ibdp Instituto Brasileiro de Direito Público

Direito do Estado .com.br O Direito Público da Cidadania

R e RE | Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado

Número 18 – junho/julho/agosto 2009 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-1888

O PODER REGULAMENTAR SEGUNDO O ASPECTO POSITIVISTA NORMATIVISTA DE KELSEN E POSITIVISTA REALISTA DE ROSS

Prof. Rocco Antonio Rangel Rosso Nelson

Advogado. Especialista em Direito e Cidadania pela Escola Superior do Ministério Público. Especialista em Direito Penal e Criminologia pela Universidade Potiguar. Mestrando 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.

SUMÁRIO: 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS. 2. O PODER REGULAMENTAR E A TEORIA PURA DE KELSEN; 2.1. Considerações preliminares; 2.2. A norma para Kelsen; 2.2.1. Validade/existência e eficácia da norma; 2.3. Visão de Kelsen face o poder regulamentar. 3. A JUSTIFICATIVA DO REALISMO ESCANDINAVO EM FACE DO PODER REGULAMENTAR; 3.1. Considerações preliminares; 3.2. A vigência da norma para Alf Ross; 3.3. O poder regulamentar na visão realista de Ross. 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

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

O Estado baseado numa legalidade cuja 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 meta-individuais.

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

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

Esse Estado do bem-estar social deparou-se com o problema de gerenciamento, constatado no início da década de 80, onde 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, tínhamos 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 maquina 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 económico: diminuir o *déflcit* 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. [1]

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.

Como preleciona José Bonifácio de Souza Filho:

> *A evolução mundial ocorrido principalmente nos anos 1980 e 90 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.*[2]

Entretanto, para evitar as distorções do capitalismo cunhado no liberalismo clássico, o Estado criou entidades administrativas delegatarias de poder regulamentar, para que a mesma pudesse normar certas atividades econômicas fundamentais, agora realizadas pelas empresas particulares, garantido que o desenvolvimento desses setores venham 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 Sundfeld:

> *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*

[1] MODESTO, Paulo. Reforma administrativa e marco legal das organizações sociais no Brasil - as dúvidas dos juristas sobre o modelo das organizações sociais. IN: **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador, ano 1, n.9, dez. 2001, p. 03.

[2] 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**. Editora Forense: Rio de Janeiro, 2006, p.62.

> *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, pó 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 infra-estrutura econômica*[3]*.*

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.

Buscamos, tendo em vista esse novo modelo estatal, analisar, numa perspectiva positivista normativista Kelseniano e realista Rossiniano o caráter de vigência/validade das normas expedidas pelas agências reguladoras. Ou seja, como Kelsen e Alf Ross veriam o poder regulamentar dessas entidades administrativas.

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

Além, é claro, da violação do princípio da legalidade, onde *"ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei",* previsto no art. 5°, 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 e de Ross?

[3] SUNDFELD, Carlos Ari (coordenador), **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 19.

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 Sampaio[4] 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, onde 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.* [5]

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

[4] COELHO, Fábio Ulhoa. **Para entender Kelsen**. São Paulo: Editora Max Limonad, 1995, p. 13.
[5] KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito** - Tradução João Baptista Machado. 5º ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1997, p. 01.

> *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.* [6]

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.

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.* [7]

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.

[6] Idem, p. XI.

[7] Idem, p. 18-19.

> *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.*[8]

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 válida[9].

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.

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.*[10]

[8] Ibdem, p. 19.

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

Note que a norma que prescreve uma conduta não se confunde com o ato que a constitui, estando em planos diversos. A norma[11] seria um "dever-ser", enquanto que o ato que a constitui seria um "ser". De tal maneira a norma não esta 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 Kelsen[12] assim se manifesta sobre a validade: *"Quando se diz: 'uma norma vale', admitir-se essa norma como existente. 'Validade' é a especifica existência da norma..."*. Ou seja, ao dizer que uma norma vale está se dizendo que tal norma existe dentro de um ordenamento jurídico.[13]

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.

---

[11] [11] KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas.** 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 valida prescreve (impõe) uma determinada conduta, que ele "deve" conduzir-se certo modo. Enquanto se diz de outro, a quem uma norma autoriza uma 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.

[12] KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas.** Ob. cit., p. 03-04.

