

**A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO E OS
PROBLEMAS DE *SECOND BEST******THE CONSTITUTIONALIZATION OF ADMINISTRATIVE LAW AND THE
PROBLEMS OF SECOND BEST***

| | |
|---------------------|------------|
| <i>Recebido em:</i> | 27/02/2025 |
| <i>Aprovado em:</i> | 13/05/2025 |

Egon Henrique de Oliveira Costa ¹**RESUMO**

Este artigo examina se o modelo decisório e interpretativo defendido pela constitucionalização do direito administrativo representa a segunda melhor estratégia para a realização de princípios constitucionais. Com base na teoria geral do *second best*, argumenta-se que a combinação da ponderação de princípios com uma abordagem interpretativa maximalista aciona diversos problemas de otimização, criando riscos de inviabilizar ou prejudicar a promoção dos valores abstratos. São analisadas as limitações políticas, econômicas e epistemológicas que influenciam as decisões de juízes e administradores, destacando como essas restrições comprometem a viabilidade do modelo, especialmente em problemas regulatórios. Conclui-se que o movimento de constitucionalização idealiza as condições práticas da tomada de decisão e carece de uma abordagem voltada à compreensão das limitações existentes em cenários reais.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Administrativo; Regulação; *Second Best*; Tomada de Decisão; Constitucionalização.

¹ Mestrando em Direito da Regulação da FGV Direito Rio (2024). Graduado em Direito pela FGV Direito Rio, com grau máximo de distinção acadêmica, e Formação Complementar em Economia pela FGV EPGE (2018-2022).

ABSTRACT

This paper examines whether the decision-making and interpretative model advocated by the constitutionalization of administrative law represents the second-best strategy for achieving constitutional principles. Based on the general theory of the second best, it argues that the combination of principles balancing with a maximalist interpretative approach triggers various optimization issues, creating risks of hindering or undermining the promotion of abstract values. The article analyzes the political, economic, and epistemological limitations that influence the decisions of judges and administrators, highlighting how these constraints compromise the model's viability, particularly in regulatory challenges. It concludes that the constitutionalization movement idealizes the practical conditions of decision-making and lacks an approach focused on understanding the existing limitations in real-world scenarios.

KEYWORDS: Administrative Law; Regulation; Second Best; Decision-Making; Constitutionalization.

INTRODUÇÃO

A constitucionalização do direito administrativo é um fenômeno marcante no Brasil, que se pauta na premissa da supremacia formal e material da Constituição em relação a todo o ordenamento jurídico. Esse processo busca orientar a atuação administrativa e o controle jurisdicional preponderantemente com base em princípios, com o intuito de maximizar a concretização dos estados de coisas vinculados a essas normas. Apesar da pretensão ambiciosa desse movimento, é necessário avaliar se as estratégias decisórias defendidas por essa vertente são factíveis e suficientes para cumprir com seus objetivos. Em cenários reais, juízes e administradores enfrentam custos elevados na tomada de decisão, principalmente no caso de políticas regulatórias. Por esse motivo, o desenvolvimento de métodos de tomada de decisão é um trabalho que deve reconhecer que eles não podem funcionar como a estratégia perfeita para atingir

integralmente um estado de coisas ideal, mas estão limitados a serem, no máximo, a segunda melhor estratégia para realizarem o segundo melhor estado de coisas.

Diante desse cenário, este artigo se propõe a responder a seguinte questão: especialmente em contextos regulatórios, os métodos de tomada de decisão defendidos pelo movimento de constitucionalização do direito administrativo são, de fato, a segunda melhor estratégia para promover princípios constitucionais? A hipótese é não, pois esses métodos acionam diversos problemas de *second best* que inviabilizam ou prejudicam a persecução dos estados de coisas atrelados a essas normas. A importância do estudo se justifica pela contribuição à incorporação de restrições reais em abordagens de interpretação e decisão jurídicas, bem como pela tentativa de reunir os problemas de *second best* que podem ser relevantes para a tomada de decisão de juízes e administradores.

Preliminarmente, destaca-se que o artigo faz referências às expressões “estado *first best*”, “estratégia *first best*”, “estado *second best*” e “estratégia *second best*”. Embora elas se tornem mais claras no início da Seção 1, é importante defini-las de antemão para evitar confusões. O estado *first best* (ou estado ideal) se refere ao estado de coisas mais desejável dentro de um sistema. Por exemplo, ele pode corresponder à maximização da eficiência econômica no mercado de ações, à maximização do equilíbrio entre os valores de liberdade e igualdade na sociedade, ou à maximização da “verdade dos fatos” no contexto de um processo jurídico. A estratégia *first best* (ou estratégia ideal) corresponde às condições necessárias e suficientes para promover o estado *first best*. No caso do equilíbrio entre liberdade e igualdade, essas condições podem se referir à existência de voto universal e à manutenção de eleições transparentes e periódicas. O estado de *second best* corresponde ao segundo melhor estado de coisas, que passa a ser desejável no momento em que o estado *first best* não pode ser alcançado devido à existência de alguma restrição. Em outras palavras, o estado de *second best* busca maximizar até os limites da restrição. Por fim, a estratégia *second best* (segunda melhor estratégia) é alternativa que promove o estado *second best*.

O estudo se divide em três seções. Na primeira, são abordadas a teoria geral do *second best* e a quatro aplicações relevantes para o estudo, sendo que uma delas se foca em contextos regulatórios. Na segunda seção, busca-se caracterizar o fenômeno da constitucionalização do direito administrativo, com o objetivo de identificar qual o método de decisão para a maioria dos casos e a abordagem interpretativa adotada pelo movimento. Destaca-se que a caracterização toma como base o artigo “A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: Um Inventário de Avanços e Retrocessos”, de Gustavo Binenbojm. Embora existam variações do movimento, parte-se da premissa de que as ideias abordadas nessa obra são centrais da constitucionalização do direito administrativo. Por fim, a terceira seção sistematiza algumas restrições que ensejam problemas de *second best* relacionados aos métodos defendidos pelo movimento, o que inviabiliza a sua classificação como a “segunda melhor estratégia” para promover princípios constitucionais.

2. TEORIA GERAL DO SECOND BEST E SUAS APLICAÇÕES

2.1 A TEORIA GERAL

A ideia da teoria geral do *second best* pode ser apresentada a partir de um exemplo hipotético. Suponha que exista um sistema composto pelos elementos A, B, C e X e por cinco regras. A primeira é que cada um dos elementos pode receber um valor de 0 a 10. A segunda regra afirma que o estado mais desejável desse sistema é aquele em que o valor de X é maximizado, ou seja, é equiparado a 10. A terceira regra diz que o segundo estado mais desejável é aquele no qual X assume o valor 9. A quarta regra determina que o valor de X somente pode ser influenciado a partir da manipulação dos valores de A, B e C. Por fim, a quinta regra estabelece a seguinte relação: o valor de X será maximizado se os valores de cada um dos demais parâmetros também forem maximizados. Partindo dessas informações, pode-se chamar o estado em que X é maximizado de “estado *first best*” ou “estado ideal”. O segundo estado mais desejável é denominado “estado *second best*”, que configura um dos vários “estados não-ideais” desse sistema. Por sua vez, maximizar

os valores de A, B e C é a “estratégia *first best*” ou “estratégia ideal”, que deverá ser utilizada caso não existam limitações a ela.

