I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

TRANSFORMAÇÕES NA ORDEM SOCIAL E ECONÔMICA E REGULAÇÃO

MARCUS FIRMINO SANTIAGO

FELIPE CHIARELLO DE SOUZA PINTO

Copyright © 2020 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

T772

Transformações na ordem social e econômica e regulação [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Felipe Chiarello de Souza Pinto
Marcus Firmino Santiago – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-075-6
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

TRANSFORMAÇÕES NA ORDEM SOCIAL E ECONÔMICA E REGULAÇÃO

Apresentação

O ano de 2020 será para sempre lembrado. Uma nova realidade surgiu e, para o bem ou para o mal, mudou diversos aspectos da vida individual e coletiva. Dentre os mais variados espaços atingidos pela epidemia do Covid-19 estão a pesquisa e os encontros de pesquisadores. Um novo modelo de evento precisou ser pensado e implantado, criando desafios para organizadores e participantes que, ao final, restaram superados. O I Encontro Virtual do Conpedi é fruto de uma realidade na qual a distância aproxima, integra e abre oportunidade para a democratização do conhecimento. A partir de diferentes cantos do país, uma quantidade expressiva de pessoas se integraram durante vários dias, dividindo experiências e saberes, aprendendo juntos a lidar com desafios novos e antigos, criando laços e estreitando relações nesta que é a maior comunidade de pesquisadores jurídicos do país.

A reunião do Grupo de Trabalho Transformações na Ordem Social e Econômica e Regulação foi realizada no dia 30 de junho e representou mais uma peça nesta construção coletiva. Mais uma vez funcionou como um espaço para reflexão sobre questões centrais ao desenvolvimento econômico do país e à materialização de direitos sociais. Reunindo pesquisadores do Acre, Pará, São Paulo, Minas Gerais, Rio de Janeiro e Paraná, contemplou, como de hábito, diversas escolas de pensamento oriundas de diferentes regiões brasileiras. Uma pluralidade que é, ao mesmo tempo, unidade, pois em todas as pesquisas se nota a preocupação com os fins sociais do Direito, com os impactos das decisões econômicas sobre as pessoas.

Os artigos apresentados contemplaram quatro grandes eixos de discussão que, no todo, permitiram um debate abrangente sobre diferentes e relevantes temas relacionados ao Direito e Economia.

1. Na linha dos debates sobre impactos das escolhas tributárias sobre o acesso a serviços, foram discutidas: (a) a natureza da remuneração dos concessionários que prestam serviços essenciais; (b) os benefícios tributários concedidos discricionariamente por Estados membros; e (c) a natureza do mercado secundário, em especial o destinado a comércio de bens raros, e os modelos tributários incidentes.

2. Questões estruturais sistêmicas e problemas decorrentes da baixa eficiência do poder sancionatório das autoridades reguladoras foram analisadas sob diferentes perspectivas, a saber: (a) o debate sobre a dogmática jurídica regulatória, confrontando o pensamento consequencialista (presente na Análise de Impacto Regulatório, p. ex.) com a dogmática jurídica tradicional, fortemente conectada ao passado (o que já foi legislado e decidido); (b) o papel do CADE como garantidor de uma atuação socialmente responsável das empresas; (c) discussão quanto às possibilidades de realização de acordos de leniência no âmbito das agências regulatórias; (d) ampliação da força jurídica das decisões tomadas pelas instâncias regulatórias, tema que foi enfrentado sob duas perspectivas complementares - fortalecimento das instâncias administrativas decisórias e reconhecimento da natureza de título executivo judicial a tais decisões.

3. O problema da tensão entre interesses públicos e privados, que emerge na análise dos pesos relativos atribuídos aos valores da transparência e da proteção ao sigilo sigilo emergiram em dois estudos: (a) sobre a necessidade de transparência na concessão de empréstimos por bancos públicos e acompanhamento da execução dos projetos financiados vs. sigilo bancário e empresarial; (b) a regulação do open banking e as questões relacionadas ao conflito entre transparência e compartilhamento de dados vs. sigilo e proteção de dados.

4. Por fim, surgiram diversas questões regulatórias ligadas a áreas específicas, como (a) a fiscalização sanitária de produtos de origem animal; (b) os problemas do setor minerário e as dificuldades para atualização dos marcos normativos; (c) a necessidade de compartilhamento de infra estrutura ferroviária e as dificuldades para ampliar a capacidade de transporte de carga; (d) as particularidades e desafios para o compartilhamento de rede no setor de telecomunicações; (e) as dificuldades para compatibilizar interesses de múltiplos fornecedores em ação no mercado de saneamento.

Os artigos que compõem esta coletânea representam grandes temas de Direito e Economia e permitem aos leitores ter acesso a reflexões densas sobre problemas extremamente atuais e relevantes. Aproveitem a leitura!

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago - Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - Universidade Presbiteriana Mackenzie

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Transformações na Ordem Social e Econômica e Regulação apresentados no I Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals

(https://www.indexlaw.org/), conforme previsto no item 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista Brasileira de Filosofia do Direito. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

CONSEQUENCIALISMO E DOGMÁTICA JURÍDICA REGULATÓRIA

CONSEQUENTIALISM AND REGULATORY LEGAL DOGMATICS

Alexander Leonard Martins Kellner [1]

Resumo

O objetivo do presente artigo é investigar como a dogmática jurídica pode contribuir para a incorporação de raciocínios consequencialistas típicos da seara regulatória na fundamentação de juízes em decisões judiciais. Em outras palavras, o artigo objetiva demonstrar que a dogmática jurídica não é necessariamente incompatível com consequencialismo judicial. Para tanto, em alguns momentos o trabalho se refere a uma "dogmática jurídica regulatória" que nada mais representa do que um estado ideal de evolução da dogmática jurídica que já tenha incorporado de modo seguro raciocínios consequencialistas".

Palavras-chave: Regulação, Dogmática, Princípios, Consequencialismo, Economia

Abstract/Resumen/Résumé

The objective of this article is to investigate how legal dogmatics can contribute to the incorporation of consequentialist reasoning typical of the regulatory field in the reasoning of judges in judicial decisions. In other words, the article aims to demonstrate that legal dogmatics is not necessarily incompatible with judicial consequentialism. Therefore, in some moments the work refers to a "regulatory legal dogmatics" that represents nothing more than an ideal state of evolution of legal dogmatics that has already safely incorporated consequentialist reasoning ".

