

O OMBUDSMAN E O OUVIDOR: PELA EFETIVA PARTICIPAÇÃO POPULAR NO CONTROLE (SOCIAL) DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Américo Ribeiro MAGRO¹
Rodrigo Lemos ARTEIRO²

RESUMO: Pretende o presente artigo tecer sucinta análise sobre a figura do *Ombudsman*, órgão de origem nórdica, que atua como instrumento de controle político da Administração Pública através da atuação popular, sua evolução no direito comparado e a possibilidade de adoção deste modelo como forma de fiscalização das agências reguladoras nacionais por meio da legítima participação do administrado, especialmente através das ouvidorias permanentes destas entidades.

Palavras-chave: Estado Providência. Estado Regulador. Agências Reguladoras. Administração Pública indireta. Controle político. Controle hierárquico. *Accountability*. *Controle Social*. Ombudsman. Ouvidoria

1 INTRODUÇÃO

Intenta este breve estudo discorrer acerca da instituição do *Ombudsman* (também chamado, dentre tantas rubricas, de “Defensor do Povo” ou “Ouvidor-geral”), de origem nórdica, relacionando-o como instrumento indispensável à efetivação do controle social da administração, isto é, a fiscalização dos entes da Administração Pública por meio da participação popular do administrado, maior interessado na realização do bem comum através da condução da *res publica*.

¹ Discente do 4º ano do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente/SP. Integrante voluntário do Grupo de Estudos para Iniciação Científica “Estado, Sociedade e Desenvolvimento”, sob a orientação do professor-doutor Sérgio Tibiriçá Amaral. Estagiário do Ministério Público Federal – Procuradoria da República em Presidente Prudente/SP. E-mail: americomagro@hotmail.com.

² Docente do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente/SP. Especialista em Direito pela mesma instituição. Mestrando em Ciências Jurídicas pela UENP – Universidade Estadual do Norte do Paraná. E-mail: rodrigoarteiro@unitoledo.br. Orientador do trabalho.

Optou-se por associar tal figura às ouvidorias permanentes existentes na estrutura organizacional das agências reguladoras nacionais, salientando, todavia, que o cenário nacional está longe do padrão ideal.

Num primeiro momento, analisou-se a evolução do Estado, do modelo providencialista do *Welfare State* ao modelo regulatório do Neoliberalismo, salientando as circunstâncias que envolveram essa transição no cenário nacional, especialmente com o Programa Nacional de Desestatização (PND). Nesse cenário, teceu-se breve análise acerca do surgimento das agências reguladoras independentes no Brasil, bem como suas características e atribuições no “novo” modelo regulatório.

Posteriormente, discorreu-se acerca do controle da Administração Pública e, especialmente, das agências reguladoras, comparando-se, nesse quesito, os benefícios de um controle político, conforme praticado no Direito norte-americano, em detrimento do narcisista controle hierárquico, dominante em terras brasileiras em virtude da exacerbação do Poder Executivo em nosso país. Após, analisou-se a possibilidade de controle social da administração (corolário ideal do controle político), através da participação popular, no exercício do direito de petição e reclamação aos entes estatais através das ouvidorias.

Ao final, expôs-se o surgimento do *Ombudsman*, sua evolução, atribuições e a relevância na fiscalização do *accountability* da Administração, relacionando-o à figura do ouvidor das agências reguladoras nacionais.

2 AGÊNCIAS REGULADORAS

2.1 Do Estado Providência (ou de Bem-Estar Social) ao Estado Regulador

Partindo-se da noção de prevalência de um modelo mais eficiente em detrimento de um mais defasado, pode-se dizer que a ascensão do Estado Regulador está diretamente determinada pela queda do modelo do *Estado Providência* ou, como é usualmente conhecido, *Estado de Bem-Estar Social* (*Welfare State*).