Agora, considere que a variável C apresenta uma restrição, de modo que seu valor está fixado em 8, sendo possível manipular somente os parâmetros A e B. Essa limitação impossibilita atingir o estado *first best*, o que leva à necessidade de identificar um caminho para atingir o estado *second best*. Mas, qual seria essa estratégia? Intuitivamente, maximizar A e B aparenta ser a “estratégia *second best*”, pois ela é a que mais se aproxima das características da estratégia ideal. O problema é que a intuição pode falhar. A teoria geral do *second best* afirma que a segunda melhor estratégia não é necessariamente a alternativa que mais se assemelha à estratégia ideal. É possível que maximizar A e B contribua pouco para a promoção de X, produza efeitos contrários a esse objetivo ou, inclusive, não afete o seu valor. Nesse caso, a estratégia *second best* deve atribuir valores para A e B divergentes dos valores da estratégia *first best* (por exemplo, A = 5 e B = 3). Esse cenário significa que a estratégia de maximizar A e B deve ser descartada? Não, pois ela ainda pode ser superior às demais alternativas. O cerne da questão é que existe a possibilidade de a alternativa *second best* divergir completamente das características da estratégia ideal². Neste artigo, a existência dessa possibilidade é denominada “problema de *second best*”.

Existem dois pontos relevantes relacionados aos problemas de *second best*: uma implicação e uma ressalva. A implicação consiste no cuidado com aproximações. A opção *second best* pode ter características muito distintas da alternativa ideal. A existência de diferenças sutis pode ser suficiente para descartar uma alternativa como *second best*. No âmbito do desenho institucional, Coram divide os erros envolvendo aproximações entre a falácia da continuidade (*fallacy of continuity*) e a falácia da elasticidade (*fallacy of stretchability*)³. A primeira consiste na concepção de que uma mesma instituição irá

² LIPSEY, R. G.; LANCASTER, Kelvin. The General Theory of Second Best. *The Review of Economic Studies*, v. 24, n. 1, p. 11, 1956-1957. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/2296233>. Acesso em: 31 dez. 2024.

³ CORAM, Bruce Talbot. Second Best Theories and the Implications for Institutional Design. In: GOODIN, Robert E (org.). *The Theory of Institutional Design*. New York: Cambridge University Press, 1996, p. 94.

produzir resultados semelhantes em cenários nos quais as condições são semelhantes⁴. Trata-se de uma falácia relacionada a aproximações entre condições existentes em diferentes cenários. A segunda corresponde ao raciocínio de que instituições semelhantes irão gerar efeitos semelhantes, de modo que pequenas modificações nas normas não irão gerar efeitos muito destoantes do *status quo*⁵. O erro das duas falácias reside na possibilidade de haver um problema de *second best*, o que cria o risco de que “transplantar” ou modificar determinados institutos gerem efeitos contrários à persecução do objetivo almejado⁶.

A ressalva consiste na especificidade da teoria do *second best*. A sua generalidade diz respeito à aplicação em questões de diferentes campos de estudo, como problemas econômicos e de desenho institucional⁷. Contudo, as condições de aplicação da teoria permanecem específicas. As considerações de *second best* não são aplicáveis a toda situação em que houver uma restrição. Wiens enfatiza a importância de avaliar qual a natureza da restrição existente em uma determinada situação, pois esse fator irá determinar se o alerta de cautela do *second best* é pertinente ou se há viabilidade em se aproximar da estratégia *first best*⁸. Embora Lipsey constate que a formulação inicial da teoria não se preocupou o suficiente sobre os tipos e origens das “fontes de divergência”, i.e., das restrições que impedem a adoção da estratégia *first best*, o autor afirma que determinados fatores não podem ser considerados fontes, como limitações de recursos e

⁴ CORAM, Bruce Talbot. Second Best Theories and the Implications for Institutional Design. In: GOODIN, Robert E (org.). **The Theory of Institutional Design**. New York: Cambridge University Press, 1996, p. 94.

⁵ CORAM, Bruce Talbot. Second Best Theories and the Implications for Institutional Design. In: GOODIN, Robert E (org.). **The Theory of Institutional Design**. New York: Cambridge University Press, 1996, p. 94-95.

⁶ CORAM, Bruce Talbot. Second Best Theories and the Implications for Institutional Design. In: GOODIN, Robert E (org.). **The Theory of Institutional Design**. New York: Cambridge University Press, 1996, p. 101.

⁷ Lipsey e Lancaster constataram que a teoria geral do *second best* está relacionado a todos os problemas de maximização, não apenas aqueles ligados ao bem-estar (LIPSEY, R. G.; LANCASTER, Kelvin. The General Theory of Second Best. **The Review of Economic Studies**, v. 24, n. 1, p. 12, 1956-1957. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/2296233>. Acesso em: 31 dez. 2024).

⁸ WIENS, David. The General Theory of Second Best is More General than You Think. **Philosophers Imprint**, v. 20, n. 5, p. 21, fev. 2020.

orçamentárias⁹. Portanto, a teoria do *second best* não se trata de um alerta sobre efeitos inesperados para qualquer problema de maximização – caso contrário, haveria o risco de banalização da teoria, já que sua principal implicação poderia ser equiparada a uma recomendação genérica de cautela aplicável a qualquer tomada de decisão. Ainda assim, as situações nas quais os problemas de *second best* existem não aparentam ser de número ínfimo, pois algumas das restrições que ensejam esses problemas estão bastante difundidas na tomada de decisão real, como assimetria de informação e intervenções estatais nos mercados¹⁰.

1.2 APLICAÇÕES

Antes da formulação da teoria geral, os problemas de *second best* foram identificados em estudos de diferentes campos da ciência econômica relacionados a funções de maximização de bem-estar¹¹. Resumidamente, mercados possuem um “ótimo de Pareto”, ponto no qual o bem-estar ou a eficiência econômica são maximizados e que somente é alcançado mediante um conjunto específico de condições. De acordo com o pensamento econômico tradicional, embora fosse inviável implementar exatamente esse conjunto de condições em mercados reais, o modelo econômico fornecia a resposta: para aumentar o bem-estar, é necessário que o mercado se aproxime das condições ideais. Exemplificando, se uma das condições do ótimo de Pareto do comércio internacional está ligada à manutenção do livre mercado entre países, então qualquer política governamental que retirasse restrições comerciais em um país irá aumentar o bem-estar desse país. O que alguns estudos comprovaram foi que medidas incrementais (*piecemeal policy*) orientadas pelo modelo *first best* poderiam, na verdade, levar a uma piora do bem-

⁹ LIPSEY, R. Reflections on the general theory of second best at its golden jubilee. **International Tax and Public Finance**, v. 14, p. 352-353, 2007. Disponível em: <https://doi.org/10.1007/s10797-007-9036-x>. Acesso em: 31 dez. 2024.

¹⁰ LIPSEY, R. Reflections on the general theory of second best at its golden jubilee. **International Tax and Public Finance**, v. 14, p. 355, 2007. Disponível em: <https://doi.org/10.1007/s10797-007-9036-x>. Acesso em: 31 dez. 2024.

¹¹ LIPSEY, R. G.; LANCASTER, Kelvin. The General Theory of Second Best. **The Review of Economic Studies**, v. 24, n. 1, p. 13, 1956-1957. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/2296233>. Acesso em: 31 dez. 2024.

estar econômico. Assim, a melhoria não necessariamente apresentaria as mesmas características que a estratégia *first best*, mas poderia caminhar na direção contrária (aumento do protecionismo) ou envolver uma combinação de fatores (elevação e redução de restrições em determinados setores).

Esses resultados contraintuitivos foram formalizados por Lipsey e Lancaster no teorema do *second best*, que compõe o núcleo do que os autores denominaram teoria geral do *second best*. A relevância dessa teoria é que ela foi desenvolvida para ser aplicada a quaisquer problemas de maximização, não apenas de eficiência econômica¹². Isso permitiu que problemas de *second best* ou algumas de suas considerações fossem analisadas em diferentes áreas, como análise econômica do direito, filosofia da educação, lógica deontica, teoria política e desenho institucional¹³. Para os fins deste artigo, é necessário explorar quatro áreas nas quais os problemas de *second best* podem estar presentes: (i) prática política, especificamente em contextos regulatórios; (ii) modelos de tomada de decisão; (iii) métodos de interpretação; e (iv) epistemologia.