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Regulation, Dogmatic, Principles, Consequentialism, Economy

[1] Mestre e Doutorando em Direito Regulatório pela Fundação Getúlio Vargas - DIREITO/RJ

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente artigo é investigar como a dogmática jurídica pode contribuir para a incorporação de raciocínios consequencialistas típicos da seara regulatória na fundamentação de juízes em decisões judiciais. Em outras palavras, o artigo objetiva demonstrar que a dogmática jurídica não é necessariamente incompatível com consequencialismo judicial. Para tanto, em alguns momentos o trabalho se refere a uma "dogmática jurídica regulatória" que nada mais representa do que um estado ideal de evolução da dogmática jurídica que já tenha incorporado de modo seguro raciocínios consequencialistas". Por ser um estado ideal, o mesmo não será atingindo quando da conclusão do presente trabalho. Trata-se apenas de um referencial em face do qual o trabalho almeja apresentar alguns possíveis caminhos.

Importante destacar que para fins heurísticos, o artigo utilizará o termo regulação como sinônimo de uma orientação consequencialista voltada para conformar comportamentos por meio de incentivos. Apesar de não existir um conceito unanime a respeito do termo regulação, o artigo assume uma preocupação com a incorporação de metodologias oriundas da regulação econômica quando de revisões judiciais de medidas regulatórias. Ainda, apesar de existir a possibilidade de distinção entre raciocínios teleológicos e raciocínios consequencialistas, ambos serão tratados como sinônimos. (LEAL, 2014, p. 53).

A regulação parece ter seu principal foco em realizar prognoses em análises de custo benefício com a finalidade de tentar antecipar os efeitos e incentivos que surgem de intervenções regulatórias em diferentes setores econômicos. Assim, um chamado direito regulatório parece se comprimir entre uma deontologia jurídica tradicional e um consequencialismo econômico, em um *status quo* que pode ser simbolizado pelo brocardo latino *Consequens qui vult et Antecedens (loc. lat.).*[1] (NEVES, 1997. p. 595)

A ideia central do presente artigo é tentar desenvolver caminhos para a criação de uma dogmática jurídica regulatória, o que de forma simplificada significa uma dogmática jurídica parcialmente consequencialista ou seletivamente consequencialista. Trata-se de uma tentativa de diminuir tensões entre deontologia e consequencialismo de modo a viabilizar que o direito

---

[1] *Consequens qui vult et Antecedens (loc. lat.) quer dizer:* "Quem quer o consequente, também quer o antecedente."

regulatório se desenvolva para sedimentar uma metodologia específica que apresente preocupações consequencialistas sem descuidar da visão tradicional da dogmática.

Assim, se o trabalho objetiva examinar como a metodologia jurídica tradicional do direito brasileiro pode se relacionar com a regulação, deve-se levar em consideração que a abordagem predominante dos estudos de direito no Brasil se baseia em um entendimento baseado em uma classificação de normas jurídicas como regras e princípios. Por esse motivo, não é de surpreender que a dogmática jurídica brasileira tradicionalmente não lide diretamente com raciocínios consequencialistas. Tal constatação se verifica em outros países, a exemplo da Alemanha. (HELLGARDT, 2016. p. 389) Nas escolas de direito na Alemanha, por exemplo, a pesquisa sobre os efeitos e consequências das normas jurídicas é tradicionalmente atribuída à sociologia jurídica, que, no entanto, não trabalha com hermenêutica, e sim com métodos das ciências sociais empíricas. (HELLGARDT, 2016. p. 16) No Brasil, o tema tradicionalmente não foi muito desenvolvido, fato que parece em vias de alteração, em razão de recente modificação perpetrada na LINDB pela Lei nº 13.655/18, especialmente no que se refere a criação dos artigos 20[2] e 21[3].

Não parece irresponsável afirmar que de modo geral, a metodologia e a forma dominante da dogmática jurídica tradicional não fornece nenhum meio para que o direito seja orientado por consequências (HELLGARDT, 2016. p. 389), o que dificulta investigações aprofundadas sobre medidas regulatórias econômicas sob a perspectiva da autoridade judicante. Por conseguinte, a regulação só poderá estabelecer-se como uma categoria jurídica no direito brasileiro se a dogmática jurídica brasileira se desenvolver para compatibilizar os referidos raciocínios consequencialistas com a tradição metodológica já consolidada. Importante ressaltar que no centro do que se vislumbra como uma dogmática jurídica regulatória, substitui-se, ainda que com devida moderação, a investigação sobre o conteúdo de uma determinada norma para quais efeitos de determinados conteúdos normativos seriam

[2] 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)

[3] Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

mais convenientes para se decidir um caso regulatório levado a juízo, em face de possíveis alternativas.

A dogmática jurídica possui uma supremacia indiscutível na metodologia jurídica, pois consegue combinar estreitamente a ciência do direito e a prática jurídica. Tal razão decorre do fato de que a metodologia aplicada por um magistrado para resolver um caso concreto é semelhante ao que faz um jurista quando escreve um trabalho sobre um caso concreto. No entanto, parece ser necessário demarcar o que se refere ao caso concreto, a exemplo de questões econômicas no âmbito da regulação e o que se refere ao direito, com a finalidade de se garantir uma metodologia que possa ser replicada por juristas. Por tal razão, o desenvolvimento da dogmática jurídica em prol da internalização de raciocínios consequencialistas não pode ser puramente relacionado à ciência econômica aplicada, uma vez que a intenção é viabilizar uma familiarização e aplicação de raciocínios consequencialistas sob a perspectiva da autoridade judicante. Assim, a proposta dogmática deve satisfizer as necessidades especiais e metodológicas da prática jurídica, especialmente sob a perspectiva de magistrados. (HELLGARDT, 2016. p. 389)

Importante ressaltar que raciocínios consequencialistas já estão sendo aplicados pela jurisprudência, porém sem grandes preocupações com método e capacidades epistêmicas. Alguns exemplos já podem ser encontrados na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro – TJ/RJ, onde o consequencialismo judicial é utilizado na argumentação de modo genérico e sem grandes aprofundamentos dogmáticos e/ou teóricos[4][5][6][7]. Inclusive deve ser destacado que na Apelação Cível nº 0004292-64.2016.8.19.0001[8] foi cunhada na ementa a expressão "Princípio do Consequencialismo das Decisões Judiciais" o que pode ser extremamente criticado em termos dogmáticos.

---

[4] BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento nº 0006617-10.2019.8.19.0000. Des. Luiz Roberto Ayoub. Vigésima Quarta Câmara Cível. Data de Julgamento: 27/03/2019. Data de Publicação do Acórdão: 29/03/2019.

[5] BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento nº 0027700-19.2018.8.19.0000. Des. Luiz Roberto Ayoub. Vigésima Quarta Câmara Cível. Data de Julgamento: 28/06/2018. Data de Publicação do Acórdão: 29/06/2018.

[6] BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 0078763-17.2017.8.19.0001. Des. Luiz Roberto Ayoub. Vigésima Quarta Câmara Cível. Data de Julgamento: 27/02/2019. Data de Publicação do Acórdão: 28/02/2019.