No florescer do memorável século XX, a “era dos extremos” (emprestando-se aqui a conhecida expressão cunhada por Eric Hobsbawn), a ideologia do Estado Providência significou a “a assunção pelo Estado de funções de modelação da vida social”, transformando-se em “prestador de serviços e empresário” (JUSTEN FILHO, 2002, p. 22). Ou seja, no ímpeto de institucionalizar a prestação particular, o Estado tomou de assalto setores que antes eram tidos como próprios da iniciativa privada, embrenhou-se por novos meios comerciais e industriais, reestruturou o mercado e liderou a renovação das estruturas sociais e econômicas; abandonando, ao fazê-lo, a postura negativa do modelo liberal do século anterior (predomínio do liberalismo *laissez faire* e a crença na “mão-invisível” de Adam Smith).

Conforme leciona Lucas de Souza Lehfeld (2008, p. 57),

“sendo um sistema estatal intermediário entre o liberalismo e o marxismo, o *Welfare State*, ou também chamado de ‘Estado de Bem-Estar Social’, surgiu com o propósito de amenizar, de um lado, os problemas sociais (p. ex. miséria e desemprego) do pós-guerra e conseqüentemente o fracasso do Estado Liberal e, de outro, a falta de competitividade e eficiência produtiva em razão da apropriação, por parte do Estado Socialista, dos meios de produção, da propriedade privada e também de seu planejamento econômico burocratizado, que sucumbiu por completo à iniciativa privada e à livre concorrência”.

Tomando-se a sistematização formulada por Erros Grau (2006, p. 122), podem-se destacar 03 modalidades de intervenção desta modalidade de Estado na economia: (I) intervenção por absorção ou participação; (II) intervenção por direção e (III) intervenção por indução – salienta-se, contudo, que não há que se falar em intervenção quando o Estado apenas atua em área que já lhe é reservada por natureza, e.g., quando desenvolve atividades atinentes à prestação do serviço público.

Tem-se, portanto, a par de tal sistematização, que o Estado Providência assumiu amplo prisma de funções econômicas, avocando postos que antes pertenciam a iniciativa privada (a título de intervenção) e atuando, de forma direta, em setores que já lhe eram naturalmente reservados, mas, então, com alcance reduzido.

No contexto nacional, o modelo do Estado Providência atravessou o Atlântico para fincar-se em terras brasileiras com a tomada do poder por Getúlio Vargas, na intitulada “revolução de 30”. Imbuído de forte ideologia populista, o

Estado, então, dedicou-se ao desenvolvimento da máquina pública, tomando integralmente para si o ônus de fomentar e sustentar o desenvolvimento econômico da nação.

Embora tenha obtido resultados positivos (no contexto nacional, especial destaque às conquistas trabalhistas e previdenciárias), por evidente que o modelo providencialista brasileiro não pôde sustentar-se, em virtude de sua onerosidade.

Em mui apertada síntese, podem-se destacar, dentre outras, como causas principais que tornaram inviável a manutenção do Estado de Bem-Estar no Brasil: a (I) *crise fiscal*, gerada pelo (inédito e espantoso) crescimento populacional (quanto maior o conforto experimentado, maior a expectativa de dia) e pela crescente ineficiência das funções assumidas pela administração estatal, que representou a incapacidade do Estado em cumprir as obrigações assumidas (mesmo as mais essenciais) e levar adiante o desenvolvimento dos pretendidos projetos ambiciosos; e (II) a elevação dos passivos governamentais (em âmbito interno e externo), já que os projetos assumidos ultrapassavam, de forma crescente, os recursos estatais disponíveis.

Destacam-se, ainda, como motivadores da crise estrutural do Estado Providência brasileiro, o problema previdenciário (inadequação dos cálculos previdenciários ao novo patamar de longevidade, capacidade laborativa, de participação no mercado de trabalho, dentre outros), a evolução tecnológica experimentada pelos países estrangeiros capitalistas (em contraposição à estagnação local), a crise social (motivada pelo descrédito do *establishment* estatal, demasiado burocrático e inepto), bem como a pressão política dos setores privados, interessados na abertura do mercado.

