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

R DAE | Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico

Número 13 – fevereiro/março/abril - 2008 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-1861 -

FUNÇÃO REGULATÓRIA

Marcos Juruena Villela Souto
Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho; Professor do Mestrado em Direito da Universidade Gama Filho.

1. INTRODUÇÃO

A insuficiência de recursos públicos para atendimento de todos os anseios e expectativas confiados pela sociedade ao Estado e a busca da eficiência nesse atendimento levou à substituição do Estado gestor pelo Estado orientador das atividades voltadas à concretização do interesse geral; fruto do princípio da subsidiariedade, a regulação representa a disciplina jurídica da atividade econômica privada em segmentos relevantes para o desenvolvimento social.

Cabe destacar, no entanto, que a função regulatória, como parcela da atividade administrativa de intervenção no domínio econômico, sempre existiu; cite-se o exemplo do Banco Central, na regulação da estabilidade da moeda, comprando e vendendo divisas, ampliando ou reduzindo os depósitos compulsórios das instituições financeiras, da utilização de tributos reguladores, como o IOF (para retirada de moeda de circulação), os impostos sobre comércio exterior para estimular ou desestimular as operações de exportação e importação de bens, a progressividade dos impostos sobre propriedades improdutivas, para forçar uma utilização socialmente aceita, e, ainda, o emprego de estoques reguladores da produção agrícola, adquiridos pelo Poder Público na safra, quando a oferta é maior (e o preço poderia cair, desestimulando a produção) e vendendo na entressafra (quando a oferta é menor e poderia inviabilizar o acesso ao consumo de gêneros essenciais à alimentação).

O mesmo se pode dizer da existência de órgãos e entidades autônomas, a saber, o próprio Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, o Banco Central – BACEN e as Universidades (estas, inclusive, com reconhecimento constitucional – art. 207).

2. A FUNÇÃO REGULATÓRIA

A função regulatória é compatível com cada uma das funções da Administração Pública (discricionária, de direção, normativa, sancionatória), variando conforme o tipo de atividade (polícia administrativa, gestão de serviços públicos, ordenamento econômico e ordenamento social); o motivo do destaque é que as demais funções são orientadas por critérios políticos, limitados pelo conceito de organização hierarquizada da Administração, ao passo que a função regulatória é *técnica* e seus critérios multidisciplinares devem ser orientados por uma política regulatória, estudada no Direito Administrativo.

A estrutura da regulação passou a ser atribuída a entidades autônomas e politicamente independentes. No entanto, em que pesem existir diversas agências reguladoras em segmentos como telecomunicações, petróleo, saneamento básico, saúde, transporte e os demais serviços públicos, não existe um direito das telecomunicações, direito do petróleo, direito de informática, direito de mercado de valores, mas, sim direito administrativo dotado de conteúdo técnico ditado em cada uma dessas áreas de negócios e de atuações da administração pública ou da iniciativa privada, conteúdos esses que compelem à motivação e à finalidade dos atos administrativos regulatórios.

Não se trata, necessariamente, de uma discricionariedade técnica, posto que, no atual estado da arte, o número de normas pode se limitar a apenas uma e aí não há que se falar de liberdade de escolha; quando o número de normas ou opções técnicas comportar alternativas válidas, caberá ao administrador o exercício da discricionariedade, que não é técnica (embora o termo seja utilizado para distinguir a discricionariedade que cabe ao agente regulador da discricionariedade do legislador e dos demais agentes administrativos, que pode ser uma discricionariedade política).

A função regulatória distingue-se, primeiramente, da função legislativa, que vem impregnada de decisões de natureza política acerca do que representa o atendimento do interesse público pelo setor privado, fixado pela maioria definida no processo eleitoral. Como é sabido, o princípio da livre iniciativa tutela a atividade econômica privada como instrumento do atendimento dos interesses das coletividades, estimulando a produção e circulação da riqueza com vistas à construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a atividade econômica privada submete-se, pois, à intervenção regulatória voltada ao atendimento das políticas públicas de desenvolvimento econômico e social, com vistas à criação de classes de consumidores, passando pela geração de empregos e produção, com segurança e acessibilidade de bens e serviços essenciais.

