

CONSEQUENCIALISMO NO DIREITO PÚBLICO: INTERPRETAÇÃO E EFETIVIDADE DO ART. 20 DA LINDB NO CONTROLE JUDICIAL DA PANDEMIA DE COVID-19

Consequentialism in public law: interpretation and effectiveness of art. 20 of the LINDB in the judicial control of the Covid-19 pandemic

Mauro Oliveira Magalhães¹

SUMÁRIO

1. Introdução; 2. Contextos teórico e jurídico do art. 20 da LINDB; 2.1. Contexto teórico: consequências como método de tomada de decisão no Direito; 2.2. Pragmatismo jurídico e o artigo 20 da LINDB; 2.3. Críticas ao pragmatismo e à adjudicação consequentialista; 2.4. Contexto jurídico: neoconstitucionalismo, decisões arbitrárias e o papel do art. 20 da LINDB; 3. Interpretação do art. 20 da LINDB; 3.1. Âmbito de aplicação: decisão com base em valores jurídicos abstratos; 3.2. Consequências práticas da decisão e valoração das medidas alternativas; 3.3. Princípio da proporcionalidade e consequentialismo na motivação expressa do ato; 4. Efetividade do art. 20: estudo de caso sobre sua aplicação no controle judicial da pandemia; 4.1. Considerações metodológicas; 4.2. A Ação Civil Pública nº 1065795-73.2020.8.26.0053: o caso da volta às aulas presenciais no Estado de São Paulo; 4.3. Discussão sobre o caso; 5. Conclusão; Referências Bibliográficas.

RESUMO

Este artigo pretende verificar as inovações trazidas pelo art. 20 da LINDB no Direito brasileiro, analisando a interpretação que lhe deve ser feita e de que forma pode ser aplicado. Para tanto, o dispositivo será estudado à luz da teoria do pragmatismo jurídico. Além disso, por meio de estudo de caso da ação civil pública proposta contra Decreto do Estado de São Paulo que determinou a volta às aulas presenciais no estado durante a pandemia causada pela Covid-19, este estudo buscará descobrir se o art. 20 foi devidamente aplicado nas decisões de mérito proferidas no processo, de acordo com as premissas teóricas estruturadas nos capítulos anteriores.

Palavras-chave: Decisão judicial. Consequências práticas. Pragmatismo jurídico. Valores jurídicos abstratos. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Controle judicial. Pandemia. Covid-19.

ABSTRACT

This article aims to verify the innovations brought about by art. 20 of the LINDB in Brazilian law, analyzing how it should be interpreted and how it can be applied. To this end, the provision will be studied in the light of the theory of legal pragmatism. In addition, through a case study of the public civil action brought against the São Paulo State Decree that ordered the return to face-to-face classes in the state during the pandemic caused by Covid-19, this study will seek to find out whether art. 20 was properly applied in the decisions on the merits handed down in the case, in accordance with the theoretical premises structured in the previous chapters.

Keywords: Judicial decision. Practical consequences. Legal pragmatism. Abstract legal values. Law of Introduction to the Norms of Brazilian Law. Judicial control. Pandemic. Covid-19.

¹ Procurador do Estado de São Paulo. Integrante da Coordenadoria de Execuções contra a Fazenda Pública (Cefap). Especialista em Direito e Economia pela Escola Superior da PGE-SP. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Feira de Santana (UEFS).

1. INTRODUÇÃO

Em 26 de abril de 2018 foi publicada a Lei nº 13.655/2018, que introduziu os arts. 20 a 30 na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), com o objetivo de aprimorar a interpretação e aplicação do Direito Público no país. As modificações realizadas foram resultado de estudos dos professores Carlos Ari Sundfeld e Floriano de Azevedo Marques Neto, que os apresentaram ao Senador Antônio Anastasia, responsável pelo envio do PLS 349/2015 ao Senado, dando origem à mencionada lei.

O debate por trás da mudança é a chamada “Administração Pública do medo” ou “apagão das canetas”, isto é, a paralisia, inação ou não inovação pelo administrador público, por insegurança jurídica e receio de punição em caso de interpretação contrária pelos órgãos de controle. Houve quem chamasse a nova LINDB de “Lei da Segurança para a Inovação Pública”², denominação que, embora não tenha tido grande adesão, demonstra bem os objetivos da lei. A reforma também buscou lidar com distorções na atividade decisória do Direito Público, especialmente no controle da administração pública, com uso descomedido de princípios e de padrões vagos para sustentar decisões jurídicas³.

Nesse sentido, dentre as alterações realizadas, inseriu-se o art. 20, que determinou a consideração das consequências práticas das decisões, quando baseadas em valores jurídicos abstratos. A norma, alinhada ao princípio da motivação dos atos administrativos e ao art. 489, § 1º, do Código de Processo Civil (CPC), que prevê hipóteses em que a decisão judicial não se considerará devidamente fundamentada⁴, criou requisitos formais adicionais à decisão administrativa, controladora ou judicial que se baseie em princípios e outras normas jurídicas abstratas.

A relevância do dispositivo se encontra não somente na adoção do consequencialismo como um dos critérios de julgamento das decisões, mas, também, por apresentar requisitos adicionais à forma com tais decisões devem ser tomadas, com o propósito de aprimorar o processo decisório no Direito Público brasileiro.

² MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. A nova LINDB e o consequencialismo jurídico como mínimo essencial. **Consultor Jurídico**, 18 maio 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-18/opiniao-lindb-quadrantes-consequencialismo-juridico>. Acesso em: 13 jan. 2022.

³ LEAL, Fernando. Inclinações pragmáticas no direito administrativo: nova agenda, novos problemas. O caso do PL 349/15. In: LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente Santos de (org.). **Transformações do Direito Administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias**. Rio de Janeiro: FGV, 2016, p. 25-31. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/18009>. Acesso em: 24 jan. 2022.

⁴ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 17 mar. 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 17 jan. 2022.

O objetivo deste trabalho é verificar, de um lado, a interpretação que deve ser feita do art. 20 da LINDB e, de outro, analisar sua efetiva aplicação em juízo. Para tanto, escolheu-se o método de pesquisa estudo de caso. Foi analisada a Ação Civil Pública nº 1065795-73.2020.8.26.0053, que buscou impedir o retorno às aulas presenciais no Estado de São Paulo durante a pandemia causada pela Covid-19⁵.

O controle judicial da pandemia foi realizado diante de enorme incerteza jurídica e da inexistência de critérios legais claros quanto à legitimidade da atuação estatal. Nesses casos, o Poder Judiciário se viu obrigado a dar respostas baseadas em valores jurídicos dotados de alta abstração, tornando a aplicação do art. 20 da LINDB, em princípio, obrigatória.

Assim, na primeira parte deste trabalho o dispositivo legal será analisado quanto a seu sentido e alcance, analisando-se, inicialmente, os contextos teórico e jurídico que o precederam. Em seguida, o estudo se ocupará de definir contornos interpretativos ao art. 20 propriamente dito, com a análise de seu âmbito de incidência, o que se entende por consequências práticas da decisão, como encontrá-las, como atender às prescrições do artigo e as possíveis consequências de sua inobservância.

A segunda parte se dirigirá a debater o caso escolhido, explorar os fatos relacionados à lide e os argumentos das partes, examinar o conteúdo das decisões nele proferidas e verificar se houve a efetiva aplicação do art. 20 da LINDB, de acordo com as premissas teóricas estruturadas nos capítulos anteriores.

2. CONTEXTOS TEÓRICO E JURÍDICO DO ART. 20 DA LINDB

2.1. Contexto teórico: consequências como método de tomada de decisão no Direito

Conforme lição de Marco Antonio Loschiavo L. de Barros, o tema Direito e consequência pode ser apresentado de duas maneiras: (i) como *consequências jurídicas*; e (ii) como *consequências extrajurídicas*⁶.

Pela primeira, entende-se a consequência como resultado jurídico da decisão. Por exemplo, a consequência jurídica da celebração de um contrato é a criação, modificação ou extinção de direitos e deveres entre os contratantes. A consequência de uma sentença, como regra, é a declaração, constituição ou condenação de uma das

⁵ SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Ação Civil Pública nº 1065795-73.2020.8.26.0053**. Classe – Assunto Ação Civil Pública Cível - Ensino Fundamental e Médio. Requerente: Apeoesp Sind dos Prof do Ensino Oficial do Est e outros. Requerido: Fazenda Pública do Estado de São Paulo. Juiz(a) de Direito: Dr(a). Simone Gomes Rodrigues Casoretti, 28 de janeiro de 2021a. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2021/1/04aafc8f8d3b49_escola.pdf. Acesso em 22 jan 2022.

⁶ BARROS, Marco Antonio Loschiavo Leme de. **Tribunais, complexidade e decisão: o argumento consequencialista no Direito Brasileiro**. 2018. Tese (Doutorado) – Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

partes a prestar alguma obrigação. Trata-se, essa primeira acepção, das consequências jurídicas *dentro do Direito*, não sendo este o objeto do dispositivo legal aqui estudado.

A segunda acepção se refere aos desdobramentos das decisões jurídicas *fora do ordenamento*, ou seja, suas consequências fáticas, sociais ou econômicas. Ao mencionar a necessidade de consideração das *consequências práticas* da decisão, a LINDB trata desse tipo de consequência.

Nada obstante, argumentos consequencialistas não são novidade no Direito brasileiro e estão presentes na história da jurisprudência pátria. Em pesquisa sobre a utilização desses argumentos pelo Supremo Tribunal Federal (STF), Marco Antonio Loschiavo L. de Barros analisou decisões da Suprema Corte em controle de constitucionalidade sobre direitos econômicos e sociais, entre os anos de 1988 e 2016.

A pesquisa verificou que tais argumentos foram utilizados em decisões de 58 ações de controle concentrado (Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI, Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF e Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – ADO) de um universo de 301 casos analisados, o que representa um percentual próximo de 20%. Em 13 casos, o argumento foi preponderante para tomada da decisão vencedora, inclusive com reprodução na ementa, representando cerca 4% da totalidade de processos analisados⁷.

Recentemente, no contexto da pandemia, o STF foi chamado a resolver ações civis originárias – ACOs – ajuizadas por Estados da Federação, para fins de suspender temporariamente o pagamento de suas dívidas com a União. Na ACO nº 3.378, o Ministro Relator Alexandre de Moraes deferiu a liminar requerida pelo Estado do Rio Grande do Norte, determinando a suspensão por 180 dias do contrato de refinanciamento de dívida do Estado-autor com a União, desde que os valores respectivos fossem utilizados integralmente no custeio de ações de combate à pandemia do coronavírus. Sob o fundamento de que a pandemia é “uma ameaça real e iminente, que irá extenuar a capacidade operacional do sistema público de saúde, com consequências desastrosas para a população, caso não sejam adotadas medidas de efeito imediato”⁸, deixou evidente que as consequências sociais advindas da não concessão da liminar foram fundamentais ao acolhimento da tutela provisória requerida.

O art. 20 insere-se nesse contexto, prescrevendo o dever de que se considerem as consequências práticas das decisões em Direito Público, sempre que baseadas em valores jurídicos abstratos. Eis o teor do dispositivo legal:

⁷ *Ibid.*

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tutela Provisória nº 3.378. Relator: Min. Alexandre de Moraes. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 7 abr. 2020b. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342847444&text=.pdf>. Acesso em: 17 jan. 2022.

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. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

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. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)º.

A norma impõe, para além da verificação das consequências práticas da decisão, que tal análise deve constar expressamente da motivação do ato, demonstrando-se, ainda, a razoabilidade da medida, inclusive em face das possíveis alternativas. Portanto, embora não inove completamente o ordenamento, o art. 20 muda a lógica das decisões em matéria de Direito Público, exigindo motivação consequencialista sempre que se decidir com base em valores jurídicos abstratos.

2.2. Pragmatismo jurídico e o art. 20 da LINDB

Seja por enfatizar a análise consequencialista das decisões jurídicas, seja por demandar motivação casuística, a introdução legislativa ora estudada tem relação com a teoria do pragmatismo jurídico, corrente filosófica nascida nos Estados Unidos que tratou, entre outros temas, da adjudicação consequencialista no Direito.