Em resumo, conforme explica Phillip Gil França (2008, p. 114),

“[...] essa política (providencialista), ao longo do tempo, apenas gerou o crescimento desordenado e a insustentabilidade da máquina administrativa, pois a Administração viu-se obrigada a arcar com ônus impraticáveis e sem perspectiva de recuperação de bônus que a sustentasse [...]. Entre outros fatores que revelaram a *bancarrota estatal*, frisa-se a crise financeira, uma vez que o Estado afundou-se em suas dívidas externa e interna para – no mesmo sentido – empurrar o problema de manutenção da máquina pública para frente”.

Nesse quadro de desequilíbrio entre a *pretensão* avocatória do modelo providencialista e sua incapacidade de *prestação* das obrigações assumidas no

planto concreto, o Estado viu-se compelido a reduzir sua estrutura produtiva e prestacional. Na realidade nacional, tal preocupação (em reestruturar a “titânica” burocracia local), materializou-se com a implantação do *Programa Nacional de Desestatização* (PND), deflagrado com a Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, posteriormente substituída pela Lei nº 9.491, de 09 de setembro de 1997, que representou a flexibilização do monopólio estatal em diversas áreas estratégicas, como energia elétrica, exploração de petróleo, telecomunicações, dentre outras.

O PND objetivou a transferência de atividades e serviços públicos do Estado aos particulares, reestruturando a Administração Pública de forma a (apenas) controlar a atuação das empresas privadas, conferindo-o o caráter de “interventor subsidiário perante a prestação do serviço público e atendimento da sociedade” (FRANÇA, 2008, p. 126).

À guisa de demonstração deste intento, o art. 1º da Lei nº 9.491/97 prevê que o Programa Nacional de Desestatização (PND) tem como objetivos fundamentais:

- I - reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público;**
- II - contribuir para a reestruturação econômica do setor público, especialmente através da melhoria do perfil e da redução da dívida pública líquida;**
- III - permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada;**
- IV - contribuir para a reestruturação econômica do setor privado, especialmente para a modernização da infra-estrutura e do parque industrial do País, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia, inclusive através da concessão de crédito;**
- V - permitir que a Administração Pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais;**
- VI - contribuir para o fortalecimento do mercado de capitais, através do acréscimo da oferta de valores mobiliários e da democratização da propriedade do capital das empresas que integrem o Programa.**

É de se notar que com a *desestatização* (fenômeno geral, que optamos por identificar a partir da expressão consagrada *intra legem* no Brasil), inaugurou-se uma nova forma de capitalismo liberal, em substituição ao Estado de Bem-Estar Social (ou Providência). Assim, o *neoliberalismo*, em oposição ao modelo anterior, “nada promete, mas parece tudo cumprir, com uma mudança do papel do Estado, fomentador da atividade econômica, que passa agora a ser **regulador**” (LEHFELD, 2008, p. 58).

Desta forma, se no Estado Providência (ou de Bem-Estar Social), o modo de promover o bem comum “reside num complexo heterogêneo de atuações estatais”, o Estado Regulador “atenua a relevância das propostas de intervenção direta e material”, realizando o bem comum através da atuação regulatória, com a edição de regras e outras providências destinadas a influir sobre a atuação das pessoas e instituições (FRANÇA, 2008, p. 27).

Para melhor compreensão e seguindo a sistematização proposta por Marçal Justen Filho (2002, p. 25/25), o modelo regulatório apresenta, dentre outras, as seguintes modificações fundamentais em relação padrão providencialista anterior:

a) *Âmbito de abrangência das atividades sujeitas aos regimes de Direito Público e de Direito Privado*: De um lado, cogita-se a transferência de atividades antes desenvolvidas pelo Estado em favor da iniciativa privada; por outro, propõe-se a flexibilização dos monopólios estatais sobre atividades estratégicas, para oportunizar ampla disputa pelos particulares em regime de mercado;

b) *Inversão da relevância do instrumento interventivo*: O Estado permanece presente no domínio econômico, mas não como interventor direto e sim como partícipe indireto, valendo-se, nesse novo paradigma, do instrumento normativo e de suas competências política para influenciar os particulares a realizar os fins necessários ao bem comum;

c) *Ampliação das possibilidades de intervenção*: Tradicionalmente, a intervenção estadual no domínio econômico destinava-se a dar suporte ao mecanismo de mercado e a eliminar eventuais desvios; no modelo regulatório, doutro modo, admite-se a possibilidade de intervenção destinada a propiciar a realização de certos valores de natureza política ou social;

d) *Institucionalização de mecanismos disciplina permanente da atividade econômica privada*: No modelo regulador, o Estado abandona o regramento *estático* em favor de uma concepção de regramento *dinâmico*, no sentido de que tem de dispor de mecanismos de acompanhamento e controle dos agentes privados, o que implica na necessidade de inovação *contínua*.