A “prática política” corresponde à implementação de políticas com o intuito de promover determinados ideais na sociedade, como a eficiência econômica e valores constitucionalmente relevantes (liberdade, igualdade, dignidade da pessoa humana)¹⁴. Trata-se da aplicação mais direta da teoria do *second best* e que abarca uma variedade de situações. Dentre elas, estão inseridas as questões de política regulatória, que potencialmente envolvem problemas de otimização de ideais sob restrições¹⁵. Morriss afirma que, devido às dificuldades, os custos e a necessidade de conhecimento específico para identificar problemas de *second best* em mercados, os entes reguladores devem agir

¹² LIPSEY, R. G.; LANCASTER, Kelvin. The General Theory of Second Best. **The Review of Economic Studies**, v. 24, n. 1, p. 12, 1956-1957. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/2296233>. Acesso em: 31 dez. 2024.

¹³ RÄIKKÄ, Juha. The Problem of the Second Best: Conceptual Issues. **Utilitas**, v. 12, n. 2, p. 206, 2000. Disponível em: http://journals.cambridge.org/abstract_S0953820800002788. Acesso em: 31 dez. 2024.

¹⁴ A expressão “prática política” utilizada nesse contexto tem o objetivo de se referir ao que Wiens descreve como a aplicação da teoria do *second best* a questões sobre como implementar, efetivamente, princípios abstratos (WIENS, David. The General Theory of Second Best is More General than You Think. **Philosophers Imprint**, v. 20, n. 5, p. 4, fev. 2020).

¹⁵ MORRISS, Andrew P. Implications of Second-Best Theory for Administrative and Regulatory Law: A Case Study of Public Utility Regulation. **Chicago-Kent Law Review**, v. 73, n. 1, Symposium on Second-Best Theory and Law & Economics, p. 135, 1997.

com cautela na tentativa de corrigir “ineficiências”¹⁶. Tome-se, como exemplo, a atuação da Comissão de Valores Mobiliários (CVM). O art. 4º da Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, atribui à CVM um rol de objetivos que devem nortear o emprego de suas atribuições, como promover o funcionamento eficiente do mercado de capitais¹⁷. A realização dessa finalidade demanda que a autarquia recorra à implementação de instrumentos regulatórios, cuja elaboração pode ser baseada no modelo de eficiência de Pareto, que irá fornecer o estado *first best* e a estratégia *first best*. Entretanto, a depender das restrições existentes no cenário real, a autarquia pode ver necessidade de adotar uma estratégia *second best* que divirja das características da estratégia *first best*. Caso o problema não seja identificado e, assim, se escolha um instrumento regulatório similar à estratégia *first best*, há o risco de que essa escolha resulte em uma perda de eficiência no mercado.

No âmbito de modelos de decisão, a teoria do *second best* também encontra aplicações, embora não sejam tão evidentes quanto em problemas regulatórios. As ideias da teoria estão presentes na distinção traçada por Sunstein e Ullmann-Margalit entre decisões de primeira e segunda ordens. Segundo os autores, o objetivo de uma tomada de decisão realizada por indivíduos e instituição é minimizar decisões “equivocadas”, independentemente de qual critério se utilize para definir esse significado¹⁸. Se decisões de primeira ordem – aquelas que envolvem um esforço de deliberação do decisor – não envolvessem restrições, seria possível garantir a decisão correta em cada caso concreto. Entretanto, Sunstein e Ullmann-Margalit sugerem que essa abordagem desconsidera, dentre outros fatores, dois tipos de custos: a possibilidade de que a decisão de primeira ordem seja equivocada e as dificuldades relacionadas ao processo decisório, como

¹⁶ MORRISS, Andrew P. Implications of Second-Best Theory for Administrative and Regulatory Law: A Case Study of Public Utility Regulation. **Chicago-Kent Law Review**, v. 73, n. 1, Symposium on Second-Best Theory and Law & Economics, p. 137-138, 1997.

¹⁷ “Art. 4º O Conselho Monetário Nacional e a Comissão de Valores Mobiliários exercerão as atribuições previstas na lei para o fim de: (...) II - promover a expansão e o funcionamento eficiente e regular do mercado de ações, e estimular as aplicações permanentes em ações do capital social de companhias abertas sob controle de capitais privados nacionais; III - assegurar o funcionamento eficiente e regular dos mercados da bolsa e de balcão” (BRASIL. Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976. “Dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários”. Brasília, DF: **Diário Oficial da União**, 1976).

¹⁸ SUNSTEIN, Cass; ULLMANN-MARGALIT, Edna. Second-Order Decisions. **Behavioral Law & Economics**, n. 57, p. 13-14, 2000.

limitações na absorção de informações e o dispêndio de tempo e de recursos financeiros¹⁹. Por essa razão, os autores entendem que as “decisões de segunda ordem” passam a receber importância no contexto institucional. Elas consistem em decisões que buscam utilizar métodos para evitar decisões de primeira ordem ou reduzir os seus custos²⁰, como a aplicação de regras – que determinam o resultado no caso concreto – e a utilização de *standards* para orientar a decisão em um caso²¹. O objetivo desses métodos não é eliminar a possibilidade de erros no sistema, mas permitir a existência de alguns para viabilizar a redução sistemática dos custos.

Embora Sunstein e Ullmann-Margalit não utilizem, expressamente, a linguagem da teoria geral de *second best*, pode-se notar que o seu estudo envolve, justamente, a identificação de um problema de *second best* em modelos decisórios. Em um cenário sem as restrições mencionadas, a estratégia *first best* é adotar uma abordagem decisória de primeira ordem em todas as situações, pois isso permitirá alcançar o estado *first best* de maximizar as decisões corretas. Contudo, as limitações existem no cenário real, fazendo-se necessário recorrer a uma estratégia *second best* bastante diferente da abordagem centrada em decisões de primeira ordem. Aplicar métodos capazes de reduzir ou transferir o ônus da tomada de decisão passam ser necessários para buscar a minimização global dos erros de decisão, um estado *second best*.

A terceira aplicação da teoria se dá em relação aos métodos de interpretação. De acordo com Vermeule, a escolha de uma abordagem de interpretação jurídica visa a maximização de algum objetivo para um conjunto de casos, como a intenção do legislador ou o sentido original de um dispositivo legal²². A princípio, a abordagem que aparenta cumprir essa finalidade é a maximalista, na qual o decisor avaliará todas as possibilidades

¹⁹ SUNSTEIN, Cass; ULLMANN-MARGALIT, Edna. Second-Order Decisions. **Behavioral Law & Economics**, n. 57, p. 13-14, 2000.

²⁰ SUNSTEIN, Cass; ULLMANN-MARGALIT, Edna. Second-Order Decisions. **Behavioral Law & Economics**, n. 57, p. 3, 2000.

²¹ SUNSTEIN, Cass; ULLMANN-MARGALIT, Edna. Second-Order Decisions. **Behavioral Law & Economics**, n. 57, p. 8-9, 2000.