O pragmatismo nasceu nos Estados Unidos em meados do século XIX, com as obras de Charles Sander Peirce e William James, criadores do denominado Clube Metafísico (*Metaphysical Club*). Conforme lição de Thamy Pogrebinski, a denominação do referido clube foi escolhida de forma irônica, pois o objetivo do grupo era criticar a metafísica tradicional e seu pensamento abstrato desconectado da prática¹⁰.

Sua vertente jurídica, o pragmatismo jurídico, nasce no início do século XX. Não obstante as variadas formas, é possível identificar sobre ele três características principais, quais sejam:

i) antifundacionalismo: por rejeitar entidades metafísicas, conceitos abstratos, princípios perpétuos. A postura pragmática é sempre aberta a novas possibilidades que possam falsear as hipóteses até então descritas como verdadeiras. De acordo com José Vicente S. de Mendonça, “o antifundacionalismo é um antídoto contra

⁹ BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 9 set. 1942. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm. Acesso em: 8 jul. 2021.

¹⁰ Pogrebinski (2007 *apud* OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A releitura do Direito Administrativo à luz do pragmatismo jurídico. **Revista De Direito Administrativo**, v. 256, n. 1, p. 129-163, jan. 2011. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/ar-ticle/view/8496/7245>. Acesso em: 8 jul. 2021).

o fetichismo de teorias e contra a tentação de torcer os dados para adequá-los às proposições teóricas¹¹;

ii) contextualismo: por basear a interpretação em questões práticas, de modo que toda e qualquer proposição seja julgada a partir de sua conformidade com as necessidades sociais e humanas;

iii) consequencialismo: uma vez que as decisões devem ser tomadas a partir de suas consequências práticas (olhar para o futuro e não para o passado). Isso conduz o pragmatista a uma atitude marcadamente empiricista e experimentalista, caracterizando o pragmatismo como método, uma atitude ou postura diante de questões concretas¹².

Sob a ótica do pragmatismo jurídico, o Direito é essencialmente definido como a atividade realizada pelos juízes (ou por aquele responsável por interpretá-lo e concretizá-lo no caso concreto). Assim, na adjudicação do Direito o intérprete não simplesmente *encontra* a norma aplicável, mas a *cria*, de acordo com as circunstâncias do caso e com base nas consequências sociais e econômicas de sua decisão.

De acordo com Richard Posner¹³, um dos nomes mais importantes do pragmatismo jurídico, o método de trabalho do juiz pragmático diferencia-se do formalista positivista, na medida em que o juiz positivista começa e geralmente termina sua atividade com um exame da jurisprudência, da legislação, da regulamentação executiva e dos dispositivos constitucionais. O pragmatista, por sua vez, tem a jurisprudência e a legislação como ponto de partida, mas também levará em conta a investigação das consequências das alternativas possíveis à solução do caso concreto.

Todavia, Posner adverte que a adjudicação pragmática não significa simplesmente uma adjudicação *ad hoc*, preocupada tão somente com a escolha da decisão que tiver as melhores consequências naquele caso concreto. Isso porque devem ser consideradas as *consequências sistêmicas*, e não apenas específicas da decisão. Em suas palavras:

A adjudicação pragmática não é, como seus detratores acusam, sinônimo de tomada de decisão *ad hoc*, isto é, sempre decidir um caso de forma que tenha as melhores consequências imediatas sem considerar possíveis consequências futuras. Tal abordagem seria não pragmática ao desconsiderar as consequências sistêmicas adversas da adjudicação *ad hoc*¹⁴.

¹¹ Mendonça (2014 *apud* BINENBOJM, Gustavo. **Poder de Polícia, ordenação, regulação**: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. *E-book*).

¹² Binenbojm, *op. cit.*

¹³ POSNER (2012 *apud* ALVES, Francisco Sérgio Maia. O novo paradigma da decisão a partir do art. 20 da LINDB: análise do dispositivo segundo as teorias de Richard Posner e Neil MacCormick. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 278, n. 3, p. 113-144, set. 2019, p. 122. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/80832>. Acesso em: 8 jul. 2021).

¹⁴ POSNER, Richard. **Direito, pragmatismo e democracia**. Tradução Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 47.

Por consequências sistêmicas se devem entender as consequências da decisão para o caso concreto e para o sistema jurídico. Assim, embora o intérprete pragmático não se prenda cegamente ao formalismo jurídico e às regras preexistentes, deve ponderar que decidir com base no texto da lei é uma decisão – na grande maioria dos casos – pragmática, garantindo segurança jurídica e previsibilidade.

A decisão de acordo com uma norma, portanto, não deixa de ser pragmática, uma vez que o prejuízo de ignorar as consequências no caso particular deve ser pesado em relação ao ganho por simplificar a adjudicação, minimizar o arbítrio judicial, aumentar a transparência e tornar as obrigações mais definitivas¹⁵.

Ocorre que a adjudicação pragmática será sempre prospectiva, isto é, olhará para o futuro, ponderando as consequências que o julgamento acarretará, ainda que considere a aplicação do Direito realizada no passado.

Nesse sentido, não se confunde com o utilitarismo, entendido como filosofia moral segundo a qual a decisão moralmente correta é aquela apta a promover a maximização da utilidade geral. Conforme explicação de Gustavo Binbenbojm, segundo Posner, a postura pragmática busca identificar os cenários gerados por cada decisão possível, mas o critério para a escolha mais adequada pode ou não incluir a maximização do bem-estar. É dizer, o raciocínio pragmático não conduzirá sempre à decisão que atenda, naquele caso concreto, às melhores consequências, uma vez que outros valores devem igualmente ser considerados.

Dessa forma, o processo de adjudicação pragmática é realizado de acordo com o seguinte método:

Uma etapa [...] consiste em individualizar, aos pares, cada decisão possível e as consequências dela decorrentes (etapa descritiva). A etapa seguinte consistirá na ordenação desses pares consoante algum critério de julgamento (político ou jurídico, conforme o caso) entre os estados de coisas a serem alcançados (etapa normativa ou prescritiva).

Assim, por exemplo, a ordem político-jurídica pode legitimamente apontar como critério de decisão a proteção de posições individuais minoritárias, como, *e.g.*, medidas inclusivas de pessoas com necessidades especiais no mercado de trabalho – fundada em razões ligadas à dignidade humana, à igualdade ou à solidariedade social – ainda quando delas não resulte a maximização da utilidade para todos os membros da coletividade¹⁶.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ BINENBOJM, Gustavo. **Poder de Polícia, ordenação, regulação**: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. *E-book*.

Sob esses influxos e considerando a realidade do Direito Público no Brasil, autores como Gustavo Binbenbojm¹⁷ e Rafael Carvalho Rezende Oliveira¹⁸ falam, respectivamente, em giro pragmático do Direito Administrativo e em releitura do Direito Administrativo à luz do pragmatismo jurídico.

Em linhas gerais, trata-se de analisar o Direito Administrativo com tendências *empiricistas* e *indutivas* para criação de soluções que melhor se adequem à realidade do Poder Público, inclusive se valendo de instrumental fornecido por outras ciências, como a Economia (análise econômica do Direito). Esse movimento, segundo Gustavo Binbenbojm, teria tido início com a aprovação da Emenda Constitucional nº 19/1998, que elevou a *eficiência* à condição de princípio constitucional da Administração Pública e teria se confirmado com a publicação da Lei nº 13.655/2018, em especial pela inclusão do art. 20 na LINDB, comando que introduz no itinerário do decisor o raciocínio fundado nas consequências¹⁹.

Nada obstante, apesar do claro alicerce pragmático, o consequencialismo previsto no art. 20 da LINDB parece menos amplo que o propugnado na teoria de Richard Posner. Isso porque sua aplicação é restrita aos casos decididos “com base em valores jurídicos abstratos”, diferentemente do autor norte-americano, que aceita a adjudicação consequencialista mesmo quando houver regra jurídica aplicável, se sua aplicação levar a consequências drásticas²⁰. Além disso, o art. 20 se restringe à interpretação e à aplicação do Direito Público, por razões expostas mais adiante, enquanto o pragmatismo não faz tal restrição de seu âmbito de aplicação.

Assim, o consequencialismo na adjudicação pragmática relaciona-se, mas não se confunde com as hipóteses de cabimento trazidas pelo art. 20. Nada obstante, ambos se identificam como um *método* consequencialista de adjudicação do Direito, indicando um itinerário racional a ser seguido pelo intérprete quando da tomada de decisão.

2.3. Críticas ao pragmatismo e à adjudicação consequencialista

O pragmatismo jurídico não é imune a censuras, tendo recebido diversas críticas em razão da subjetividade do método, na medida em que não especifica quais seriam, na prática, as melhores consequências. Nesse sentido, Mariah Ferreira

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A releitura do Direito Administrativo à luz do pragmatismo jurídico. **Revista De Direito Administrativo**, v. 256, n. 1, p. 129-163, jan. 2011. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8496/7245>. Acesso em: 8 jul. 2021.

¹⁹ BINENBOJM, *op. cit.*

²⁰ Nesse sentido, Cf. ALVES, Francisco Sérgio Maia. O novo paradigma da decisão a partir do art. 20 da LINDB: análise do dispositivo segundo as teorias de Richard Posner e Neil MacCormick. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 278, n. 3, p. 113-144, set. 2019. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/80832>. Acesso em: 8 jul. 2021.

e Evanilda Bustamante criticam o pragmatismo de Richard Posner, uma vez que, segundo elas, “cada juiz terá sua própria concepção de bem comum e de melhor consequência da decisão judicial. Desse modo, o pragmatismo cotidiano defendido por Posner parece autorizar (ou validar) uma subjetividade latente no processo de tomada da decisão judicial”²¹.

Em artigo sobre o consequencialismo, Luis Fernando Schuartz sustenta que decisões judiciais orientadas pelas consequências são tipicamente decisões sob incerteza subjetiva, uma vez que se limitam a exercício de imaginação com força jurídica. Cita que as teorias que se ocupam dos problemas de decisão dessa natureza são pouco confiáveis ao auxílio de juízes e tribunais, como a análise econômica do Direito, não pela consistência ou robustez das teorias ou dos conceitos que as acompanha, mas no acesso às informações necessárias aos órgãos adjudicadores²².

Noutra passagem, em análise especificamente acerca do pragmatismo, afirma que

O julgador pragmático não se detém perante textos normativos, não aceita restrições no universo dos insumos disponíveis para a justificação das decisões, e faz do direito positivo, da dogmática jurídica, bem como das teorias e estratégias gerais de aplicação do direito (e.g., do formalismo), eles próprios, *objetos de sua escolha*, convertendo-os em “fonte de informação” e em ferramentas cujo emprego apenas deverá justificar-se *instrumentalmente*, vale dizer, em função da sua maior ou menor contribuição para a produção pontual da consequência tratada como a melhor do ponto de vista social²³.

Todavia, as críticas devem ser ponderadas ao fato de que é possível compatibilizar a interpretação pragmática ao formalismo jurídico, ao se limitar o uso à adjudicação realizada nos casos difíceis, ou seja, aqueles em que não existem regras claras quanto à norma aplicável, tal como parece ter feito o art. 20 da LINDB.

2.4. Contexto jurídico: neoconstitucionalismo, decisões arbitrárias e o papel do art. 20 da LINDB

Embora tenha sido visto que o pragmatismo jurídico é um dos alicerces teóricos do art. 20 da LINDB, as críticas acima não se aplicam inteiramente ao dispositivo

²¹ Ferreira e Bustamante (2015 *apud* ALVES, Francisco Sérgio Maia. O novo paradigma da decisão a partir do art. 20 da LINDB: análise do dispositivo segundo as teorias de Richard Posner e Neil MacCormick. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 278, n. 3, p. 113-144, set. 2019, p. 129. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/80832>. Acesso em: 8 jul. 2021).

²² SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 248, p. 130-158, maio 2008. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/download/41531/40881/86603>. Acesso em: 27 ago. 2024.

²³ *Ibid.*, p. 135.

aqui estudado. Isso porque o art. 20 busca justamente limitar o poder do intérprete de Direito Público nos casos em que a liberdade decisória é maior, com vistas a diminuir o subjetivismo e o arbítrio da decisão.