A lei – e só a lei – inova no mundo jurídico, criando direitos e obrigações, competência que não pode ser delegada à norma regulatória. Mas a lei é genérica, distante da realidade dos fatos e despida da especialização inerente à concretização dos interesses de cada grupamento econômico e social. Daí se atribuir à norma regulatória um papel de ligação entre a lei e o administrado.Esta se limita à interpretação do conteúdo técnico da lei (por exemplo, a definição de produto perigoso, de atividade poluidora, de serviço eficiente, de tarifa módica, de preço abusivo, de bem essencial). A regulação envolve a implementação desse

conjunto de decisões de natureza política, tendo, por essência a execução da vontade da lei pela autoridade estatal, com vistas ao eficiente funcionamento dos agentes econômicos e dos mercados, atuando de forma neutra e despolitizada.

O conteúdo dessa eficiência é ditado por conceitos de uma análise econômica do direito. Uma norma regulatória será eficiente quando alcançar o equilíbrio que envolva os interesses da sociedade, eventualmente representados pelo Poder Público, os interesses de consumidores - e em especial, usuários de serviços públicos - e os interesses de fornecedores, em especial, os prestadores de serviços públicos. Portanto, haverá uma norma regulatória que atenda ao princípio constitucional da eficiência quando esta alcançar a eqüidistância entre esses vértices de um triângulo eqüilátero.

A função regulatória também não se confunde com a função de produção de normas pela administração pública, já que abrange, também, a prática de atos executivos e judicantes.

Distingue-se, também, dos demais "poderes" do administrador e da administração, tradicionalmente estudados no Direito Administrativo, - "poder" regulamentar, o "poder" discricionário, o "poder" disciplinar, o "poder" hierárquico, o "poder" de polícia; na verdade, melhor se apresenta tratar todos eles como "funções", que mais se assemelham a "deveres" do que propriamente a "poderes".

Cabe, então, distinguir a função regulatória de cada uma dessas funções (função regulamentar, função normativa, função hierárquica e disciplinar e função sancionatória).

A função regulatória é distinta da função regulamentar porque esta, nos termos da Constituição Brasileira, art. 84, IV, só pode ser exercida pelo Presidente da República. Embora muito se fale na existência, no âmbito das agências reguladoras, de um "poder regulamentar amplo"; essa não é a expressão adequada, posto que privativo do Chefe do Poder Executivo. Ademais, enquanto o regulamento é ato informado por critérios políticos de detalhamento da lei, a norma regulatória explicita conceitos jurídicos indeterminados, implícitos na lei.

Existem outras competências normativas no âmbito da administração pública, exercidas por outras autoridades públicas. Daí nova distinção, esclarecendo que, embora a função regulatória também envolva editar normas, a isso não se limita, já que a ela é inerente uma função "quase legislativa", "quase executiva" e "quase judicial". Ademais, naquilo que diz respeito à edição de normas, é informada por critérios técnicos e não critérios políticos, critérios técnicos esses que devem ser garantidos pela independência (técnica e política) da qual deve ser dotada a agência reguladora.

Importante também fixar como distinção que a função normativa dos demais agentes da administração pública tem por objetivos fatores dos mais variados, conforme a competência da entidade administrativa em atuação, enquanto que a função regulatória tem por objetivo precípuo a "competição" entre os agentes do mercado, porque por meio dela haverá maior consciência na

decisão tomada pelo consumidor e, a partir daí, um maior fornecimento de informações aos agentes no mercado acerca de como o consumidor deseja ver atendido o seu interesse enquanto parte da sociedade.

