

O PODER REGULAMENTAR SEGUNDO O ASPECTO POSITIVISTA NORMATIVISTA DE KELSEN

Rocco Antonio Rangel Rosso Nelson¹

RESUMO: O artigo tem por escopo analisar a validade do poder normativo das agências reguladoras tendo por referencial a "Teoria Pura do Direito" de Hans Kelsen. Utilizamos para isto, uma metodologia de análise qualitativa, usando-se os métodos de abordagem hipotético-dedutivos de caráter descritivo e analítico. Preliminarmente, discorrer-se-á sobre a evolução do Estado, mostrando a necessidade do Estado intervir na economia e no social, o que em face de uma constelação de direitos fundamentais, o Legislativo tornou-se incapaz de exercer a função de expedição de normas. Nesse contexto temos o surgimento, no Brasil, de uma entidade da administração indireta, chamada de agência reguladora, a qual passa a criar marcos regulatório referente a setores de prestação de serviços públicos e outras áreas de interesse público. Tal figura da administração pública não passa ileso sobre a os questionamentos de validade dos atos normativos expedidos pela a mesma. Fazendo uso da teoria Kelseniana, aferiu-se que as normas expedidas pelas agências reguladoras são válidas tendo em vista que as mesmas possuem uma eficácia mínima, dentro de um sistema válido globalmente e que a norma foi expedida pela autoridade competente, como assim determina a outra norma de nível mais elevada (a lei, no caso supra).

Palavras-chave: Positivismo Normativista. Poder Regulamentar. Validade.

THE REGULATORY POWER UNDER KELSEN'S POSITIVIST AND NORMATIVIST ASPECT.

ABSTRACT: The article has the purpose to examine the validity of the regulatory powers of regulatory agencies having as reference Hans Kelsen's "Pure Theory of Law". We use for this, a method of qualitative analysis, using the methods of hypothetical-deductive approach of descriptive and analytical. Preliminarily, we will talk about the evolution of the state, showing the need for state intervention in the economy and social areas, which in the face of a constellation of fundamental rights; the legislature has become unable to perform the function of dispatching rules. In this context we have the emergence in Brazil of an entity's indirect administration, called the regulator, which is to create regulatory frameworks relating to the sectors of public services and other areas of public interest. Such a figure of public administration does not pass unscathed on questions about the validity of the normative acts issued by this administration. Making use of Kelsen's theory, ascertain that the regulations issued by regulatory agencies are valid seeing that they possess a minimum efficiency within a globally valid system and that the rule was issued by the competent authority as it is determined the other higher-level rule.

Keywords: Positivism normativist. Regulatory Branch. Validity.

¹ Especialista em Direito e Cidadania pela Escola Superior do Ministério Público. Especialista em Direito Penal e Criminologia pela Universidade Potiguar. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Professor da FACEX - Faculdade de Ciências, Cultura e Extensão do Rio Grande do Norte. Advogado em Natal/RN. Contato: rocconelson@hotmail.com

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Com o advento da crise do liberalismo puro - proposto no séc. XVIII e implementado no séc. XIX - houve a necessidade de o Estado sair do seu absentismo e intervir com escopo de regularizar a economia e suprir os *déficits* na distribuição social.

O Estado baseado numa legalidade² a qual justificava seu atuar - restrito basicamente a ações que cingiam a proteção da sociedade contra a violência, o estabelecimento de justiça e a consecução de reduzidas obras e serviços públicos - deixou de existir em face das distorções do capitalismo, como a concentração de renda, quebra da concorrência com os monopólios e as grandes empresas, falta de informação ao consumidor e estratificação da economia.

A figura estatal passa a abarcar inúmeros setores em face do surgimento de novos direitos como a da proteção ao meio ambiente, ao consumidor, ao trabalhador, ao idoso, a criança e ao adolescente, a mulher e tantos outros direitos sociais e metaindividuais.

A lei não é mais o limitador das ações do Estado,³ mais sim o justificador e garantidor da obrigatoriedade da figura estatal em intervir, em atuar, em agir em prol das classes marginalizadas.

2 “Numa palavra de síntese, podem realçar-se as características essenciais da lei no fim do período moderno da seguinte maneira; por um lado a lei não tem substância ética, porque avessa à fluidez da racionalidade que quer transportar consigo e por outro lado, a lei é uma norma dotada de força obrigatória, votada por uma assembleia cuja vontade traduz, vinculativa do juiz, do agente administrativo e do particular e apresentando conteúdo geral e abstrato. A força obrigatória nasce do seu caráter soberano e concretiza-se através de sanções impostas pelos órgãos administrativos e pelos Tribunais. Estes apenas executam a lei pelo que não exercem verdadeiros poderes estatais, ao mesmo nível do legislativo, apenas competências de execução cingidas rigorosamente à lei de modo a que esta penetre na vida social geral. As funções judicial e administrativa são rigorosamente secundárias relativamente à lei. Esta visão hierárquica, vertical e não horizontal, dos poderes do Estado é característica da modernidade. A posição meramente executiva do juiz, álibi da sua irresponsabilidade, vai conduzir a um determinado método de descoberta do Direito, como se viu. O juiz preocupa-se exclusivamente com a descoberta da vontade democrática do legislador, nem outra coisa se lhe poderia pedir, pois que a lei e a respectiva aplicação estão absolutamente separadas. O texto legal, por sua vez, não se separa do respectivo autor nem é considerado na perspectiva de uma ciência objetiva da interpretação, pois que a lei é apenas vista como a expressão autorizada da vontade democrática do legislador. É o método exegético. Daí a importância capital da forma escrita da lei, desconhecida no período medieval” (MONCADA, 2002, p. 77)