Com efeito, a Lei nº13.655/2018 reconhece que o Direito brasileiro se pautou, especialmente a partir da Constituição Federal de 1988, por uma mudança de paradigma tanto na teoria quanto na prática, em decorrência do chamado neoconstitucionalismo²⁴.

Tal movimento teórico foi sintetizado por Daniel Sarmento pela ocorrência, dentre outros fenômenos, (i) do reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e da valorização de sua importância no processo de aplicação do Direito; (ii) da rejeição ao formalismo e recurso mais frequente a métodos ou “estilos” mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, tópica, teorias da argumentação etc; e (iii) da judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário²⁵.

Esse estado de coisas criou condições para o desvirtuamento dos poderes decisórios, permitindo a tomada de decisão de maneira excessivamente subjetiva, arbitrária e não transparente. Somado a isso, pela dificuldade de o Estado regular as atividades sociais e econômicas com a mesma rapidez com a qual as relações jurídicas são criadas e transformadas, o legislador passou a optar pela adoção de normas cada vez mais abstratas e genéricas, dotadas de conceitos indeterminados a serem interpretados casuisticamente. A construção do Direito tornou-se cada vez mais difusa, fazendo-se necessário o estabelecimento de balizas à atuação do intérprete.

O objetivo do art. 20, portanto, é evitar o chamado “simplismo decisório”²⁶, que ocorre nas hipóteses em que, diante de casos difíceis, o julgador supera a controvérsia mediante invocação de normas e conceitos jurídicos abstratos que, de tão abstratos, poderiam conduzir a conclusões até mesmo opostas àquela efetivamente adotada, como interesse público, razoabilidade, dignidade da pessoa humana e isonomia.

Muitas vezes, como adverte Marçal Justen Filho, o processo decisório ocorre de modo intuitivo e não consciente, no qual o agente decisor forma sua vontade de

²⁴ BRASIL. Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 26 abr. 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13655.htm. Acesso em 17 jan. 2022.

²⁵ SARMENTO, Daniel. Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/29044>. Acesso em: 27 ago. 2024.

²⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB. Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. **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. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77648>. Acesso em: 25 jan. 2022.

modo espontâneo e aleatório, chegando à conclusão sem seguir um caminho consciente racional. Nas palavras do autor:

A autoridade atinge uma conclusão sobre o caso, sem seguir um percurso consciente predeterminado.

Tendo formado a sua decisão, a autoridade desenvolve um processo de racionalização. Isso significa dar uma aparência de racionalidade a uma decisão fundada em impulsos, vontades e outras manifestações de subjetivismo²⁷.

O art. 20 da LINDB, portanto, tão somente reconhece a existência dessa realidade, traçando meios pelos quais entende que a decisão pode ser melhor tomada. Conforme texto de Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas, a razão de ser da motivação consequencialista como *standard* de aplicação do Direito Público é, de um lado, “interditar a utilização indiscriminada de abstrações nas razões de decidir – as quais, nos últimos anos, serviram para ampliar o espectro de poder de instituições”²⁸ e, de outro, garantir responsividade e transparência ao exercício decisório.

Com opinião semelhante, Carlos Ari Sunfeld e Guilherme Jurksaitis sustentam que, se de um lado o Direito positivo permite o uso dos princípios, prevendo normas suficientemente abertas, para que os intérpretes possam deles se socorrer, de outro, em tais casos, exige-se dos órgãos de controle um ônus de motivação mais elevado²⁹.

O objetivo da lei, portanto, não é se opor ao cenário teórico e prático consolidado no Brasil, mas criar instrumentos destinados a tornar a interpretação e a aplicação das normas mais capazes de alcançar suas finalidades.

3. INTERPRETAÇÃO DO ART. 20 DA LINDB

3.1. Âmbito de aplicação: decisão com base em valores jurídicos abstratos

Situado o problema em seu contexto teórico e jurídico, propõe-se, neste capítulo, a definição de limites de incidência do art. 20.

²⁷ *Ibid.*, p. 28.

²⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. A nova LINDB e o consequencialismo jurídico como mínimo essencial. **Consultor Jurídico**, 18 maio 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-18/opiniao-lindb-quadrantes-consequencialismo-juridico>. Acesso em: 13 jan. 2022.

²⁹ SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim. Uma lei para dar mais segurança jurídica ao Direito Público e ao controle. In: LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente Santos de (org.). **Transformações do Direito Administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias**. Rio de Janeiro: FGV, 2016, p. 21-25. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/18009>. Acesso em: 24 jan. 2022.

A norma afirma em seu *caput* que “Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão” (grifo nosso)³⁰.

Tem-se no *caput* um postulado hermenêutico, uma vez que regula o modo como devem ser interpretadas as fontes normativas³¹. Ao mencionar que se aplica às esferas administrativa, controladora e judicial, quer-se afirmar que se aplica a todas as esferas de decisão administrativa e judicial, incluindo tribunais de contas e Poder Judiciário. Exclui-se de sua incidência, porém, o Poder Legislativo, muito embora seja recomendável que este Poder, em suas deliberações e no curso do processo legislativo, avalie os impactos da atividade legislativa regulatória.

Quanto aos valores jurídicos abstratos, tem-se que os valores jurídicos são interesses ou bens que uma norma jurídica pretende tutelar ou proteger³². Ao aludir que as decisões considerarão suas consequências práticas quando fundadas em valores jurídicos abstratos, o legislador disse menos do que deveria. Isso porque valores jurídicos não são considerados fontes do Direito, sendo bens jurídicos de alto grau de abstração. Conforme lição de Francisco Sérgio Maia Alves:

Entre os valores abstratos passíveis de serem listados como subjacentes à ordem jurídica (justiça, liberdade, paz social, bem comum), a maior parte deles ou raramente é invocada como critério de decisão, devido ao seu alto grau de abstração, ou já foi incorporada a algum princípio jurídico (segurança jurídica, devido processo legal, ampla defesa e contraditório, boa-fé)³³.

Assim, dificilmente decisões jurídicas são tomadas com base tão somente nesses valores. Esse alto grau de indeterminação provocou divergências acerca do efetivo alcance da norma.

Segundo Fredie Didier Jr. e Rafael Alexandria Oliveira, a norma não se aplica sempre que o julgador se depare com qualquer conceito vago – enunciado em princípios ou regras –, pois seria inviável exigir que, mesmo nos casos de regras com

³⁰ BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 9 set. 1942. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm. Acesso em: 8 jul. 2021.

³¹ DIDIER, Fredie Souza; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da lei de introdução às normas do direito brasileiro. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, v. 19, n. 75, p. 143-160, mar. 2019. Disponível em: <http://www.revis-taac.com/index.php/revistaac/article/view/1068>. Acesso em: 8 jul. 2021.

³² Silva (2005 *apud* ALVES, Francisco Sérgio Maia). O novo paradigma da decisão a partir do art. 20 da LINDB: análise do dispositivo segundo as teorias de Richard Posner e Neil Maccormick. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 278, n. 3, p. 113-144, set. 2019. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/80832>. Acesso em: 8 jul. 2021.

³³ ALVES, *op. cit.*, p. 133.

conceitos jurídicos indeterminados, como “erro grosseiro”, “verdade”, “interesse público”, o julgador tenha de fazer juízo preditivo das consequências³⁴. Em interpretação teleológica do dispositivo, afirmam que o principal problema que se quer resolver se encontra na aplicação acrítica e superficial de princípios normativos menos densificados. As regras, ainda que vazadas em termos vagos, prescrevem a consequência jurídica que delas se deve esperar, razão pela qual o art. 20 só se aplicaria quando diante de julgamentos baseados em princípios jurídicos.

Em seminário sobre os impactos da Lei nº 13.655/2018 no Direito Administrativo, organizado pelo Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (IBDA) em julho 2019 na cidade de Tiradentes, foram elaborados 21 enunciados doutrinários relativos às alterações na LINDB. Em interpretação mais abrangente daquela dada pelos autores acima, os participantes do encontro aprovaram o Enunciado nº 6 do IBDA/Tiradentes 2019, segundo o qual “A referência a ‘valores jurídicos abstratos’ na LINDB não se restringe à interpretação e aplicação de princípios, abrangendo regras e outras normas que contenham conceitos jurídicos indeterminados” (grifo nosso)³⁵.

Em posição intermediária, a Presidência da República editou o Decreto nº 9.830/2019, regulamentando em âmbito federal os arts. 20 a 30 da LINDB (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942). Em seu art. 3º, § 1, definiu:

Art. 3º A decisão que se basear exclusivamente em valores jurídicos abstratos observará o disposto no art. 2º e as consequências práticas da decisão.

§ 1º Para fins do disposto neste Decreto, consideram-se valores jurídicos abstratos aqueles previstos em *normas jurídicas com alto grau de indeterminação e abstração*³⁶ (grifo nosso).

Assim, o decreto não excluiu a aplicação do art. 20 dos casos decididos com base em regras com conceitos jurídicos indeterminados, mas restringiu às decisões baseadas em “normas com alto grau de indeterminação e abstração”.

Nessa linha, Francisco Sérgio Maia Alves defende que o art. 20 se aplica quando a decisão se basear em conceitos indeterminados, seja os decorrentes dos

³⁴ DIDIER, Fredie Souza; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da lei de introdução às normas do direito brasileiro. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, v. 19, n. 75, p. 143-160, mar. 2019. Disponível em: <http://www.revis-taacc.com/index.php/revistaacc/article/view/1068>. Acesso em: 8 jul. 2021.

³⁵ IBDA (2019 *apud* MOTTA, Fabricio; NOHARA, Irene Patrícia. **LINDB no Direito Público**: Lei nº 11.655/2018. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. *E-book*).

³⁶ BRASIL. Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019. Regulamenta o disposto nos art. 20 ao art. 30 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, que institui a Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 4, 11 jun. 2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/d9830.htm. Acesso em: 17 jan. 2022.

princípios jurídicos, cláusulas gerais e valores jurídicos, seja os extraídos de regras com alto grau de vagueza, tendo em vista imprecisões do seu texto³⁷.

Portanto, é possível afirmar que os valores jurídicos abstratos se referem a decisões baseadas em princípios jurídicos e cláusulas gerais. Quanto às regras, não há consenso na doutrina. Decerto, em conceitos jurídicos indeterminados veiculados em regras com baixo grau de abstração, como a “utilidade pública” para fins de desapropriação, detalhada em diversos exemplos pelo art. 5 do Decreto-Lei nº 3.365/1941³⁸, não há como falar em incidência do art. 20 da LINDB.

Todavia, em casos com maior grau de indeterminação, como as hipóteses de “atividades essenciais”³⁹ cujo exercício e funcionamento serão preservados durante as medidas restritivas contra a COVID-19, a aplicação da nova LINDB nos parece indispensável.

3.2. Consequências práticas da decisão e valoração das medidas alternativas

Viu-se que o art. 20 não veda a decisão baseada em valores jurídicos abstratos como fundamento decisório. Todavia, impõe que haja valoração das consequências práticas da escolha, inclusive em face das medidas alternativas. Assim, os argumentos consequentialistas não são, em tese, mais importantes que os argumentos de substrato valorativo⁴⁰, pois não se impede que a adjudicação seja realizada com base em valores que, no caso concreto, não maximizem o bem-estar geral. O que se exige é que o intérprete reflita sobre as consequências da medida adotada, inclusive diante das alternativas, e exponha esse processo mental na motivação do ato.

Quanto à consideração das consequências práticas, de acordo com Carlos Ari Sundfeld e Guilherme Jurksaitis, o raciocínio exigido é semelhante ao que se espera de um administrador público ao formular políticas públicas: considera o problema;

³⁷ ALVES, Francisco Sérgio Maia. O novo paradigma da decisão a partir do art. 20 da LINDB: análise do dispositivo segundo as teorias de Richard Posner e Neil Maccormick. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 278, n. 3, p. 113-144, set. 2019. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/80832>. Acesso em: 8 jul. 2021.

³⁸ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941. Dispõe sobre desapropriações por utilidade pública. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 14427, 18 jun. 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3365.htm. Acesso em: 8 jul. 2021.