Onde não seja possível a promoção da competição, o objetivo da regulação será impedir que dos oligopólios ou monopólios surjam abusos em função de sua ausência. Até mesmo em segmentos definidos pela economia como monopólios naturais se vislumbra, em normas regulatórias, a tendência à produção da competição. Tome-se, por exemplo, o segmento da energia elétrica, no qual se promoveu uma desverticalização, fragmentando em geração, transporte, distribuição e comercialização para promover uma competição na primeira etapa do sistema elétrico. No campo da infra-estrutura, exemplo típico de monopólio natural, cite-se, ainda, o princípio da interconexão obrigatória e o princípio do livre acesso aos dutos. Desverticalização, livre acesso e interconexão obrigatória representam normas que traduzem o conteúdo dos princípios constitucionais da função social da propriedade e da livre concorrência.

Cabe, portanto, à norma reguladora traduzir tecnicamente, com neutralidade política princípios constitucionais e legais que compõem a base da moldura regulatória (marco regulatório) para uma implementação eficiente com vistas ao atendimento das decisões políticas previamente tomadas pela sociedade por meio de seus representantes no Poder Legislativo.

Os agentes reguladores editam normas, que passam a compor a moldura regulatória, desde que compatíveis com a Constituição e com a lei. A norma regulatória representa a maneira pela qual o agente regulador interpreta determinados comandos constitucionais e legais. A observância dessas normas regulatórias pela própria agência representa uma obrigatoriedade do ponto de vista do princípio da segurança jurídica porque ali é fixada uma interpretação acerca de como deve ser cumprido eficientemente um determinado comando constitucional ou legal.

A doutrina administrativista sempre reconheceu a prevalência dos atos gerais sobre os individuais, linha essa que se reforça quando as inovações introduzidas no estudo do direito administrativo valorizam a segurança jurídica dos parceiros da Administração Pública em busca de uma gestão mais eficiente dos interesses públicos.

A expressão “mercado” não se presta para se referir a todas as questões objeto de regulação, porque este é tido como cenário ao qual devem ter liberdade de acesso, permanência e saída todos os agentes interessados em desempenhar uma determinada atividade econômica ou dela se beneficiar.

O mercado é um conceito técnico, abrangendo um espaço geográfico para o qual convergem consumidores e fornecedores de um determinado bem ou serviço. O conceito é econômico e jurídico, eis que o livre acesso é assegurado por conta do princípio constitucional da livre iniciativa.

Isso não pode ser aplicado amplamente aos serviços públicos, porque quanto a estes ainda não é garantido constitucionalmente o livre acesso, mas,

somente quando houver, da parte do poder público, interesse em viabilizar à iniciativa privada a participação desse segmento econômico. Tal decisão pode ou não envolver uma questão ideológica, informada pelos princípios da eficiência e da economicidade como fatores que norteiam a opção discricionária dos administradores públicos sobre o modo de estruturar funções públicas; onde o particular puder ser mais eficiente, esses princípios constitucionais impõem a opção pela gestão privada da função pública; a ideologia não pode privar o administrado do serviço universal, eficiente e ao menor custo, sendo esta visão teleológica a tendência no regime da União Européia e no conceito de *public utility* norte americano.

Nem por isso o administrado vai ficar desprotegido, porque ao Poder Público cabe orientar como a função será executada por um particular de modo ao atendimento do interesse público; aí entra a função regulatória, com a edição de normas e a atribuição de direitos de ingresso no segmento.

A regulação executiva vai ser implementada por atos de atribuição de direitos, licenças ou delegações, no caso de vitórias em licitações para a gestão de um determinado serviço público concedido ou permitido. Não para por aí; a função executiva vai envolver, também, a fiscalização da atividade objeto da regulação.

Em que pese em alguns segmentos afirmar-se que quando a agência reguladora apenas exerce a fiscalização dos serviços públicos (como é o caso das agências reguladoras estaduais brasileiras) - sem condução da licitação e elaboração do instrumento convocatório e do próprio contrato de concessão - não chega nem a haver regulação, o que há é postergação do início da atividade regulatória; pode não haver a atribuição ao órgão regulador de todas as etapas da cadeia regulatória, mas essa função de fiscalização vai ser sempre orientada por critérios técnicos que almejem um equilíbrio entre os interesses envolvidos. Na fiscalização e na condução dos negócios concedidos há um dever de eficiência, norteado por critérios técnicos e, portanto, afastam ou reduzem bastante o campo da atividade jurisdicional no controle desses atos administrativos regulatórios porque a atividade jurisdicional irrestrita de controle do âmbito administrativo, sem obediência a qualquer parâmetro de mérito que tenha informado a decisão regulatória, vai representar uma subversão do princípio de separação de funções previsto no artigo 2º da Constituição Federal.

