira reserva de justiça”. Com isso, “os princípios passam a caracterizar o próprio ‘coração das constituições’, iluminando a leitura de todas as questões da dogmática jurídica, que devem passar pelo necessário processo de filtragem constitucional axiológica” (Schier, Paulo Ricardo. Filtragem constitucional. Porto Alegre: SAFE, 1999, p. 3).

<sup>18</sup> Justen Filho, Marçal. Op. cit., p. 29.

<sup>19</sup> Justen Filho, Marçal. Op. cit., p. 20.

dos casos concretos em que haja a incidência de princípios exige do intérprete um juízo de concreção que possa considerar as circunstâncias efetivas em que será aplicado o Direito<sup>20</sup>. Ou seja, exige-se que o intérprete procure, “à vista dos resultados da Ciência do Direito, assumir um compromisso efetivo com as reais aspirações das bases sociais”<sup>21</sup>. Tal discussão remete ao cerne da questão do deslocamento do eixo da Teoria do Direito para a Teoria da Argumentação proposta pelo neoconstitucionalismo<sup>22</sup>. Dado o caráter de abertura axiológica dos princípios consagrados na Constituição, várias respostas poderão ser consideradas corretas do ponto de vista normativo (correção normativa) e assim o problema se torna o de saber qual é a melhor decisão no plano da validade factual. Na perspectiva da LINDB, parece ser possível afirmar que o legislador optou por estabelecer as balizas que irão definir a legitimidade das decisões em face da exigência de sua fundamentação/motivação, considerando-se os seus efeitos concretos.

Os autores que tratam do tema, em sua maioria, preocupam-se em afirmar que, apesar do teor do texto normativo, não se está admitindo a teoria consequencialista do Direito, fundada na doutrina de Posner, por exemplo<sup>23</sup>. Sustentam que não há que se admitir o abandono dos referenciais normativos nas soluções propostas, mas tão somente buscar-se um *devido processo legal decisório*, interessado nos  *fatos*, em que seja possível, através da motivação, verificar se a decisão foi necessária, se foi a mais adequada, considerando as alternativas possíveis, em face de suas consequências concretas. Como advertem Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas, exige-se do agente uma motivação que vai além do art. 50, da Lei n. 9.784/99, com o objetivo de permitir o controle de tais decisões<sup>24</sup>. É a exigência, portanto, de uma rigorosa justificação diante da utilização dos valores jurídicos abstratos advindos dos princípios.

---

<sup>20</sup> Alexy, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1993, p. 89 e ss.

<sup>21</sup> Coutinho, Jacinto Nelson de Miranda. “O papel do novo juiz no processo penal”. In: Direito alternativo. Seminário nacional sobre o uso alternativo do direito. Rio de Janeiro: 1993, pp. 33-43.

<sup>22</sup> Ver, por todos, Sanchis, Pietro Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: Miguel Carbonell Sánchez (coord). Neoconstitucionalismo(s). España: Editorial Trotta, 2003. p. 123-158.

<sup>23</sup> Posner, Richard. Perspectivas filosóficas e econômicas. Para além do direito. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009 e Posner, Richard. A abordagem econômica do Direito. Problemas da filosofia do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2007 e, ainda, Pogrebinschi, Thamy. “A Normatividade dos Fatos, as Consequências Políticas das Decisões Judiciais e o Pragmatismo do Supremo Tribunal Federal (Comentários à ADI 2240-7/BA)”. In: Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 247, p. 181-193, 2008.

<sup>24</sup> Marques Neto, Floriano de Azevedo; Freitas, Rafael Vêras de. Op. cit.

A partir daí, nesse âmbito de discussão propôs-se enfrentar o debate sobre quais os juízos de motivação possíveis às decisões públicas descritas no art. 20. Ou ainda, a identificação dos critérios de mensuração da necessidade e adequação das decisões tomadas.

Apesar da redundância da conclusão, parece que tais critérios deverão ser definidos a partir do caso concreto, a partir da incidência dos valores abstratos dos princípios incidentes concretizados em face dos efeitos produzidos pela decisão. A solução legítima será aquela, então, permitida pelo ordenamento jurídico que seja a mais adequada (que tenha aptidão para produzir os efeitos pretendidos), necessária (que seja a que impõe soluções menos intensas aos valores em jogo) e proporcional em sentido estrito (que não sacrifique valores protegidos constitucionalmente)<sup>25</sup>. Exige-se, portanto, como adverte Irene Nohara, que o agente examine as alternativas, as opções e os impactos de suas decisões, demonstrando sua motivação concreta e mais: que a solução adotada é superior às demais<sup>26</sup>.