²² VERMEULE, Adrian. Three Strategies of Interpretation. **San Diego Law Review**, v. 42, p. 607, 2005. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/sanlr42&i=619>. Acesso em: 31 dez. 2024.

de interpretação de serem atribuídas a um texto legal, até que se encontre a que mais for adequada ao seu objetivo²³. Por exemplo, o juiz que procura assegurar a intenção do legislador buscará reunir a maior quantidade possível de informações e de fontes jurídicas que possam auxiliá-lo nessa tarefa²⁴, como a justificativa do projeto de lei, transcrições dos debates nas comissões parlamentares e opiniões públicas dos deputados e senadores. A dificuldade enfrentada por essa abordagem é que ela ignora os custos de oportunidade, na medida que o intérprete passa a dispor de menos tempo para julgar outros casos, e a possibilidade de gerar decisões erradas, em decorrência das limitações cognitivas para processar informações²⁵. Assim, apesar de a abordagem maximalista pode ser entendida como uma estratégia *first best*, o método a ser utilizado em um cenário real deve conter características diferentes em relação a ela.

A estratégia *second best* sugerida por Vermeule consiste em uma abordagem de maximização de segunda ordem, que visa a realização do objetivo considerando o agregado de casos²⁶. Isso poderia ocorrer mediante estratégias otimizadoras ou satissuficientes. Para as primeiras, o intérprete desenvolve uma “regra de parada” que leve em conta o custo e o benefício de se procurar por mais uma possibilidade de interpretação²⁷. O exemplo utilizado pelo autor é a regra do significado claro (*plain meaning rule*), que diz que o decisor somente procurará por alternativas de interpretação se ele não conseguir extrair o sentido diretamente do dispositivo legal²⁸. No caso das estratégias satissuficientes, o intérprete deixar de procurar por novas possibilidades de interpretação no momento em que ele encontra a primeira solução que o intérprete julgar

²³ VERMEULE, Adrian. Three Strategies of Interpretation. **San Diego Law Review**, v. 42, p. 611, 2005. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/sanlr42&i=619>. Acesso em: 31 dez. 2024.

²⁴ VERMEULE, Adrian. Three Strategies of Interpretation. **San Diego Law Review**, v. 42, p. 613, 2005. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/sanlr42&i=619>. Acesso em: 31 dez. 2024.

²⁵ VERMEULE, Adrian. Three Strategies of Interpretation. **San Diego Law Review**, v. 42, p. 614, 2005. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/sanlr42&i=619>. Acesso em: 31 dez. 2024.

²⁶ VERMEULE, Adrian. Three Strategies of Interpretation. **San Diego Law Review**, v. 42, p. 610-611, 2005. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/sanlr42&i=619>. Acesso em: 31 dez. 2024.

²⁷ VERMEULE, Adrian. Three Strategies of Interpretation. **San Diego Law Review**, v. 42, p. 611, 2005. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/sanlr42&i=619>. Acesso em: 31 dez. 2024.

²⁸ VERMEULE, Adrian. Three Strategies of Interpretation. **San Diego Law Review**, v. 42, p. 614-615, 2005. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/sanlr42&i=619>. Acesso em: 31 dez. 2024.

satisfatória para o caso²⁹. De qualquer forma, o ponto central é que essas abordagens podem servir como estratégias *second best* para promover o valor almejado pelo intérprete.

Por fim, os problemas de *second best* também estão presentes na epistemologia. O estado *first best* corresponde à construção completa de um conjunto de evidências sobre uma determinada questão³⁰. Como esse cenário não é viável na realidade, a estratégia mais apropriada para alcançar esse objetivo aparenta ser a obtenção da maior quantidade possível de informação, de modo a aumentar a completude do conjunto. O problema é que, mesmo com a sua ampliação, o conjunto de evidências permanece incompleto, o que pode levar à produção de um conhecimento equivocado sobre a questão analisada³¹. De acordo com Lawson, a razão para isso é que o caminho de formação do conhecimento nem sempre é linear e ascendente³². Até que se adicione a última evidência ao conjunto, é possível que o caminho seja descendente e se afaste gradualmente da compreensão completa. Portanto, a depender do “formato” desse caminho e da localização na qual o decisor se encontra, a estratégia de *second best* pode ser encerrar a procura por informação.

3. CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO: MODELO DE DECISÃO E ABORDAGEM INTERPRETATIVA

A constitucionalização do direito administrativo pode ser entendida como um fenômeno de releitura de institutos e práticas do direito administrativo a partir das normas constitucionais, resultando em uma transformação do processo de tomada de decisão realizado por juízes e administradores públicos. Essa releitura é consequência de

²⁹ VERMEULE, Adrian. Three Strategies of Interpretation. *San Diego Law Review*, v. 42, p. 610, 2005. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/sanlr42&i=619>. Acesso em: 31 dez. 2024.

³⁰ LAWSON, G. The Epistemology of Second Best. Boston University School of Law Public Law & Legal Theory Paper, v. 21.03, p. 7-8, fev. 2021. <https://doi.org/10.2139/ssrn.3779401>. Acesso em: 31 dez. 2024.

³¹ LAWSON, G. The Epistemology of Second Best. Boston University School of Law Public Law & Legal Theory Paper, v. 21.03, p. 7-8, fev. 2021. <https://doi.org/10.2139/ssrn.3779401>. Acesso em: 31 dez. 2024.

³² LAWSON, G. The Epistemology of Second Best. Boston University School of Law Public Law & Legal Theory Paper, v. 21.03, p. 8, fev. 2021. <https://doi.org/10.2139/ssrn.3779401>. Acesso em: 31 dez. 2024.



algumas ideias compartilhadas do movimento neoconstitucionalista. Parte-se da premissa de que a Constituição Federal de 1988, com sua promulgação, passou a ocupar o centro do ordenamento jurídico brasileiro. Essa centralidade não consiste somente em uma “supremacia formal”, no sentido de que as normas constitucionais são hierarquicamente superiores às leis e a atos produzidos pelo Poder Executivo, mas também em “supremacia material”³³. Segundo Barroso, essa inovação tem como consequência a “irradiação” da força normativa da Constituição para todos os ramos do direito infraconstitucional³⁴. Assim, a mensagem que se transmite a todo o sistema é a de que as normas jurídicas devem realizar os valores constitucionais, e os operadores do direito têm a função de interpretá-las para assegurar esse objetivo³⁵.

Um segundo pressuposto neoconstitucionalista é o de que a Constituição apresenta um caráter principiológico, em virtude de prever mais princípios do que regras ou, pelo menos, por ter estabelecido uma preferência pelas primeiras normas³⁶. Embora o sentido do termo “princípios” varie conforme a corrente adotada³⁷, o seu significado é geralmente associado à ideia de “mandamentos de otimização”, comandos que exigem a realização de um estado de coisas na maior medida possível, a depender das condições jurídicas e factuais³⁸. Eles se contrapõem à estrutura de regras, normas que não podem

³³ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, v. 240, p. 21, 2005. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/43618>. Acesso em: 31 dez. 2024.

³⁴ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, v. 240, p. 22, 2005. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/43618>. Acesso em: 31 dez. 2024.

³⁵ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, v. 240, p. 21-22, 2005. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/43618>. Acesso em: 31 dez. 2024.

³⁶ ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: Entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, p. 2, jan./fev./mar. 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com>. Acesso em: 31 dez. 2024.

³⁷ Alexy afirma que existem diversos critérios para traçar a distinção entre regras e princípios, muitos dos quais não são claros. Entretanto, na sua formulação do conceito de “mandamentos de otimização”, considera-se que há uma diferença qualitativa entre essas normas (ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 86-90).

³⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90. Na literatura brasileira, o emprego da expressão “mandamentos de otimização” aparece em BINENBOJM, Gustavo. A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: Um Inventário de Avanços e Retrocessos. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público,

ser concretizadas em medidas diferentes, mas somente admitem a aplicação ou a não aplicação, ou seja, a lógica de “tudo ou nada”³⁹. Logo, se a Constituição está no ápice do sistema jurídico e tem uma preferência por princípios, o trabalho de interpretar o direito infraconstitucional para alinhá-lo às normas constitucionais requer, necessariamente, a consideração desses princípios.