Os atos regulatórios que fixam tarifas, que aprovam reajustes, que aplicam penalidades aos agentes envolvidos num segmento regulado representam a terceira etapa da atividade regulatória (a primeira, a regulação normativa; a segunda, regulação executiva): a regulação judicante, que tem por objetivo a solução de conflitos entre os agentes, mais uma vez buscando o equilíbrio entre os envolvidos. Essa função judicante já vinha sendo normalmente desenvolvida no âmbito da administração pública (os conselhos de contribuintes, os conselhos de recursos de servidores públicos) que funcionam de forma inquisitorial, ou seja, aos olhos das partes envolvidas, a Administração é, a um só tempo, julgadora e parte no processo. A função regulatória deve ser eqüidistante, garantindo a imparcialidade e o caráter de agente externo na solução do conflito. A

independência é instrumento, mas não algo indispensável ao exercício da função regulatória.

A função judicante começa também de maneira distinta da que ocorre nas demais decisões administrativas. Usualmente, deve começar por uma fase de conciliação, que deve ter na Administração Pública alguém que identifique os agentes envolvidos, que, muitas vezes, vão além das próprias partes presentes no conflito (os casos de livre acesso a dutos e redes são exemplos típicos).

A partir dessa identificação, se tenta apresentar as vantagens em solucionar o conflito, demonstrando o prejuízo que é mantê-lo. Até aí, o agente regulador é um mero parceiro das partes e não necessariamente um julgador. Frustrada essa etapa de conciliação, passa-se a uma etapa de mediação, quando o agente regulador começa a assumir uma função mais pró-ativa, propondo às partes uma solução.

A instância de mediação deve ser atendida com levantamento completo dos fatos e identificação dos dados técnicos, baseados em informações precisas; deve ocorrer a tentativa de desinflacionar os ânimos e conciliar os interesses em jogo (especialmente quando há divulgação do conflito pela imprensa, entidades da Administração expostas); os interessados devem ser convocados para conhecimento do procedimento que será adotado para uma decisão.

Passada a fase de conciliação frustrada, chega-se à fase de intermediação em que a agência ou agente regulador formula uma proposta de solução do conflito a ambas as partes. Se não aceita, a agência reguladora vai arbitrar e aí com o cunho de obrigatoriedade.

A submissão de pleito à regulação judicante exige que os atos decisórios sejam motivados, demonstrando-se a adequação da realidade dos fatos à norma aplicada (princípio da segurança jurídica). A motivação da decisão está sujeita ao princípio da verdade real, cabendo à autoridade que decide buscar por vários meios as informações indispensáveis. Não havendo parâmetros suficientes se autoriza a ponderação, com o sacrifício de um direito em benefício de outro mais importante no caso concreto; em outras palavras, a ponderação, enquanto *resultado*, deve atentar para o dever de *eficiência* da regulação, atendendo os princípios da “livre concorrência” e da “função social da propriedade”.

Na decisão, pondera-se, à luz do princípio da proporcionalidade, se à limitação de um direito corresponde à justa valorização de outro interesse em conflito; em outras palavras, cabe ponderar a necessidade de acesso ao “mercado” com a criação de dificuldades para acesso ao mercado, cabendo ao regulador a competência da Agência para compor e decidir os conflitos, com direito a recurso. A ponderação deve oferecer ao agente envolvido a opção de avaliar o custo/benefício em cada uma das alternativas, optando-se pela menos onerosa, dando, assim, atendimento ao princípio da proporcionalidade, com vistas a impedir ou minimizar as barreiras para ingresso no mercado ou os danos ambientais ou ao consumidor, por exemplo.