³⁹ O termo está previsto no art. 7º-C, §9º, da Lei nº 13.979/2020, que dispões sobre as medidas para enfrentamento ao coronavírus, *in verbis*: “§ 9º A adoção das medidas previstas neste artigo deverá resguardar o abastecimento de produtos e o exercício e o funcionamento de *serviços públicos e de atividades essenciais*, assim definidos em decreto da respectiva autoridade federativa. (Incluído pela Lei nº 14.035, de 2020) (grifo nosso)”.

⁴⁰ Nesse sentido, Cf. MOTTA, Fabrício; NOHARA, Irene Patrícia. **LINDB no Direito Público**: Lei nº 11.655/2018. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. *E-book*.

vislumbra possíveis soluções; tenta prever os custos e consequências de se optar por cada uma delas; submete o resultado ao escrutínio público e aos órgãos de controle⁴¹.

Não se exige que o julgador considere todas as consequências possíveis, não sendo sequer uma pretensão do pragmatismo jurídico⁴², uma vez que se mostraria inviável e inconveniente. No âmbito judicial, ademais, as consequências devem ser aquelas sobre as quais tenha havido efetivo contraditório, conforme arts. 9 e 10 do CPC⁴³.

Todavia, para tornar as previsões minimamente confiáveis, é preciso que se busquem elementos e informações técnicas seguras e que se conheçam os fatos e o problema com a maior riqueza possível.

Neste contexto, o Decreto Federal nº 9.191/2017, editado para estabelecer diretrizes à elaboração, alteração, consolidação e encaminhamento de propostas de atos normativos ao Presidente da República, pode ser utilizado como parâmetro. Para além de questões formais, no anexo do decreto são dispostas questões a serem analisadas quando da elaboração dos atos normativos no âmbito do Poder Executivo Federal. Após diagnosticar o problema e a possível providência a ser tomada, devem ser feitos os seguintes questionamentos:

Alternativas

2. Quais são as alternativas disponíveis?

2.1. Qual foi o resultado da análise do problema? Onde se situam as causas do problema? Sobre quais causas pode incidir a ação que se pretende executar?

2.2. Quais são os instrumentos da ação que parecem adequados para alcançar os objetivos pretendidos, no todo ou em parte? (Exemplo: medidas destinadas à aplicação e à execução de dispositivos já existentes; trabalhos junto à opinião pública; amplo entendimento; acordos; investimentos; programas de incentivo; auxílio para que os próprios destinatários alcançados pelo problema envidem esforços que contribuam para sua resolução; instauração de processo judicial com vistas à resolução do problema.)

⁴¹ SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim. Uma lei para dar mais segurança jurídica ao Direito Público e ao controle. In: LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente Santos de (org.). **Transformações do Direito Administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias**. Rio de Janeiro: FGV, 2016, p. 21-25. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/18009>. Acesso em: 24 jan. 2022.

⁴² POSNER, Richard. **Direito, pragmatismo e democracia**. Tradução Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

⁴³ Nesse sentido, Cf. DIDIER, Fredie Souza; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da lei de introdução às normas do direito brasileiro. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, v. 19, n. 75, p. 143-160, mar. 2019. Disponível em: <http://www.revis-taac.com/index.php/revistaaec/article/view/1068>. Acesso em: 8 jul. 2021.

2.3. Quais instrumentos de ação parecem adequados, considerando-se os seguintes aspectos:

2.3.1. desgastes e encargos para os cidadãos e a economia;

2.3.2. eficácia (precisão, grau de probabilidade de consecução do objetivo pretendido);

2.3.3. custos e despesas para o orçamento público;

2.3.4. efeitos sobre o ordenamento jurídico e sobre as metas já estabelecidas;

2.3.5. efeitos colaterais e outras consequências;

2.3.6. entendimento e aceitação por parte dos interessados e dos responsáveis pela execução; e

2.3.7. possibilidade de impugnação no Poder Judiciário⁴⁴.

Trata-se de questionamentos que, *mutatis mutandis*, podem ser utilizados na mensuração das consequências para fins de aplicação prática do art. 20, especialmente os itens: (i) 2.3.1. desgastes e encargos para os cidadãos e a economia; (ii) 2.3.2. eficácia da medida (precisão, grau de probabilidade de consecução do objetivo pretendido); (iii) 2.3.3. custos e despesas para o orçamento público: verificar o custo orçamentário da medida, seu impacto no orçamento e em outras políticas públicas; e (iv) 2.3.4. efeitos sobre o ordenamento jurídico e sobre as metas já estabelecidas: qual o impacto da medida no Direito? Em que medida pode ser replicada a casos semelhantes?

Certo é que, para realização de tais questionamentos, faz-se necessário reunir dados que muitas vezes escapam aos juízes e aos órgãos de controle. Nesses casos, as informações devem, preferencialmente, ser trazidas pelas próprias partes interessadas, nada impedindo que sejam colhidas por meio de prova técnica ou requisição documental.

Nada obstante, ainda que os dados não estejam completamente disponíveis, a análise consequencialista é imperativa, utilizando-se o intérprete de processo mental fundado em seu próprio conhecimento técnico-científico e de sua experiência da vida social⁴⁵.

⁴⁴ BRASIL. Decreto nº 9.191, de 1º de novembro de 2017. Estabelece as normas e as diretrizes para elaboração, redação, alteração, consolidação e encaminhamento de propostas de atos normativos ao Presidente da República pelos Ministros de Estado. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 16, 3 nov. 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9191.htm. Acesso em: 27 ago. 2024.

⁴⁵ Nesse sentido, Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB. Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. **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, p. 29. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77648>. Acesso em: 25 jan. 2022.

Consoante explicação de Fernando Leal, uma vez identificadas as consequências vinculadas a cada alternativa decisória, o tomador de decisão deve indicar um critério com base no qual ordenará as consequências, para só então justificar sua escolha no caso concreto⁴⁶.

Note-se que, além de prescrever a análise prospectiva, a norma determina que se efetive análise em face das alternativas possíveis. Ao assim dispor, insere no processo decisório raciocínio econômico, fundado na premissa da finitude dos recursos disponíveis e na lógica dos chamados *tradeoffs*. Com efeito, a Economia é a ciência que estuda a tomada da decisão pelas pessoas considerando a finitude dos bens (tempo, dinheiro, recursos naturais etc.). Nesse contexto de escassez, para escolher algo que se quer, deve-se renunciar a outro bem que também se deseja. O art. 20, portanto, exige que seja feito tal raciocínio, ponderando o custo de oportunidade da medida adotada, isto é, os benefícios que seriam alcançados pela escolha da segunda melhor alternativa disponível.

Por exemplo, a decisão, baseada no direito à livre iniciativa ou outro valor abstrato, que concede o direito de determinada atividade não ser restringida pelas medidas adotadas durante a pandemia deve refletir sobre as alternativas existentes à escolhida, os benefícios alcançados pela escolha da proteção ao direito à liberdade, comparando-se com os benefícios que se teria pela escolha da segunda melhor alternativa disponível (restrição temporária da atividade, por exemplo).

Nesse processo, deve-se conjecturar a existência de medidas alternativas, inclusive em face de políticas públicas já existentes. Na judicialização da saúde, por exemplo, a decisão judicial que concede determinado tratamento médico deve ponderar as alternativas existentes e disponíveis no Sistema Único de Saúde (SUS). É nesse sentido que o Enunciado nº 4 IBDA/Tiradentes 2019 afirma que “As ‘consequências práticas’ às quais se refere o art.20 da LINDB devem considerar, entre outros fatores, interferências recíprocas em políticas públicas já existentes”⁴⁷.

3.3. Princípio da proporcionalidade e consequencialismo na motivação expressa do ato

Se a adjudicação consequencialista é um método a ser seguido, e não um valor elencado pela norma do art. 20 como preponderante à decisão, o mesmo não se pode dizer em relação ao princípio da proporcionalidade, na medida em que este sempre deverá ser observado no caso concreto. Isto se deve ao parágrafo único do

⁴⁶ LEAL, Fernando. Inclinações pragmáticas no direito administrativo: nova agenda, novos problemas. O caso do PL 349/15. In: LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente Santos de (org.). **Transformações do Direito Administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias**. Rio de Janeiro: FGV, 2016, p. 25-31. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/18009>. Acesso em: 24 jan. 2022.

⁴⁷ IBDA (2019 *apud* MOTTA, Fabrício; NOHARA, Irene Patrícia. **LINDB no Direito Público: Lei nº11.655/2018**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. *E-book*).

art. 20, segundo o qual “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” (grifo nosso)⁴⁸.

Em suma, a norma exige que na argumentação haja a verificação de que a medida escolhida atende ao princípio da proporcionalidade e a seu processo de aplicação. Com efeito, para Robert Alexy a racionalidade de uma decisão baseada na proporcionalidade se dá na verificação argumentativa das três sub-regras do método: (i) adequação; (ii) necessidade; (iii) proporcionalidade em sentido em estrito. Para ele, uma decisão que siga tal caminho deve ser considerada racional, independentemente do acerto ou não de seu conteúdo⁴⁹.

A argumentação fundada nesse método, portanto, vai ao encontro dos objetivos da Lei nº 13.655/2018, no sentido de aprimorar a racionalidade e a fundamentação das decisões baseadas em princípios do Direito Público⁵⁰.

A *adequação* prescreve que a medida a ser adotada deve ser apta a promover o objetivo proposto. Dessa forma, “uma medida somente pode ser considerada inadequada se sua utilização não contribuir em nada para fomentar a realização do objetivo pretendido”⁵¹.

Passando no teste da adequação, a medida escolhida deve superar a verificação da *necessidade*, que impõe ao Poder Público a adoção de solução que acarrete a menor restrição aos interesses em disputa (menor ingerência possível). Assim, o teste de adequação é de caráter absoluto (ou a medida fomenta ou não fomenta o objetivo pretendido), ao passo que o da necessidade é comparativo, dando-se entre as possibilidades existentes.

Por fim, o último passo a ser verificado é a *proporcionalidade em sentido estrito*, em que se analisará o custo-benefício da decisão, ou seja, o ônus imposto pela medida escolhida deve ser inferior aos benefícios gerados por ela.

O art. 20, ao mencionar a necessidade de que se argumente com base no princípio da proporcionalidade, tão somente torna expressa norma que já era implicitamente reconhecida no âmbito da interpretação e da aplicação do Direito Público.

⁴⁸ BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 9 set. 1942. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm. Acesso em: 8 jul. 2021.

⁴⁹ Alexy (2001 *apud* FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. Salvador: JusPodivum, 2020, p. 277).

⁵⁰ BRASIL. Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 26 abr. 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13655.htm. Acesso em 17 jan. 2022.

⁵¹ Silva (*apud* FERNANDES, *op. cit.*, 2020, p. 278).

A grande inovação trazida pelo art. 20 é, pois, sua natureza procedimental. Isto porque exige que o decisor, nos casos decididos com base em valores jurídicos abstratos, percorra o seguinte procedimento decisório: (i) identifique o problema e as diversas alternativas disponíveis; (ii) prospecte as consequências advindas da escolha de cada uma das alternativas; (iii) escolha a alternativa que passe em juízo de proporcionalidade; e (iv) registre esse processo mental expressamente na motivação do ato.

Em nosso ver, portanto, a natureza do art. 20 da LINDB é de norma procedimental, cuja desobediência, por parte do administrador, causará nulidade do ato por vício de forma (art. 2, *b*, da Lei nº 4.717/1965⁵²), e, no caso de decisão judicial, a tornará nula por omissão na fundamentação, consoante previsão do art. 489, §§ 1º e 2º, do CPC⁵³.

Nesse sentido, propondo solução ligeiramente diversa, na medida em que entendem que o desrespeito do art. 20, administrativamente, leva à nulidade por *inexistência de motivação* (art. 2º, *d*, da Lei nº 4.717/1965), Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas também sustentam que a inobservância das exigências do art. 20, no caso de provimento judicial, será vício de nulidade⁵⁴, por “decisão considerada sem fundamentação, nos termos do art. 489, § 1º, do CPC 2015”⁵⁵.

Fredie Didier Jr. e Rafael Alexandria Oliveira vão além ao afirmarem que o art. 20 funciona como mais um parágrafo do art. 489 do CPC, “seja porque estabelece mais um postulado normativo (tal como os §§ 2º e 3º do art. 489), seja porque estabelece mais uma situação em que a fundamentação pode ser considerada deficiente (tal como o § 1º do art. 489)”⁵⁶. Nesse sentido, para os autores, o desrespeito ao

⁵² “Art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de: a) incompetência; b) vício de forma; c) ilegalidade do objeto; d) inexistência dos motivos; e) desvio de finalidade”.