Essas premissas são importantes para compreender duas transformações inseridas na constitucionalização do direito administrativo em relação à tomada de decisão de juízes e administradores. A primeira é a escolha da ponderação de princípios como o principal modelo decisório, substituindo ou diminuindo a relevância do raciocínio baseado em subsunções mediante a aplicação de regras. A segunda é a prevalência de uma abordagem de interpretação maximalista, no sentido de que a tomada de decisão individual é orientada para abarcar a maior variedade possível de princípios, interesses e outros elementos eventualmente pertinentes. É necessário esclarecer cada uma dessas mudanças.

Em virtude da diferença de estrutura entre regras e princípios, os métodos de decisão baseados nessas normas também se distinguem. Regras são aplicadas mediante o raciocínio de subsunção, por vezes chamado de “mecanicista”⁴⁰. Se há uma resolução administrativa que diga que “a empresa que exercer a atividade X sem a condição Y deverá ser multada”, cabe ao administrador, no caso concreto, verificar se foi desempenhada uma atividade que se enquadra na definição de “X” e se existia condição “Y” para seu exercício. Por sua vez, princípios são realizados através da ponderação. Exemplificando, suponha que uma empresa questione a licitude da resolução acima no judiciário, por entender que

n. 13, p. 10, mar./abr./maio 2008. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: 31 dez. 2024.

³⁹ BINENBOJM, Gustavo. A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: Um Inventário de Avanços e Retrocessos. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 13, p. 10, mar./abr./maio 2008. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: 31 dez. 2024.

⁴⁰ BINENBOJM, Gustavo. A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: Um Inventário de Avanços e Retrocessos. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 13, p. 13, mar./abr./maio 2008. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: 31 dez. 2024.

há violação ao princípio da livre iniciativa. Em contraposição, o ente administrativo argumenta que a ausência da condição aumentaria o grau de nocividade da atividade, colocando em risco o direito à saúde. O juiz deverá avaliar qual desses valores tem mais peso na situação concreta e o quanto a observância da condição Y afeta na realização deles. A partir disso, seria formulada uma regra para o caso concreto (como “a empresa é obrigada a observar a condição Y” ou “é proibido impor a condição Y à empresa”), que, por sua vez, seria aplicada mediante subsunção. Ressalte-se que, independentemente da decisão resultante da ponderação (manutenção ou exclusão da condição Y), nenhum dos princípios deixaria de ser realizado no caso concreto, pois a ponderação efetua a “otimização” deles.

Na constitucionalização do direito administrativo, a defesa da predominância da ponderação como método de decisão é notada na reformulação dos institutos de “supremacia do interesse público sobre o particular”, “legalidade” e “discricionariedade”. Segundo Binenbojm, esses três elementos são substituídos, respectivamente, pelo “dever de proporcionalidade”, “princípio da juridicidade administrativa” e “vinculação à juridicidade administrativa”. Na primeira reformulação, entende-se que a “estrutura pluralista e maleável dos princípios” impede que seja adotado um posicionamento em que os interesses coletivos sempre prevaleçam sobre os individuais, diferentemente do que poderia ser alcançado com a ponderação⁴¹. A troca da “legalidade” por “juridicidade” ocorre em decorrência do fato de que a Administração Pública pode agir diretamente com fundamento em princípios constitucionais, sem necessidade da lei⁴². Já a vinculação à juridicidade corresponde à noção de que não há liberdade decisória ao administrador, de forma que os atos praticados no âmbito dos “espaços de liberdade” deixados pela lei

⁴¹ BINENBOJM, Gustavo. A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: Um Inventário de Avanços e Retrocessos. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 13, p. 10, mar./abr./maio 2008. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: 31 dez. 2024.

⁴² BINENBOJM, Gustavo. A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: Um Inventário de Avanços e Retrocessos. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 13, p. 15, mar./abr./maio 2008. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: 31 dez. 2024.

devem ser sempre fundamentos na Constituição⁴³. De modo geral, essas três mudanças são congregadas na seguinte passagem dita pelo autor⁴⁴:

[...] sempre que a própria Constituição ou a lei (desde que incidindo constitucionalmente) não houver esgotado os juízos possíveis de ponderação entre interesses públicos e privados, caberá à Administração lançar mão da ponderação de todos os interesses e atores envolvidos na questão, buscando a sua máxima realização.

No âmbito da tomada de decisão administrativa, o ponto que esclarece a preferência por um modelo de ponderação em detrimento de subsunção é a reformulação da legalidade. Isso, porque atuar diretamente com base na Constituição não significa apenas uma permissão para que o administrador aja nos casos em que não houver lei aplicável. Sob a juridicidade, o administrador somente é obrigado a observar a lei cuja incidência no caso concreto for constitucional – e realizar essa avaliação depende do seu próprio juízo de ponderação. A consequência disso é que as leis deixam de ser vinculantes em qualquer situação. Na hipótese em que for inconstitucional, a lei perde sua força normativa, porque o administrador está vinculado a princípios que determinam um estado de coisas contrário ao conteúdo da lei. E, no caso em que for constitucional, a lei também deixa de ser vinculante, já que a atuação do administrador está, na verdade, fundamentada nas razões subjacentes informadas pelos princípios constitucionais.⁴⁵

Em relação à tomada de decisão judicial, a prevalência da ponderação está situada na tensão existente na possibilidade de controle jurisdicional de atos administrativos. A

⁴³ BINENBOJM, Gustavo. A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: Um Inventário de Avanços e Retrocessos. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 13, p. 16, mar./abr./maio 2008. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: 31 dez. 2024.

⁴⁴ BINENBOJM, Gustavo. A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: Um Inventário de Avanços e Retrocessos. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 13, p. 10-11, mar./abr./maio 2008. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: 31 dez. 2024.

⁴⁵ BINENBOJM, Gustavo. A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: Um Inventário de Avanços e Retrocessos. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 13, p. 15, mar./abr./maio 2008. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: 31 dez. 2024.

concepção clássica de discricionariedade consiste em um espaço no qual as decisões do administrador estão imunes de serem revistas pelo Poder Judiciário, com exceção de casos de desvio de finalidade ou de descumprimento de requisitos formais⁴⁶. Devido à vinculação direta do administrador à Constituição, os princípios passam a ser parâmetros judiciais para o exercício de um amplo controle de mérito dos atos da Administração Pública. Assim, o Judiciário recebe a função de invalidar as ponderações “desproporcionais ou irrazoáveis” realizadas pelo administrador⁴⁷ – e, considerando que as implicações sobre a perda da força vinculante do direito infraconstitucional também são aplicáveis à atividade decisória de magistrados, é esperado que o modo de avaliar a razoabilidade de uma ponderação é uma outra ponderação, agora realizada pelo próprio Judiciário.

No tocante à segunda transformação, deve-se destacar que uma abordagem maximalista não consiste em um aspecto inerente à ponderação. Nesse modelo decisório, o objetivo a ser maximizado corresponde aos princípios constitucionais, e é comum o uso de expressões que remetam à realização dessas normas “na maior medida possível”⁴⁸. Entretanto, o fato de haver uma intenção “maximizadora” não implica, necessariamente, uma abordagem “maximalista”. Conforme já afirmado, métodos de interpretação visam maximizar algum objetivo, e isso pode ser entendido de duas formas: (i) como a procura pela melhor solução para todos os casos ou (ii) como a busca por soluções ótimas ou suficientes para a maioria das situações. A diferença entre as duas maneiras reside no que

⁴⁶ BINENBOJM, Gustavo. A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: Um Inventário de Avanços e Retrocessos. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 13, p. 8, mar./abr./maio 2008. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: 31 dez. 2024.