A decisão deve buscar a promoção da competição e, onde houver, da livre concorrência, a não discriminação e a utilização eficiente e o incremento de investimentos em infra-estrutura voltada para a exploração das atividades econômicas e dos serviços públicos, viabilizando que as informações sejam fornecidas de forma precisa, sem criar dificuldades ao acesso de outros interessados pela sua ausência ou insuficiência.

Chegou-se a dizer que isso violaria o princípio da jurisdição una e o princípio do livre acesso ao Judiciário pela supressão da competência jurisdicional por imposição aos agentes regulados de uma solução arbitral. *Data venia*, ninguém adere, num regime de livre iniciativa, a um segmento regulado, de forma obrigatória. Quem adere, postulando um consentimento (licença) ou ganha uma licitação para celebrar com o Poder Público um contrato de concessão, vai ter ali prevista uma solução de controvérsia, com eventual arbitramento pelo agente regulador. E mesmo nos segmentos em que não se trata de um contrato, mas de uma licença para exercer uma atividade econômica, não há tal violação. Num segmento regulado, a licença é ato administrativo negocial ou ato administrativo receptício, cuja edição depende de uma prévia manifestação de vontade do agente econômico envolvido. Ninguém atribui uma licença a alguém que não pleiteou executar determinada atividade econômica e, portanto, ao pleitear o desempenho de uma atividade econômica, pleiteia integrar um sistema regulatório, que se compõe dessas três etapas da edição de normas por alguém que não é o Congresso, da execução dessas normas por alguém que não é o Chefe do Poder Executivo e da solução de controvérsias por alguém que não é o Poder Judiciário.

Claro que a função regulatória se situa no âmbito do direito administrativo; daí vai ser resultante um ato administrativo sujeito ao princípio da jurisdição una, que, no entanto, não pode substituir o juízo de valor do administrador pelo do Poder Judiciário, salvo no caso de manifesta irrazoabilidade.

Solucionada essa controvérsia se tem uma decisão regulatória que pode ou não se transformar numa norma - fenômeno conhecido do direito administrativo como ”extensão de julgado”. A essa decisão regulatória podem pleitear a adesão todos aqueles que se situarem na mesma situação jurídico-econômica. A decisão pode, ainda, ser transformada em norma (*rulemaking*), sendo esta uma tendência com vistas a maior segurança jurídica, embora ainda se reconheça a relevância do sistema de precedentes em casos concretos (*adjudication*) para a aplicação da lei a um determinado conflito.

Existe, ainda, a possibilidade de um “acordo substitutivo”, instrumento de justiça distributiva, em oposição à justiça retributiva, substituindo-se a penalidade por uma prestação de proveito generalizado, se tal providência, da ponderação, resultar numa maximização do benefício geral em relação à restrição do direito individual (objeto da regulação).

Assim, da decisão regulatória existem três prováveis conseqüências além da própria solução do conflito entre as partes (que podem ser seqüenciais). Uma, a imposição de penalidade; outra, o acordo substitutivo, e a terceira, a transformação do conteúdo da decisão numa norma regulatória o que representa

outra característica da função regulatória que é a retro-alimentação do sistema, dando, com isso, atendimento a um conceito muito mais comum no direito americano e no direito brasileiro que é o fato de, sob a ótica da interpretação econômica do direito, ser muito menos oneroso à sociedade que o legislador deixe de elaborar todas as normas para que o faça o agente regulador. Gasta-se muito menos energia e muito menos recursos reunir cinco componentes de um colegiado regulatório do que trezentos parlamentares e, mais do que isso, além de se atender à economicidade se atende à eficiência, porque é editada uma norma com conhecimento técnico e à luz da experiência auferida pelo agente na solução do conflito.

Uma importante distinção da função regulatória judicante para a função jurisdicional e para a própria função judicante da administração. É que na grande maioria dos casos, a função judicante do Poder Judiciário e da própria Administração é voltada para o passado, para as origens do problema e para a definição de quem errou e de quem foi vítima. A função regulatória judicante é voltada para o futuro; ela é impregnada de uma necessidade da interpretação prospectiva do julgador em vislumbrar quais são as prováveis conseqüências daquela decisão, que não envolve apenas as partes envolvidas mas todo o mercado que vai sofrer com a relação custo/benefício. Tal perspectiva informa a edição daquela decisão, que pode ou não se transformar em norma (devendo, para tanto, observar o procedimento previsto, assegurando-se o direito de participação e decidindo-se com enfrentamento dos subsídios propostos pelos interessados – princípio do *hard look*).