A reforma administrativa brasileira, com a assunção, ainda em transição, do (novo) papel regulador do Estado neoliberal, consolidou-se com a instituição das agências reguladoras federais, idealizadas como instrumentos de intervenção estatal no setor econômico, assumindo, concretamente, o papel de regulador dos mercados que originou, como se verá a seguir.

2.1 Das agências e das agências reguladoras propriamente ditas

Antes de adentrarmos análise específica acerca das agências reguladoras, instrumentos concretos de regulação do “novo” modelo de Estado neoliberal, cumpre, *a priori*, compreender que o vocábulo *agência* deriva, originalmente, do direito norte-americano (*agency*), onde tem sentido mais amplo, já que abrange “qualquer autoridade do Governo dos Estados Unidos, esteja ou não sujeita ao controle de outra agência, com exclusão do Congresso e dos Tribunais”, consoante disposição da § 551, 1 do *Federal Administrative Procedure Act* (APA).

Significa dizer que no sistema norte-americano, “excluídos os três Poderes do Estado, todas as demais autoridades públicas constituem agências”, de sorte que, nesses termos, “falar em Administração Pública significa falar nas agências (*agencies*), excluída do conceito a própria Presidência da República”, ao contrário do que ocorre no Brasil, onde o Chefe do Poder Executivo a integra em seu ápice, dirigindo seu funcionamento (DI PIETRO, 2010, p. 463)³.

Pois bem. No sistema brasileiro, as agências reguladoras são *autarquias de regime especial*, integrantes da administração indireta e ultimamente criadas (por lei) com a finalidade de disciplinar e controlar certas atividades (MELLO, 2010, p. 169).

Trata-se de entidade concebida para exercer a disciplina e o controle administrativo sobre os atos e contratos que dizem respeito à prestação de um serviço público específico ou a alguma atividade econômica, cumprindo-lhe regular tal prestação e atividade (CUNHA JÚNIOR, 2011, p. 166).

Sucintamente, socorrendo-se da ordem de Celso Antonio Bandeira de Mello (2010, p. 170/171), algumas das atividades afetas à disciplina e controle das agências reguladoras (federais) brasileiras são:

a) *Serviços públicos propriamente ditos*: É o caso da *Agência Nacional de Energia Elétrica* (ANEEL), criada pela Lei nº 9.437, de 26/12/1996; *Agência Nacional de Telecomunicações* (ANATEL), criada pela Lei nº 9.472, de 16/07/1997;

³ Não por menos, o direito administrativo norte-americano é também conhecido como *direito das agências*.

Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), ambas criadas pela Lei nº 10.233, de 05/06/2001; Agência Nacional da Aviação Civil (ANAC), criada pela Lei nº 11.182, de 27/09/2005;

b) *Atividades de fomento e fiscalização da atividade privado: É o caso da Agência Nacional do Cinema (ANCINE), criada pela Medida Provisória 2.281-1, de 06/09/2001, alterada pela Lei nº 13/05/2002;*

c) *Atividades exercitáveis para promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo: Competem a Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), criada pela Lei nº 9.478, de 06/08/1997;*

d) *Atividades que o Estado também protagoniza (em sede de serviços públicos), mas que, paralelamente, são facultadas aos particulares: É o que se dá nos serviços de saúde, que os particulares desempenham no exercício da livre iniciativa, sob disciplina e controle da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (antes denominada ANVS e hoje intitulada ANVISA, por força da Medida Provisória 2.190-34, de 23/08/2001), criada pela Lei nº 9.782, de 26/01/1999 e da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), criada pela Lei nº 9.961, de 28/01/2000;*

e) *Regulação do uso de bem público: É o caso da Agência Nacional de Águas (ANA), criada pela Lei nº 9.984, de 17/07/2000.*