[7] BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento nº 0028316-57.2019.8.19.0000. Des. Luiz Roberto Ayoub. Vigésima Quarta Câmara Cível. Data de Julgamento: 10/07/2019. Data de Publicação do Acórdão: 11/07/2019.

[8] BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº0004292-64.2016.8.19.0001. Des. Luiz Henrique Oliveira Marques Décima Primeira Câmara Cível. Data de Julgamento: 03/02/2020. Data de Publicação do Acórdão: 07/02/2020.

Nesse sentido, parece fundamental investigar quais requisitos constitucionais poderiam ser utilizados para viabilizar um método dogmático jurídico parcialmente consequencialista no âmbito da regulação. Aqui os princípios jurídicos contidos na constituição brasileira, a exemplo do princípio da eficiência, podem ter um papel determinante para o sucesso da empreitada teórica aqui proposta.

I – DIMENSÕES E PROBLEMÁTICA METODOLÓGICA DO CONSEQUENCIALISMO SOB A PERSPECTIVA DA AUTORIDADE JUDICANTE.

Aprofundando a utilização da expressão "consequencialismo" já mencionada na introdução, deve se ressaltar que além de não se diferenciar a mesma em face de argumentos teleológicos, a expressão será utilizada no artigo em um sentido extremamente amplo, como qualquer atitude que condicione explícita ou implicitamente a adequação jurídica de uma determinada decisão judicante à valoração das consequências associadas à mesma e às suas alternativas." (SCHUARTZ, 2011. p. 383). Nesse sentido, ressalta-se que uma análise consequencialista possui 2 (duas) dimensões, no caso uma dimensão descritiva ou positiva e outra normativa. (LEAL, 2014. p. 246) Aqui existem significativas diferenças em termos de racionalidade entre cada uma das dimensões. Na dimensão descritiva o agente prospecta para cada decisão possível, a sua consequência. Por outro lado, na dimensão normativa, o agente ordena com base em um critério valorativo as consequências previamente determinadas na dimensão descritiva. Em outras palavras, a dimensão descritiva se exterioriza por meio de uma prognose futurista, enquanto a dimensão normativa se exterioriza por meio da elaboração de uma classificação entre estados de mundo preferíveis a partir da identificação das diferentes alternativas de decisão.

No ano de 2018 foi promulgada a Lei nº 13.655 de 25 de Abril de 2018 que incluiu 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. Entre inúmeras alterações, destaca-se a literalidade do artigo nº 20 que determina 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". O disposto no artigo nº 21 do aludido diploma também parece exemplificar a opção do legislador pela fundamentação de decisões com base em valoração de consequências: "A

decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas." No ano de 2019, a Presidência da República editou a Medida Provisória 881/2019 que posteriormente foi convertida na Lei nº 13.874 de 20 de setembro de 2019, conhecida como "Lei da Liberdade Econômica". O texto traz medidas de desburocratização e simplificação de processos para empresas e empreendedores, além de questões relacionadas à regulação. A importância do referido diploma para a elaboração de uma proposição dogmática regulatória, se resume em 2 (dois) dispositivos específicos.

Em primeiro lugar, destaca-se o inciso VI do artigo 4º[9] que determina que a administração pública não pode aumentar custos de transação sem demonstrar eventuais benefícios. Apesar do referido dispositivo se referir expressamente à administração pública, o Poder Judiciário pode vir a ser provocado a se manifestar em uma ação judicial sobre o aumento de custos de transação. Aqui o ponto é extremamente interessante. A ideia de custos de transação pode ser utilizada como parâmetro para domesticar interpretações consequencialistas pelos magistrados brasileiros no controle da administração pública.

O ponto pode ser interessante, uma vez que o artigo 4º parece vincular uma medida regulatória aos seu potencial de diminuir ou aumentar custos de transação. Assim, a legislação parece introduzir um parâmetro direto para a atuação da administração pública e indireto para eventual posterior revisão judicial. Em segundo lugar, destaca-se o artigo 5º que merece ter sua redação reproduzida abaixo:

> Art. 5º As propostas de edição e de alteração de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados, editadas por órgão ou entidade da administração pública federal, incluídas as autarquias e as fundações públicas, serão precedidas da realização de análise de impacto regulatório, que conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo para verificar a razoabilidade do seu impacto econômico.

Conforme visto, o referido dispositivo prevê que decisões regulatórias deverão ser precedidas de uma análise de impacto regulatório, análise que é em sua essência consequencialista, prospectiva. (LEAL, 2019. p. 316) A parte final do artigo 5º enfatiza a necessidade da referida análise verificar a razoabilidade do impacto econômico oriundo da

[9] Art. 4º É dever da administração pública e dos demais entes que se vinculam ao disposto nesta Medida Provisória, no exercício de regulamentação de norma pública pertencente à legislação sobre a qual esta Medida Provisória versa, exceto se em estrito cumprimento a previsão explícita em lei, evitar o abuso do poder regulatório de maneira a, indevidamente: VI - aumentar os custos de transação sem demonstração de benefícios;

medida regulatória. Destaca-se que a análise de impacto regulatório também é mencionada pela lei nº 13.848/2019 (a referida lei é conhecida coloquialmente como o "Novo Marco das Agências Reguladoras").

No contexto acima, parece razoável sustentar que o critério econômico é o critério que deverá ser utilizado para o diagnóstico da dimensão descritiva de uma análise consequencialista e alterações quantitativas nos custos de transação poderão ser utilizadas como critério de escolha para a dimensão normativa de uma análise consequencialista. Essa é uma tese que ainda deverá ser desenvolvida e não constitui o objeto do presente artigo. No entanto, o caminho legislativo parece existir e fortalecer o ponto de vista de que a dogmática jurídica não parece incompatível com raciocínios consequencialistas, quando o próprio legislador determina como *mens legis* o consequencialismo. Claro que a relevância para o presente trabalho é o consequencialismo perpetrado pela autoridade judicante. As leis 13.874/19 e 13.848/19 não se referem expressamente ao Poder Judiciário. No entanto, a LINDB faz referência expressa nos artigos acima mencionados. No mais, o judiciário pode ser levado a se manifestar sobre a utilização pela administração pública dos critérios previstos pelas leis acima, especialmente em razão da inafastabilidade de jurisdição prevista constitucionalmente.