3 “A estrutura clássica das leis fica desfigurada; de normas gerais e abstratas com vocação para a permanência passam com frequência a comandos individuais e concretos, deliberados para atender a interesses parcelares e conjunturais e, portanto, passageiros, perdida a respectiva valia ética substituída agora por padrões de eficácia de modo a dar resposta satisfatória aos interesses presentes e afetou-se definitivamente o significado da sua observância”. (MONCADA, 2002, p. 90)

O Estado passa a ser a própria força motriz da economia,⁴ seja expandindo suas estruturas administrativas, seja atuando diretamente por meio de empresas estatais, ou ainda criando normas que limitam o aturar desenfreado do particular.

Esse Estado do bem-estar social deparou-se com o problema de gerenciamento,⁵ constatado no início da década de 1980, em que os gastos públicos só aumentavam, sem existir lastro para cobrir as despesas, e a constatação evidente da falta de efetividade e de concretude na proteção dessa imensa gama de direitos fundamentais.

Ou seja, tinha-se um arcabouço normativo que conferia uma série de direitos, o que acarretou fragmentação do atuar estatal gerando total insatisfação por parte da sociedade, em decorrência da expansão da máquina e de recursos estatais, não se viabilizando ou mesmo não se implementando a proteção de certos setores, além de fragilizar a garantia de direitos básicos como a da saúde, educação, moradia, alimentação, os quais necessariamente têm que ser desenvolvidos pelo Estado.

Com essa crise do gerenciamento estatal as mais diversas reformas administrativas foram realizadas visando:

- a) objetivo econômico:** diminuir o *déficit* público, ampliar a poupança pública e a capacidade financeira do Estado para concentrar recursos em áreas em que é indispensável a sua intervenção direta;
- b) objetivo social:** aumentar a eficiência dos serviços sociais oferecidos ou financiados pelo Estado, atendendo melhor o cidadão a um custo menor, zelando pela interiorização na prestação dos serviços e ampliação do seu acesso aos mais carentes;
- c) objetivo político:** ampliar a participação da cidadania na gestão da coisa pública; estimular a ação social comunitária; desenvolver esforços para a coordenação efetiva das pessoas políticas no implemento de serviços sociais de forma associada;
- d) objetivo gerencial:** aumentar a eficácia e efetividade do núcleo estratégico do Estado, que edita leis, recolhe tributos e define as políticas públicas; permitir a adequação de procedimentos e controles formais e substituí-los, gradualmente, porém de forma sistemática, por mecanismos de controle de resultados.⁶

⁴“ Investindo contra o pensamento econômico convencional, postulando a incapacidade dos mercados para corrigir a subutilização dos recursos produtivos e o desemprego e defendendo a ampliação dos poderes dos bancos centrais com o objetivo de dotá-las de controles mais efetivos sobre as taxas de juros, *Keynes argumentava que, no âmbito de uma economia capitalista dotada de instituições financeiras capazes de criar poder de compra além das disponibilidades correntes, não seria necessária a existência de uma poupança prévia para que os investimentos se efetivassem. Os investimentos, afirmava ele, dependeriam tão-somente das expectativas de lucros dos empresários e da disposição dos gestores das finanças em acreditar na correção daquelas estimativas e adiantar o dinheiro suficiente para aquisição de máquinas, edificação de instalações e contratação de trabalhadores.* Deste modo, a análise keynesiana promove uma inversão nas relações de determinação entre poupança e investimento; são as variações no investimento, exprimindo uma maior ou menor confiança dos empresários na consecução de maiores lucros, que provocam variações no nível de renda e de consumo, restando à poupança como um resíduo que se ajusta passivamente”. (FARIA, 2004, p. 113.)

⁵ “a) suas estruturas fiscais foram desarticuladas pela transnacionalização dos capitais financeiros; b) seus processos decisórios foram comprometidos em sua unidade e autonomia; c) o controle direto das ações e condutas dos agentes produtivos deu lugar a uma espécie de delegação de autoridade a instâncias mediadoras semipúblicas ou privadas; d) seus mecanismos jurídicos entraram em descompasso com as manifestações reais das novas forças presentes na sociedade”. (FARIA, 2004, p. 116.)

⁶ MODESTO, 2001, p. 03.