Salienta-se, nessa toada, que a *Comissão de Valores Mobiliários (CVM)*, criada pela Lei nº 6.385, de 07/12/1976, a quem compete a disciplina do funcionamento do mercado de valores mobiliários e a atuação de seus protagonistas (companhias abertas, intermediários financeiros e investidores, dentre outros), também pode ser classificada como *autarquia de regime especial*, com função regulatória; contudo, não recebeu a designação de *agência*, uma vez que optou-se por manter seu nome original *ex lege*.

Sendo *autarquia*, a agência reguladora, nos termos do art. 5º, I do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, é um “serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada”.

É de *regime especial*, pois a lei que a institui prevê alguns privilégios no regime jurídico que lhe é aplicável, propiciando uma margem de autonomia jurídica

que não se encontra na maior parte das entidades autárquicas (JUSTEN FILHO, 2005, p. 466). No esteio da lição de Hely Lopes Meirelles (2011, p. 391), tais privilégios, outorgados à entidade para consecução de seus fins, caracterizam-se, basicamente, pela: a) *autonomia administrativa*, fundamentada na estabilidade de seus dirigentes (mandato fixo); b) *autonomia financeira*, com renda própria e liberdade para sua aplicação; c) *poder normativo*, que se traduz na regulamentação das matérias de sua competência.

Tais “poderes”, concedidos *ex vi legis*, foram entendidos como indispensáveis às agências reguladoras, tendo em conta “a enorme relevância dos serviços por elas regulados e fiscalizados, como também o envolvimento de poderosos grupos econômicos (nacionais e estrangeiros) nessas atividades” (MEIRELLES, 2011, p. 391).

Entretanto, a despeito da necessidade de autonomia para que possa exercer sua função de disciplina e controle com a imparcialidade que lhe é exigida, tal prerrogativa não furta as agências reguladoras do dever de submeterem-se aos primados da lei e da Constituição Federal, o que enseja a possibilidade de controle destas entidades, na medida em que integram a administração pública indireta. De fato, o controle das agências não afasta sua autonomia (que lhe é necessária), mas apenas “assegura a sociedade que os órgãos de poder político não atuarão sem limites, perdendo de vista a razão de sua instituição, consistente na realização do bem comum” (JUSTEN FILHO, 2002, p. 585).

A possibilidade de participação popular no controle das agências reguladoras justifica-se justamente pelo dever de observância da lei, que, ao mesmo tempo, suplanta qualquer autonomia e garante a intervenção do administrado na condução da política nacional, especialmente regulatória. É o que se verá a seguir.

3. O CONTROLE SOCIAL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS E O OMBUDSMAN

3.1 Controle das agências reguladoras: controle político x controle hierárquico

Como é sabido, a evolução política brasileira produziu um fenômeno local quase único: a de um executivo forte, dominante e com prerrogativas quase “imperiais”. Tal quadro sustenta-se em virtude do modelo de governo chamado de “governo de coalizão”, popularmente conhecido em terras brasileiras como o mecanismo da “governabilidade”, que se traduz no esforço do poder executivo central em angariar o máximo apoio possível do parlamento, a fim de eliminar qualquer oposição doméstica relevante, assegurar a aprovação de decisões e o cumprimento de suas políticas ⁴.

Conforme analisa Regina Pacheco (2005, p. 236),

“La tradición de Ejecutivos fuertes (en las esferas federal, estadual y municipal) se ha venido recientemente más compleja con el advenimiento de los gobiernos de coalición y los procesos de formación de majorías parlamentarias, requisitos para la aprobación de las reformas de interes para el ejecutivo, sobre todo em La esfera federal. A pesar de ello, La frágil tradición del Legislativo como ente fiscalizador del Ejecutivo, o La escazes de iniciativas de propuestas de leyes, hacen suponer que habrá dificultades en alcanzar el papel agresivo y simultáneo de estos dos poderes em La supervisión de las agencias”.