Portanto, a função regulatória se distingue de todas as demais funções administrativas e das funções legislativas e jurisdicionais.

2.1. A REGULAÇÃO NAS ATIVIDADES ADMINISTRATIVAS

A função vai assumir uma feição variada conforme se trate da regulação do âmbito da polícia administrativa (tradicionalmente denominada “poder de polícia”), porque nesse segmento se busca, apenas, a segurança dos bens e serviços colocados no mercado; na regulação dos serviços públicos, busca-se a eficiência traduzida no conceito de *serviço adequado*, incluídas as idéias de generalidade, regularidade, cortesia, atualidade e modicidade das tarifas. Este último aspecto é bem diferente dos demais aspectos da regulação, seja na polícia seja no ordenamento econômico, porque nesses dois segmentos o que se busca é prevenir o abuso, mas não necessariamente garantir a modicidade, que é imperativo no serviços públicos, porque esses, por lei, foram reconhecidos como indispensáveis à evolução da sociedade enquanto tal.

No ordenamento econômico se busca promover a competição, a livre concorrência. O termo “livre concorrência” é empregado na sua visão mais ampla, enquanto que nos serviços públicos o que se busca é cada vez mais ampliar a competição, mas ainda não há que se falar, tecnicamente, em “livre concorrência” porque não há livre acesso a esse segmento econômico, que, vulgarmente, se chama de “mercado”; não há livre acesso porque só entra quem e quando o Poder Público assim o desejar.

No ordenamento social, o que se busca é viabilizar que o setor privado forneça bens e serviços indispensáveis à sociedade, de maneira a torná-los acessíveis à coletividade. Busca-se a preservação de determinados bens e serviços tidos como relevantes por conta da lei, não necessariamente providos pelo Estado. Os exemplos mais comuns são os casos de educação e saúde. Usa-se falar que esses segmentos deveriam ser todos providos totalmente pelo Estado e não deveriam comportar regulação, o que violaria o princípio da realidade, por força do qual não se pode exigir do Estado que preste serviços de educação e de saúde a todos os administrados mas, sim, o dever de viabilizar o acesso ao seu provimento.

3. A ESTRUTURA REGULATÓRIA

A independência da agência reguladora é instrumento, mas, não necessariamente, indispensável para o exercício da função regulatória, que pode existir (e sempre existiu em outras atividades da administração pública, como nos exemplos do Banco Central, da CVM, do CADE, dos estoques reguladores do Ministério da Agricultura) sem que se faça presente a figura do órgão regulador. O que importa é que essa função seja orientada por critérios técnicos (e não por critérios políticos) que almejem esse equilíbrio entre os interesses envolvidos no cenário econômico.

Na verdade, o que mudou foi o enfoque a ser dado ao tema em função da necessidade de atração de investimentos, o que exigia maior segurança jurídica, viabilizada pela previsibilidade das ações governamentais na condução da atividade interventiva no domínio econômico. Tal segurança seria inatingível caso a intervenção fosse orientada apenas por critérios políticos, cujo ciclo de variação é incompatível com o longo período de maturação dos investimentos levados a efeito nos segmentos regulados.

A opção pelo modelo de agência, adotado no âmbito da Reforma do Estado, privilegia a competência para, com maior autonomia, fiscalizar o mercado, mas, ainda, de editar normas e de solucionar os conflitos, seja pela prevenção ou mediação, seja por meio da arbitragem, privilegiando o conhecimento *técnico* sobre o segmento regulado.

A agência exercerá as competências regulatórias *fiscalizatória* e *normativa* (controlando as condutas dos agentes e editando diretrizes sobre as matérias de sua competência), bem como a competência regulatória *parajurisdicional*.