Claro que aqui se realiza uma espécie de antecipação hipotética da possibilidade de judicialização de uma análise de impacto regulatório ou de uma medida regulatória onde um magistrado possa se valer dos dispositivos acima para fundamentar uma prognose. Esse é o ponto que parece problemático. Será que os magistrados estão epistemologicamente equipados para avaliar ou até realizar prospecções? A resposta parece ser negativa uma vez que parece "não se ter, por vezes, na formação dos juristas brasileiros atenção com os conceitos econômicos, fazendo com que haja sempre uma maior resistência em compreender os fenômenos jurídicos e sociais à luz das ferramentas econômicas." (PORTO, 2019. p. 25/45). Os impactos econômicos e os custos de transação destacados pelas leis acima estão relacionados com a ideia de eficiência alocativa. Parece então viável se concluir que, ao menos no controle da administração pública, uma análise consequencialista realizada por um magistrado é uma análise que conjuga critérios econômicos, a exemplo dos já mencionados custos de transação que foram incorporados ao direito por Ronald Coase. (PORTO, 2019. p. 25/45)

O ponto de crise parece ser a constatação de que a autoridade judicante não está equipada epistemologicamente (SCHUARTZ, 2011. p. 387) para identificar os estados associados de cada alternativa de decisão e consequentemente sua posterior avaliação. (LEAL, 2014. p. 246) Magistrados, em regra, estudam constituições, leis, jurisprudência e doutrina. Ou seja, se valem do passado para julgar o presente. Essa é a perspectiva mais tradicional, uma vez que em razão de estar vinculado a uma "argumentação institucional" (SHECAIRA, STRUCHINER 2016, p. 36) a autoridade judicante é responsável por aplicar normas que compõem o material jurídico de caráter cogente, autoritário e preexistente à tomada de decisões judiciais, com respeito a regras e procedimentos previamente estabelecidos. A discussão relacionada a existência de uma dimensão teleológica ou prospectiva dos princípios, será aprofundada adiante, inclusive por representar um caminho possível ao consequencialismo judicial por apresentar problemas estruturais semelhantes ao consequencialimo, a exemplo de problemas prognósticos quando do exame de adequação e necessidade (meio-fim). (LEAL. 2019, p. 329).

Aqui surgem 2 (duas) indagações: (i) Como é que magistrados podem analisar o futuro por meio de prognoses com base em elementos do tempo presente quando são chamados a opinar sobre uma medida regulatória cujas consequências ainda não se verificaram na prática? (ii) Ademais, como escolher entre diferentes prognoses elaboradas pelas partes ou pelo próprio magistrado se o raciocínio prospectivo foge da expertise técnica de magistrados? Essas indagações não serão respondidas. A ideia aqui é apenas investigar possíveis caminhos para se aproximar de um ideal denominado dogmática jurídica regulatória. Um último problema resulta da relação entre a noção de legitimidade democrática que se obtém por meio da eleição direta de determinados agentes públicos e da repartição de competências constitucionalmente estabelecida. A regulação é um instrumento de concretização de determinados programas políticos, a exemplo da seara econômica. Esse aspecto se torna particularmente problemático se a regulação for realizada pelos tribunais que não foram eleitos ou não foram incumbidos pela constituição de promover e executar políticas públicas. (HELLGARDT, 2016. p. 53) Tal discussão, no entanto, não representa o principal foco do trabalho aqui proposto e merece ser aprofundada em outro momento. Cumpre-se esclarecer que o artigo tangencia relações centrais entre normatividade, legitimidade e conhecimento (LEAL, 2019. p. 316), sem pretensão de esgotar as discussões sobre a função mediadora de metodologias de decisão em relação aos aspectos acima. Talvez seja correto afirmar que o

trabalho se preocupa mais com a relação entre normatividade e conhecimento do que com o aspecto da legitimidade.

II. DOGMÁTICA JURÍDICA COMO CONEXÃO ENTRE DOGMÁTICA JURÍDICA E PRÁTICA JUDICIAL

No mundo dos métodos científicos, a dogmática jurídica é uma modalidade interessante, pois faz ao mesmo tempo parte da ciência jurídica e da prática jurídica. Tal característica em algum grau se faz peculiar uma vez que costuma existir uma separação bem demarcada entre prática e conhecimento científico em outras ciências. No direito, o trabalho de um cientista jurídico que toma uma posição científica para resolver um caso específico ou problema jurídico não difere metodologicamente da atividade judicial que precisa resolver um caso concreto. (HELLGARDT, 2016. p. 390)

A dogmática jurídica é responsável por descrever e delimitar os diferentes ramos jurídicos, seus métodos, e o resultado da aplicação do direito, a exemplo de normas jurídicas sistematicamente obtidas "em um nível intermediário entre o direito vigente e o caso concreto" (HASSEMER, 2012, p. 3/15) , ou seja, os componentes de um determinado sistema jurídico.

Os tribunais também podem desenvolver regras dogmáticas no âmbito do julgamento de um caso concreto. A citação de autores no corpo de sentenças e acórdãos, a remissão à jurisprudência dominante nos referidos tribunais ou até o diálogo com julgados de outros tribunais são exemplos que encontramos no contexto brasileiro. Outro exemplo se refere aos manuais e livros sobre comentários à legislação vigente que muitas vezes passam a fazer parte da fundamentação de decisões judicias. Exemplos da interação entre dogmática jurídica e prática judicial no contexto brasileiro podem ser ilustrados pelas ADIs nºs 4357/DF e 4.425/DF onde o STF analisou a constitucionalidade da Emenda Constitucional nº 62/2009 e se valeu de construções dogmáticas referentes ao princípio da isonomia e à divisão entre interesse público e interesse privado. Nos casos mencionados, existe uma discussão interessante sobre a existência de uma natureza quantitativa/qualitativa entre interesse público e interesse privado.

No entanto, a estreita conexão entre ciência e prática na dogmática jurídica é muito mais uma característica especial do direito alemão do que do direito brasileiro. O Brasil de fato não possui uma tradição dogmática bem estabelecida, (FERRAZ JR, 2011. p. 112) razão pela qual o trabalho aqui proposto possui certa importância, uma vez que existem alguns ganhos interessantes tanto para a seara prática quanto para a seara acadêmica. Confira-se a constatação dos referidos ganhos no contexto alemão:

> Essa conexão estreita traz vantagens importantes para os dois lados. A dogmática diferenciada sobre uma questão que ainda não foi resolvida pelo juiz oferece aos tribunais considerável alívio prático ao justificar sua decisão. Em particular, os comentários legais compilam as principais considerações do legislador, bem como as declarações científicas relevantes e as classificam de acordo com "visão predominante" e "desacordo" e, dessa forma, permitem ao juiz se orientar rapidamente mesmo com questões jurídicas difíceis (...) Ao se referir ao "trabalho preparatório" dos cientistas jurídicos, os tribunais tornam sua pesquisa importante para a interpretação, ou seja, anexando o conteúdo do direito aplicável, as declarações da jurisprudência dogmática recebem um significado objetivo, que lhes confere uma "validade" que, de outra forma, é desconhecida nas ciências sociais e humanas. (HELLGARDT, 2016. p. 391)

Nesse sentido, eventual recepção de pesquisas dogmáticas por meio da jurisprudência brasileira permitiria ao jurista individual, a exemplo do autor do presente artigo, a possibilidade de sistematização e influência no conteúdo do direito aplicável por meio de suas pesquisas jurisprudenciais e revisões bibliográficas. Nesse sistema, o Poder Judiciário se tornaria uma espécie de um "órgão de controle de qualidade da doutrina e pesquisa jurídica, cumprindo uma função de falsificação comparável à de experimentos científicos" (HELLGARDT, 2016. p. 392): Se a jurisprudência segue uma proposição dogmática elaborada por um jurista e, assim, declara que essa proposição traduz o direito aplicável a determinado caso concreto, implicitamente o judiciário estaria fazendo um julgamento de qualidade sobre proposições doutrinárias e um julgamento de inferioridade face a declarações doutrinárias concorrentes.