⁴⁷ BINENBOJM, Gustavo. A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: Um Inventário de Avanços e Retrocessos. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 13, p. 18, mar./abr./maio 2008. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: 31 dez. 2024.

⁴⁸ BINENBOJM, Gustavo. A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: Um Inventário de Avanços e Retrocessos. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 13, p. 36, mar./abr./maio 2008. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: 31 dez. 2024.

se considera como “possível de maximizar”, que é um universo relativamente menor na segunda abordagem.

Um juiz ou administrador que adota a ponderação para a maioria dos casos pode utilizar uma “regra de parada” para restringir a quantidade de elementos a serem incorporados em sua análise. É possível imaginar regras que limitam a ponderação aos princípios colidentes mais relevantes no caso, critérios que estabeleçam restrições à busca por informações e fontes jurídicas e parâmetros de aferição do nível de satisfatoriedade de uma solução adotada no caso. Por exemplo, suponha que uma agência reguladora realize uma consulta pública sobre a edição de um ato normativo, cujo conteúdo dependerá de uma ponderação de valores por parte da agência. Nesse caso, uma regra de parada pode ser “considere somente os princípios, as informações e as propostas de ato normativo apresentados nas manifestações dos participantes”, o que reduz o trabalho da agência de procurar por novos princípios e alternativas a serem incorporados na sua ponderação.

Entretanto, o fenômeno da constitucionalização do direito administrativo não aparenta se preocupar com o desenvolvimento de regras de parada para sua ponderação. Existem dois indicativos para esse posicionamento. O primeiro é a referência à diversidade qualitativa de elementos que devem ser incorporados na ponderação. A ponderação deve abarcar não apenas princípios, mas também interesses⁴⁹, bens⁵⁰ e direitos fundamentais⁵¹. Em certa medida, é difícil compreender se “interesses, bens e direitos fundamentais” são expressões utilizadas como sinônimo de “princípios jurídicos”,

⁴⁹ BINENBOJM, Gustavo. A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: Um Inventário de Avanços e Retrocessos. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 13, p. 36, mar./abr./maio 2008. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: 31 dez. 2024.

⁵⁰ BINENBOJM, Gustavo. A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: Um Inventário de Avanços e Retrocessos. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 13, p. 25, mar./abr./maio 2008. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: 31 dez. 2024.

⁵¹ BINENBOJM, Gustavo. A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: Um Inventário de Avanços e Retrocessos. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 13, p. 30, mar./abr./maio 2008. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: 31 dez. 2024.

única categoria de norma jurídica passível de realização em diferentes graus, ou como referência a elementos fáticos que suportam a análise. Há, também, a possibilidade de que essas menções e a própria expressão “princípios” englobem normas com estrutura lógica de regras, o que, inclusive, seria expansão indevida desse método de decisão (por exemplo, Binjenbojm admite a possibilidade de se ponderar o “princípio da legalidade”⁵², embora seja questionável que o comando “observe a lei” consista em um mandamento de otimização).

De qualquer modo, pode-se notar que existe uma variedade de fatores a serem levados dentro do modelo de ponderação defendido pelo movimento de constitucionalização. Essa diversidade qualitativa é complementada pelo segundo indicativo, que consiste na diversidade numérica. Todos os princípios (e outros elementos) envolvidos na questão devem ser incorporados na ponderação⁵³. Percebe-se que o critério de “envolvimento” tem um alcance mais amplo do que parâmetros que delimitem a avaliação somente aos princípios mais relevantes, pois o decisor passa a ter o dever de considerar qualquer princípio que tenha uma mínima pertinência com a controvérsia. Logo, o método considerado para promover os princípios constitucionais constitui, de fato, uma interpretação maximalista.

4. UM GATILHO DE PROBLEMAS DE SEONCD BEST

A constitucionalização do direito administrativo recorre à ponderação como principal método de resolução de casos, o que implica a adoção de um modelo baseado em decisões “caso a caso”. Em paralelo, no caso concreto, o procedimento interpretativo é bastante ambicioso, pois a ponderação deve abarcar todos os princípios, valores, bens e

⁵² BINENBOJM, Gustavo. A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: Um Inventário de Avanços e Retrocessos. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 13, p. 39, mar./abr./maio 2008. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: 31 dez. 2024.

⁵³ BINENBOJM, Gustavo. A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: Um Inventário de Avanços e Retrocessos. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 13, p. 10, mar./abr./maio 2008. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: 31 dez. 2024.

interesses envolvidos em uma determinada questão. A justificativa para a escolha do método de decisão e da abordagem interpretativa residem na concepção de que essas estratégias são as mais apropriadas para realizar os valores constitucionais, com o mínimo de sacrifício possível. Pode-se afirmar, então, que os adeptos do movimento defendem que a combinação dessas técnicas resulta em uma estratégia *first best* de maximização dos valores constitucionais.

Existem dois problemas relacionados a esse posicionamento. O primeiro é que ele potencialmente ignora a existência de diversas restrições que impedem a implementação da estratégia *first best* e, conseqüentemente, o alcance do elevado grau de realização dos objetivos constitucionais. Trata-se de uma questão que antecede a aplicação da teoria geral, porque a identificação de problemas de *second best* pressupõe o reconhecimento de que a estratégia e o estado de *first best* são impossíveis de serem perseguidos no cenário real. Por exemplo, em relação ao posicionamento clássico da economia, não se questiona que a estratégia *first best* associada ao ótimo de Pareto é inviável de ser aplicada na prática, porque dificilmente todas as condições dessa estratégia estarão presentes no mundo real. Entendia-se, na verdade, que era necessário recorrer a uma estratégia *second best*, porém cujas características deveriam ser as mais próximas das condições da estratégia *first best*. Aparentemente, a constitucionalização do direito administrativo diverge justamente nesse aspecto. O modelo baseado na ponderação não é considerado pelos adeptos do movimento como uma estratégia *second best* que busca se aproximar da *first best*; ele é visto como a própria estratégia *first best*. Portanto, ocorre uma idealização da prática jurídica, no sentido de haver uma percepção de que as condições para tomar as melhores decisões não se encontram sujeitas a limitações na realidade.

Deve-se destacar que esse posicionamento não se confunde com as teorias normativas de Dworkin e Alexy. Leal e Arguelhes afirmam que esses autores reconhecem e incorporam em suas teorias as restrições impostas aos juízes e ao contexto institucional

nos quais estão inseridos⁵⁴. A metáfora de Dworkin sobre o juiz Hércules, por exemplo, descreve uma figura com qualidades sobre-humanas e capaz de tomar a melhor decisão para cada caso. A estratégia *first best* é agir igual Hércules. Entretanto, no mundo em que juízes não são semideuses, esse caminho é inviável, o que leva à necessidade de recorrer à estratégia *second best*. Para Dworkin, essa alternativa consiste em se aproximar de Hércules, no tocante às condições que não estão limitadas⁵⁵. Essas restrições, contudo, não aparentam ser levadas em conta na estruturação do modelo de decisão e interpretação dos autores que defendem a constitucionalização do direito administrativo. Em que pese a inspiração nas teorias dos autores, a crítica sobre a ausência de reconhecimento das restrições existentes na prática jurídica se restringe ao movimento.