[13] 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 valida significa dizer que tal norma faz parte de um ordenamento jurídico real, efetivamente existente numa dada sociedade".

E como preleciona Sgarbi[14] 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 poder[15], 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 idéia 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.

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 idéia de aferir-la com as normas superioras 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.

---

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

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

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 invalida 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 parte[16].

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-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.

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

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 onde 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 essa Agências Reguladoras enquadram-se como atos administrativos, visto, por óbvio, não integrarem como ente do Poder Legislativo[17] 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 conferias 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?

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 n. 424 de 05 de dezembro de 2005.

A Anatel pode determinar tal tarifação, pois sua competência para tanto foi atribuídas pela Lei 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 9.472/97, pois a Constituição Federal de 1988 as criou atribuindo-as o exercício do poder de legiferação para a elaboração de normas gerais e abstratas, bem como o procedimento para tanto.

[17] 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.

A Constituição é a carta maior do Estado, contem 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, onde uma norma possui sua validade fundamentada em outra norma hierarquicamente superior, vamos nos defrontar que 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 capitulo dos direitos e garantias fundamentais, que determina que *"ninguém esta 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 concluímos com o exposto acima, tendo por base o formalismo do positivismo kelseniano, é que se a norma é validade, 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 certo 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 compõe 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 fixo, de sorte é válido, 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 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.

Podemos 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 RETRATADOS 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. A JUSTIFICATIVA DO REALISMO ESCANDINAVO EM FACE DO PODER REGULAMENTAR

3.1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Contrapondo o positivismo normativo de Kelsen, baseado num formalismo exarcebado que enfoca o direito sob o aspecto do "dever-ser", temos a escola do realismo jurídico, que enfoca o direito sob o ângulo do "ser", considerando o direito, de tal maneira, uma realidade factual.

A filosofia do realismo jurídico, desenvolvida na metade do século passado, nos Estados Unidos e nos países Escandinavos, acolhe as corrente teóricas que se afastam das investigações jusfilosóficas de ordem metafísica ou ideológica, negando de tal forma as idéias absolutas sobre o direito, considerando, apenas, a realidade jurídica construída a partir das declarações dos tribunais ao decidir no caso concreto.

Apesar desse realismo não trazer consigo a denominação de positivista, fica claro que o são, pois o que seria o positivismo senão uma doutrina que só vislumbra como direito o positivo, ou seja, o direito posto pelo soberano do estado, mediante normas gerais e abstratas, contrapondo assim, o direito natural e surgindo a partir do reconhecimento das leis naturais, de existência *a priori*, constatada pelo uso da razão.

Grócio[18] já assim definia direito natural:

[18] Apud BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico – lições de filosofia do direito**. São Paulo: Editora Ícone, 1995, p. 20-21.

O direito natural é um ditame da justa razão destinado a mostrar que um ato é moralmente torpe ou moralmente necessário segundo seja ou não conforme à própria natureza racional do homem, e a mostrar que tal ato é, em conseqüência disto vetado ou comandado por Deus, enquanto autor da natureza.

Os realistas combatem ferreamente todas as idéias absolutas de justiças, negando a dedução das leis por meio de princípios absolutos de justiça. Pregam uma interpretação antijusnaturalista, onde os elementos norteadores do direito seriam resultados da expressão concreta da sociedade, ou seja, obtida por meios empíricos.

Entretanto, como assevera Bobbio[19], esse positivismo realista não se enquadra num positivismo em sentido estrito, tendo em vista o fato de que o positivismo, entendido como um conjunto de normas expedidas pela autoridade soberana, introduz o elemento validade prescindido da constatação da aplicação dessas normas, ou seja, o direito teria a validade como elemento do seu conceito, independente da eficácia.

É nesse ponto que o realismo se contradita no que Bobbio[20] chamou de positivismo em sentido estrito, pois esse positivismo afere a insuficiência do conceito de direito, baseado tão somente, no elemento validade, sendo necessário, também o elemento da eficácia.

Tal conclusão se da pela observação que faz essa escola em constatar que o direito é uma realidade social e de fato, a qual tem por função ser aplicada nas interações sociais, e caso não ocorra tal aplicação, não sendo eficaz, não podemos falar em direito.

Percebe-se que a estrutura escalonada de normas (pirâmide hierárquica) de Kelsen não subsiste no realismo jurídico, isso em razão de que o direito não é uma norma abstrata preestabelecida, originaria de um órgão legislador, mas sim, é a sua própria aplicação ao caso concreto feito pelo juiz/tribunal, não existindo uma norma superior hierárquica.