Por outro lado, existem algumas restrições metodológicas que retiram em algum grau a liberdade da ciência dogmática quando a mesma se volta para a aplicação prática do direito. Um exemplo é o foco em resolução de casos concretos (JESTAEDT, 2008. p. 185/205). "A dogmática jurídica é uma "ciência da decisão" e mesmo que não lide com casos individuais, forma um sistema ou desenvolve princípios com base nos quais a solução de casos individuais pode ser desenvolvida." (HELLGARDT, 2016. p. 392)

Outra limitação seria uma despreocupação da dogmática jurídica com políticas jurídicas. A dogmática jurídica seria entendida como a ciência do direito aplicável, que almeja previsibilidade e coerência no momento de sua aplicação, mas que não apresenta maiores preocupações sobre como deve ser o direito. Natural ser assim, uma vez que tradicionalmente a autoridade judicante não cria o direito, não atua como legislador positivo, mas apenas aplica o direito vigente. (KELSEN, 2017, p. 596) Nesse sentido, eventuais consequências da aplicação do direito seriam naturalmente excluídas do campo da dogmática jurídica, uma vez que o magistrado aplica o direito vigente a luz do caso concreto independente de considerações sobre consequências fáticas uma vez que as referidas consequências já teriam sido vislumbradas pelo legislador no momento de elaboração da norma.

Essa é a visão metodológica de Karl Larenz (LARENZ, 1960. p. 194), para quem raciocínios consequencialistas seriam matéria de política jurídica, ramo imbricado por outras ciências que não se confundem com a dogmática jurídica. Análises de custo benefício seriam próprias de política jurídica e não de dogmática. Devido a referida distinção entre política jurídica e dogmática, considerações regulatórias relacionadas ao direito aplicável seriam frequentemente excluídas do campo da dogmática jurídica. Aqui no entanto, se faz importante analisar disposições constitucionais. Um caminho interessante no contexto brasileiro seria analisar a Constituição Federal de 1988 e se indagar se ela de fato limita a atuação dos magistrados no que se refere a realização de prognoses e demais considerações realizadas acima.

III. A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A ABERTURA AO CONSEQUENCIALISMO

Um possível marco para a entrada de raciocínios consequencialistas na pauta da Administração Pública, pode ser exemplificado pela introdução do princípio da eficiência no artigo nº 37 da Constituição Federal de 1988. Assim, os ramos do direito público, como o direito constitucional e o direto administrativo passaram a se preocupar com questões de governança e análises de custo benefício, uma vez que os destinatários do referido princípio da eficiência não se limita aos tribunais administrativos e constitucionais, mas também os próprios administradores públicos ou particulares no exercício de função pública. Pode se exemplificar um movimento de migração de um discurso sobre conformidade constitucional para uma inclinação pragmática. (LEAL, 2019. p. 314). O próprio princípio clássico da legalidade está sob revisão (BINENBOJM, 2014. p. 34), fato que demonstra que a atuação

administrativa não pode ser reduzida há um simples processo silogístico de subsunção. Por tal razão, a dogmática jurídica deve evoluir de uma ciência da interpretação baseada em aplicativos como dispositivos legais, para uma ciência de decisão e escolhas orientadas pelo direito. (HELLGARDT, 2016, p. 396) O direito administrativo, que tenta incorporar gradativamente a regulação econômica, enfrenta uma série de barreiras como o princípio do estado de direito e questões relacionadas à legitimidade democrática de uma atuação da administração pública que nem sempre possui como sujeitos, atores politicamente eleitos para tal, a exemplo dos dirigentes de agências reguladoras. (ARAGÃO, 2013. p. 465).

Um argumento interessante para tentar superar uma visão de quebra da separação dos poderes ou da previsibilidade do estado de direito, é considerar que em alguns casos, os legisladores promulgam leis para perseguir certos objetivos regulatórios. Assim, a estrita observância da separação de poderes e da legitimidade democrática da lei, demandaria uma aplicação regulatória consequencialista com a finalidade de alcançar o objetivo perseguido pelo legislador. A autoridade judicante não poderia ser estritamente deontológica se o legislador almeja-se uma função normativa regulatória. Ou talvez, dogmática e deontologia seriam justamente argumentos para se justificar uma postura consequencialisa de um magistrado, uma vez que o legislador por meio de uma norma demandou o consequencialismo. Se o legislador afirma que a administração estatal deve ser eficiente e considerar impactos econômicos, indiretamente o legislador está afirmando que a autoridade judicante quando controlar judicialmente a administração pública deve ser eficiente e deve considerar impactos econômicos. Interessante que a localização temporal da eficiência ou dos impactos econômicos não é limitada *prima facie* pelo legislador. Ou seja, podem ser impactos econômicos que já se verificaram ou que ainda estão por vir, no momento da decisão judicial.

Assim, a vinculação constitucional de um magistrado seria uma vinculação ao objetivo da norma elaborada pelo legislador. Ou seja, o juiz deveria amoldar as consequências fáticas oriundas da aplicação da norma as consequências e aos objetivos perseguidos pelo legislador. (RUTHERS, 2014. p. 75) Esse tipo de interpretação parece ser deontológica, dogmática e consequencialista ao mesmo tempo. Pode soar como uma contradição em termos, mas não deixa de ser uma construção que faz algum sentido. Por exemplo, no caso da LINDB, como um magistrado poderia deixar de considerar consequências práticas de sua decisão se o legislador demandou expressamente nesse sentido?