Portanto, embora o modelo de ponderação idealizado seja visto pelo movimento de constitucionalização como uma estratégia *first best*, ele implicitamente parte da premissa de que determinadas variáveis (como a capacidade cognitiva dos tomadores de decisão, recursos para obter informações etc.) não encontram restrições na prática jurídica. Como essa premissa está equivocada, o emprego da abordagem decisória e interpretativa não é, de fato, a estratégia *first best*, mas apenas uma estratégia que tenta se aproximar de algumas das condições ideais. Assim, deve-se questionar: considerando as restrições existentes, o modelo de ponderação necessariamente corresponde à segunda melhor alternativa para promover valores constitucionais? Responder a esse questionamento requer uma avaliação de quais são as restrições existentes, para que se possa compreender se elas correspondem a fatores que criam problemas de *second best*. É nesse contexto que a segunda crítica deve ser realizada: o ambiente no qual o movimento de constitucionalização defende aplicar o modelo de ponderação apresenta diversas limitações indicadas pela literatura como causas de problemas de *second best*.

⁵⁴ ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Dois problemas de operacionalização do argumento de “capacidades institucionais”. *Revista Estudos Institucionais*, v. 2, n. 1, p. 27-28, 2016. Disponível em: <https://repositorio.fgv.br/items/f77230fb-316e-4571-901e-d9a2100a6223>. Acesso em: 31 dez. 2024.

⁵⁵ ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Dois problemas de operacionalização do argumento de “capacidades institucionais”. *Revista Estudos Institucionais*, v. 2, n. 1, p. 27-28, 2016. Disponível em: <https://repositorio.fgv.br/items/f77230fb-316e-4571-901e-d9a2100a6223>. Acesso em: 31 dez. 2024.

Esses problemas, por sua vez, sugerem que a combinação de um modelo pautado na ponderação com uma abordagem de interpretação maximalista não representa a segunda melhor estratégia para promover princípios constitucionais. Para fins de sistematização do argumento, propõe-se que as limitações relacionadas aos problemas de *second best* envolvidos sejam classificadas entre restrições de ordem política, econômica e epistemológica.

As primeiras correspondem aos fatores que afetam a eficácia do raciocínio consequencialista na ponderação de princípios no âmbito de mercados regulados, notadamente aquelas identificadas no escopo de estudos econômicos, como assimetria de informações, externalidades e intervenções governamentais. A preocupação nesse ponto se deve ao fato de princípios envolverem uma estrutura teleológica, de modo que, se o tomador de decisão justifica a implementação de um instrumento com base em princípios, essa justificativa deve considerar se as possíveis consequências da medida contribuem, de fato, à promoção do estado de coisas atrelado a esses valores⁵⁶. Por sua vez, a identificação de quais são essas consequências pode ser fundamentada com base em algum cenário de condições idealizadas (a exemplo de modelos econômicos) que informe a estratégia *first best*. É nesse aspecto que deve haver cautela no raciocínio. Se as restrições existentes consistirem em fontes de problemas de *second best*, conhecer a estratégia *first best* não auxiliará na verificação de qual é a estratégia *second best* de realização dos princípios ponderados, existindo, inclusive, o risco de que a medida adotada seja contrária à sua finalidade. Pode-se contra-argumentar que a solução seria incorporar considerações de *second best* à ponderação de princípios. Entretanto, essa modificação, no máximo, serviria como um aviso para que o decisor avalie outras estratégias com cuidado. O ajuste não fornece o caminho que deve ser seguido, ele apenas aumenta a complexidade do uso do modelo de ponderação.

⁵⁶ 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 (orgs). **Transformações do direito administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias**. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2016, p. 27-28. Disponível em: <https://repositorio.fgv.br/items/8702dacf-8de5-4772-9047-5861d0275a4c>. Acesso em: 31 dez. 2024.

É importante destacar que essa dificuldade é mais elevada, independentemente de o tomador de decisão ser um juiz ou um administrador, embora isso tenda a ocorrer em aspectos diferentes. Na posição do juiz, o uso recorrente da ponderação o expõe à necessidade de identificar problemas de *second best* para um número maior casos. Ainda que sejam propostos *standards* voltados à concentração do controle jurisdicional em casos que envolvam menor tecnicidade e maior restrição de direitos fundamentais⁵⁷, esses problemas podem estar associados à promoção desses valores. Na posição do administrador, lidar com problemas de *second best* na elaboração e aplicação de normas regulatórias consiste em um típico desafio nos casos em que ele detém discricionariedade. A dificuldade se torna maior pelo fato de a constitucionalização do direito administrativo exigir que a ponderação de princípios também seja realizada quando houver lei em vigor. Nessas situações, a escolha da estratégia *second best* deve se dar entre a medida prevista em lei e o universo de possíveis alternativas viáveis de utilização. Adicionalmente, a existência de uma abordagem de interpretação maximalista implica a necessidade de consideração de todos os “interesses em jogo”. Isso aumenta a complexidade da tomada de decisão para ambas as posições de juiz e administrador, já que é possível haver um problema de *second best* relacionado a cada valor abstrato considerado.

A classe de restrições econômicas recebe esse nome apenas para se referir à escassez do tempo e dos recursos necessários para tomar uma decisão. O dispêndio de recursos em um caso individual corresponde a um custo de oportunidade para analisar os demais casos. Logo, se a definição dos métodos de decisão e dos procedimentos de interpretação não se preocupar em “administrar” essa escassez no longo prazo, pode haver uma elevação da quantidade e magnitude de erros de decisão. Esse é um outro problema de *second best* ignorado pelo modelo de ponderação defendido pelo movimento de constitucionalização. Como a sua abordagem está centrada na tomada de decisões de

⁵⁷ BINENBOJM, Gustavo. A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: Um Inventário de Avanços e Retrocessos. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 13, p. 41, mar./abr./maio 2008. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: 31 dez. 2024.

primeira ordem e de interpretação maximalista, os custos da decisão não são distribuídos com base em uma perspectiva global. Assim, ao decidir um determinado caso (por exemplo, o primeiro da ordem cronológica de julgamento), os demais casos são apreciados sob condições mais restritivas para a promoção dos valores ponderados.

Destaca-se que os custos atrelados ao processo decisório não se limitam à obtenção de informações que contribuam para a escolha da interpretação jurídica do caso, como a operacionalização dos princípios. A ponderação implica, também, a necessidade de informações sobre as possíveis medidas destinadas à promoção dos valores abstratos e as possíveis consequências atreladas a essas medidas. Além disso, se o caso analisado envolver restrições de ordem política, os custos informacionais serão maiores, pois a identificação da estratégia *first best* será insuficiente para embasar a decisão. Assim, o problema de *second best* relacionado ao raciocínio teleológico de um caso específico aumenta as restrições de ordem econômica, as quais potencializam o problema de *second best* ligado à minimização de decisões erradas no agregado.

Um possível contra-argumento consiste em afirmar que os custos de decisão não são tão elevados, porque, eventualmente, as decisões de juízes e administradores podem ser orientadas a partir de *standards* de decisão, conforme sugere Binjenbojm⁵⁸. No entanto, a aplicação de *standards* não é suficiente para evitar problemas de *second best*, por duas razões. Primeiro, apesar de serem estratégias de segunda ordem, *standards* envolvem o emprego de conceitos indeterminados ou de valores abstratos, o que requer que o decisor exerça um raciocínio para dar concretude a eles em situações específicas⁵⁹, seja para operacionalizar os seus conceitos, seja para avaliar as possíveis consequências das medidas envolvidas. O nível de redução de custos promovido por *standards* é consideravelmente menor em comparação ao que poderia ser obtido com a aplicação de

⁵⁸ BINENBOJM, Gustavo. A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: Um Inventário de Avanços e Retrocessos. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 13, p. 10-11, mar./abr./maio 2008. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: 31 dez. 2024.