A imagem de um Executivo forte (*supremus e potens*) fez predominar no Estado brasileiro (especialmente no atual governo, inconformado com a autonomia das agências reguladoras), a noção de *controle hierárquico* das agências reguladoras, em detrimento do (ideal) *controle político* destas entidades.

Para compreendermos tal orientação, deve-se ter em mente que o problema do controle das agências reguladoras no Brasil decorre da oposição entre dois sistemas juspolíticos, que, embora se firmem no mesmo ânimo regular, divergem quanto à forma de fiscalização destas entidades: trata-se dos sistemas norte-americano e o seu equivalente (e dele derivado) brasileiro.

A oposição de valores entre estes dois sistemas pode ser ilustrado por meio da analogia, no caso norte-americano, do dilema do herói mítico *Ulisses* e as sereias encantadoras em seu caminho para Ítaca (comparação idealizada por John Elster) e o mito de *Narciso e Eco*, no caso brasileiro (idealizada por Regina Pacheco).

⁴ Cumpre salientar que tal forma de “fazer política”, para usar expressão corrente do meio, sempre existiu ao longo da evolução democrática, desde os idos da primordial monarquia parlamentarista britânica ou das alas do diretório revolucionário francês; no Brasil, todavia, tal prática foi prejudicial aos ares republicanos, uma vez que se desenvolveu, em crescente, na mesma proporção da alienação política dos cidadãos e no descrédito do parlamento federal local.

No caso norte-americano, as *independent regulatory agencies* (fonte das entidades pátrias) foram criadas com base na delegação de competências do Poder Legislativo, para consecução de sua função reguladora (tendo em consideração que a noção de *agency* é mais ampla que nossas agências reguladoras, conforme já acentuado).

Pois bem. A analogia de Ulisses decorre do fortalecimento do controle juspolítico norte-americano das agências, uma vez que a delegação de poderes às *agencies* é acompanhada de um senso de responsabilidade pelos seus atos perante a sociedade. Tem-se, portanto, em relação às *agencies*, a aplicação do chamado princípio do *accountability*, de origem anglo-saxã, uma vez que há preocupação com a responsabilidade da instituição perante o público, seja através do Parlamento, seja por outras vias diretas de participação popular, considerando, nesse cenário, que todo aquele que exerce competências estatais tem de responder perante outrem pelos próprios atos e por seu desempenho (JUSTEN FILHO, 2002, p. 139) ⁵.

Destarte, em virtude desse princípio da responsabilidade (*accountability*), a delegação, em favor das agências norte-americanas, é acompanhada da preocupação de se construir um ambiente de credibilidade e confiança por meio da obediência às regras previamente estabelecidas atinentes à atuação desses órgãos (LEHFELD, 2008, p. 276).

Assim, conforme leciona Marcos André Melo (2001, p. 63),

“da mesma forma que Ulisses amarrou-se ao mastro do navio para não ser seduzido pelo canto das sereias, legisladores racionais podem escolher limitações ao exercício de sua vontade soberana [...]. Ou seja, podem recorrer a delegação através de legislação que exige supermaiorias para ser alterada como um mecanismo de autodefesa, um pré-compromisso que assumem em relação ao futuro. A ‘hora da razão’ pode estar associada a argumentos quanto às conseqüências da adoção de determinadas instituições ou políticas”.

A sistemática *ulissiana*, portanto, retrata uma forma de *controle político* da delegação às agências reguladoras, uma vez que oportuniza a ação de outros órgãos, além do Legislativo, para verificação do *accountability*, a exemplo do Executivo, do Judiciário e, inclusive, dos integrantes da sociedade civil, interessados no cumprimento dos motivos da delegação.

⁵ Conforme aponta Marçal Justen Filho (2002, p. 137/139), na língua portuguesa, *accountability* é ainda um termo de difícil tradução e mesmo na língua inglesa, que a consagrou, o termo é ambíguo. No presente tema, opta-se pelo sentido de fiscalização sobre certa entidade ou autoridade pública, abrangendo as noções de *responsabilidade, dependência e confiabilidade*.