Uma possível conclusão parcial é que os tribunais devem aplicar raciocínios consequencialistas, desde que um objetivo legislativo regulatório, semelhante à interpretação teleológica objetiva, possa ser derivado conclusivamente do contexto geral da subárea do direito que é orientada a consequências (HELLGARDT, 2016, p. 400), a exemplo do controle judicial da regulação. Uma outro ponto relevante é imaginar que uma decisão judicial baseada em consequências pode representar uma violação ao princípio da isonomia, se em certos casos cobertos pela situação de fato de uma norma, a consequência jurídica expressa for restringida ou mesmo completamente afastada em face de uma prognose acerca das consequências reais de sua aplicação. Essa talvez seja uma objeção que dependa de uma solidificação concreta de procedimentos e metodologias de decisão como uma análise de impacto regulatório ou a aplicação da proporcionalidade e sua fórmula do peso, justamente para mediar relações conflituosas que podem surgir entre normatividade, legitimidade e conhecimento epistêmico. (LEAL, 2019. p. 316).

No entanto, em uma singela tentativa de superação, tal interpretação pode ser resultado de uma redução teleológica que pode ser superada pela distinção entre isonomia formal e isonomia material, valendo-se o interprete das consequências para realizar a referida distinção. O que parece decisivo é decisivo é a escala pela qual o julgamento da igualdade se baseia e as condições sob as quais o tratamento desigual pode ser justificado. (HELLGARDT, 2016, p. 401) "O princípio geral da igualdade requer apenas um mínimo de comparabilidade da metodologia dogmática, ou seja, consistência lógica, mas não necessariamente determina os aspectos factuais dessa comparabilidade (normas, princípios ou consequências fáticas)." (HELLGARDT, 2016, p. 402)

IV. CAMINHOS EM PROL DE UMA DOGMÁTICA JURÍDICA REGULATÓRIA

Para compatibilizar a dogmática jurídica com a regulação, parece importante partir de alguma estrutura já existente dentro da própria dogmática jurídica. Portanto, é preciso primeiro examinar em quais questões um raciocínio consequencialista pode ser útil e como essa metodologia se relaciona com a interpretação tradicional das normas e o treinamento jurídico do qual se formam magistrados. Em síntese, qual seriam os pré-requisitos que a dogmática jurídica deve estabelecer para viabilizar a aplicação do conhecimento interdisciplinar na prática do direito regulatório. (HELLGARDT, 2016, p. 404)

Ao se examinar a dogmática jurídica para os fins propostos no presente artigo, podemos trabalhar com diferentes dimensões de abstração. Uma primeira dimensão seria explorar como a dogmática jurídica aborda a aplicação do direito ao caso concreto.

Ao trabalhar com o caso concreto, a dogmática jurídica visa interpretar uma norma específica seja uma norma positivada expressamente de um texto legal ou oriunda de um princípio para aquele caso individual. Sua pergunta básica é, portanto, quais instruções para ação seguem um padrão em vista de um fato específico. Por outro lado, a regulação preocupa-se com a pergunta básica de quais serão as consequências reais se uma norma for aplicada de uma certa maneira. (HELLGARDT, 2016, p. 405)

Uma primeira diferença importante entre essas duas perguntas básicas é que uma aplicação regulatória do direito não se preocupa apenas com consequências para uma situação específica, mas em particular também sobre os incentivos para ações que surgem da aplicação do direito a terceiros não envolvidos no caso, a exemplo de atores e *players* de um setor específico. Ou seja, enquanto que dentro da estrutura de uma dogmática convencional, a autoridade judicante só precisa saber o que realmente aconteceu, para a regulação a autoridade judicante também se preocupa com quais incentivos comportamentais podem ser esperados de uma aplicação específica de uma norma. No primeiro caso, um caso concreto deve ser construído, enquanto que na regulação, a situação do jurisdicionado deve ser generalizada para uma situação típica de outros atores do respectivo setor, com a finalidade de prospectar incentivos e comportamentos. (HELLGARDT, 2016, p. 405)

Uma segunda diferença decorre do fato de que a regulação sempre parte da premissa de que existem alternativas em relação ao curso de ação a ser adotado. O consequencialismo na regulação econômica jurisdicionalizada só faz sentido se houver também a possibilidade de aplicar o direito regulatório de maneira diferente, com aptidão para aumentar ou diminuir incentivos, ou até criar outros incentivos para a atuação de agentes de um determinado setor econômico. Em sentido conflitante, podemos lembrar da premissa comum da dogmática clássica, segundo a qual existe apenas uma resposta correta para todas as questões jurídicas. Agora, o interessante é que uma dogmática regulatória consequencialista poderia ser conciliada com a busca de uma decisão ideal, uma vez que por meio da avaliação normativa das possíveis consequências alternativas, tal resposta correta poderia ser alcançada.

(HELLGARDT, 2016, p. 406) Trata-se de aplicar um critério de escolha para dentre as alternativas, escolher a única resposta correta, compatibilizando se tal premissa da dogmática clássica com a dimensão normativa do consequencialismo. Não se defende aqui a existência de uma única resposta correta. O que se faz é apenas evidenciar que tal interpretação extremada pode ser compatibilizada com a ideia de alternativas decisórias que não necessariamente representam o estágio final do procedimento decisório. Um ponto importante a respeito das capacidades epistemológicas que foram levantadas acima é o seguinte: o fato de um julgamento consequencialista ser falsificável se for demonstrado, na prática, que as consequências esperadas ou as prognoses alternativas não ocorrerão de fato, não contraria a exatidão de um argumento consequencialismo, mas apenas prova a possibilidade de um julgamento incorreto, que também pode ocorrer dentro da estrutura de um sistema de interpretação puramente lógico ou dogmático. (HELLGARDT, 2016, p. 406)

Uma segunda dimensão, um segundo nível de abstração se preocupa em como os resultados obtidos no primeiro nível devem ser relacionados entre si e generalizados. A dogmática clássica examina como os padrões individuais podem ser combinados para formar um sistema geral organizado racionalmente, a partir do qual os padrões para a interpretação de um único padrão podem ser derivados. No caso da regulação, essa segunda dimensão seria composta por regras gerais que se preocupem em explicar como certas normas afetam os incentivos dos destinatários e como isso pode se traduzir em diferentes alternativas comportamentais. (HELLGARDT, 2016, p. 406) Assim, o desenvolvimento de uma dogmática jurídica da regulação perpassa em se compreender como funcionam os incentivos jurídicos, ou seja, formas básicas de influência comportamental por meio de padrões normativos. Nesse sentido, Alexander Hellgardt:

> As normas jurídicas que supostamente incentivam o comportamento terão diferentes condições de sucesso, dependendo se, por exemplo, se trata de limitar o comportamento egoísta e com fins lucrativos ou incentivar as pessoas a agir de maneira altruísta. A vantagem dessa generalização de tipos de incentivos é que ela pode ajudar a tornar o conhecimento empírico adquirido em uma aplicação específica frutífera em áreas de regulação estruturalmente comparáveis. (HELLGARDT, 2016, p. 407)

Uma segunda possibilidade que foge ao escopo do presente trabalho seria examinar as leis sociais referentes ao setor regulado. O estudo social seria importante para evitar efeitos adversos de diferentes proposições regulatórias, agora parece ser uma preocupação que se volta mais ao caso concreto do que há uma tentativa de construção de uma dogmática jurídica

regulatória que ora se objetiva. Uma dogmática jurídica regulatória deverá avaliar periodicamente se suas prospecções sobre os efeitos da aplicação de determinada norma são verdadeiras. Trata-se de um aspecto retrospectivo que deve ser usado para justificar as decisões ou avaliar alternativas regulatórias já implementadas. (LEAL, 2019. p. 317) Uma das formas traduziria uma avaliação posterior ao julgamento, em determinado lapso temporal determinado pelo próprio julgamento, com a finalidade de se verificar se de fato as consequências apontas se verificaram ou se aquela decisão não surtiu o efeito desejado. Trata-se de se aceitar que uma dogmática regulatória está em um processo permanente de evolução.