### **A interpretação consequencialista e o diálogo com os direitos fundamentais**

A partir de tais aproximações, propõe-se o debate de duas questões bastante pontuais. A primeira, uma ponderação trazida por Irene Nohara que, de certa forma, traduz em linhas gerais as críticas feitas à adoção de argumentos consequencialistas: ainda que seja fundamental apreciar os efeitos produzidos pela decisão tomada, tal análise poderá se sobrepor à proteção dos direitos fundamentais?

Marçal Justen Filho, na seara nacional, parece resolver a questão, ao menos no âmbito administrativo, ao afirmar que a competência do agente público “não compreende o poder jurídico para promover uma solução qualquer, não compatível nem autorizada pelas normas objeto de aplicação”<sup>27</sup>.

Parece ser necessário, mais uma vez, o socorro aos autores que tratam da teoria dos princípios para se admitir que a referência inicial para o intérprete é dada pelo catálogo normativo. Assim, a análise das circunstâncias fáticas e dos efeitos das decisões deverá ser relevante para formar a norma de decisão que não pode

---

<sup>25</sup> Justen Filho, Marçal. Op. cit., p. 31.

<sup>26</sup> Nohara, Irene Patrícia. Op. cit., p. 28.

<sup>27</sup> Justen Filho, Marçal. Op. cit., p. 16.

ser contrária ao preceito legislado<sup>28</sup>. Partindo dessa premissa, por exemplo, jamais seria legítima uma decisão que negue a concessão de medicamentos (medicamento essencial para a concretização do núcleo essencial do direito fundamental à saúde) sob a justificativa de que a escassez de recursos implicaria, com a concessão do referido medicamento, a impossibilidade de atendimento de outras demandas (análise consequencialista).

Outra discussão que pode ser suscitada, que traz à tona a análise crítica da utilização dos efeitos concretos como critério (quase que único) a balizar o entendimento do administrador em detrimento dos direitos fundamentais do catálogo refere-se à decisão do STF, exarada na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 1.923, julgada em 16 de abril de 2015<sup>29</sup>. Neste caso, autorizou-se o poder público a optar pela prestação direta dos serviços de saúde e educação ou a fomentar tais atividades mediante parcerias com o terceiro setor, a partir da análise de condições em concreto de cada ente federativo.

O STF, após calorosos debates, confirmou por maioria a constitucionalidade da Lei n. 9.637/98, que regulamenta as Organizações Sociais. Segundo o Relator para o Acórdão, Ministro Luiz Fux, a matéria tratada na referida ADI exige estabelecer o limite de atuação do Estado em áreas sensíveis à realização de direitos sociais, como também na busca do desenvolvimento, considerado como objetivo fundamental pelo art. 3º, II, da CF/88. Conforme consta no Acórdão, percebeu-se que os serviços sociais de saúde, educação, de proteção do meio ambiente, patrimônio histórico e acesso à ciência estariam inseridos no âmbito dos serviços não exclusivos do Estado. Por isso, sua titularidade pertence tanto ao Estado quanto à iniciativa privada.

---

<sup>28</sup> Canotilho, J. J. Gomes; Moreira, Vital. Fundamentos de direito constitucional. Coimbra: Coimbra, 1991.

<sup>29</sup> Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.923, Relator Ministro Luiz Fux, julgada em 16 de abril de 2015, publicado em 02 de agosto de 2017. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 22 set. 2019. Sobre tal decisão, já há importante produção acadêmica no cenário nacional. Veja-se, exemplificativamente, defendendo as posições adotadas: Fux, Luiz; Modesto, Paulo; Martins, Humberto Falcão. Organizações sociais após a decisão do STF na ADI n. 1923/2015. Belo Horizonte: Fórum, 2017 e Binenbojm, Gustavo. “A era do direito administrativo como religião já era”. *In*: Binenbojm, Gustavo. Estudos de direito público: artigos e pareceres. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 671-673. Em análise crítica à decisão: Violin, Tarso Cabral. Terceiro setor e as parcerias com a administração pública. 3. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2015 e Morettini, Felipe; Schier, Adriana da Costa Ricardo. “A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) Nº 1.923/DF e o papel do Estado e das Organizações Sociais na concretização dos direitos sociais”. *In*: Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD). São Leopoldo, v. 8, n. 3, p. 375-387, set./dez. 2016.