Nesse modelo, portanto, há uma forma de “controle sem controladores diretos”, substituindo-se (conforme a memorável proposição de McCubbins e Schwartz em seu “*Congressional oversight overlooked: police patrol versus fire alarm*”) o controle tipo “patrulha de polícia” pelo “alarme de incêndio”. Conforme explica Marcos André Melo (2001, p. 63),

“o controle tipo ‘patrulha de polícia’ estaria associado ao escrutínio e monitoramento sistemático, de custos elevados, exercidos pelos parlamentares em relação a todo desvio potencial no funcionamento das burocracias e nos programas implementados. Em contraste, o controle ‘alarme de incêndio’ refere-se ao monitoramento seletivo, de custo eficiente, voltado para a identificação dos desvios ou comportamento oportunista da burocracia que são denunciados pela base parlamentar dos congressistas. O controle é exercido a partir do receio que aqueles a quem foram delegados poderes têm de escândalos ou denúncias apontadas por atores ou *constituencies* dos parlamentares, em um contexto em que os parlamentares, através dos comitês do Congresso, detêm controle sobre os orçamentos das agências”.

Em suma: no controle político, predomina a exigência de *accountability* das agências (reguladoras), através da fiscalização permanente, porém não ostensiva, de diversos autores (além do Executivo), a fim de que se assegure o cumprimento da delegação legislativa.

Em contraposição ao controle político de “alarme de incêndio”, tem-se o controle hierárquico, que pauta-se na relação napoleônica de autoridade entre o nomeante (*in casu*, Chefe do Executivo) e o dirigente nomeado, que segue uma lógica de mando e controle – notadamente incompatível com a autonomia das agências reguladoras e oposta à lógica de responsabilização (*accountability*) dessas entidades.

De fato, à medida que a Administração Pública direta se fortalece, em detrimento da indireta, o controle hierárquico também prevalece, o que faz por distanciar o sistema regulatório brasileiro da ideal lógica de Ulisses de fiscalização do *accountability*. Ao fazê-lo, assume o Poder Executivo um comportamento narcisista (daí a analogia), uma vez que, preferindo o sistema de mando e controle, recusa-se a ser deslocado pelas novas formas de controle propostas pela reforma gerencial.

Agindo como Narciso, o Executivo nacional parece preferir apenas contemplar suas amplas atribuições e o próprio poder de controle direto e fechado (“patrulha policial”), quando o ideal seria a fiscalização baseada em resultados e no senso de responsabilidade (*accountability*) das agências, através da

institucionalização de um sistema instrumental aberto (“alarme de incêndio”), com participação de todos os setores e agentes submetidos à regulação, em busca da consecução dos fins destas entidades e a realização do bem comum.

Deveras, é o que aponta Marçal Justen Filho (2002, p. 584):

“A concentração de poderes discricionários em estruturas organizadas com critérios de autonomia tem de ser acompanhada do desenvolvimento de instrumentos político-jurídicos de controle e limitação [...]. Nesse ponto, é necessário apontar-se uma relevante diferença cultural-institucional subjacente. Não existe, no Brasil, uma sistemática extrajurídica de controle da conduta dos governantes com características similares às existentes numa sociedade como a britânica. Na Grã-Bretanha, admite-se a autonomia extremamente significativa para a agência reguladora, mas isso não se traduz – de regra – em práticas abusivas, arbitrárias e prepotentes por parte da autoridade reguladora. As diversas instituições políticas e sociais desempenham função de limitação da autonomia formal reconhecida à autoridade reguladora. Daí decorre que a ausência de limites formais ao exercício de poderes não significa autonomia material nem equivale à consagração do arbítrio, pois existem os limites produzidos por processos sociais informais. A situação é diversa no Brasil. É evidente que a organização social brasileira ainda não produziu instrumentos informais de controle da atuação das autoridades estatais. O Direito tem de suprir essa ausência de limites materiais, produzindo institutos jurídicos equivalentes àqueles processos sociais difusos” (grifou-se).

