

HIERARQUIA DAS NORMAS: O ATO REGULATÓRIO E O REGULAMENTO DO CHEFE DO EXECUTIVO

Cesar Luis Pereira de Campos. Procurador Federal. Graduado em Direito pela UERJ. Pós-graduado em Direito Civil Constitucional pela UERJ. Mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento pela UCAM.

Sumário: Introdução; 1. Vinculação das normas regulatórias às políticas públicas; 2. Hierarquia entre as normas regulatórias e o regulamento do Chefe do Executivo; 3. Balizamento entre função normativa e poder regulamentar; 4. Conceito Jurídico Indeterminado e Cláusula Geral no contexto da relação entre regulação e regulamentação; 5. Conclusão.

Introdução

O presente artigo dedica-se ao tema da relação hierárquica existente entre os regulamentos do Chefe do Poder Executivo e as normas emanadas pelas agências reguladoras. Inicialmente abordaremos o poder geral de direção da Administração Direta sobre a Indireta. Com base na doutrina de Hans Kelsen e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, colocaremos as normas regulatórias em patamar hierárquico inferior àquelas dos decretos regulamentares, buscando, porém, defender o espaço de autonomia normativa das agências reguladoras. Com vistas à balizar a relação entre a função normativa dessas entidades e a fixação das políticas públicas pelo Chefe do Executivo, explicaremos brevemente a técnica legislativa que se utiliza das cláusulas gerais e de conceitos jurídicos indeterminados.

1. Vinculação das normas regulatórias às políticas públicas

A autonomia conferida às agências reguladoras, apesar de ser elemento nuclear do seu conceito, não é absoluta. Deve sofrer mitigações, permitindo certo controle por parte da Administração central. Essa relativização da autonomia é alcançada pela necessidade de observância das políticas públicas traçadas, em primeiro lugar, pela Constituição, em segundo lugar, pelas leis setoriais, e, por último, pelo Governo.

A vinculação com as políticas públicas governamentais decorre do poder de direção que a Administração Direta possui sobre a Administração Indireta, o qual, segundo Aragão, somente existe diante de previsão legal.¹

Na prática, as leis federais que instituíram as agências reguladoras estipularam de forma homogênea essa submissão às políticas públicas traçadas pelo Presidente da República, pelos Ministros de Estados ou por Conselhos setoriais, delineando, em certo grau, os contornos da competência fixada aos Ministérios pelo artigo 87, parágrafo único, inciso I da CRFB/88. No caso específico da ANTAQ, por exemplo, essa previsão encontra-se no artigo 20, I, da Lei n.º 10.233/2001, verbis:

Art. 20. São objetivos das Agências Nacionais de Regulação dos Transportes Terrestre e Aquaviário:

I - implementar, nas respectivas esferas de atuação, as políticas formuladas pelo Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, pelo Ministério dos Transportes e pela Secretaria de Portos da Presidência da República, nas respectivas áreas de competência, segundo os princípios e diretrizes estabelecidos nesta Lei;(Redação dada pela Lei nº 12.815, de 2013);

Essa forma de controle é importante e compatível com a independência das agências, conforme defende Aragão:

Não devemos nos impressionar pelo fato de as agências reguladoras terem de se ater a políticas públicas traçadas pela Administração central, achando que isto compromete sua autonomia e a existência de competências próprias. É que integram o próprio conceito de política pública uma imensa fluidez e constante adaptação às mudanças da realidade socioeconômica subjacente, fazendo com que "política pública" e a "implementação da política pública" funcionem de forma circular e retro-operativa.²

Autonomia não deve ser confundida com alienação frente à Administração Pública. Porém, o poder direção que recai sobre as agências também não deve ser confundido com subordinação hierárquica, uma vez que não se consubstancia em ordens de atuação, mas sim em diretrizes e controle de resultados.³

¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 362.

² ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 362.

³ Cf. KIRKPATRICK, Colin; PARKER, David. *Regulatory Impact Assessment: Developing its Potential for Use in Developing Countries*. United Kingdom: University of Manchester, Centre on Regulation and Competition, 2003.