Dessa forma, de acordo com o STF, a atuação do terceiro setor não configura prestação de serviço público, porque não há delegação, nos termos do art. 175, da Constituição. Trata-se, portanto, pelo entendimento da maioria dos Ministros, de modalidade de fomento<sup>30</sup>. Até aí nenhuma novidade. Ocorre que os argumentos consequencialistas utilizados pelo eminente Relator permitiram a conclusão de que o enfrentamento da matéria exige uma aproximação do tema “sem as amarras de uma pré-compreensão rígida de um modelo específico de Estado, supostamente avesso mesmo às manifestações de vontade que o povo, por seus representantes eleitos, traga a público diante da evolução provocada pelo passar dos anos”<sup>31</sup>. Conclui-se então, no Acórdão, que ao firmar Contratos de Gestão com as Organizações Sociais, o Estado não deixa ao abandono seus deveres constitucionais. Isto porque, estaria atuando de forma indireta, por meio do fomento. Adotou-se, no Acórdão, portanto, decisão fundada na análise das consequências a serem identificadas pelo administrador, nos casos concretos. Isto porque restou firmado o entendimento de que cabe aos agentes públicos a escolha sobre a melhor maneira de garantir os direitos sociais plasmados no texto constitucional. Assim, caberia ao Poder Público uma escolha discricionária entre executar diretamente a atividade, como modalidade de serviço público, ou firmar parcerias com os particulares – no caso, as entidades do terceiro setor – para assegurar a realização dos direitos fundamentais<sup>32</sup>.

Em livro publicado em comentários à decisão, o Min. Luiz Fux reforça seu entendimento: “a opção pelo atingimento dos resultados através do fomento, e não da intervenção direta, ficará a cargo, em cada setor, dos mandatários eleitos pelo

---

<sup>30</sup> “O marco legal das Organizações Sociais inclina-se para a atividade de fomento público no domínio dos serviços sociais, entendida tal atividade como a disciplina não coercitiva da conduta dos particulares, cujo desempenho em atividades de interesse público é estimulado por sanções premiais, em observância aos princípios da consensualidade e da participação na Administração Pública.” Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.923, Op. cit.

<sup>31</sup> Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.923, Relator Ministro Luiz Fux, julgada em 16 de abril de 2015, publicado em 02 de agosto de 2017. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 22 set. 2019. Modesto, Paulo. “As organizações sociais no Brasil após a decisão do STF”. In: Fux, Luiz; Modesto, Paulo; Martins, Humberto Falcão. Organizações sociais após a decisão do STR na ADI n. 1.923/2015. Belo Horizonte: Fórum, 2017. Do ponto de vista teórico, portanto, essas são as premissas das quais se poderá partir em uma próxima pesquisa.

<sup>32</sup> “Disso se extrai que cabe aos agentes democraticamente eleitos a definição da proporção entre a atuação direta e a indireta, desde que, por qualquer modo, o resultado constitucionalmente fixado – a prestação dos serviços sociais – seja alcançado. Daí porque não há inconstitucionalidade na opção, manifestada pela Lei das OS’s, publicada em março de 1998, e posteriormente reiterada com a edição, em maio de 1999, da Lei nº 9.790/99, que trata das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, pelo foco no fomento para o atingimento de determinados deveres estatais.” (ADI n. 1.923/DF).

povo, que assim refletirão, como é próprio às democracias constitucionais, a vontade prevalecente em dado momento histórico da sociedade”<sup>33</sup>.

O fomento passou a ser, nessa medida, uma forma de substituição da atuação direta do poder público na prestação de serviços públicos<sup>34</sup>. Ou seja, em relação àqueles direitos que foram vinculados a serviços públicos, pelo constituinte ou pelo legislador, o Estado poderá utilizar-se de medidas de fomento como substituto da atuação do poder público, nas hipóteses em que a parceria com o particular se mostre como uma escolha mais oportuna e conveniente, de forma a garantir a fruição dos direitos sociais. Percebe-se, com isso, que o STF autoriza o administrador, em cada caso concreto, a partir das circunstâncias específicas e dos efeitos gerados, optar entre prestar serviços públicos de saúde e educação ou fomentar o terceiro setor a prestar tais atividades.

E tal solução, legitimada pela decisão referida, autoriza a opção pelos mecanismos de parceria com o terceiro setor pressupondo-se que há casos em que tal *solução* será a mais adequada/necessária e proporcional para atender os objetivos de redução do aparato administrativo e de contração das despesas com a máquina administrativa, aspirando-se reduzir os custos e aumentar a qualidade de serviços prestados<sup>35</sup>. Ao que parece, tais efeitos foram considerados, pelo STF – e pelas administrações que vêm adotando tal solução – mais relevantes do que os efeitos que adviriam da solução pensada originalmente pelo Constituinte que garantia a prestação direta de tais atividades (art. 175, *caput*, CF/88).