⁵³ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 17 mar. 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em: 17 jan. 2022.

⁵⁴ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. A nova LINDB e o consequencialismo jurídico como mínimo essencial. **Consultor Jurídico**, 18 maio 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-18/opiniao-lindb-quadrantes-consequencialismo-juridico>. Acesso em: 13 jan. 2022.

⁵⁵ “Art. 489. São elementos essenciais da sentença: [...] § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”. BRASIL, *op. cit.*

⁵⁶ DIDIER, Fredie Souza; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da lei de introdução às normas do direito brasileiro. **A&C –**

disposto no parágrafo único do art. 20 da LINDB é omissão apta a ensejar oposição de embargos de declaração, nos termos do art. 1.022, II, e parágrafo único, II, do CPC⁵⁷.

Portanto, o decisor no Direito Público deve apresentar, na motivação de ato baseado em valores jurídicos abstratos, as consequências práticas que vislumbrar de sua escolha, demonstrando sua proporcionalidade, inclusive diante das alternativas, sob pena de nulidade do ato administrativo ou da decisão judicial.

4. EFETIVIDADE DO ART. 20: ESTUDO DE CASO SOBRE SUA APLICAÇÃO NO CONTROLE JUDICIAL DA PANDEMIA

4.1. Considerações metodológicas

A primeira parte deste artigo buscou definir contornos interpretativos ao art. 20 da LINDB e de que forma suas previsões podem ser efetivadas em âmbito administrativo, controlador e judicial. Nesta segunda etapa, o dispositivo será analisado sob o prisma de sua efetividade em âmbito judicial.

O objetivo é verificar, em hipótese na qual seria em tese aplicável, se o art. 20 foi lembrado e efetivamente aplicado pelos julgadores. Para tanto, adotou-se a metodologia de estudo de caso, com análise da Ação Civil Pública nº 1065795-73.2020.8.26.0053, proposta perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) por entidades de classes de professores contra o estado de São Paulo durante a pandemia causada pela Covid-19⁵⁸. A ação objetivou anular decreto estadual que determinou a volta gradativa das aulas presenciais, com retorno dos professores à sala de aula. Quer-se analisar, portanto, se houve a efetiva aplicação do art. 20 da LINDB nas decisões judiciais proferidas nesse processo.

O caso foi escolhido por duas razões principais: primeiro, por sua pertinência com o objeto de estudo deste artigo, uma vez que os fundamentos dos autores, da defesa e das decisões proferidas se basearam em valores jurídicos abstratos, logo,

Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, v. 19, n. 75, p. 143-160, mar. 2019. Disponível em: <http://www.revis-taacc.com/index.php/revistaacc/article/view/1068>. Acesso em: 8 jul. 2021.

⁵⁷ Art. 1.022. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para: [...] II – suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento; [...] Parágrafo único. Considera-se omissa a decisão que: [...] II – incorra em qualquer das condutas descritas no art. 489, § 1º. BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 17 mar. 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 17 jan. 2022.

⁵⁸ SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Ação Civil Pública nº 1065795-73.2020.8.26.0053**. Classe – Assunto Ação Civil Pública Cível - Ensino Fundamental e Médio. Requerente: Apeoesp Sind dos Prof do Ensino Oficial do Est e outros. Requerido: Fazenda Pública do Estado de São Paulo. Juiz(a) de Direito: Dr(a). Simone Gomes Rodrigues Casoretti, 28 de janeiro de 2021a. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2021/1/04aafc8f8d3b49_escola.pdf. Acesso em 22 jan 2022.

no âmbito de incidência do art. 20. Segundo, pela relevância jurídica, social e econômica da ação, que buscou anular ato que permitia a volta gradual das aulas de todo o sistema de ensino, público e privado do estado de São Paulo, com impacto direto na vida de milhões de residentes do estado.

No estudo, foram analisadas todas as decisões judiciais constantes dos autos, bem como petições interpostas pelas partes, terceiros intervenientes e pelo Ministério Público. Como será visto, o juízo de primeiro grau deferiu a tutela antecipada requerida pelos autores, de forma que o estado de São Paulo apresentou ao presidente do TJSP pedido de suspensão de liminar, registrada sob o nº 2013164-66.2021.8.26.0000, cuja petição inicial e decisões de mérito também foram avaliadas neste estudo, por impactarem diretamente o resultado prático da ação original⁵⁹.

Muito embora todos esses dados tenham sido analisados, uma vez que o objetivo foi verificar a compatibilidade das decisões judiciais com as normas do art. 20 da LINDB, a pesquisa centrou-se nas seguintes decisões proferidas: (i) decisão interlocutória concessiva de tutela antecipada, proferida nos autos da ação civil pública em 28/01/2021; (ii) decisão liminar proferida pelo presidente do TJSP em 29/01/2021, suspendendo a execução da liminar anteriormente deferida; (iii) sentença lançada nos autos da ação civil pública em 09/03/2021 julgando a ação parcialmente procedente; e (iv) acórdão proferido em 14/04/2021 no agravo interno interposto contra a decisão do Presidente do TJSP, nos autos da suspensão de segurança.

Destaque-se que não é objetivo desta pesquisa avaliar o mérito das proposições sugeridas pelas partes e adotadas pelos juízes, mas, sim, a fundamentação das decisões judiciais e a compatibilidade delas com as prescrições do art. 20 da LINDB.

4.2. A Ação Civil Pública nº 1065795-73.2020.8.26.0053: o caso da volta às aulas presenciais no estado de São Paulo

A Ação Civil Pública nº 1065795-73.2020.8.26.0053⁶⁰ foi ajuizada em 22/12/2020 por seis entidades de classe⁶¹ representativas de professores e profissionais

⁵⁹ SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Suspensão de liminar Processo nº 2013164-66.2021.8.26.0000**. Requerente: Estado de São Paulo. Requerido: Juízo de Direito da 9ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Paulo, 29 de janeiro de 2021b. Disponível em: https://www.saopaulo.sp.gov.br/wp-content/uploads/2021/01/doc_95785588-1.pdf. Acesso em 22 jan 2022.

⁶⁰ SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Ação Civil Pública nº 1065795-73.2020.8.26.0053**. Classe – Assunto Ação Civil Pública Cível - Ensino Fundamental e Médio. Requerente: Apeoesp Sind dos Prof do Ensino Oficial do Est e outros. Requerido: Fazenda Pública do Estado de São Paulo. Juiz(a) de Direito: Dr(a). Simone Gomes Rodrigues Casoretti, 28 de janeiro de 2021a. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2021/1/04aafc8f8d3b49_escola.pdf. Acesso em 22 jan 2022.

⁶¹ Sindicato dos Professores do ensino oficial do Estado de São Paulo (Apeoesp); Sindicato dos Funcionários e Servidores da Educação do Estado de São Paulo (Afuse); Centro do Professorado Paulista (CPP); Sindicato dos Supervisores de Ensino do Magistério Oficial no Estado de São Paulo (Apase); Federação dos Professores do Estado de São Paulo (Fepesp); Sindicato de Especialistas de Educação do Magistério Oficial do Estado de São Paulo (Udemo).

da educação contra o estado de São Paulo, com objetivo de que se afastasse a aplicação do Decreto nº 65.384/2020 e da Resolução Seduc-95/2020⁶², que determinaram o retorno gradual das atividades presenciais nas escolas do estado, inclusive nas fases amarela e vermelha do Plano São Paulo, criado pelo governo para, com base em indicadores de capacidade de atendimento do SUS e evolução da pandemia, disciplinar as medidas de contenção do vírus⁶³.

Segundo os autores, no momento da propositura da ação, o Brasil batia recorde de mortes diárias causadas pela COVID-19, não havia tratamento ou vacina aprovados e eficazes, sendo o isolamento social o único meio eficiente de combate ao vírus. Nesse contexto, o Decreto nº 65.384/2020 seria ilícito, por permitir a retomada das atividades presenciais nas redes de ensino do estado, com a seguinte previsão:

[...]

Artigo 3º – As aulas e demais atividades presenciais serão retomadas, gradualmente, nas unidades de educação infantil, ensino fundamental e ensino médio, localizadas em áreas classificadas, nos termos dos artigos 3º e 5º do Decreto nº 64.994, de 28 de maio de 2020:

I – nas fases vermelha ou laranja, com a presença limitada a até 35% do número de alunos matriculados;

II – na fase amarela, com a presença limitada a até 70% do número de alunos matriculados;

III – na fase verde, admitida a presença de até 100% do número de alunos matriculados.

[...] (grifo nosso)⁶⁴.

Antes deste decreto, vigorava o de nº 65.061/2020, que previa o retorno às aulas apenas em regiões classificadas nas fases amarela ou verde do Plano São Paulo. Assim, os autores alegaram que a mudança de postura do governo estadual, ao permitir a volta às aulas, sem melhora correspondente nos indicadores da pandemia, seria ilegítima.

⁶² SÃO PAULO (Estado). **Resolução Seduc-95, de 18 de dezembro de 2020**. Dispõe sobre o Projeto Recuperação Intensiva de janeiro de 2021 e detalha os critérios de aprovação e retenção no ano letivo de 2020 na rede estadual de ensino. São Paulo: Secretaria da Educação do Estado de São Paulo, 2020d. Disponível <http://siau.edunet.sp.gov.br/ItemLise/arquivos/RESOLU%C3%87%C3%83O%20SEDOC%20%2095%20-%2018-12-200.PDF>. Acesso em: 17 jan. 2022.

⁶³ SÃO PAULO (Estado). **Plano São Paulo**. São Paulo: Governo do Estado, 2020c. Disponível em: https://www.saopaulo.sp.gov.br/wp-content/uploads/2020/05/PlanoSP_vf5.pdf. Acesso em: 17 jan. 2022.

⁶⁴ SÃO PAULO (Estado). **Decreto nº 65.384, de 17 de dezembro de 2020**. Dispõe sobre a retomada das aulas e atividades presenciais no contexto da pandemia de COVID-19, institui o Sistema de Informação e Monitoramento da Educação para COVID-19 e dá providências correlatas. São Paulo: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, 2020b. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/norma/196562>. Acesso em: 17 jan. 2022.

Nos fundamentos jurídicos, afirmaram que, diante da possibilidade de contaminação dos alunos, familiares, professores e profissionais, o Decreto violaria os direitos fundamentais à vida e à saúde (art. 5, *caput*; art. 196; art. 219, I, todos da CF⁶⁵, e art. 2, § 1º, da Lei nº 8.080/1990⁶⁶), bem como os direitos humanos da saúde, bem-estar e integridade pessoal.

A petição inicial apresentou pesquisas e dados sobre a política pública questionada, inclusive com fundamentos de natureza consequencialista, dos quais se destacam os seguintes:

- (i) segundo os autores, o novo decreto desconsideraria que, quando os alunos frequentam as escolas, há quantidade maior de pessoas em circulação não somente nos prédios escolares, mas também fora do ambiente escolar, uma vez que se aumenta a demanda de transporte público, principal meio de deslocamento de alunos e professores;
- (ii) a pneumologista e pesquisadora da Fiocruz Margareth Dalcolmo teria alertado que, com as festas de fim de ano, o número de casos no Brasil subiria, trazendo a chamada segunda onda, e que “teríamos o janeiro mais triste da nossa história”, não sendo conveniente retomar as aulas naquele cenário;
- (iii) estudo anexado pelos autores teria demonstrado que, mesmo com todos os protocolos de segurança sendo seguidos, o retorno das atividades presenciais causaria contaminação de 46,35% dos estudantes e professores pela COVID-19, ou seja, mais de 1.766.400 pessoas seriam contaminadas em apenas três meses de retorno das atividades presenciais. Essa projeção seria resultado de um estudo com simulação do contágio pelo novo coronavírus, realizado por pesquisadores de sete universidades de três países, e os testes consideraram que a maioria das pessoas no ambiente escolar respeitaria as regras de higiene e que só haveria três cruzamentos entre elas por dia: na entrada, na saída e no recreio.