A vantagem do modelo de "agência reguladora" é a substituição do controle político e burocrático pelo controle técnico, assegurado pela escolha calcada no mérito e submetida a aprovação parlamentar, com direito a mandato fixo (ressalvando que, quanto a este, há questionamento judicial).

A função regulatória deve ser exercida de forma eqüidistante dos interesses, com vistas a um ponto ótimo, que concilie os interesses de consumidores, fornecedores e do Poder Público. A agência não é um órgão de

defesa do consumidor, mas uma entidade que busca o equilíbrio entre os interesses nos setores regulados (mercado específico), devendo ficar equidistante de consumidores, fornecedores e do poder público.

Para o exercício neutro e despolitizado se concebeu o conceito de autarquia especial, com a autonomia inerente às autarquias, mas com mecanismos de proteção de sua indpendência política.

A independência se dá pelo mandato fixo dos dirigentes e pela fonte de receita própria.

Por óbvio, tal independência não resta livre de polêmicas.

Inicialmente, questiona-se que a norma reguladora viola o princípio da legalidade, quando, na verdade, a regulação normativa se dedica ora a integrar ora a interpretrar a lei, sempre orientada por fatores tecnicamente justificáveis e dentro de parâmetros (*standards*) estabelecidos pela própria norma.

Ainda na linha das polêmicas, no Egrégio Supremo Tribunal Federal se questionou o mandato fixo dos dirigentes das agências reguladoras; afinal, se não prestaram concurso público para provimento de cargo efetivo só poderiam merecer o tratamento constitucionalmente reservado às funções de confiança, de livre provimento, mas, também, de livre exoneração. O Eg. STF, no entanto, adotou uma interpretação prospectiva, deferindo a liminar por presunção aparente de inconstitucionalidade da norma estabelecedora do mandato fixo, mas exigiu "justo motivo" para a exoneração (o que sugere a apuração em devido processo legal, tal como previsto em lei, mantendo, assim, a essência da norma).

A autonomia não representa uma liberdade de definição do regime jurídico dos servidores dos quadros da agência; estes devem ser providos por agentes submetidos ao estatuto e não por celetistas; isto porque, para se assegurar a independência nas funções, se torna necessária proteção contra a perda do cargo, o que não ocorre no regime de emprego, de natureza contratual, que pode ser desfeito mediante mera indenização.

A autonomia também não autoriza que as decisões das agências fiquem imunes à revisão judicial, já que o princípio acolhido é o da jurisdição una e não o modelo francês do contencioso administrativo. A independência técnica não afasta, igualmente, o controle que o Poder Legislativo e o Tribunal de Contas exercem, respectivamente, sobre os atos normativos e sobre as despesas da entidade (CF, arts. 49, V e 71, X)

4. CONCLUSÃO

Conclui-se, pois, que se trata de matéria de direito administrativo e não de outros nomes que se tenha atribuído e muito menos do surgimento de um direito regulatório.

A regulação (estatal) é uma função por força da qual a autoridade administrativa intervém nas decisões econômicas privadas, por meio de atos gerais, individuais ordinatórios e decisórios, com vistas ao atendimento dos interesses relevantes da coletividade, distinta da auto regulação, que envolve o mesmo conjunto de atos aos quais os interessados voluntariamente aderem por convenção.

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:

SOUTO, Marcos Juruena Villela. FUNÇÃO REGULATÓRIA. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 13, fevereiro/março/abril, 2008. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. 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 REDAE - Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-1861**

3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, acompanhados de foto digital, para o e-mail: redae@direitodoestado.com.br

4) A REDAE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público. 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 REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico por e-mail: http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323

6) Assine o feed da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico através do link: http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDeDireitoAdministrativoEconomico

Publicação Impressa:

Palestra proferida no Curso Direito e Negócios do Petróleo promovido pelo Instituto Brasileiro do Petróleo e do Gás, sintetizando parte das conclusões de tese apresentada no Doutorado em Direito Econômico e Sociedade, da Universidade Gama Filho, sob orientação do Professor Francisco Mauro Dias.