Temos com isso a formação de um perfil de um novo paradigma de Estado que busca o enxugamento dos seus órgãos e entidades administrativas, transferindo a prestação de serviços a entidades privadas, além de permitir que estas participem de setores econômicos até então monopolizados pelo Estado.⁷

Como preleciona José Bonifácio de Souza Filho:

A evolução mundial ocorrida principalmente nos anos 1980 e 1990 levou países, a começar pela Inglaterra e os Estados Unidos, a delegar à iniciativa privada as tarefas relativas aos serviços públicos... O Estado prestador de serviços públicos deve ser substituído pelo Estado regulador. A iniciativa privada deve assumir o papel do estado prestador de serviços públicos, mas deve haver uma regulação eficiente por parte do Estado.⁸

Entretanto, para evitar as distorções do capitalismo cunhado no liberalismo clássico, o Estado criou entidades administrativas delegatárias de poder regulamentar, para que a mesma pudesse normatizar certas atividades econômicas fundamentais, agora realizadas pelas empresas particulares, garantido que o desenvolvimento desses setores venha por cumprir sua função social.

Essas novas figuras administrativas, no Brasil, por influência do modelo norte-americano, são conhecidas como Agências Reguladoras, sendo criadas na forma de autarquia em regime especial.

Assim explicita sobre essa nova figura da administração brasileira Carlos Ari Sunfeld:

Atualmente, o Brasil vive uma verdadeira febre de criação de agências reguladoras. As várias agências nem seguiram um modelo comum, nem tem competências sempre comparáveis. Mesmo assim há semelhanças. São entidades com tarefas tipicamente de estado: editam normas, fiscalizam, aplicam sanções, resolvem disputas entre empresas, decidem sobre reclamações de consumidores. Gozam de autonomia em relação ao Executivo: seus dirigentes têm mandato e, por isso, não podem ser demitidos livremente pelo Presidente ou Governador; suas decisões não podem ser alteradas pela Administração Central, e assim por diante. Sua tarefa? Ordenar setores básicos da infraestrutura econômica⁹.

⁷ “a) Reforma de la política fiscal, para obtener un presupuesto equilibrado y evitar las posibles tensiones inflacionistas que conlleva la financiación de déficit. El descenso del gasto público provoca una drástica reducción de la política de subvenciones como política redistributiva de rentas y frena la intervención estatal en general. Paralelamente se reducen los impuestos con el objetivo de liberar recursos hacia el sector privado. Reducción de impuestos que debe ir acompañada de una política monetaria restrictiva; b) Una política comercial y arancelaria liberalizadora tendente a eliminar todo tipo de controles y barreras, incluidos los movimientos de capitales; c) Desestatalización de empresas y actividades económicas en general”. (PERALTA, 2006, p. 129)

⁸ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Função normativa regulatória e o novo princípio da legalidade. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (org). **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.62.

⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. Serviço Público e Regulação Estatal. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros: 2006, p. 19.

Constate-se que esse Estado Regulador, quebrando com a rigidez clássica do princípio da tripartição dos poderes, pensado por Locke e desenhado por Montesquieu, desconcentrou a produção e execução de normas do poder legislativo e executivo, transferindo para entidades dotadas de um alto caráter técnico e de autonomia, a regulamentação dos setores econômicos de importância à sociedade, desenvolvido pelo particular.

Em face do exposto, nos questionamos sobre o critério de vigência/validade dessas normas que vem por limitar a liberdade de atuar do particular em certos setores, como de telefonia e energia.

Busca-se, tendo em vista esse novo modelo estatal, analisar, numa perspectiva positivista normativista Kelseniano o caráter de vigência/validade das normas expedidas pelas agências reguladoras. Ou seja, como Kelsen veria o poder regulamentar dessas entidades administrativas?

Vale ressaltar que esse poder de normatizar que detém as Agências Reguladoras tem sua constitucionalidade posta em cheque por uma ala da doutrina brasileira, que apontam que esta está usurpando as funções do Poder Legislativo, do Judiciário e do Executivo, violando assim o princípio da tripartição dos poderes previsto no art. 2º da Carta Magna brasileira.

Além, é claro, da violação do princípio da legalidade, em que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, previsto no art. 5º, inciso II, da Constituição Federal.

Face o exposto, dimensionando a um caso concreto: seria válida a limitação dos preços de tarifas de telefonia, impostas as concessionárias por meio da Resolução nº 458/2007 expedida pela Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, tendo em vista o enfoque do pensamento de Kelsen?

2 O PODER REGULAMENTAR E A TEORIA PURA DE KELSEN

2.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES.

De início podemos afirmar categoricamente que independente de ser partidário ou não da Teoria Pura do Direito do austríaco Hans Kelsen, a sua importância é inegável, tendo em vista o mérito pela ousadia em buscar sistematizar a ciência jurídica desprovido de total ideologia política e de todos os elementos de cunho natural.

Tércio Sampaio¹⁰ afirma que a teoria de Kelsen foi o divisor de águas para toda a teoria jurídica contemporânea, face os debates do séc. XIX e início do séc. XX, nos quais as várias tendências do positivismo somado com as teorias da livre interpretação punham em cheque a própria autonomia da ciência jurídica.