3.2. A VIGÊNCIA DA NORMA PARA ALF ROSS

Pondera Ross que o sistema normativo será vigente caso sirva como esquema interpretativo de um conjunto de ações sociais, de modo que seja possível compreender um todo coerente de significado e motivação, nos dando a capacidade de predizê-las.[21]

[19] Idem, p.142.
[20] Ibdem, p142.
[21] ROSS, Alf. **Direito e justiça -** Tradução Edson Bini. São Paulo: Editora Edipro, 2003, p.59.

Esse atributo do sistema como esquema interpretativo que possibilita essa capacidade de predizê-las tem por fito o fato das normas serem efetivamente acatadas por serem sentidas socialmente como obrigatórias.

De tal maneira, Ross, em seu raciocínio, deduz que os fenômenos jurídicos[22], modalidades de fatos sociais, que constituem o contraponto às normas jurídicas são as decisões dos tribunais/juízes, sendo neste cerne que temos que vislumbrar a vigência/validade do direito.

Após essa seqüência lógica de idéias, Ross, assim define o que seria um ordenamento jurídico vigente:

> *Em conformidade com isso, um ordenamento jurídico nacional, considerado como um sistema vigente de normas, pode ser definido como o conjunto de normas que efetivamente operam na mente do juiz, porque ele as sente como socialmente obrigatórias e por isso as acata. O teste da vigência é que nesta hipótese – ou seja, aceitando o sistema de normas como um esquema interpretativo – podemos compreender as ações do juiz como respostas plenas de sentido a dadas condições e, dentro de certos limites, podemos predizer essas decisões.*[23]

Atente-se ao fato de que o destinatário das normas jurídicas, para Ross, não é o individuo comum, mas a entidade judiciária competente. Isso porque, são estes que iram exercer o "direito em ação", gerando o fenômeno jurídico, o qual consiste num conjunto de decisões dos juízes, impostas pelo aparato de força do Estado.

Um exemplo para melhor compreender a visão realista de Ross. Imaginemos o famoso Mévio que com *animus necandi* vem por disparar arma de fogo contra o famigerado Tício, vindo este a falecer.

A situação fática narrada sendo interpretada a partir da "ideologia das normas", no caso brasileiro a partir do artigo 121 do Código Penal, ganha significado especifico como ato jurídico, constituindo um fenômeno jurídico, em sentido lato.

Entretanto, só poderíamos falar em uma norma vigente quando esses fenômenos jurídicos assim forem reconhecidos pelos tribunais. Ou seja, o artigo supra do código penal é uma diretiva ao juiz, permitindo-o interpretar que a conduta de um homem em matar o seu semelhante é proibida, tornando a presente norma penal vigente quando o fato proibido é descoberto e julgado pelos tribunais, onde se impõe uma sanção ao sujeito ativo do delito.

---

[22] Que são ações humanas regulamentadas por normas jurídicas.
[23] ROSS, Alf. **Direito e justiça.** Ob. cit., p.59.

Só atente que isso pode gerar um paradoxo. Isto é, como a vigência da norma só se constata com a sua aplicação ao caso concreto pelo juiz, se a mesma norma é obedecida ou se as pessoas a ignoram, essas condutas sócias são indiferentes, o que impossibilita a constatação de sua vigência, pois se a proibição exarada da norma é acatada na vida extrajudicial, a averiguação de sua vigência pelos tribunais fica comprometida.[24]

Ou seja, na concepção de direito rossiniana a desobediência da norma, sendo constada a mesma pelos tribunais é que faz luzir o direito, e não o seu cumprimento espontâneo.

Atente que Ross claramente diverge de Kelsen[25], pois enquanto esse se detém no aspecto do "dever-ser", onde o direito seria constituído tão somente por validade, Ross vê o direito não só como validade, mas também como eficácia, como uma manifestação empírica, pois o que seria o direito senão uma realidade social com o fito de ser aplicado nas situações factuais.

Esse direito, como realidade social está arraigado na obra do positivista escandinavo, resultando integrante no seu próprio conceito de justiça.