O Ministério Público, que atuou no feito como *custos legis*, manifestou-se parcialmente favorável aos requerimentos dos autores, com destaque, do ponto vista jurídico, para a menção à decisão do STF nas ADIs nº 6.421⁶⁷, 6.422, 6.424, 6.425,

⁶⁵ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 jan. 2022.

⁶⁶ BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 18055, 20 set. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 8 jul. 2021.

⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.421**. Direito Administrativo. Ações Diretas de Inconstitucionalidade. Responsabilidade civil e administrativa de agentes públicos. Atos relacionados à pandemia de COVID-19. Medida Provisória nº 966/2020. Deferimento parcial da cautelar. Requerente: Rede Sustentabilidade. Relator: Min. Roberto Barroso, 21 de maio de 2020c. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754359227>. Acesso em: 17 jan. 2022.

6.427, 6.428 e 6.431, propostas contra a Medida Provisória nº 966/2020, nas quais o STF delineou balizas interpretativas à atuação estatal na pandemia, incluindo a necessidade de que fosse pautada por normas e critérios científicos, bem como pelos *princípios constitucionais da precaução e da prevenção*⁶⁸.

Além disso, o *parquet* também apresentou argumentação consequencialista, mencionando pesquisa da Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz) que projetava cenário de volta às aulas e considerava o número de indivíduos do grupo de risco no Brasil que, convivendo com pessoas entre 3 e 17 anos (idade escolar), poderiam se infectar com o vírus, aumentando, assim, a demanda hospitalar e o número de óbitos nessa população de risco.

O estado de São Paulo, por sua vez, manifestou-se pela primeira vez em 25/01/2021, ponderando, quanto ao mérito, que a retomada das atividades presenciais de ensino foi decidida em processo que abarcou diálogos com representantes dos setores educacionais de redes públicas e privadas, por meio de 17 reuniões de trabalho, envolvendo cerca de 100 pessoas. Sustentou que a medida só entraria em vigor no começo de fevereiro e que viria acompanhada da obrigatoriedade de adoção, por todas as instituições, dos protocolos sanitários aprovados pela Secretaria de Estado da Saúde. Afirmou que teriam sido destinados, ao longo de 2020, mais de R\$ 700 milhões para as escolas da rede estadual, a fim de prover-lhes dos recursos necessários à adequação dos espaços. Alegou, ainda, que os profissionais pertencentes ao grupo de risco não estariam obrigados a retomar as atividades e somente o fariam caso desejassem expressamente. Nesse sentido, destacou que estava sendo realizada contratação de professores e profissionais de ensino temporários, a fim de atender à necessidade temporária de substituição daqueles pertencentes a grupos de risco que permaneceriam em isolamento.

Do ponto de vista consequencialista, a fundamentação da defesa também foi significativa. A ré apontou, sobretudo acerca dos impactos do fechamento das escolas sobre o direito à educação, que

- (i) estudos disponíveis demonstravam que a interrupção das aulas presenciais teria graves impactos na aprendizagem, sobretudo dos estudantes em situação de pobreza e vulnerabilidade. Nessa linha, a organização Save the Children teria estimado que aproximadamente 10 milhões de crianças

DIDIER, Fredie Souza; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da lei de introdução às normas do direito brasileiro. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, v. 19, n. 75, p. 143-160, mar. 2019. Disponível em: <http://www.revis-taac.com/index.php/revistaec/article/view/1068>. Acesso em: 8 jul. 2021.

⁶⁸ BRASIL. Senado Federal. **Medida Provisória nº 966, de 13 de maio de 2020**. Dispõe sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da covid-19. Brasília, DF: Presidência da República, 2020a. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8110754&ts=1630442842003&disposition=inline>. Acesso em: 27 ago. 2024.

poderiam abandonar os estudos, principalmente meninas, por causa do fechamento das escolas durante a pandemia;

- (ii) segundo o estudo “O efeito da pandemia de H1N1 sobre o aprendizado. O que esperar com a Covid-19?”, a extensão das férias por duas a três semanas durante a epidemia de H1N1 no estado de São Paulo gerou queda na proficiência em Matemática no 5º ano do Ensino Fundamental de 4,5 pontos, equivalente a dois meses de aprendizado. Como a restrição às atividades presenciais foi mais prolongada por causa da COVID-19, os efeitos tenderiam a ser ainda maiores em 2020 e precisariam ser combatidos de imediato;
- (iii) a Organização das Nações Unidas (ONU) afirmou que a paralisação das aulas presenciais geraria uma catástrofe geracional que pode desperdiçar um potencial humano incalculável, minar décadas de progresso e acentuar desigualdades.

Com esses argumentos reunidos, sobreveio decisão judicial em 28/01/2021, em sede de tutela antecipada, concedendo a liminar requerida. A decisão suspendeu os efeitos do Decreto nº 65.384/2020, consistentes na autorização de retomada de aulas e atividades escolares presenciais, localizadas em áreas classificadas nas fases vermelha e laranja (Plano São Paulo). A medida, fundada no direito à vida e em sua prevalência diante de outros valores, como o direito à educação, considerou o agravamento da pandemia e adotou o argumento dos autores de que os profissionais da educação, num contexto de volta às atividades presenciais, não seriam expostos somente em sala de aula, mas, também, nos deslocamentos feitos em transporte público.

Os efeitos da tutela provisória, porém, não duraram muito tempo, pois no dia seguinte foi apresentado, pelo estado de São Paulo, pedido de suspensão dos efeitos da liminar ao presidente do TJSP. Em geral, a petição reproduziu os argumentos da manifestação prévia, com destaque para o fato de que o retorno às aulas seria gradual e que todos os professores que se autodeclararam pertencentes ao grupo de risco, cerca de 27% do quadro total, permaneceriam exercendo as atividades em teletrabalho.

Logo em seguida, foi proferida, pelo presidente do TJSP, decisão liminar no pedido de suspensão para suspender a execução da tutela provisória concedida nos autos originários, susstando, assim, seus efeitos, nos termos do art. 4º, *caput*, da Lei nº 8.437/1992⁶⁹.

A decisão proferida em pedido de suspensão de liminar tem natureza de contracautela, em que é realizado um juízo mínimo de delibação, de forma que não

⁶⁹ Art. 4º Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

se tem análise aprofundada do mérito, mas a apreciação de aspectos relacionados à potencialidade lesiva do ato impugnado.

Assim, a decisão liminar não se aprofundou em questões jurídicas relacionadas à matéria, afirmando que não se verificava no decreto ilegalidade, que não teria extrapolado os limites da atuação discricionária legítima do Poder Executivo.

Nada obstante, a decisão detalhou-se em relação à controvérsia fática, com razoável argumentação consequencialista. Dentre as considerações do julgador, destacam-se as seguintes: (i) o estado de São Paulo, de forma notória e incontroversa, adotou desde o início da pandemia medidas restritivas de combate ao coronavírus, de forma que, em não se verificando evidente arbitrariedade, não seria legítimo ao Poder Judiciário interferir em tais decisões, sob o risco de se desestruturarem a unidade e a coordenação da atuação administrativa; (ii) quanto ao caso concreto, o Estado demonstrou risco de perda irrecuperável na educação e de abandono ou evasão escolar em caso de manutenção do fechamento integral das escolas; (iii) além disso, cerca de 1,7 mil escolas estaduais em 314 municípios haviam retornado com atividades presenciais no estado desde setembro de 2020, sem que houvesse registro de transmissão da doença dentro dessas escolas até o momento.

Destacou-se, ainda, que a medida não obrigava o retorno presencial dos profissionais do grupo de risco, bem como concedia às famílias a decisão de enviar os filhos ao ensino presencial ou mantê-los na modalidade de ensino a distância, razão pela qual não impunha ônus desproporcional aos que se encontrassem em situações de risco.

Comunicada a suspensão da liminar nos autos da ação civil pública originária, os efeitos da decisão que concedeu a tutela antecipada ficaram sobrestados, de forma que, no começo de fevereiro, deu-se início às aulas presenciais no estado de São Paulo.

O que aconteceu posteriormente, porém, foi o início da pior fase da pandemia no Brasil, com aumento expressivo do número de casos, internações e mortes em março e abril de 2021. O Brasil teve os sistemas de saúde, público e privado, próximo do colapso (inclusive chegando a tal estágio em algumas localidades, como Manaus/AM). A Figura 1, que retrata a evolução do número diário de mortes por COVID-19 no Brasil, ajuda a compreender a sequência de fatos que ocorriam à medida que a ação tramitava.

limites do decreto estadual anterior, ou seja, permitindo a retomada das aulas apenas com a respectiva melhora dos indicadores.

Em relação aos fundamentos da decisão, foram considerados o aumento do número de casos, de mortes e a piora nos indicadores da pandemia. Ponderou que, de acordo com o noticiado na imprensa, desde o retorno das aulas presenciais no estado de São Paulo, foi apurado que mais de 1.950 pessoas que atuam em 908 escolas da rede estadual pública de ensino de São Paulo se infectaram com a COVID-19, com registro de mortes de 21 professores, 2 alunos e 19 servidores. Afirmou que não seria legítimo que o estado diminuísse as restrições se, paralelamente, a curva de contágio não estivesse controlada.

Além disso, asseverou que o direito à vida deveria ser assegurado com primazia pelo estado, como consequência imediata da dignidade da pessoa humana. Por fim, aduziu que os princípios da precaução e prevenção devem ser aplicados na tutela ao meio ambiente e à saúde pública, de forma que, havendo qualquer dúvida científica acerca da adoção da medida sanitária de distanciamento social, a questão deveria ser solucionada em favor do bem saúde da população.

Do ponto de vista consequencialista, a decisão, embora baseada em princípios e normas jurídicas abstratas, não apreciou diversos argumentos nesse sentido apresentados tanto pelos autores e pelo Ministério Público quanto pelo estado de São Paulo. Foi mencionado, porém, trecho de nota técnica do Centro Estadual de Contingência da COVID-19, que tratava da importância do setor educacional no contexto da pandemia, uma vez que movimentava cerca de um terço de toda a população do Estado, de maneira que, com a suspensão das atividades presenciais, milhares de pessoas deixariam de circular diariamente, reduzindo, assim, os riscos de transmissão da COVID-19.

Noutro giro, nos autos do pedido de liminar, a última decisão analisada foi o acórdão proferido em sede de agravo interno contra a decisão do presidente do TJSP, que havia suspenso os efeitos da liminar deferida na ação civil pública.

O acórdão foi proferido em 14/04/2021 e negou provimento ao agravo interno, mantendo a decisão do presidente que sustou os efeitos da tutela antecipada. Afirmou que os casos de contaminação nas escolas eram graves e comprovariam a gravidade do cenário vivido, todavia, não demonstravam de forma suficiente o nexo de causalidade entre as contaminações e a abertura das escolas indicadas. Destacou, ademais, que, com o recrudescimento da pandemia, o próprio estado de São Paulo determinou, em 11/03/2021, a suspensão das aulas durante a fase emergencial da pandemia, mantendo-se as escolas abertas tão somente para fornecimento de materiais e alimentação aos que necessitassem, com agendamento prévio, bem como antecipou os recessos de abril e outubro para o período de 15 a 28 de março, medida que poderia ser adotada pelas escolas municipais e privadas.

Desse modo, considerando que o estado não estava agindo de forma omissa no controle da pandemia, e ressaltando o argumento de que decisões judiciais isoladas

poderiam desorganizar as ações de combate ao vírus, assentou que o caso não se revestia de requisitos autorizadores de controle judicial à atuação estatal.

Por fim, ainda teceu considerações sobre os efeitos práticos da pretensão requerida pelos autores, aduzindo que o tempo perdido na alfabetização é dificilmente recuperável, a formar cenário de danos perenes à formação da pessoa. Além disso, o fechamento das escolas aumentaria o risco de abandono escolar. Citando reportagem do portal de notícias UOL, destacou manifestação sobre o tema de Florence Bauer, representante da Unicef no Brasil, que afirmou que, antes da pandemia, 1,3 milhão de crianças e adolescentes em idade escolar já estavam fora da escola no Brasil. Com a pandemia, os dados mostravam uma evasão de aproximadamente mais 4 milhões de meninos e meninas.