Havia os que defendiam uma metodologia baseada na acoplagem da ciência jurídica com outras ciências sociais como a Sociologia e a Psicologia, bem como, a corrente que defendia que a liberação da ciência jurídica ocorreria com o critério da livre valoração, além dos que defendiam a volta dos parâmetros jusnaturalistas.

O próprio Kelsen em sua obra designa pura a teoria do direito (por ele prelecionada), pois tem por metodologia fundamental obter o conhecimento do direito expurgando todos os demais conhecimentos que não pertençam ao seu objeto (a norma), sepultando, assim, as confusões metodológicas acima suscitadas dando o caráter de autonomia da ciência jurídica.

Quando a si própria se designa como “pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental.¹¹

No próprio prefácio do seu livro, Kelsen, vem por delinear qual o seu objetivo:

Há mais de duas décadas que empreendi desenvolver uma teoria jurídica pura, isto é, purificada de toda a ideologia política e de todos os elementos de ciência natural, uma teoria jurídica consciente da sua especificidade porque consciente da legalidade específica do seu objeto. Logo desde o começo foi meu intento elevar a Jurisprudência, que - aberta ou veladamente - se esgotava quase por completo em raciocínios de política jurídica, à altura de uma genuína ciência, de uma ciência do espírito. Importava explicar, não as suas tendências endereçadas à formação do Direito, mas as suas tendências exclusivamente dirigidas ao conhecimento do Direito, e aproximar tanto quanto possível os seus resultados do ideal de toda a ciência: objetividade e exatidão.¹²

Tenha-se a acuidade de não enveredar nas falaciosas afirmações de que a teoria pura do direito kelseniana é avalorativa, ou seja, que Kelsen em sua teoria do direito eliminou total e qualquer possibilidade de valoração da norma.

¹⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. **Para entender Kelsen**. São Paulo: Editora Max Limonad, 1995, p. 13.

¹¹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 5.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 01.

¹² Idem, p. XI.

O jurista em tela admitiu o valor como o juízo de correspondência entre a conduta fática e a norma que prescreve uma conduta devida. Ou seja, uma conduta real seria boa se acabasse por corresponder perfeitamente com a norma, e a conduta real seria má se não correspondesse aos ditames prescritos pela norma.

Quando uma norma estatui uma determinada conduta como devida (no sentido de “prescrita”), a conduta real (fática) pode corresponder à norma ou contrariá-la. Corresponde à norma quando é tal como deve ser de acordo com a norma; contraria a norma quando não é tal como, de acordo com a norma, deveria ser, porque é o contrário de uma conduta que corresponde à norma. O juízo segundo o qual uma conduta real é tal como deve ser, de acordo com uma norma objetivamente válida, é um juízo de valor, e, neste caso, um juízo de valor positivo.¹³

Perceba que Kelsen contraponha-se a um juízo de valor que viesse por afirmar que uma conduta fática era boa ou má em função do próprio “ser” da conduta, sem referência a uma norma fundamental pressuposta.

Os juízos de valor segundo os quais uma conduta real corresponde a uma norma considerada objetivamente válida e, neste sentido, é boa, isto é, valiosa, ou contraria tal norma e, neste sentido, é má, isto é, desvaliosa, devem ser distinguidos dos juízos de realidade que, sem referência a uma norma considerada objetivamente válida - o que, em última análise, quer dizer: sem referência a uma norma fundamental pressuposta - enunciam que algo é ou como algo é.¹⁴

O valor subjetivo, relação entre o objeto com o desejo ou vontade de um ou vários indivíduos, tendo por bases componentes emocionais, é rechaçado por Kelsen, mas admitia o valor objetivo, relação de conduta com uma norma objetivamente válida¹⁵.

De tal maneira as afirmações de que Kelsen em busca da pureza do direito excluiu qualquer tipo de juízo de valor vai de encontro com o real positivismo normativo proposto pelo jurista austríaco.

2.2 A NORMA PARA KELSEN.

O que seria a norma senão um comando oriundo de um ato de vontade prescrevendo uma proibição, permissão ou obrigação de um comportamento humano, respaldada por uma medida coercitiva historicamente determinada e monopolizada pelo Estado.

¹³ Idem, p. 18-19.

¹⁴ Idem, p. 19

A norma é constituída por um ato de vontade que prescreve como um homem deve ser portar em determinada situação fática. Ou seja, a norma representa a vontade de um homem em querer que outro homem haja de uma determinada forma.

O dever-ser – a norma – é o sentido de um querer, de um ato de vontade, e – se a norma constitui uma prescrição, um mandamento – é o sentido de um ato dirigido à conduta de outrem, de um ato, cujo sentido é que um outro (ou outros deve (ou devem) conduzir-se de determinado modo.¹⁶

Note que a norma que prescreve uma conduta não se confunde com o ato que a constitui, estando em planos diversos. A norma¹⁷ seria um “dever-ser”, enquanto que o ato que a constitui seria um “ser”. De tal maneira a norma não está vinculado ao seu ato constituidor, persistindo a sua existência, mesmo que o “ser” que o criou deixe de existir.