<sup>33</sup> Fux, Luiz. “Terceiro setor no Estado brasileiro: a decisão do Supremo Federal na ADI n. 1.923/DF e as organizações sociais”. In: Fux, Luiz; Modesto, Paulo; Martins, Humberto Falcão. Organizações sociais após a decisão do STR na ADI n. 1.923/2015. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 74.

<sup>34</sup> Desde a doutrina clássica, já pode ser feita uma certa identificação dos modelos de estado e da sua principal forma de intervenção na esfera privada. Nessa seara, desde Jordana de Pozas, que escreve seu trabalho de referência na década dos 40, do século passado, seria possível identificar a atividade de polícia como a modalidade de intervenção mais característica do Antigo Regime, já o serviço público seria a atuação típica dos estados de perfil mais intervencionista, enquanto o fomento, de acordo com o autor, seria a forma mais adequada de intervenção do Estado liberal. In: Jordana de Pozas, Luis. “Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho Administrativo”. In: Revista Estudios Políticos. Madrid, n. 48, pp. 41-54, 1949, p. 46. No mesmo sentido: Parada Vázquez, José Ramón. Derecho administrativo I, Parte General. 15. ed, Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas e Sociales, 2004, p. 43 e ss.

<sup>35</sup> Fernando Borges Manica ilustra perfeitamente a adoção de argumentos consequencialistas a orientar o agente: “A prestação de serviços públicos de assistência à saúde pelos Municípios pode ser realizada pela Administração Direta, pela Administração Indireta, por entidades privadas sem fins lucrativos parceiras e por entidades privadas com fins lucrativos parceiras ou contratadas. A opção por uma ou outra modalidade de prestação, em especial no que tange à celebração de parcerias, deve ser motivada, por meio da descrição dos pressupostos de Direito (previsão legal) e pressupostos de fato (realidade vivenciada pelo Município) que conduziram à decisão tomada.” (Manica, Fernando Borges. “Parcerias público-privadas e judicialização no sistema nacional de saúde brasileiro”. In: Revista de la Facultad de Derecho de México. Tomo LXVIII, n. 271, p. 319-335. p. 334).

A ameaça aos direitos fundamentais, com a adoção de tal modelagem, contudo, refere-se especificamente às garantias que decorrem do regime jurídico do serviço público, a partir do qual permite-se a todas e todos terem acesso aos bens protegidos por tal instituto mediante a garantia da prestação de serviços adequados, universais e contínuos<sup>36</sup>.

## **CONCLUSÃO**

O equilíbrio entre fundamentação adequada e resultado prático das decisões (administrativa ou judicial) é a essência do art. 20 da LINDB. Isto porque tal artigo diz respeito não só à fundamentação da decisão – que deve ser pautada no ordenamento jurídico, afastando-se a armadilha da fácil solução pelo emprego vago de valores jurídicos abstratos –, como também atentar para as consequências práticas da decisão. Impõe-se, portanto, a conjugação dos elementos “estruturação jurídica da argumentação” com “os aspectos práticos – e exequíveis” da decisão.

A análise do caso concreto é essencial para a efetivação do referido art. 20, uma vez que a solução encontrada, além de escorada no ordenamento jurídico, deve ser a mais adequada, sem que haja desrespeito aos direitos fundamentais. Outrossim, julgar apenas tendo como norte a consequência da decisão, pode conduzir a um cenário de negação de direitos. De outro lado, uma decisão pretensamente correta, que não atente para o seu resultado prático, igualmente não pode ser apontada como adequada. Longe de se pretender a exatidão nas decisões, quer-se a melhor solução dentre as possíveis.

Na decisão da ADI n. 1.923, em que se abriu a opção ao poder público de prestação direta de serviços de saúde e educação, ou o fomento a tais atividades, com parcerias com o terceiro setor, ficou clara a necessidade da decisão do administrador público ser pautada na análise das consequências da escolha entre uma possibilidade ou outra. Assim, o Estado pode lançar mão do fomento em substituição à sua atuação direta, desde que esta hipótese seja mais oportuna e conveniente, diante do caso concreto.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

---

<sup>36</sup> Schier, Adriana da Costa Ricardo. Serviço público. Curitiba: Íthala, 2016.

Alexy, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1993.

Binenbojm, Gustavo. “A era do direito administrativo como religião já era”. *In*: Binenbojm, Gustavo. Estudos de direito público: artigos e pareceres. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 671-673.