Na relação de hierarquia o órgão superior pode ser investido de poderes de ingerência total sobre o subordinado, compreendendo competência para revogação ou anulação de atos, delegação ou avocação de competências, recursos hierárquicos etc. No vínculo de direção, essas competências não são admissíveis, a exceção, em situações especiais, expressamente previstas no ordenamento, do poder de anulação.⁴

Esse vínculo de direção, concretizado na fixação e observância das políticas públicas, configura-se relevante “canal de comunicação entre os agentes políticos eleitos e as agências [...] como exigência mínima de um Estado democrático de direito”.⁵

2. Hierarquia entre as normas regulatórias e o regulamento do Chefe do Executivo

Em termos de hierarquia normativa, o regulamento do Chefe do Poder Executivo encontra-se em patamar superior às resoluções das entidades reguladoras. Essa conclusão decorre do fato de que as diretrizes contidas nesses regulamentos fundamentam a validade das normas regulatórias.

Entretanto, a conclusão apresentada não é pacífica na doutrina. Os autores que defendem o fundamento do poder normativo das agências reguladoras no artigo 84, IV da CRFB/88, como Aragão e Binbenbojn, não

⁴ O Parecer AGU n.º AC - 51/2006, aprovado pelo Presidente da República, e, portanto, com caráter vinculante para a Administração Federal, firmou entendimento defendendo a possibilidade de revisão das decisões das agências reguladoras pelos Ministros de Estados, mediante recurso hierárquico impróprio, nas hipóteses (i) referentes às atividades administrativas da agência; (ii) nos casos em que ela tenha ultrapassado os limites de suas competências materiais definidas em lei ou regulamento, ou, ainda, (iii) tenha violado as políticas públicas definidas para o setor regulado pela Administração direta. Na doutrina pátria, Alexandre Santos de Aragão posiciona-se em sentido contrário, asseverando que não há previsão legal de recurso hierárquico impróprio contra as decisões das agências reguladoras. O ilustre autor esclarece, ademais, que os arts. 84, II e 87, parágrafo único, I, da CRFB/88 não se prestariam para uma suposta constitucionalização dos recursos hierárquicos, pois a supervisão e coordenação da Administração Indireta pelo Presidente da República e pelos Ministérios de Estado deve ser exercida na forma da lei, a qual ainda não foi editada. Cf. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2005, pp. 346-349.

⁵ BINENBOJN, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 291.

observam, por conseguinte, diferença de grau hierárquico entre os regulamentos do Chefe do Executivo e as normas emanadas dessas entidades. Na realidade verificam, inclusive, que no conflito envolvendo essas normas e aquelas previstas no regulamento prevaleceriam as primeiras, face ao princípio hermenêutico da especialidade, em razão da inaplicabilidade, no caso, do princípio da hierarquia.

Todavia, analisando disposições das leis federais de criação das agências reguladoras, encontraremos enunciados que remetem à observância, pelas agências, das políticas públicas traçadas por decretos do Chefe do Executivo.

Ademais, o Supremo Tribunal Federal, ao proferir julgamento na medida cautelar da ADI n.º 1.668, que de modo semelhante ao tema em debate insurge-se contra o poder normativo outorgado à ANATEL, deferiu em parte o pedido cautelar para:

(...) quanto aos incisos IV e X, do art. 19, sem redução de texto, dar-lhes interpretação conforme à Constituição Federal, com o objetivo de fixar exegese segundo a qual a competência da Agência Nacional de Telecomunicações para expedir normas **subordina-se** aos preceitos legais e **regulamentares que regem outorga**, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público e no regime privado. (grifo nosso)

Um dos votos vencedores do julgado, exarado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, torna clara a posição da Suprema Corte pela subordinação das normas das agências ao poder regulamentar do Chefe do Executivo:

Estou de acordo com S. Exa [o relator], em que nada impede que a Agência tenha funções normativas, desde, porém, que absolutamente subordinadas à legislação, e, eventualmente, às normas de segundo grau, de caráter regulamentar, que o Presidente da República entenda baixar. Assim, de acordo com o início do voto de S. Exa., entendo que nada pode subtrair da responsabilidade do agente político, que é o Chefe do Poder Executivo, a ampla competência reguladora da lei de telecomunicações. Dou interpretação conforme para enfatizar que os incisos IX e X referem-se a normas subordinadas à lei **e, se for o caso, aos regulamentos do Poder Executivo**. (grifo nosso)

A norma reguladora, conforme exposto, encontra-se em patamar hierárquico inferior ao regulamento do Chefe do Executivo, uma vez que, dele, ela extrai seu fundamento imediato de validade. Hans Kelsen, ao tratar da hierarquia das normas do ordenamento jurídico, assevera que:

Isso pode operar-se de forma a que uma norma apenas determine o processo por que outra norma é produzida. Mas também é possível que seja determinado ainda - em certa medida - o conteúdo da norma a produzir. Como, dado o caráter dinâmico do Direito, uma norma somente é válida porque e na medida em que foi produzida por uma determinada maneira, isto é, pela maneira determinada por uma outra norma, esta outra norma representa o fundamento imediato de validade daquela. A relação entre a norma que regula a produção de uma outra e a norma assim regularmente produzida pode ser figurada pela imagem espacial da supra-infra-ordenação. **A norma que regula a produção é a norma superior, a norma produzida segundo as determinações daquela é a norma inferior.**⁶ (grifo nosso)

O regulamento do Chefe do Executivo, ao estabelecer as políticas públicas que servirão de diretriz para a elaboração da regulação setorial, determina, de certo modo, o teor que a norma regulatória deverá ter.

Logo, com base nos argumentos acima apresentados, e analisando o debate travado na ADI n.º 1.668, entendemos que a hierarquia normativa atual dos setores regulados pode ser exposta na seguinte ordem decrescente: normas constitucionais, legais (ordinárias ou complementares), regulamentos do Chefe do Executivo e normas reguladoras.

3. Balizamento entre função normativa e poder regulamentar

A dificuldade, entretanto, está em distinguir doutrinariamente o campo de atuação da política pública e da regulação. Por essa razão, Binenbojn recomenda que a lei distribua claramente as competências entre governo e agências e disponha sobre as formas de adequação entre elas, traçando, desse modo, a fronteira entre as diretrizes a serem definidas pela Administração central e as decisões a cargo da agência.

O autor sugere, ainda, que “a lei contivesse previsão de recursos hierárquicos impróprios das decisões das agências à Chefia do Executivo, em situações excepcionais e de grande relevância social”.⁷

A fixação desses limites é importante para evitar que o Chefe do Executivo, por meio da edição de decretos, eventualmente esvazie a

⁶ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 155.

⁷ *Ibidem*, p. 292.

competência normativa conferida ao ente regulador. Essa situação caracterizaria, aliás, uma ilegalidade, conforme explica Aragão:

Fixada a legitimidade da atribuição de competência normativa às agências reguladoras, dotadas de autonomia reforçada – descentralização material, independência -, a ingerência da Administração Pública central neste campo normativo consistirá em violação da respectiva norma legal atributiva de competência.⁸

Não se trata, portanto, de conflito hierárquico entre decreto e regulação, mas sim entre decreto e o dispositivo de lei ordinária que conferiu função normativa ao ente regulador. A situação é de invasão de competência legal pelo regulamento, norma hierarquicamente inferior.

Não há dúvida de que a Constituição confere ao Presidente da República competência para expedir regulamentos (art. 84, IV), regulamentos que, todavia, não poderão ser expedidos *contra legem* – inclusive contra a lei que, total ou parcialmente, atribui tal poder regulamentar a entidade independente da Administração Indireta, não ao Presidente da República.⁹

Balizar a função normativa preservando o espaço autônomo da agência reguladora é o grande desafio do regulamento que fixa as políticas públicas¹⁰.

Uma técnica habitualmente utilizada para permitir esse balizamento é o uso pelas leis e pelos regulamentos de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados.

⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 429.

⁹ *Ibidem*, p. 430.

¹⁰ Destacando não se tratar de um conceito jurídico, por buscar preservar seu caráter multidisciplinar complexo, mais afeto à atividade político-administrativa, Maria Paula Dallari Bucci formula a seguinte definição de “política pública”: “[...] é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados — processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial — visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados”. BUCCI, Maria Paula Dallari. *Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas*. Biblioteca Digital Fórum Administrativo - Direito Público - FA, Belo Horizonte, ano 9, n. 104, out. 2009. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=63051>>. Acesso em: 28 maio 2011.

4. Conceito Jurídico Indeterminado e Cláusula Geral no contexto da relação entre regulação e regulamentação

A ideia de que certas normas tragam no seu bojo conceitos jurídicos indeterminados pode, à primeira vista, gerar insegurança aos seus destinatários.

De fato, houve um tempo em que se imaginava possível estabelecer uma clareza e segurança jurídica absolutas através da criação de normas rigorosamente elaboradas. A interpretação dos enunciados normativos estritamente vinculada à lei deveria ser capaz de resolver todas as situações trazidas ao exame do Estado, resultando, assim, numa previsibilidade tranquilizadora para os subordinados ao ordenamento jurídico. O postulado da vinculação do intérprete à lei tornou-se central, animado pelo espírito racionalista do início do século XIX e pelo receio de que a intervenção do Estado nas relações privadas prejudicasse o hegemônico individualismo jurídico do Liberalismo.