Então vem a interrogação do por que se devem acatar essas normas que prescrevem o desejo de um homem em querer que outro homem haja de uma determinada maneira ou não?

Como já mencionada acima Kelsen busca no estudo do direito, como técnica social específica de regulação da conduta humana, afastar todas as questões de natureza política, metafísica, ideológica, etc., dos ideais jurídicos, ou seja, não procura o autor em tela fundamentar o direito em uma questão de justiça, mas em uma hipótese jurídica.

De tal maneira, uma norma constituída por um ato de vontade, que prescreve o desejo de como outra pessoa deveria se portar, será um acontecimento jurídico, será válido, se esse sentido subjetivo se adequar ao sentido objetivo fornecido por outra norma, sendo esse o seu fundamento.

2.2.1 Validade/Existência e Eficácia da Norma

Em sua obra póstuma Kelsen¹⁸ assim se manifesta sobre a validade: “Quando se diz: ‘uma norma vale’, admitir-se essa norma como existente. ‘Validade’ é a específica existência

¹⁶ KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Tradução José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986, p. 03.

¹⁷ Ob. cit., p. 04. A norma estatui um dever-ser. Diz-se isto de toda norma, no entanto, o termo dever-ser é empregado num sentido mais amplo que no uso habitual da linguagem. Segundo este, diz-se apenas daquele ao qual uma norma válida prescreve (impõe) uma determinada conduta, que ele “deve” conduzir-se certo modo. Enquanto se diz de outro, a quem uma norma autoriza certa conduta, que ele “pode” conduzir-se de certa maneira; e de outro, a quem é permitida uma certa conduta pela ordem normativa, que ele “tem permissão” para conduzir-se de determinada forma.

¹⁸ KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Ob. cit., p. 03-04.

da norma...”. Ou seja, ao dizer que uma norma vale está se dizendo que tal norma existe dentro de um ordenamento jurídico.¹⁹

A aferição da pertinência do sentido subjetivo de uma norma ao sentido objetivo dado por outra norma, sendo essa, o fundamento de validade da primeira, vem por expressar a existência desta. Se existe, então é juridicamente obrigatória.

E como preleciona Sgarbi²⁰ duplamente obrigatória, pois tem que ser obedecida pelos sujeitos normativos e pelos órgãos jurisdicionais, os quais devem aplicá-la coativamente toda vez que tiver sido descumprida.

Então vem a questão de determinar quais os critérios objetivos para a aferição da validade das normas. Kelsen nos brinda com duas perspectivas para tanto, uma “estática” e outra “dinâmica”.

Na perspectiva “estática” aferiríamos a validade de uma norma através de deduções lógicas e silogismos. As normas são determinadas de forma implícitas pelo processo de inferências a partir da norma de origem. Esse método seria o utilizado no caso das normas morais.

Já na perspectiva “dinâmica” a norma será válida se produzida pela autoridade competente, seguindo determinados procedimentos, assim estabelecidos por outra norma de hierarquia superior, formando assim sistema escalona de normas que prescreve competências e procedimentos de produção de outras normas.

Kelsen conclui que o ordenamento jurídico possui uma composição dinâmica, ou seja, a validade da norma não resulta de um fato de poder²¹, mas do fato do autor estar autorizado a emitir mandados obrigatórios.

O fundamento de validade/existência da norma não é em face do ato de vontade, mas pelo fato de ter sido elaborado segundo a prescrição de uma norma que se encontra numa escala superior.

A norma jurídica é o produto de um ato de vontade jurídica, exprimindo a ideia de um deve ser, ainda que efetivamente não seja ou não ocorra. De tal maneira, a norma pode ser válida e não ser eficaz em um caso concreto.

19 BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico – lições de filosofia do direito**. São Paulo: Editora Ícone, 1995, p. 136-137. Bobbio assim se manifesta sobre a validade: “A validade de uma norma jurídica indica a qualidade de tal norma, segundo a qual existe na esfera do direito ou, em outros termos, existe como norma jurídica. Dizer que uma norma jurídica é válida significa dizer que tal norma faz parte de um ordenamento jurídico real, efetivamente existente numa dada sociedade”.

20 SGARBI, Adrian. **Hans Kelsen – ensaios introdutórios (2001-2005)**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 08.

21 GONÇALVES, Jair. **Herança jurídica de Hans Kelsen**. Campo Grande: Editora UCDB, 2001, p. 78.

A validade e a eficácia da norma estão em planos diversos, tendo em vista a validade da norma é de ordem do “dever ser” e a eficácia da mesma ao caso concreto, a situação fática, estar na ordem do “ser”.

Quando falamos que uma norma é validade/existe temos uma ideia de aferi-la com as normas superiores que a precedem, visão essa diversa quando afirmamos que uma determinada norma foi aplicada e respeitada em determinada situação.

Temos o seguinte, a validade não se confunde com eficácia, esta é apenas condição da primeira. Isso é o fato de uma determinada norma não ser respeitada e obedecida em certas situações não compromete sua existência, sendo necessária para manutenção dessa validade/existência uma mínima eficácia.