Por fim, A crítica epistemológica ao consequencialismo não é superada pelo argumento acima, referente à falsificação, mas pode ser desenvolvida por meio de metodologias de decisão, a exemplo do trabalho com princípios que será aprofundado na próxima secção.

V. DOGMÁTICA JURÍDICA REGULATÓRIA E PRINCÍPIOS

Em um terceiro nível de abstração, passa ser interessante comparar a dogmática jurídica baseada em princípios e a dogmática regulatória consequencialista uma vez que diferem em última instância nos critérios a serem considerados quando da tomada de uma decisão. O presente artigo adota a ideia de Robert Alexy de que existe uma natureza distinta entre princípios e regras. O conceito convencional de princípios apenas aponta que os mesmos seriam mais gerais e dotados de maior abstração do que regras. Em contraste com essa visão tradicional, Robert Alexy considera que se tratam de tipos diferentes em termos de natureza e não apenas de intensidade gradativa. (KLATT, 2012. p. 7)

Muito bem, a grosso modo, Robert Alexy fundamenta a existência de 2 (duas) formas também distintas de argumentação jurídica, a depender da fundamentação ser lastreada em uma regra ou em um princípio. Trata-se respectivamente da subsunção e da ponderação com a aplicação das 3 (três) sub máximas da proporcionalidade. (ALEXY, 2011. p. 89)

Em um plano mais geral, existe a possibilidade de sustentar que a proporcionalidade pode ser considerada uma metodologia de decisão orientada para o futuro, com base em 2 (dois) fundamentos principais: “(i) do caráter teleológico associado à natureza dos princípios

(os seus objetos de aplicação) e (ii) dos ônus de argumentação estabelecidos por cada um dos seus exames." (LEAL, 2019. p. 321)

Assim, de forma geral, parece possível sustentar que princípios jurídicos desempenham um duplo papel em processos jurídico-decisórios (LEAL, 2014. p. 202), uma vez que expressam por um lado, "um ideal que funciona como norte para a justificação das decisões e ações que atuarão como meios para a sua promoção, enquanto, por outro, eles exigem uma forma específica de aplicação capaz de orientar a justificação do que é devido em casos concretos." (LEAL, 2019. p. 321)

Um dogmática jurídica regulatória seria responsável por esclarecer qual objetivo regulatório está sendo perseguido pela norma e assim determinar quais consequências reais a aplicação do direito deve se preocupar em gerar. O escopo de aplicação da regulação parece um pouco mais amplo do que o escopo da dogmática tradicional, uma vez que não deixa de desconsiderar a vontade do legislador, porém, pode recorrer a outras fontes, a exemplo de avaliações sociais predominantes ou uma teoria econômica. O que muda é o referencial. Na dogmática jurídica tradicional, a principal referencia seria o significado da norma, sejam regras ou princípios. Em uma dogmática regulatória, nos termos aqui defendidos, busca-se como referencia o objetivo regulatório da norma. (HELLGARDT, 2016. p. 408) Como afirmado, a dogmática jurídica tradicional busca estabelecer critérios de interpretação de normas, porém reconhece casos em que se verificam falta de uma vontade expressa do legislador ou caducidade normativa devido à passagem do tempo e/ou alterações sociais. A dogmática regulatória pode servir como instrumento em tais casos, sendo apropriada para tais situações.

No cerne da aplicação regulatória do direito se encontra um raciocínio consequencialista sobre quais efeitos reais ocorreriam se uma norma jurídica tivesse um determinado conteúdo. Assim, cabe se retomar as dimensões do consequencialismo. Como visto, uma análise consequencialista possui um componente descritivo ou positivo e outro normativo. (LEAL, 2014. p. 246) Aqui existem significativas diferenças em termos de racionalidade de cada um dos componentes. Nesse sentido, o componente descritivo prospecta para cada decisão possível, a sua consequência. Por outro lado, o componente normativo ordena com base em um critério valorativo as consequências previamente

determinadas pela parte descritiva. Em outras palavras, a dimensão descritiva representa uma prognose sobre o futuro e a dimensão normativa se resume a uma classificação entre estados de mundo preferíveis a partir da identificação das diferentes alternativas de decisão.

Não parece despropositado se considerar que uma dogmática regulatória possui raciocínio semelhante à ponderação de princípios nos moldes propostos por Robert Alexy, como "mandados de otimização". (ALEXY, 2011. p. 90) Ou seja, a dogmática regulatória pode ser essencialmente baseada na metodologia baseada em princípios, porque somente a referida metodologia pode fornecer o conteúdo alternativo possível de um padrão normativo por meio da interpretação jurídica, em face do qual diferentes consequências podem ser comparadas. O conteúdo de um padrão não pode ser justificado normativamente a partir da investigação das consequências, mas apenas pode ser por ela avaliado. Por esse motivo, a interpretação e o treinamento jurídico (*Rechtsfortbildung*) permitido como uma estrutura (também) constitucionalmente prescrita formam o limite de uma aplicação regulatória consequencialista do direito. (HELLGARDT, 2016. p. 409)

Ou seja, uma consequência resultado de uma prognose judicial só pode estar em conformidade com o Estado de Direito se puder ser justificada normativamente com base em um princípio ou em uma regra. Agora por outro lado, a dogmática regulatória pode fornecer critérios normativos para a aplicação do próprio direito, influenciando a dogmática clássica. Essa visão não pode ser considerada uma grande novidade em relação à dogmática jurídica tradicional. (STEINDORFF, 1973. p. 214).