Além de afirmar que justiça num aspecto formal seria a exigência do uso da igualdade, para uso nas questões litigiosas, faz-se necessário também, num aspecto material, a mescla de certos critérios materiais pressupostos para dar parâmetros a esse uso de igualdade, os quais, salvo melhor juízo, seriam as regras expedidas pelo legislador.

Então como determinar qual a regra que possui o "valor correto"?

Explicita Ross:

> *As palavras justo e injusto (ou reto e não reto) têm sentido quando empregadas para caracterizar a decisão tomada por um juiz, ou por qualquer outra pessoa que deve aplicar um conjunto determinado de regras. Dizer que a decisão é justa significa que foi elaborada de uma maneira regular, isto é, em conformidade com a regra ou sistema de regras vigentes (parágrafo 65) é amparada por regras que caracterizam sua sentença.*[26]

O valor, dessas regras, seriam aferidas pela figura do juiz/tribunal ao decidir no caso concreto.

---

[24] Idem, p.60.

[25] Atente para que ao afirmamos que Kelsen vislumbrava o direito to somente no plano da validade das normas, não nos esquecemos que o próprio Kelsen disse que para a norma ser válida este tem que ter um mínimo de eficácia.

[26] ROSS, Alf. **Direito e justiça -** Tradução Edson Bini. São Paulo: Editora Edipro, 2003, p. 319-320.

A palavra justiça só possui sentido quando uma decisão tomada pelo juiz é amparada por regras que caracterizam sua sentença. De tal maneira, seriam carecedor de sentido as expressões, justo ou injusto, quando se referem tão somente a regras gerais, pois a justiça não é um elemento orientador do legislador, não possuindo caráter descritivo.

Vislumbrar a justiça fora desses parâmetros, em face da realidade dos fatos, se resumiria a mera emoção motivadora de ideais platônicos. Nas palavras de Ross:

> *Invocar a justiça é como dar uma pancada numa mesa: uma expressão emocional que faz da própria exigência um postulado absoluto. Não é o modo adequado de obter entendimento mútuo. E impossível ter uma discussão racional com quem apela para a "justiça" porque nada diz que possa receber argumentação a favor ou contra. Suas palavras são persuasão, não argumentos (parágrafo 72). A ideologia da justiça conduz à intolerância e ao conflito, visto que, por um lado, incita à crença de que a exigência de alguém não é meramente a expressão de um certo interesse em conflito com interesses opostos, mas, sim, que possui uma validade superior, de caráter absoluto; e, por outro lado, exclui todo argumento e discussão racionais que visem a um acordo. A ideologia da justiça é uma atitude militante de tipo biológico-emocional, para a qual alguém incita a si mesmo à defesa cega e implacável de certos interesses.*

3.3. O PODER REGULAMENTAR NA VISÃO REALISTA DE ROSS

Face de tudo já dissertado nesse capitulo nos deteremos, agora ao poder regulamentador das agências reguladoras.

O problema desse tópico é responder como, segundo o conceito de validade na perspectiva de Alf Ross, justificaríamos a obrigatoriedade em acatar as normas expedidas por uma entidade reguladora como a Anatel.

No caso problema narrado com capitulo anterior, mencionamos a questão de um regulamento sobre aprovado pela Resolução n. 424 de 5 de dezembro de 2005 que trata sobre a tarifação do serviço telefônico fixo, onde questionamos o por que de ter que obedecer essa norma? Por que o consumidor não pode pagar tão somente pelo o quanto usado?

Na ótica de Kelsen isso foi justificado em decorrência da estrutura escalonada de normas, onde aferimos a validade das normas expedidas pelas Agências Reguladoras.

Já para Ross só se pode falar em direito quando este é aplicado ao caso concreto pelo juiz/tribunal. Ou seja, ao invés de analisarmos se a norma

inferior está de acordo com a norma superior, vamos analisar se o poder judiciário constatou a existência dessa diretiva e a considerou como válida ou inválida.

De uma forma bem simplória, para dizemos que a presente resolução da Anatel é valida ou invalida, só temos que aferir se os juízes/tribunais assim estão considerando.

Ou seja, cada caso é um caso. Tem que se aferir, para podemos dizer que a norma é válida, se aquela determinada resolução que aprova um regulamento, o qual foi elaborado por uma das inúmeras entidades da administração indireta delegataria de poder regulamentar, sua constatação, sendo utilizada como diretiva pelo magistrado, dando eficácia a norma, ou não, ao expedir a sentença/acórdão.