Ampliando o foco da norma para o ordenamento jurídico, podemos afirmar que a falta de eficácia de algumas normas não vêm por invalidar ou determinar a inexistência do ordenamento, mas é verdade, também, que a norma jurídica, singularmente tratada, será tida como inválida em caso de sobrevier ineficácia global do ordenamento jurídico.

Exemplificando: o crime de adultério e sedução previsto no Código Penal, até 2005, no enfoque de Kelsen seria tido como uma norma inválida, pois deixou de ser eficazmente sancionado por um longo período. Essa ineficácia na punição desses tipos penais, hoje revogados, em nada comprometeu a validade/existência da ordem jurídica brasileira. Já o nosso Código Penal e demais normas jurídicas seriam tidas como totalmente inválidas se uma nova constituinte se forma-se suplantando a ordem jurídica anterior.

De tal forma podemos concluir que para uma norma jurídica singular se tida como válida são necessários três pressupostos: a) competência da autoridade criadora da norma, tendo por fundamento uma norma superiora; b) um mínimo de eficácia e; c) eficácia global do ordenamento jurídico da qual faz parte²².

2.3 VISÃO DE KELSEN FACE O PODER REGULAMENTAR

Diante do exposto temos subsídios para analisar a validade de atos de caráter normativos expedidos pelas Agências Reguladoras em uso do seu poder regulamentar sob a perspectiva positivista normativa kelseniana.

Com a crise do Estado em gerenciar os mais diversos setores, comprometendo a efetivação do alargado rol dos direitos fundamentais em decorrência da busca de um bem-

22 COELHO, Fábio Ulhoa. **Para entender Kelsen**. São Paulo: Editora Max Limonad, 1995, p. 43-44.

estar social, e a impossibilidade do Poder Legislativo em norma todas as situações com milhares de especificidades, faz eclodir no Brasil o processo de privatização do serviço público.

Para não cometer a ingenuidade de acreditar que a “mão invisível” do mercado regularia tudo, o Estado cria entidades com alto caráter técnico para expedir normas que discipline a prestação desses serviços garantindo os valores do interesse público contrapondo com a discricionariedade que geralmente se rege as atividades privadas.

No presente momento existem inúmeras entidades criadas sob a forma de autarquias em regime especial. Especialidade esta conferida em função da capacidade peculiar de disciplinar determinados setores de interesse econômico e social.

Essa autarquia detentora de um regime especial que compõe a administração indireta e descentralizada, integrando o Poder Executivo, vem sendo conhecida como Agência Reguladora, decorrente de empréstimo da terminologia norte-americana.

De tal maneira, vislumbrando o sistema escalonado de normas de Kelsen nas quais temos a norma hipotética fundamental (norma pressuposta que determina a obediência a Constituição), a Constituição Federal (norma posta de maior hierarquia), leis (expedido pelo Poder Legislativo), atos infralegais (sentença judicial, atos administrativos, atos jurídicos de caráter privado) e a execução da norma no caso concreto, podemos afirmar que os atos normativos produzidos por essas Agências Reguladoras enquadram-se como atos administrativos, visto, por óbvio, não integrarem como ente do Poder Legislativo²³ e, muito menos, do Poder Judiciário.

Então, como se fundamenta a obrigatoriedade das normas expedidas por essas Agências Reguladoras? Ou melhor, como Kelsen analisaria a validade/existência desse poder regulamentar conferidas a essas entidades da administração indireta?

Partindo do pressuposto que tais atos das Agências possuem um mínimo de eficácia e que a ordenamento jurídico brasileiro é globalmente eficaz, nos resta analisar, dentre o rol ofertado por Kelsen, a questão da competência da autoridade expedidora da norma.

Para tanto, utilizaremos um caso-problema. Por que uma empresa concessionária de serviço de telefonia fixa oferta um plano básico, necessariamente com uma tarifação de 200 minutos? Por que não pode ser 100 minutos? Ou melhor, por que o consumidor é obrigado a pagar um valor fixo, ou invés de pagar tão somente pelos minutos que consome?

²³ Constituição Federal do Brasil de 1988 - Art. 44. O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

Porque a Anatel – Agência Nacional de Telecomunicações, assim o determinou no uso de suas competências para regular a prestação de serviços de telecomunicações, através de regulamento aprovado pela Resolução nº 424 de 05 de dezembro de 2005.

A Anatel pode determinar tal tarifação, pois sua competência para tanto foi atribuídas pela Lei nº 9.472/97, onde esta foi elaborada e aprovada pelas casas do Congresso Nacional, criando a entidade supra, a qual compõe a administração indireta (autarquia em regime especial) com o fito de disciplinar a prestação de serviços de telecomunicações.

As casas do Congresso, assim, aprovaram a Lei nº 9.472/97, pois a Constituição Federal de 1988 as criou atribuindo-as o exercício do poder legiferante para a elaboração de normas gerais e abstratas, bem como o procedimento para tanto.