Canotilho, J. J. Gomes; Moreira, Vital. Fundamentos de direito constitucional. Coimbra: Coimbra, 1991.

Coutinho, Jacinto Nelson de Miranda. “O papel do novo juiz no processo penal”. *In*: Direito alternativo. Seminário nacional sobre o uso alternativo do direito. Rio de Janeiro: 1993, pp. 33-43.

Freitas, Juarez. O Controle dos atos administrativos. São Paulo: Malheiros, 2013.

Freitas, Juarez. Sustentabilidade. Direito ao futuro. Belo Horizonte: Fórum. 2016.

Fux, Luiz. “Terceiro setor no Estado brasileiro: a decisão do Supremo Federal na ADI n. 1.923/DF e as organizações sociais”. *In*: Fux, Luiz; Modesto, Paulo; Martins, Humberto Falcão. Organizações sociais após a decisão do STR na ADI n. 1.923/2015. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 74.

Fux, Luiz; Modesto, Paulo; Martins, Humberto Falcão. Organizações sociais após a decisão do STF na ADI n. 1923/2015. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

Jordana de Pozas, Luis. “Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho Administrativo”. Revista Estudios Politicos. Madrid, n. 48, pp. 41-54, 1949.

Justen Filho, Marçal. “Art. 20 da LINDB Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas”. *In*: Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 13–41, nov. 2018.

Manica, Fernando Borges. “Parcerias público-privadas e judicialização no sistema nacional de saúde brasileiro”. *In*: Revista de la Facultad de Derecho de México. Tomo LXVIII, n. 271, p. 319-335.

Marques Neto, Floriano de Azevedo; Freitas, Rafael Vêras de. A nova LINDB e o consequentialismo jurídico como mínimo essencial. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-18/opiniao-lindb-quadrantes-consequentialismo-juridico>>. Acesso em: 23 maio 2020.

Modesto, Paulo. “As organizações sociais no Brasil após a decisão do STF”. *In*: Fux, Luiz; Modesto, Paulo; Martins, Humberto Falcão. Organizações sociais após a decisão do STR na ADI n. 1.923/2015. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

Morais, Fausto Santos de; Zolet, Lucas. “A nova LINDB e os problemas da argumentação consequencialista”. *In: Revista Jurídica, Curitiba, v. 4, n. 53, p. 497-523, 2018.*

Morettini, Felipe; Schier, Adriana da Costa Ricardo. “A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) Nº 1.923/DF e o papel do Estado e das Organizações Sociais na concretização dos direitos sociais”. *In: Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD). São Leopoldo, v. 8, n. 3, p. 375-387, set./dez. 2016.*

Nohara, Irene Patrícia. LINDB. Lei de Introdução às normas do direito brasileiro. Hermenêutica e novos parâmetros ao direito público. Curitiba: Juruá, 2018.

Parada Vázquez, José Ramón. Derecho administrativo I, Parte General. 15. ed, Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas e Sociales, 2004.

Pogrebinschi, Thamy. “A Normatividade dos Fatos, as Consequências Políticas das Decisões Judiciais e o Pragmatismo do Supremo Tribunal Federal (Comentários à ADI 2240-7/BA)”. *In: Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 247, p. 181-193, 2008.*

Posner, Richard. A abordagem econômica do Direito. Problemas da filosofia do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

Posner, Richard. Perspectivas filosóficas e econômicas. Para além do direito. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

Sanchis, Pietro Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. *In: Miguel Carbonell Sánchez (coord.). Neoconstitucionalismo(s). España: Editorial Trotta, 2003. p. 123-158.*

Schier, Adriana da Costa Ricardo; Freitas, Daniel Castanha de. “O protagonismo do órgão jurisdicional: uma pesquisa empírica da perspectiva dos magistrados do Tribunal de Justiça do Paraná sobre o ativismo judicial”. *In: Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 19, n. 101, p. 115-130, jan./fev. 2017.*

\_\_\_\_\_. Serviço público. Curitiba: Íthala, 2016.

Schier, Paulo Ricardo. Filtragem constitucional. Porto Alegre: SAFE, 1999.

Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.923, Relator Ministro Luiz Fux, julgada em 16 de abril de 2015, publicado em 02 de agosto de 2017. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)> Acesso em: 22 set. 2019.

Streck, Lenio Luiz. Verdade e consenso. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

Valle, Vanice Regina Lírio do. Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

Violin, Tarso Cabral. Terceiro setor e as parcerias com a administração pública. 3. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2015.