⁵⁹ SUNSTEIN, Cass; ULLMANN-MARGALIT, Edna. Second-Order Decisions. **Behavioral Law & Economics**, n. 57, p. 8-9, 2000.

outras estratégias de segunda ordem, como regras⁶⁰. Segundo, o desenvolvimento dos *standards* ocorrerá a longo prazo, condicionado ao emprego da ponderação a uma gama de casos⁶¹. Essa proposta aparenta ser contraditória, pois, como o modelo decisório é extremamente particularista, é questionável a sua aptidão para construir parâmetros que tenham alguma força para constranger o decisor a limitar os elementos relevantes na análise de determinados casos.

Por fim, as restrições de ordem epistemológica são os obstáculos relacionados à construção do conhecimento sobre um determinado tema. Devido à variedade de elementos exigidos pela abordagem maximalista, a informação é um elemento relevante para identificar e avaliar as estratégias capazes de realizarem determinados princípios constitucionais. A sua importância tende a ser maior nas situações em que surjam restrições de ordem política, pois o conhecimento de um modelo *first best* não será suficiente para informar a estratégia apropriada. Contudo, obter mais informação não necessariamente levará a um aprimoramento do juízo de ponderação. Por um lado, isso se deve a limitações cognitivas que influenciam o processamento de informações e prejudicam a compreensão correta das evidências. Por outro, mesmo que essas restrições não existissem, a decisão para o caso é influenciada pelo “formato” do caminho de construção do conhecimento e a posição do decisor.

A questão do “formato” envolve um problema de *second best* capaz de potencializar, especificamente, problemas de *second best* relacionados à realização de princípios. Suponha que um administrador deve escolher uma estratégia para realizar o princípio X, sendo que, no seu ponto de partida, ele somente suspeita que há um problema de *second best* relacionado a essa questão. Se o caminho for linear e ascendente, obter mais informações é relevante para se chegar a uma compreensão sobre a maneira mais

⁶⁰ SUNSTEIN, Cass; ULLMANN-MARGALIT, Edna. Second-Order Decisions. **Behavioral Law & Economics**, n. 57, p. 5-6, 2000.

⁶¹ BINENBOJM, Gustavo. A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: Um Inventário de Avanços e Retrocessos. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 13, p. 10-11, mar./abr./maio 2008. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: 31 dez. 2024.

eficaz de promover o valor em questão. Porém, se, ao longo do caminho, o administrador apenas obtém informações que corroboram a falsa percepção de que não há um problema de *second best*, aumenta-se o risco de que a sua decisão fique em desconformidade com o seu objetivo. Portanto, mesmo que o decisor tenha o intuito de avaliar a existência de problemas de *second best* na ponderação, é possível que isso seja inviável em determinadas ocasiões.

Com isso, pode-se notar que a constitucionalização do direito administrativo, conforme a formulação de Binenbojm, defende a aplicação de um modelo decisório e de uma abordagem interpretativa que aciona diversos problemas de *second best*. A conclusão é a inviabilidade de recorrer a essas ferramentas para buscar um estado *second best* de realização dos “mandamentos de otimização”.

CONCLUSÃO

Este artigo examinou a constitucionalização do direito administrativo sob a perspectiva dos problemas de *second best*, evidenciando as implicações e limitações do modelo de ponderação proposto. No primeiro capítulo, foi realizada uma análise da teoria geral do *second best* e de suas possíveis aplicações, destacando a complexidade de identificar estratégias subótimas que possam efetivamente promover ideais sob restrições práticas. O objetivo foi demonstrar que a aproximação com a estratégia ideal nem sempre é viável ou mesmo desejável, especialmente em cenários regulatórios.

No segundo capítulo, discutiu-se a constitucionalização do direito administrativo como um fenômeno que prioriza a ponderação de princípios e uma abordagem interpretativa maximalista. Em seguida, no terceiro capítulo, identificou-se que, embora essa proposta ambicione maximizar os valores constitucionais, ela não reconhece adequadamente as restrições econômicas, políticas e epistemológicas inerentes à prática jurídica. Argumentou-se que essas restrições potencializam os problemas de *second best*, tornando a estratégia baseada na ponderação e na interpretação maximalista inadequada como a “segunda melhor” para promover valores constitucionais.

Logo, o modelo de decisão defendido pela constitucionalização do direito administrativo necessita de uma revisão para incorporar de forma mais explícita as restrições e os problemas de *second best* identificados na prática jurídica. A promoção de valores constitucionais exige uma abordagem que não seja pautada na aproximação de estratégias reais da estratégia ideal. As limitações existentes devem ser incorporadas na elaboração de estratégias aplicáveis à tomada de decisão jurídica, com o objetivo de que se desenvolvam abordagens voltadas a uma maximização de segunda ordem de valores considerados relevantes.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Dois problemas de operacionalização do argumento de “capacidades institucionais”. **Revista Estudos Institucionais**, v. 2, n. 1, p. 1-50, 2016. Disponível em: <https://repositorio.fgv.br/items/f77230fb-316e-4571-901e-d9a2100a6223>. Acesso em: 31 dez. 2024.

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: Entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, p. 1-19, jan./fev./mar. 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com>. Acesso em: 31 dez. 2024.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, v. 240, p. 1-42, 2005. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/43618>. Acesso em: 31 dez. 2024.

BINENBOJM, Gustavo. A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: Um Inventário de Avanços e Retrocessos. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 13, p. 1-44, mar./abr./maio 2008. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: 31 dez. 2024.

BRASIL. Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976. “Dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários”. Brasília, DF: **Diário Oficial da União**, 1976.

CORAM, Bruce Talbot. Second Best Theories and the Implications for Institutional Design. In: GOODIN, Robert E (org.). **The Theory of Institutional Design**. New York: Cambridge University Press, 1996, p. 90-102.

LAWSON, G. The Epistemology of Second Best. Boston University School of Law Public Law & Legal Theory Paper, v. 21.03, p. 1-32, fev. 2021. <https://doi.org/10.2139/ssrn.3779401>. Acesso em: 31 dez. 2024.

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 (orgs.). **Transformações do direito administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias**. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2016, p. 25-30. Disponível em: <https://repositorio.fgv.br/items/8702dacf-8de5-4772-9047-5861d0275a4c>. Acesso em: 31 dez. 2024.

LIPSEY, R. G.; LANCASTER, Kelvin. The General Theory of Second Best. **The Review of Economic Studies**, v. 24, n. 1, p. 11-32, 1956-1957. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/2296233>. Acesso em: 31 dez. 2024.

LIPSEY, R. Reflections on the general theory of second best at its golden jubilee. **International Tax and Public Finance**, v. 14, p. 349-364, 2007. Disponível em: <https://doi.org/10.1007/s10797-007-9036-x>. Acesso em: 31 dez. 2024.

MORRISS, Andrew P. Implications of Second-Best Theory for Administrative and Regulatory Law: A Case Study of Public Utility Regulation. **Chicago-Kent Law Review**, v. 73, n. 1, Symposium on Second-Best Theory and Law & Economics, p. 135-188, 1997.

RÄIKKÄ, Juha. The Problem of the Second Best: Conceptual Issues. **Utilitas**, v. 12, n. 2, p. 204-218, 2000. Disponível em: http://journals.cambridge.org/abstract_S0953820800002788. Acesso em: 31 dez. 2024.

SUNSTEIN, Cass; ULLMANN-MARGALIT, Edna. Second-Order Decisions. **Behavioral Law & Economics**, n. 57, p. 1-43, 2000.

VERMEULE, Adrian. Three Strategies of Interpretation. **San Diego Law Review**, v. 42, p. 607-628, 2005. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/sanlr42&i=619>. Acesso em: 31 dez. 2024.

WIENS, David. The General Theory of Second Best is More General than You Think. **Philosophers Imprint**, v. 20, n. 5, p. 1-26, fev. 2020