A Constituição é a carta maior do Estado, contém normas que regulam a produção de outras normas, assuntos politicamente importantes e preceitos que possibilitam sua alteração, o qual é criado pelo poder constituinte originário.

Então, obedecemos aos ditames estabelecidos pelo poder constituinte originário, manifestado através da Constituição em face da pressuposição da norma hipotética fundamental que determina a prescrição de obediência ao editor da Constituição.

Nesse dinamismo kelseniano, em que uma norma possui sua validade fundamentada em outra norma hierarquicamente superior, vamos nos defrontar com preposições que afirmam que a norma estatuída pela Anatel não é válida por ser inconstitucional.

Ou seja, validade da norma, supra, estaria maculada em virtude, como atesta alguns juristas, pela prescrição constitucional da indelegabilidade do poder legislativo a um órgão/entidade da administração, qual estaria violando o princípio da separação dos poderes, além de que o princípio da legalidade, previsto no capítulo dos direitos e garantias fundamentais, que determina que “ninguém está obrigado a fazer ou não fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

De tal maneira, esta se questionando a constitucionalidade dessa nova figura da administração indireta, as chamadas agências reguladoras. Então, em decorrência dessa estrutura de escalonamento de normas, se a lei que cria essas entidades da administração é inconstitucional, as respectivas normas por elas emanadas também o serão, ocorrendo assim, o “efeito dominó”.

De plano, segundo o enfoque apresentado por Kelsen, é algo totalmente contraditório falar em uma lei inconstitucional, pois uma norma só é válida, ela só existe no ordenamento jurídico quando tem amparo da Constituição. Então, se a lei só existe porque tem sua validade fundamentada na Constituição, como ela pode ser uma lei inconstitucional?

Assim prelecionava Kelsen:

A afirmação de que uma lei válida é “contrária à Constituição” (anticonstitucional) é uma *contradictio inadjecto*; pois uma lei somente pode ser válida com fundamento na Constituição. Quando se tem fundamento para aceitar a validade de uma lei, o fundamento da sua validade tem de residir na Constituição. De uma lei inválida não se pode, porém, afirmar que ela é contrária à Constituição, pois uma lei inválida não é sequer uma lei, porque não é juridicamente existente e, portanto, não é possível acerca dela qualquer afirmação jurídica.

O que concluí com o exposto acima, tendo por base o formalismo do positivismo kelseniano, é que se a norma é válida, ou seja, foi posta no ordenamento jurídico pelo órgão competente, assim determinado pela lei de hierarquia superior, não temos que falar em norma inconstitucional.

Essa busca em determinar a pureza do direito fez com que o conteúdo da norma não fosse relevante para a análise da sua validade pelo cientista do direito. De tal maneira, o estudioso da ciência do direito não analisa como já fazia os jusnaturalistas, se a norma é certa ou errada, justa ou injusta, boa ou ruim, pois se assim o fizesse estaria realizando um juízo de valor tendo por base elementos que não compõem a essência do direito, como as questões de caráter moral, políticos, sociais, ideológicos, etc.

Ocorre, em face desse raciocínio, que a norma expedida pela Anatel regulando o sistema de telefonia fixa, de sorte é válida, pois a sua existência não está condicionada ao seu conteúdo, mas sim pela norma superior expedida pela autoridade competente que criou e atribuiu a competência a Anatel na matéria de regulação dos serviços de telecomunicação.

Perceba, mais uma vez, que não é uma questão de certo ou errado, justo ou injusto, mas se a norma é válida ou inválida.

Como a norma foi expedida pela autoridade competente, possui eficácia e o sistema é globalmente eficaz, só podemos concluir pela validade das normas expedidas por agência reguladoras.

Ademais, as chamadas leis inconstitucionais, não passam de leis criadas conforme a Constituição que posteriormente foram anuladas por meio de um processo especial, onde a própria carta Constitucional determinou que tal processo especial fosse realizado seja pelo parlamento, seja pelos tribunais, seja por um órgão político.

Pode-se aferir que no Brasil se questionou a constitucionalidade da Lei 9.472/97, que originou a Anatel e determinou suas competências, por meio da ADIN nº 1.668-DF, em sede de medida cautelar, onde o Supremo Tribunal Federal declarou a lei supra conforme os ditames previstos na Constituição:

EMENTA: COMUNICAÇÕES – LEI GERAL N 9.427/97 – CONTROLE CONCENTRADO. ADMISSIBILIDADE PARCIAL DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE E DEFERIMENTO EM PARTE DA LIMINAR ANTE FUNDAMENTOS RESTRATADOS NOS VOTOS QUE COMPÕE O ACÓRDÃO. Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do STF, em sessão plenária, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em não conhecer da ação direta quanto aos artigos 8 e 9 da lei n. 9.427, de 16 de julho de 1997. Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, apreciando normas inscritas na lei n. 9.427, de 16 de julho de 1997, resolveu: 1) deferir, por votação unânime, o pedido de medida cautelar, para suspender, até a decisão final da ação, a execução e aplicabilidade das expressões “simplificado” e “nos termos por ela regulados”, constantes no artigo 119; 2) deferir, por maioria de votos, o pedido de medida cautelar, para suspender, até a decisão final da ação, a execução e aplicabilidade do artigo 19, inciso XV, vencidos os Ministros Nelson Jobim, Ilmar Galvão, Octavio Gallotti, Sydney Sanches e Moreira Alves, que o indeferiam; 3) deferir, em parte, o pedido de medida cautelar para: a) quanto aos incisos IV e X do artigo 19, sem redução de texto, dar-lhes interpretação conforme a Constituição Federal, com o objetivo de fixar exegese segundo a qual a competência da Agência de Telecomunicações para expedir normas subordinadas aos preceitos legais e regulamentares que regem a outorgar, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público e no regime privado, vencido o Ministro Moreira Alves, que o indeferia;... (PLENO, ADI 1668/DF, rel. Min. Marco Aurélio, DJU 16.04.2004, p. 52).

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por tudo descrito, chegamos à conclusão que o poder regulamentador elencado a certas entidades da administração indireta, encontra fundamentos para sua validade pelo ponto de vista do positivismo normativo de Kelsen.

O positivismo de Kelsen, no qual a validade da norma esta condicionada à obediência dos ditames de uma norma superior pela norma inferior, ou seja, uma norma teria como pressuposto de sua existência uma norma de hierarquia superior, nos permite legitimar uma resolução de uma agência reguladora, no momento em que essa resolução obedeça e se limite aos comandos das normas elas superiores.

Ou seja, seguindo o formalismo inerente a obra de Kelsen, ao se averiguar que uma determinada norma possui uma eficácia mínima, que o sistema é válido globalmente e que a norma foi expedida pela autoridade competente, como assim determina outra norma de nível mais elevada, pode-se dizer que essa norma é válida, que essa norma existe.

Por tal raciocínio, se configura que a norma expedida pela Anatel regulando o sistema de telecomunicações no Brasil, de sorte é válida, pois a sua existência não esta condicionada ao seu conteúdo, mas sim pela norma superiora expedida pela autoridade competente que criou e atribuiu a competência a Anatel para tanto.

Constate que a alegação de inconstitucionalidade da Lei nº 9.472/97 é infundada e incongruente, pois uma norma só pode existir se estiver conforme a Constituição, não se admitindo assim, por uma total falta de lógica, falar em lei inconstitucional, como bem a ADIN nº 1.668-DF nos confirma.

Portando, vislumbra-se, assim, que a delegação da capacidade de expedir normas de caráter geral, abstrata e setorial, feita do Poder Legislativo para pessoas jurídicas que compõe a administração indireta, bem como a validade dessas normas, coaduna-se perfeitamente com a teoria justificante geral do direito na perspectiva do austríaco Hans Kelsen.

REFERÊNCIAS

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Função normativa regulatória e o novo princípio da legalidade. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Org). **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis. **Curso de filosofia do direito**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2007.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, PLENO, Ação Direta de Inconstitucionalidade 1668 Medida Cautelar/DF, rel. Min. Marco Aurélio. **Diário de Justiça da União**, Brasília, 16.04.2004, p. 52.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20 fev. 2009.

_____. Lei nº 9.472 de 16 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 de julho de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9984.htm>. Acesso em: 20 fev. 2009.

_____. Resolução da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL nº 458 de 08 de fevereiro de 2007. Aprovar o Regulamento de Remuneração pelo Uso de Redes de Prestadoras do Serviço Telefônico Fixo Comutado - STFC, na forma do Anexo a esta Resolução. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 09 de fevereiro de 2007. Disponível em: <http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=139466&assuntoPublicacao=Resolu%E7%E3o%20458/07%20&caminhoRel=Cidadao-BibliotecaAcervo%20Documental&filtro=1&documentoPath=/biblioteca/resolucao/2007/res_458_2007.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2011.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Para entender Kelsen**. São Paulo: Max Limonad, 1995.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004.

GONÇALVES, Jair. **Herança jurídica de Hans Kelsen**. Campo Grande: Editora UCDB, 2001.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 5.ed. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

_____. **Teoria geral das normas**. Tradução José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986

PERALTA, Antonio Espantaleón. Neoliberalismo, globalización y estado de bienestar. In: GÓMEZ, Manuel Herrera; REQUENA, Antonio Trinidad (Coords.). **Administración pública y Estado de bienestar**. Madrid: Thopson Civitas, 2006.

MODESTO, Paulo. Reforma administrativa e marco legal das organizações sociais no Brasil - as dúvidas dos juristas sobre o modelo das organizações sociais. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador, v.1, n.9, dez. 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_9/DIALOGO-JURIDICO-09-DEZEMBRO-2001-PAULO-MODESTO.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2008.

MONCADA, Luís S. Cabral de. **Ensaio sobre a lei**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002

SGARBI, Adrian. **Hans Kelsen – ensaios introdutórios (2001-2005)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SUNDFELD, Carlos Ari. Serviço Público e Regulação Estatal. In: _____. **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006.