Em relação a Anatel, podemos dizer de forma clara que o poder de normar os serviços de telecomunicações, a ela atribuída pela Lei 9.472/97, é válida porque assim o STF entendeu por meio da ADIN nº 1.668-DF, em sede de medida cautelar:

> *...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 Agencia 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).***

Vêm a ser válida a cobrança da prestação de serviço telefônico fixo por meio de assinatura mensal, como previsto na Resolução n. 85/98 e 424/05 da Anatel, porque assim foi reconhecida pelo STJ, sendo sua eficácia dada por meio do acórdão no Recurso Especial de n. 979220:

> *EMENTA: ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. SERVIÇO DE TELEFONIA. DISCRIMINAÇÃO DE PULSOS EXCEDENTES. NÃO-OBRIGATORIEDADE. RELAÇÃO DE CONSUMO. COBRANÇA DE "ASSINATURA BÁSICA MENSAL". NATUREZA JURÍDICA: TARIFA. PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. EXIGÊNCIA DE LICITAÇÃO. EDITAL DE DESESTATIZAÇÃO DAS EMPRESAS FEDERAIS DE TELECOMUNICAÇÕES MC/BNDES N. 01/98 CONTEMPLANDO A PERMISSÃO DA COBRANÇA DA TARIFA DE ASSINATURA BÁSICA. CONTRATO DE CONCESSÃO QUE AUTORIZA A MESMA EXIGÊNCIA. RESOLUÇÕES N. 424/05 E 85/98, DA ANATEL, ADMITINDO A COBRANÇA. DISPOSIÇÃO NA LEI N. 8.987/95.*

*POLÍTICA TARIFÁRIA. LEI 9.472/97. AUSÊNCIA DE OFENSA A NORMAS E PRINCÍPIOS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PRECEDENTES DA CORTE ADMITINDO O PAGAMENTO DE TARIFA MÍNIMA EM CASOS DE FORNECIMENTO DE ÁGUA. LEGALIDADE DA COBRANÇA DE ASSINATURA BÁSICA DE TELEFONIA.... **3.** A tarifa, valor pago pelo consumidor por serviço público voluntário que lhe é prestado, deve ser fixada por autorização legal. **4.** A prestação de serviço público não obrigatório por empresa concessionária é remunerada por tarifa. **5.** A remuneração tarifária tem seu fundamento jurídico no art. 175, parágrafo único, inciso III, da Constituição Federal, pelo que a política adotada para a sua cobrança depende de lei. **6.** O art. 2º, II, da Lei n. 8.987/95, que regulamenta o art. 175 da CF, ao disciplinar o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, exige que o negócio jurídico bilateral (contrato) a ser firmado entre o poder concedente e a pessoa jurídica concessionária seja, obrigatoriamente, precedido de licitação, na modalidade de concorrência... **9.** O artigo 9º da Lei n. 8.987, de 1995, determina que "a tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação...". **10.** No contrato de concessão firmado entre a concessionária e o poder concedente, há cláusula expressa refletindo o constante no Edital de Licitação, contemplando o direito de a concessionária exigir do usuário o pagamento mensal da tarifa de assinatura básica... **14.** Em face do panorama supradescrito, a cobrança da tarifa de assinatura mensal é legal e contratualmente prevista. **15.** A tarifa mensal de assinatura básica, incluindo o direito do consumidor a uma franquia de 90 pulsos, além de ser legal e contratual, justifica-se pela necessidade da concessionária manter disponibilizado o serviço de telefonia ao assinante, de modo contínuo e ininterrupto, o que lhe exige dispêndios financeiros para garantir a sua eficiência. **16.** Não há ilegalidade na Resolução n. 85, de 30.12.1998, da Anatel, ao definir: "XXI – Tarifa ou Preço de Assinatura – valor de trato sucessivo pago pelo assinante à prestadora, durante toda a prestação do serviço, nos termos do contrato de prestação de serviço, dando-lhe direito à fruição contínua do serviço". **17.** A Resolução n. 42/05 da Anatel estabelece, ainda, que "para manutenção do direito de uso, caso aplicável, as Concessionárias estão autorizadas a cobrar tarifa de assinatura mensal", segundo tabela fixada. **18.** A cobrança mensal de assinatura básica está amparada pelo art. 93, VII, da Lei nº 9.472, de 16.07.1997, que a autoriza desde que prevista no Edital e no contrato de concessão, como é o caso dos autos. **19.** A obrigação do usuário pagar tarifa mensal pela assinatura do serviço decorre da política tarifária instituída por lei, sendo que a Anatel pode fixá-la, por ser a reguladora do setor, tudo amparado no que consta expressamente no contrato de concessão, com respaldo no art. 103, §§ 3º e 4º, da Lei n. 9.472, de 16.07.1997. **20.** O fato de existir cobrança mensal de assinatura, no serviço de telefonia, sem que chamadas sejam feitas, não constitui abuso proibido pelo Código de Defesa do Consumidor, por, primeiramente, haver amparo legal e, em segundo lugar, tratar-se de serviço que, necessariamente, é disponibilizado, de modo contínuo e ininterrupto, aos usuários. **26.** Recurso especial não-provido por ser legítima e legal a cobrança mensal da tarifa acima identificada e pela impossibilidade da empresa de telefonia, às suas expensas, proceder ao detalhamento das ligações*