A ideia aqui seria: Alguns casos demandam uma interpretação dogmática deontológica, enquanto que outros casos a referida interpretação precisa ser complementada por meio de uma dogmática regulatória orientada à consequências. Ou seja, podem existir medidas regulatórias que visam atingir uma meta de controle e indução comportamental que vai além do mero cumprimento de uma regra, de modo que levar essa meta em consideração altera a maneira como o direito é aplicado, podendo ser visto não como uma negação ao princípio da legalidade, mas sim a aplicação de outros princípios como eficiência ou segurança jurídica. A consequência desta proposta é que, no âmbito da aplicação do direito, não apenas o significado da norma deve ser determinado, mas também sua função jurídico-teórica (regulação, equilíbrio de interesses etc.). (HELLGARDT, 2016, p. 410) Existem naturalmente, possibilidades de sobreposição de interesses ou campos de incidência

normativa que demandam a elaboração de critérios gerais para a determinação de funções das normas individuais de direito regulatório. O raciocínio consequencialista da dogmática regulatória não objetivaria substituir a dogmática clássica, mas simplesmente contribuir para uma evolução conjunta da ciência jurídica.

CONCLUSÃO

O objetivo principal do trabalho foi investigar como a dogmática jurídica tradicional poderia contribuir para a incorporação de raciocínios consequencialistas típicos da seara regulatória na fundamentação de magistrados em decisões judiciais. Talvez o trabalho tenha conseguido demonstrar que a dogmática jurídica não é necessariamente incompatível com consequencialismo judicial. Para tanto, em alguns momentos o trabalho se referiu a uma "dogmática regulatória" que nada mais representou do que um referencial em face do qual o trabalho se desenvolveu.

Assim, a principal conclusão do trabalho parece ser que existem caminhos dentro da própria noção de dogmática jurídica que podem viabilizar uma interpretação consequencialista por magistrados. A constatação de que existe uma dimensão teleológica na aplicação de princípios que são aplicados em decisões judiciais para afastar a noção de total incompatibilidade entre prospecções e o raciocínio jurídico tradicional.

Alguns casos demandam uma interpretação dogmática deontológica, enquanto que outros casos a referida interpretação precisa ser complementada por meio de uma dogmática regulatória orientada à consequências. Ou seja, podem existir medidas regulatórias que visam atingir uma meta de controle e indução comportamental que vai além do mero cumprimento de uma regra, de modo que levar essa meta em consideração altera a maneira como o direito é aplicado, podendo ser visto não como uma negação ao princípio da legalidade, mas sim a aplicação de outros princípios como eficiência ou segurança jurídica. A consequência desta proposta é que, no âmbito da aplicação do direito, não apenas o significado da norma deve ser determinado, mas também sua função jurídico-teórica (regulação, equilíbrio de interesses etc.). (HELLGARDT, 2016, p. 410) Existem naturalmente, possibilidades de sobreposição de interesses ou campos de incidência normativa que demandam a elaboração de critérios gerais para a determinação de funções das normas individuais de direito regulatório. O raciocínio

consequencialista da dogmática regulatória não objetivaria substituir a dogmática clássica, mas simplesmente contribuir para uma evolução conjunta da ciência jurídica.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2a Edição. Malheiros. São Paulo. 2011. 669p.

ARAGÃO, Alexander Santos de. Agências Reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico. 3a Edição. Forensa. Rio de Janeiro. 2013. 535p.

BINENBOJM, Gustavo. Uma Teoria do Direito Administrativo. Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização. 3ª Edição. Renovar. Rio de Janeiro, 2014, 358p.

FERRAZ, JR., Tércio Sampaio. Direito, linguagem e interpretação. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Org.). Direito e interpretação: racionalidades e Instituições. São Paulo: Saraiva, 2011. p.103-118.

HASSEMER, Winfried, Dogmatik zwischen Wissenschaft und richterlicher Pragmatik – Einführende Bemerkungen, in: Kirchhof, Gregor/Magen, Stefan/Scheider, Karsten (Hrsg.), Was weiß Dogmatik? – Was leistet und wie steuert die Dogmatik des Öffentlichen Rechts?, Mohr Siebeck, Tübingen 2012, p. 3 a 15.

HELLGARDT, Alexander. Regulierung und Privatrecht. Mohr Siebeck. Tübingen. 2016. 848p.

JESTAEDT, Matthias. Pespektiven der Rechtswissenschaftstheorie. In. JESTAEDT, Matthias / LEIPSUS, Oliver. (Hrgs.), Rechtswissenschaftstheorie. Mohr Siebeck, Tübingen. 2008. p. 185/205.

KELSEN, Hans. Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit. Studienausgabe der 2. Auflage 1960. Unter Berücksichtigung von Kelsens Änderungen anlässlich der Übersetzung ins Italienische 1966. Herausgegeben und eingeleitet von Matthias Jestaedt. Mohr Siebeck. Verlag Osterreich. Wien. 826p.

KLATT, Matthias. Robert Alexy's Philosophy of Law as System. In: Matthias Klatt (Ed.) Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy. Oxford: OUP. 2012, 364p.

LARENZ, Karl. Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Springer, Berlin. 1960. p. 194.

LEAL, Fernando A. R.. Ziele und Autorität: Zu den Grenzen teleologischen Rechtsdenkens. Baden-Baden: Nomos, 2014. v.1. 424p.

LEAL, Fernando. Análise de Impacto Regulatório e proporcionalidade: semelhanças estruturais, mesmos problemas reais? Revista Brasileira de Políticas Públicas, v. 9, p. 313-348, 2019.

NEVES. Iêdo Batista. Vocabulário Enciclopédico de Tecnologia Jurídica e de Brocardos Latinos. Forense. Rio de Janeiro. 1997. 1005p.

PORTO, Antônio José Maristrello. Princípios de análise do direito e da economia. In: Antônio José Maristrello Porto; Patrícia Regina Pinheiro Sampaio; Armando Castelar Pinheiro. (Org.). Direito e Economia: Diálogos. 1ed. Rio de Janeiro: FGV Editora, v. 1, p. 25-45, 2019.

RUTHERS, Bernd. Die heimliche Revolution von Rechtsstaat und Richterstaat. Verfassung und Methoden. Ein Essay, Mohr Siebeck, Tübingen, 2014. 205p.

SCHECAIRA, Fabio P. STRUCHINER, Noel. Teoria da Argumentação Jurídica. Ed. PUC-RIO. Contraponto. Rio de Janeiro. 2016. 184p.

SCHUARTZ, Luis Fernando: Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem, in: Ronaldo Porto Macedo Jr.; Catarina Helena Cortada Barbieri (Orgs), Direito e Interpretação. Racionalidades e Instituições, São Paulo 2011, p. 383-418

STEINDORFF, Ernst. Politik des Gesetzes als Auslegungsmaßtab im Wirtschaftsrecht, em: Paulus, Gotthard/Diederichsen, Uwe/Canaris, Claus Wilhelm (Hrsg.), Festschrifft für Karl Larenz zum 70. Geburtstag, C.H.Beck, München 1973, p. 214 a 244.