Além do risco educacional, consignou argumentos sobre a situação de vulnerabilidade de cerca de 199 mil alunos em situação de pobreza que dependiam da alimentação fornecida pelas unidades escolares para obtenção de parte considerável dos nutrientes diários mínimos necessários ao seu desenvolvimento.

Desse modo, a suspensão da liminar foi mantida e as aulas retornaram, com a ação civil pública correndo paralelamente ao avanço da vacinação no país, especialmente entre os professores, que foram incluídos entre os grupos prioritários de vacinação. Conforme manifestação da Secretaria de Educação do Estado, em setembro de 2021 cerca de 97% dos professores da rede estadual de ensino havia recebido pelo menos uma dose da vacina e 58% haviam tomado a segunda dose ou dose única.

A ação civil pública ainda não transitou em julgado, restando pendente de julgamento a apelação interposta pelo estado de São Paulo contra a sentença.

Até a data de finalização deste trabalho, o Brasil contava com 78,8% da população vacinada com pelo menos uma dose, 69,5% tiveram o ciclo vacinal completo (dose única ou 2ª dose) e 20% tomaram dose de reforço. Dados colhidos em 27 de janeiro de 2022 revelam que cerca de 625.169 pessoas morreram em decorrência da doença causada pelo novo coronavírus no Brasil⁷¹.

4.3. Discussão sobre o caso

O art. 20 de da LINDB prescreve que a decisão, no âmbito administrativo, controlador ou judicial, deve considerar suas consequências práticas sempre que se basear em valores abstratos. Além disso, deve-se demonstrar sua adequação (atende aos fins propostos) e necessidade (não há meios igualmente adequados que restrinjam menos direitos fundamentais).

De fato, a aplicação da norma, especialmente em juízo, esbarrará na dificuldade de os magistrados realizarem juízos preditivos, na medida em que não têm formação que lhes preparem para tais análises. Nesse sentido, Luiz Fernando

⁷¹ Dados extraídos do sítio eletrônico do jornal Folha de São Paulo. Disponível em: <https://www.folha.uol.com.br/>. Acesso em: 27 jan. 2022.

Schuartz aponta as dificuldades da adjudicação consequencialista, notadamente pelo “ambiente institucional caracterizado por enorme escassez de pessoal tecnicamente treinado, informações pertinentes e bancos de dados prontamente disponíveis”⁷².

Todavia, embora se recomende uma análise baseada em evidências, parece-nos que a norma do art. 20 quer, sobretudo, exigir do intérprete um raciocínio comprometido com as consequências práticas que suas decisões poderão ter, seja com base nas decisões passadas, seja com base na experiência do decisor. Quer-se desenvolver, inclusive judicialmente, raciocínio conectado com a realidade, ainda que desamparado de dados empíricos e científicos acerca dos possíveis efeitos da decisão.

No caso ora analisado, porém, não se poderia falar em ausência de informações pertinentes e bancos de dados disponíveis, uma vez que as partes (autores, Ministério Público e o estado de São Paulo) listaram diversas possíveis consequências advindas do julgamento da ação. Com efeito, do lado dos autores, destacou-se, por exemplo, a grandiosidade do sistema educacional no estado, que geraria aumento de fluxo de pessoas não apenas nas escolas, como também nos setores de transportes e alimentação. Destacou-se que as festas de fim de ano produziriam aumento exponencial de casos, não sendo recomendável a volta às aulas após tal período.

Do lado da Fazenda Pública, ressaltou-se que a medida preservaria profissionais em grupos de risco, que permaneceriam em teletrabalho, bem assim o fato de que o ambiente escolar seria seguro e de baixo índice de contaminação. Mencionou-se, de outro lado, que a manutenção da suspensão presencial de aulas produziria *déficit* educacional irrecuperável, evasão escolar e privaria alunos hipossuficientes de alimentação escolar.

Apesar disso, nos dois incidentes processuais analisados (ação civil pública e suspensão de liminar), o art. 20 da LINDB não foi citado em nenhuma manifestação das partes, tampouco nas decisões. Muito embora o caso tenha sido decidido com base em valores jurídicos abstratos, seja para anular o decreto (direito à saúde, bem-estar, integridade física, princípios da precaução e prevenção), seja para mantê-lo (separação dos poderes, razoabilidade, direito à educação), o termo “consequências práticas da decisão”, presente no dispositivo estudado, não foi expressamente mencionado em nenhuma das ações.

Deve-se considerar, entretanto, que os juízos realizados no julgamento da tutela antecipada e no pedido de suspensão de liminar foram de cognição sumária, caracterizados por análise de probabilidade do Direito (vide art. 300 do CPC⁷³).

⁷² SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 248, p. 130-158, maio 2008, p. 135. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/download/41531/40881/86603>. Acesso em: 27 ago. 2024.

⁷³ Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a *probabilidade do direito* e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo (grifo nosso). BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 17 mar. 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 17 jan. 2022.

Todavia, mesmo na sentença, fundada em juízo de cognição exauriente, não se percebeu menção expressa ao art. 20. Não obstante, isso por si só não significa que as decisões estudadas tenham desobedecido por completo aos comandos legais.

A decisão liminar e a sentença na ação civil pública efetivaram amplo debate acerca da política pública debatida, com considerações minuciosas acerca da razoabilidade da escolha do poder público. Todavia, especialmente na sentença, não foi encontrada a mesma quantidade de considerações consequencialistas que se viu nas decisões do pedido de suspensão, bem como nas petições das partes, especialmente sobre os efeitos da sustação do decreto que permitia a volta às aulas.

Merecem destaque, neste turno, as duas decisões tomadas no pedido de suspensão, tanto a do presidente do TJSP quanto a do Órgão Especial no julgamento do agravo. A fundamentação de ambas apontou para a necessidade de se manter hígido o decreto que determinou a abertura parcial das escolas, com robusta argumentação consequencialista. Indicou-se que o fechamento das unidades de ensino causaria evasão escolar de milhares de crianças e adolescentes, prejuízo à alfabetização, danos perenes à formação educacional dos alunos, bem como o fato de que as escolas serviriam, também, como local de referência à alimentação de estudantes em situação de pobreza.

Ademais, tais decisões confrontaram a medida acolhida com as possibilidades alternativas e consideraram que o decreto seria razoável ao permitir que profissionais em situação de risco permanecessem em teletrabalho, bem como pelo fato de que as informações trazidas aos autos davam conta de que não havia contaminação excessiva nas escolas.

As decisões no pedido de suspensão, portanto, parecem ter cumprido os requisitos impostos pelo legislador no art. 20, porquanto seguiram o itinerário decisório prescrito pela lei: prospectaram as consequências advindas de cada uma das alternativas; realizaram a escolha que, no entender dos julgadores, atendia ao princípio da proporcionalidade; explicitaram na motivação do ato esse processo decisório.

Tanto a decisão liminar do presidente do TJSP quanto o acórdão no pedido de suspensão de segurança, pois, prescrutaram os resultados práticos das duas medidas que estavam em jogo e consideraram que manter o decreto estadual impugnado preservaria os direitos fundamentais à educação, à autonomia familiar e à alimentação dos alunos em situação de vulnerabilidade, sem colocar em risco, desproporcionalmente, o direito à saúde da população atingida, uma vez que a medida questionada protegia os profissionais dos grupos de risco e teria demonstrado que as salas de aula, com os protocolos de segurança, eram locais seguros à volta dos estudantes e professores.

Esse processo decisório legitimou a escolha tomada naquele momento pelo TJSP, revelando que a opção pela preservação do princípio da separação dos poderes no caso não ocorreu de maneira dissociada dos fatos e das circunstâncias trazidas pelas partes. Desse modo, a racionalidade desejada no controle judicial das políticas

públicas, um dos objetivos do art. 20 da LINDB, foi atendida no caso em análise, dentre outras razões, pela observância dos requisitos exigidos pelo novel dispositivo da Lei de introdução: prospecção das consequências das medidas em disputa; escolha da que atende ao princípio da proporcionalidade; exposição dos motivos no ato decisório.

Assim, a pesquisa demonstrou que as decisões estudadas não citaram expressamente o art. 20, mas em alguma medida atenderam às suas prescrições. A participação efetiva das partes, elencando dados e informações sobre as consequências de cada uma das possíveis decisões, foi decisiva para que se verificasse o atendimento aos comandos do art. 20. De outro lado, não ficou claro se as alterações na LINDB, notadamente a inclusão do art. 20, influenciaram de algum modo o processo decisório dos julgadores.

5. CONCLUSÃO

A Lei nº 13.655/2018, que inseriu os arts. 20 a 30 na LINDB, prescreveu a obrigatoriedade de argumentação contextualizada e contemplativa dos efeitos práticos das decisões em sede administrativa, controladora e judicial⁷⁴. O objetivo foi aperfeiçoar o processo decisório em matéria de Direito Público, reduzir arbitrariedades e aumentar o ônus argumentativo nas decisões baseadas em valores jurídicos abstratos.

Muito embora o art. 20 da LINDB não se confunda com o pragmatismo jurídico, por se aplicar apenas aos chamados casos difíceis, representa um marco na teoria da decisão no Direito brasileiro, ao introduzir de forma expressa o consequencialismo como método de decisão.

A norma se aplica sempre que a decisão se basear em valores jurídicos abstratos, termo criticado pela doutrina por dizer menos do que deveria. A interpretação a ser feita é de que as decisões baseadas tanto em princípios quanto em cláusulas gerais demandarão a incidência do art. 20. Há divergência quanto à aplicabilidade em situações decididas com base em regras com conceitos jurídicos indeterminados, muito embora a maioria doutrinária se incline no sentido de que se aplicará em casos de conceitos jurídicos indeterminados dotados de alta abstração.

Sempre que aplicável, o julgador deverá individualizar cada decisão possível e as consequências dela decorrentes. Em seguida, ordenará os pares consoante algum critério de julgamento, que pode ser político, jurídico, social, econômico.

Não se infere do dispositivo, portanto, que os argumentos consequencialistas sejam mais importantes que os de substrato valorativo. Estes podem fundamentar

⁷⁴ BRASIL. Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 26 abr. 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113655.htm. Acesso em 17 jan. 2022.

decisões mesmo que não acarretem, no caso, as melhores consequências práticas. Valores como vida, saúde e dignidade da pessoa humana podem se sobrepor a escolhas que teriam consequências sociais ou econômicas melhores. Todavia, o art. 20 impõe que as consequências de ambas as medidas sejam consideradas pelo decisor e constem na motivação do ato, com análise da necessidade e adequação da escolha realizada.

Assim, a norma impõe requisito formal aos atos administrativos, controladores e judiciais, cuja desobediência pode ensejar-lhes a anulação por vício de forma, nos primeiros caso, e omissão quanto ao dever de fundamentação nas decisões judiciais.

Nesse contexto, o caso aqui estudado revelou as dificuldades práticas de efetivação do dispositivo. Nota-se que as partes foram fundamentais no auxílio dos juízes na fundamentação consequencialista. Os argumentos dessa natureza trazidos pelos autores e pelo réu foram expressamente mencionados pelos magistrados em suas decisões, legitimando as opções efetuadas pelos julgadores.

As decisões analisadas no pedido de suspensão de liminar parecem ter se adequado aos mandamentos impostos pela nova LINDB, pois seguiram o itinerário decisório prescrito pela lei: prospectaram as consequências da escolha de cada uma das alternativas; realizaram a escolha que, no entender dos julgadores, passou em juízo de proporcionalidade; e explicitaram esse processo decisório na motivação do ato. Foram consideradas as consequências tanto da decretação de nulidade do decreto impugnado quanto de sua manutenção, comparando-se os benefícios advindos de cada uma.

Todavia, nenhuma das partes citou expressamente o conteúdo do art. 20 nos dois incidentes processuais analisados, não tendo sido encontrada nenhuma referência ao termo “consequências práticas da decisão” nos autos do caso estudado.

Não se pode afirmar, portanto, que a análise consequencialista empreendida na ação tenha sido estimulada, de qualquer forma, pelos comandos do art. 20 da LINDB. Ao que parece, o aprofundamento das decisões se deve à natureza e à matéria discutida na própria lide, bem assim pelo detalhamento dos dados trazidas pelas partes. Nesse sentido, faz-se necessário aprimorar o debate acerca da efetiva aplicação em juízo das inovações trazidas pelo art. 20, das consequências de sua não observância e de como pode ser mais bem aplicado.