efetuadas. ***(PRIMEIRA TURMA, REsp 979200/RS, rel. Min. José Delgado, DJU 26.11.2007, p. 144).***

Por meio dessa decisão do STJ aferi-se a validade/existência da Resolução n. 85/98 e 424/05 da Anatel, bem como da Lei 9.472/97, que regulamenta a prestação de serviços de telecomunicação e a cria a ANATEL, onde por meio do acórdão confere eficácia às normas supra vindo de encontro com o conceito de validade expedida por Ross.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

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

O positivismo de Kelsen, onde 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, podemos dizer que essa norma é valida, 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 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.

Já em Ross, de certa forma, este simplifica as coisas, pois para ele a validade das normas não se restringiria a esse mundo do “dever-ser”, a essa mera aferição de compatibilidades de normas superiores e inferiores. Temos

em Ross um direito, onde a norma só é tida como valida quando esta, assim é aferida e concretizada pelo juiz/tribunal através da sentença/acórdão.

A validade da norma tem por requisito existencial a eficácia, pois só há direito quando este se manifesta na sociedade por meio do Poder Judiciário.

Por mais que a concepção de validade da norma de Ross enseje um paradoxo, pois caso a norma seja obedecida ou ignorada não haverá meios para o juiz concretizá-la ao caso concreto, e não podendo se aferir sua existência, ainda assim, podemos justificar e validar o poder regulamentador das agências reguladoras, como a da Anatel.

Essa justificação se dá pela existência da ADIN nº 1.668-DF, que em sede de medida cautelar, o pleno do STF considerou válida, a partir de diretivas (normas outras) os incisos IV e X do art. 19 da Lei 9.472/97 que atribui a competência da Anatel em expedir normas referentes à regulação do sistema de telecomunicações.

E podemos afirmar que certas normas expedidas pela Anatel, assim são válidas, como a Resolução 85/98 e 424/05, porque foram utilizadas no acórdão do Recurso Especial de n. 979220, pelo ministro Delgado, como diretivas ao julgamento da lide sobre a legalidade da cobrança da tarifa da assinatura mensal na telefonia fixa.

Portando, vislumbramos 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 as teorias justificantes gerais do direito, aqui tratadas, seja pelo austríaco Hans Kelsen, seja pelo escandinavo Alf Ross.

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**. Editora Forense: Rio de Janeiro, 2006.

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

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

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

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

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

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

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

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

ROSS, Alf. **Direito e justiça -** Tradução Edson Bini. São Paulo: Editora Edipro, 2003.

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

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso. O PODER REGULAMENTAR SEGUNDO O ASPECTO POSITIVISTA NORMATIVISTA DE KELSEN E POSITIVISTA REALISTA DE ROSS. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 18, junho, julho, agosto, 2009. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-18-JUNHO-2009-ROCCO-ANTONIO.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir “x” na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.
2) A RERE - Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Numbe*r), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: ISSN 1981-1888
3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rere@direitodoestado.com.br
4) A RERE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público, economistas e administradores. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser encaminhados em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho da qualificação do autor, constando ainda na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.

5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da RERE – Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado por e-mail: http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323

6) Assine o feed da RERE – Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado através do link: http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDaReformaDoEstado

Publicação Impressa / Informações adicionais:

Informação não disponível.