Porém, como a experiência empírica demonstrou no decurso do século retrasado, as leis, por mais metodicamente elaboradas e detalhistas que fossem, não conseguiam satisfazer todas as questões que a complexidade crescente da vida cotidiana gerava, abalando o postulado da estrita vinculação do intérprete aos ditames legais. Verificou-se, assim, a necessidade de maior liberdade decisória por parte das autoridades competentes, de forma a possibilitar soluções para as questões imprevisíveis da vida e propiciar numa sociedade em mudanças a realização das finalidades da justiça social.

No começo do século XX, surgiu a Escola do Direito Livre, a qual pregava uma desvinculação entre a lei e as autoridades administrativas e jurisdicionais.

Atualmente, a situação do referido vínculo entre a lei e aquelas autoridades não está tão reduzido quanto defendia aquela Escola, porém já não é mais tão rígido como outrora.

O princípio da legalidade permanece forte no Direito atual, porém as leis e regulamentos hoje em dia são em muitos casos elaboradas de forma

a propiciar uma margem de manobra para o intérprete, tornando-a adaptável a uma gama maior de situações. Explica Karl Engisch que:

As leis, porém, são hoje, em todos os domínios jurídicos, elaboradas de tal forma que os juízes e os funcionários da administração não descobrem e fundamentam as suas decisões tão-somente através da subsunção a conceitos jurídicos fixos, a conceitos cujo conteúdo sejam explicitados com segurança através da interpretação, mas antes são chamados a valorar autonomamente, e, por vezes, a decidir e a agir de um modo semelhante ao legislador.¹¹

A nova metodologia de elaboração normativa envolve, portanto, o uso de conceitos jurídicos indeterminados, ou seja, conceitos "cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos"¹². Em larga medida, porque a existência de conceitos absolutamente determinados é rara, possuindo a maioria dos conceitos algum grau de indeterminação.

A utilização de conceitos indeterminados e de cláusulas gerais, o primeiro contrapondo-se aos conceitos determinados e o segundo a técnica de elaboração casuística das hipóteses legais, abre espaço para a valoração pessoal do aplicador da norma. Os conceitos jurídicos indeterminados possuem um núcleo determinado e um halo de indeterminação, onde se encontra uma área a qual a valoração do intérprete necessita preencher para aplicar a norma ao caso concreto. Com relação às cláusulas gerais, elas não possuem, do ponto de vista metodológico, qualquer estrutura própria, ou seja, um conceito jurídico indeterminado pode ou não se constituir em uma cláusula geral, dependendo do grau de generalidade que possuir. A conclusão a que se chega é que as cláusulas gerais, apesar de poderem ser distinguidas dos conceitos jurídicos indeterminados, não "exigem processos de pensamento diferentes daqueles que são pedidos pelos conceitos indeterminados [...]"¹³, isto é, tanto um quanto outro, abrem espaço para a valoração pessoal do aplicador da norma.

Ao mesmo tempo em que o ordenamento abre este espaço de valoração pessoal, cria normas objetivando preservar a segurança jurídica e impedir que a ideia de justiça pessoal se desvirtue. De fato, o ordenamento

¹¹ ENGISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 6.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, p. 207.

¹² Ibidem, p. 208.

¹³ Ibidem, p. 233.

atual encontra-se munido de diversas garantias, como, por exemplo, a necessidade de se fundamentar as decisões, a possibilidade de recurso a órgãos colegiados, fora as prerrogativas e proibições impostas aos magistrados e outras autoridades, que objetivam, dentre outras coisas, garantir a imparcialidade da decisão.

Acerca das características da valoração do intérprete, ensina English, que ela não precisa ser eminente pessoal. “Os conceitos normativos podem antes significar que o órgão aplicador do direito deve procurar e determinar as valorações preexistentes num sector social dirigente, relevante. Nesta medida, falaremos de valorações objectivas”¹⁴.