As decisões estudadas por esta pesquisa demonstram que a motivação que obedece ao art. 20, ainda que não expressamente, e considera as consequências práticas da decisão, com análise das medidas em jogo à luz do princípio da proporcionalidade, tendem a ser mais bem estruturadas e adequadas à situação que se apresente. É indispensável, portanto, que se busque a efetiva aplicação das normas insculpidas no novel art. 20 do Decreto-Lei nº 4.657/1942⁷⁵.

⁷⁵ BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 9 set. 1942. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm. Acesso em: 8 jul. 2021.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Francisco Sérgio Maia. O novo paradigma da decisão a partir do art. 20 da LINDB: análise do dispositivo segundo as teorias de Richard Posner e Neil MacCormick. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 278, n. 3, p. 113-144, set. 2019. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/80832>. Acesso em: 8 jul. 2021.

AMORIM, Vivian; PIZA, Caio; JUNIOR, Ildo José Lautharte. O efeito da pandemia de H1N1 sobre o aprendizado. O que esperar com a Covi-19? Disponível em <https://documents1.worldbank.org/curated/en/434351591643325142/pdf/The-Effect-of-the-H1N1-Pandemic-on-Learning-What-to-Expect-with-COVID-19.pdf>. Acesso em: 10 set. 2024.

ARRUDA, Thais Nunes de. **Como os juízes decidem casos difíceis**: a guinada pragmática de Richard Posner e a crítica de Ronald Dworkin. 2011. 287 f. Dissertação (Doutorado) – Curso de Direito, Universidade do Estado de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-01032012-085607/publico/Como_os_Juizes_decidem_os_casos_dificeis_Thais_Nunes_de_Arruda.pdf. Acesso em: 25 jan. 2022.

BARROS, Marco Antonio Loschiavo Leme de. **Tribunais, complexidade e decisão**: o argumento consequencialista no Direito Brasileiro. 2018. Tese (Doutorado) – Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

BINENBOJM, Gustavo. **Poder de Polícia, ordenação, regulação**: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do Direito Administrativo ordenador. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. *E-book*.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 jan. 2022.

BRASIL. Decreto nº 9.191, de 1º de novembro de 2017. Estabelece as normas e as diretrizes para elaboração, redação, alteração, consolidação e encaminhamento de propostas de atos normativos ao Presidente da República pelos Ministros de Estado. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 16, 3 nov. 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9191.htm. Acesso em: 27 ago. 2024.

BRASIL. Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019. Regulamenta o disposto nos art. 20 ao art. 30 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, que institui a Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 4, 11 jun. 2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/d9830.htm. Acesso em: 17 jan. 2022.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 9 set. 1942. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm. Acesso em: 8 jul. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941. Dispõe sobre desapropriações por utilidade pública. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 14427, 18 jun. 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3365.htm. Acesso em: 8 jul. 2021.

BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 18055, 20 set. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 8 jul. 2021.

BRASIL. Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992. Dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 8357, 01 jul. 1992. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1992/lei-8437-30-junho-1992-365177-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 11 set. 2024.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 17 mar. 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 17 jan. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do Direito Público. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 26 abr. 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13655.htm. Acesso em: 17 jan. 2022.

BRASIL. Proposta de Emenda à Constituição nº 19, de 04 de junho de 1998. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: Seção 1, Brasília, DF, p. 1, 05 jun. 1998. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1998/emendaconstitucional-19-4-junho-1998-372816-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 10 set. 2024.

BRASIL. Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 6241, 05 jul. 1965. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm. Acesso em: 10 set. 2024.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Painel Coronavírus**. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em 11 set. 2024.

BRASIL. Senado Federal. **Medida Provisória nº 966, de 13 de maio de 2020**. Dispõe sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da covid-19. Brasília, DF: Presidência da República, 2020a. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8110754&ts=1630442842003&disposition=inline>. Acesso em: 27 ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tutela Provisória nº 3.378. Relator: Min. Alexandre de Moraes. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 7 abr. 2020b. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342847444&text=.pdf>. Acesso em: 17 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.421**. Direito Administrativo. Ações Diretas de Inconstitucionalidade. Responsabilidade civil e administrativa de agentes públicos. Atos relacionados à pandemia de COVID-19. Medida Provisória nº 966/2020. Deferimento parcial da cautelar. Requerente: Rede Sustentabilidade. Relator: Min. Roberto Barroso, 21 de maio de 2020c. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754359227>. Acesso em: 17 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.422**. Direito Administrativo. Ações Diretas de Inconstitucionalidade. Responsabilidade civil e administrativa de agentes públicos. Atos relacionados à pandemia de COVID-19. Medida Provisória nº 966/2020. Deferimento parcial da cautelar. Requerente: Partido Popular Socialista. Relator: Min. Roberto Barroso, 21 de maio de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344951151&text=.pdf>. Acesso em: 10 set. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.424**. Direito Administrativo. Ações Diretas de Inconstitucionalidade. Responsabilidade civil e administrativa de agentes públicos. Atos relacionados à pandemia de COVID-19. Medida Provisória nº 966/2020. Deferimento parcial da cautelar. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade (P-SOL). Relator: Min. Roberto Barroso, 21 de maio de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344951302&text=.pdf>. Acesso em 10 set 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.425**. Direito Administrativo. Ações Diretas de Inconstitucionalidade. Responsabilidade civil e administrativa de agentes públicos. Atos relacionados à pandemia de COVID-19. Medida Provisória nº 966/2020. Deferimento parcial da cautelar. Requerente: Partido Comunista do Brasil. Relator: Min. Roberto Barroso, 21 de maio de 2020. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344964396&text=.pdf>. Acesso em: 11 set 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.427**. Direito Administrativo. Ações Diretas de Inconstitucionalidade. Responsabilidade civil e administrativa de agentes públicos. Atos relacionados à pandemia de COVID-19. Medida Provisória nº 966/2020. Deferimento parcial da cautelar. Requerente: Associação Brasileira de Imprensa. Relator: Min. Roberto Barroso, 21 de maio de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344964488&text=.pdf>. Acesso em 10 set 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.428. Direito Administrativo. Ações Diretas de Inconstitucionalidade.** Responsabilidade civil e administrativa de agentes públicos. Atos relacionados à pandemia de COVID-19. Medida Provisória nº 966/2020. Deferimento parcial da cautelar. Requerente: Partido Democrático Trabalhista. Relator: Min. Roberto Barroso, 21 de maio de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344961971&text=.pdf>. Acesso em 10 set 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.431. Direito Administrativo. Ações Diretas de Inconstitucionalidade.** Responsabilidade civil e administrativa de agentes públicos. Atos relacionados à pandemia de COVID-19. Medida Provisória nº 966/2020. Deferimento parcial da cautelar. Requerente: Partido Verde. Relator: Min. Roberto Barroso, 21 de maio de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344962356&text=.pdf>. Acesso em 10 set. 2024.

DIDIER, Fredie Souza; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da lei de introdução às normas do Direito brasileiro. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, v. 19, n. 75, p. 143-160, mar. 2019. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/1068>. Acesso em: 8 jul. 2021.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. Salvador: JusPodivum, 2020.

JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB. Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. **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. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77648>. Acesso em: 25 jan. 2022.

LEAL, Fernando. Inclinações pragmáticas no Direito Administrativo: nova agenda, novos problemas. O caso do PL 349/15. In: LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente Santos de (org.). **Transformações do Direito Administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias**. Rio de Janeiro: FGV, 2016. p. 25-31. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/18009>. Acesso em: 24 jan. 2022.

MANKIW, Nicholas Gregory. **Introdução à economia**. 3. ed. Tradução Allan Vidigal Hastings e Elisete Paes e Lima. São Paulo: Cengage Learning, 2013.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. A nova LINDB e o consequencialismo jurídico como mínimo essencial. **Consultor Jurídico**, Brasília, DF, 18 maio 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-18/opinioao-lindb-quadrantes-consequencialismo-juridico>. Acesso em: 13 jan. 2022.

MOTTA, Fabrício; NOHARA, Irene Patrícia. **LINDB no Direito Público**: Lei nº11.655/2018. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. *E-book*.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A releitura do Direito Administrativo à luz do pragmatismo jurídico. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 256, n. 1, p. 129-163, jan. 2011. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8496/7245>. Acesso em: 8 jul. 2021.

POSNER, Richard. **Direito, pragmatismo e democracia**. Tradução Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

SÃO PAULO (Estado). **Decreto nº 64.881, de 22 de março de 2020**. Decreta quarentena no Estado de São Paulo, no contexto da pandemia do COVID-19 (Novo Coronavírus). São Paulo: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, 2020a. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2020/decreto-64881-22.03.2020.html>. Acesso em: 17 jan. 2022.

SÃO PAULO (Estado). **Decreto nº 65.061, de 13 de julho de 2020**. Dispõe sobre a retomada das aulas e atividades presenciais, no contexto da pandemia de COVID-19, e dá providências correlatas. São Paulo: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, 2020. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2020/decreto-65061-13.07.2020.html#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20retomada%20das,19%2C%20e%20d%C3%A1%20provid%C3%AAs%20correlatas>. Acesso em: 10 set. 2024.

SÃO PAULO (Estado). **Decreto nº 65.384, de 17 de dezembro de 2020**. Dispõe sobre a retomada das aulas e atividades presenciais no contexto da pandemia de COVID-19, institui o Sistema de Informação e Monitoramento da Educação para COVID-19 e dá providências correlatas. São Paulo: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, 2020b. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/norma/196562>. Acesso em: 17 jan. 2022.

SÃO PAULO (Estado). **Plano São Paulo**. São Paulo: Governo do Estado, 2020c. Disponível em: https://www.saopaulo.sp.gov.br/wp-content/uploads/2020/05/PlanoSP_vf5.pdf. Acesso em: 17 jan. 2022.

SÃO PAULO (Estado). **Resolução Seduc-95, de 18 de dezembro de 2020**. Dispõe sobre o Projeto Recuperação Intensiva de janeiro de 2021 e detalha os critérios de aprovação e retenção no ano letivo de 2020 na rede estadual de ensino. São Paulo: Secretaria da Educação do Estado de São Paulo, 2020d. Disponível <http://siau.edunet.sp.gov.br/ItemLise/arquivos/RESOLU%C3%87%C3%83O%20SEDOC%20%2095%20-%2018-12-200.PDF>. Acesso em: 17 jan. 2022.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Ação Civil Pública nº 1065795-73.2020.8.26.0053**. Classe – Assunto Ação Civil Pública Cível - Ensino Fundamental e Médio. Requerente: Apeosp Sind dos Prof do Ensino Oficial do Est e outros. Requerido: Fazenda Pública do Estado de São Paulo. Juiz(a) de Direito: Dr(a). Simone Gomes Rodrigues Casoretti, 28 de janeiro de 2021a. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2021/1/04aafc8f8d3b49_escola.pdf. Acesso em 22 jan 2022.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Suspensão de liminar Processo nº 2013164-66.2021.8.26.0000**. Requerente: Estado de São Paulo. Requerido: Juízo de Direito da 9ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Paulo, 29 de janeiro de 2021b. Disponível em: https://www.saopaulo.sp.gov.br/wp-content/uploads/2021/01/doc_95785588-1.pdf. Acesso em 22 jan 2022.

SARMENTO, Daniel. Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/29044>. Acesso em: 27 ago. 2024.

SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 248, p. 130-158, maio 2008. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/download/41531/40881/86603>. Acesso em: 27 ago. 2024.

SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim. Uma lei para dar mais segurança jurídica ao Direito Público e ao controle. In: LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente Santos de (org.). **Transformações do Direito Administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias**. Rio de Janeiro: FGV, 2016, p. 21-25. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/18009>. Acesso em: 24 jan. 2022.

UOL. AGÊNCIA BRASIL. Mais de 5 milhões de crianças e adolescentes ficaram sem aulas em 2020. **UOL**, [s. l.], 2020. Disponível em: <https://educacao.uol.com.br/noticias/2021/04/29/mais-de-5-milhoes-de-criancas-e-adolescentes-ficaram-sem-aulas-2020.htm>. Acesso em 11 set. 2024.