O autor continua sua exposição colocando a necessidade de que o intérprete, ao aplicar a norma, se oriente por concepções morais dominantes no seio social onde a lei incide, devendo ter o cuidado de “averiguar se porventura não se encontra bastante isolado na sua concepção”. Logo, o órgão aplicador da norma é responsável por perquirir quais são os valores éticos efetivamente vigentes, sendo sua valoração pessoal apenas parte integrante do material do conhecimento e não o último critério de conhecimento.¹⁵

Resumindo suas ideias, ele expõe:

De diversas formas e em diferente medida, o órgão aplicador do Direito, através do Direito equitativo, através do ‘jus aequum’, que se prende com os conceitos indeterminados e com os conceitos normativos, com as cláusulas gerais, é chamado a descobrir o Direito do caso concreto, não simplesmente através da interpretação e da subsunção, mas também através de ‘valorações e decisões de vontade’. Neste ponto, vimo-lo, ora mais subordinado a critérios objectivos (lei moral, valorações da camada dirigente), ora mais entregue à bússola de sua concepção individual. **Mas, justamente neste último caso ainda não campeiam a desvinculação e o arbítrio, antes se nos deparam aí, a mais dos limites legais e supralegais da decisão pessoal, regras teleológicas e axiológicas, que na verdade não podem determinar exactamente a decisão**

¹⁴ ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 6.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, p. 236.

¹⁵ É controverso na doutrina se os valores éticos a serem buscados são aqueles espelhados no ordenamento jurídico ou naquilo em que a sociedade considera justo, haja vista que nem sempre o ordenamento jurídico acompanha *pari passu* as mudanças sociais, havendo situações em que este defende ideias consideradas anacrônicas no seio social.

material, mas em todo caso lhes dão um quadro lógico de suporte".¹⁶[grifo nosso]

Nota-se, por conseguinte, que mesmo naquelas situações em que o aplicador da norma encontra-se com maior espaço para uma apreciação pessoal da questão, deve ele buscar se balizar por critérios que lhe sirvam de suporte lógico para sua decisão, evitando proferir julgamentos imbuídos puramente de valores pessoais, os quais, inclusive, podem estar formados por uma percepção equivocada da realidade.

Portanto, há uma necessidade de fixação de critérios mais objetivos, que sirvam de "standards" valorativos, para fundamentar o raciocínio do intérprete. Um importante fator que serve de orientação para a decisão são os princípios contidos na Constituição da República. Segundo expôs Gustavo Tepedino, ao analisar a entrada em vigor do Código Civil de 2002:

Na experiência brasileira, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código de Defesa do Consumidor e o Estatuto da Cidade são bons exemplos de ampla utilização da técnica das cláusulas gerais e de conceitos jurídicos indeterminados associada a normas descritivas de valores. O novo Código Civil brasileiro, inspirado nas codificações anteriores aos anos 70, introduz inúmeras cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, sem qualquer outro ponto de referência de valorativo. **Torna-se imprescindível, por isso mesmo, que o intérprete promova a conexão axiológica entre o corpo codificado e a Constituição da República, que define os valores e princípios fundamentais da ordem pública.** Desta forma dá-se um **sentido uniforme** às cláusulas gerais, à luz da principiologia constitucional [...] ¹⁷(grifos nossos)

5. Conclusão

Em termos de hierarquia normativa, o regulamento do Chefe do Poder Executivo encontra-se em patamar superior às resoluções das entidades reguladoras. Essa conclusão decorre do fato de que as diretrizes contidas nesses regulamentos, decorrentes do poder geral de direção da Administração direta, fundamentam a validade das normas regulatórias. Contudo, esse fato não implica necessariamente a redução da autonomia das entidades reguladoras, desde que os limites da competência normativa conferida pela lei sejam respeitados pelo decreto regulamentar. A utilização

¹⁶ ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 6.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, p. 248.

¹⁷ TEPEDINO, Gustavo José Mendes. *A parte geral do Novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 19-20.

de conceitos jurídicos indeterminados e de cláusulas gerais constituem técnica legislativa que auxilia o balizamento da função normativa por parte dos regulamentos que fixam as políticas públicas a serem observadas no setor regulado.

6. Referência bibliográfica

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BINENBOJN, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas. Biblioteca Digital Fórum Administrativo - Direito Público - FA, Belo Horizonte, ano 9, n. 104, out. 2009. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=63051>>. Acesso em: 28 maio 2011.

ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 6.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KIRKPATRICK, Colin; PARKER, David. *Regulatory Impact Assessment: Developing its Potential for Use in Developing Countries*. United Kingdom: University of Manchester, Centre on Regulation and Competition, 2003.

TEPEDINO, Gustavo José Mendes. *A parte geral do Novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.