A par da necessidade de instituição de instrumentos informais de controle das autoridades estatais, que oportunizem a ampla fiscalização por todos os setores da sociedade, em prol do interesse público, cabe tecer análise acerca da possibilidade de controle social das agências reguladoras, através da participação popular, corolário do controle político.

3.1 Controle social da Administração Pública: participação popular na promoção do bem comum

Segundo Norberto Bobbio *et al* (2000, p. 283), controle social é o conjunto dos meios de intervenção, positivos ou negativos, acionados por cada sociedade ou grupo social a fim de induzir os próprios membros a se conformarem às normas que a caracterizam, de impedir e desestimular os comportamentos contrários às mencionadas normas, de restabelecer condições de conformação, também em relação a uma mudança do sistema normativo.

Considerando que o art. 1º, parágrafo único, da Constituição da República consagra o princípio democrático, segundo o qual todo o poder emana do povo, que o exerce de forma direta ou por meio de representantes eleitos, o controle social da Administração desponta como atividade proativa de quem é cidadão e constitui “arma importante da luta contra o desvio do poder, da garantia do exercício do ideal de justiça no Estado onde vive e do almejado desenvolvimento socioeconômico dos participantes desse Estado” (FRANÇA, 2008, p. 98).

Com efeito, a par da lição de Adriana da Costa Ricardo Schier (2002, p. 250) é direito fundamental do cidadão (e administrado) a possibilidade de questionar os atos administrativos que entende como indevido, baseado na dimensão (I) democrática, quando concretiza o princípio democrático e (II) de controle, no qual efetiva o princípio do Estado de Direito. Desta feita, segundo a mesma autora,

“[...] o direito de reclamação, previsto no art. 3º, § 3º, I, da Constituição brasileira de 1988, apresenta-se como uma espécie do direito de participação, especificamente referido à sua dimensão concretizadora do Estado de Direito e, através dele, os cidadãos são legitimados para exercer o controle da atividade administrativa na prestação dos serviços públicos”.

Na mesma toada, John Rawls (2000, p. 200) argumenta que

“podemos partir da convicção de que um regime democrático pressupõe liberdade de consciência e de pensamento. Essas instituições não são apenas exigidas pelo princípio da justiça, mas [...] elas são necessárias para que os negócios políticos sejam conduzidos de maneira racional. Embora a racionalidade não seja garantida por essas ordenações, parece que em sua ausência o curso de ação mais razoável será fatalmente rejeitado, em prol de políticas sugeridas por interesses particulares. Para que o fórum público seja livre e aberto a todos, e permaneça em sessão contínua, todos devem participar dele”.

E prossegue o mesmo autor (RAWLS, 2000, p. 200):

“Todos os cidadãos devem ter meios de formar-se sobre questões políticas. Deveriam ter condições de avaliar como certas propostas afetam seu bem-estar e quais políticas promovem sua concepção do bem público. Além disso, deveriam ter uma oportunidade equitativa de acrescentar à pauta propostas alternativas para a discussão política. As liberdades protegidas pelo princípio da participação perdem muito de seu valor sempre que os detentores de maiores recursos privados têm permissão de usar suas vantagens para controlar o curso do debate público. Pois, no fim, essas desigualdades possibilitarão que aqueles que estão em melhores condições exerçam uma influência maior sobre a evolução da legislação”.

Intimamente relacionado ao controle social, especialmente na fiscalização da moralidade, está o *princípio da publicidade dos atos da administração pública*, consagrado no art. 37, *caput*, da Constituição da República, uma vez que, conforme aponta Carlos Ari Sundfeld (2000, p. 178) o Estado “tem o dever de agir de modo diáfano, de se franquear ao conhecimento público, de se desnudar” e a “ampla publicidade do aparelho estatal é princípio básico e essencial ao Estado Democrático de Direito, que favorece o indispensável controle, seja em favor do direito individual, seja para a tutela impessoal dos interesses públicos”.

De fato, pode-se dizer a publicidade dos atos da Administração Pública torna o administrado bem informado da condução da *res publica* e “o grau de difusão da informação – qualitativa e quantitativamente – ao cidadão é o meio para aferir a extensão do exercício de controle democrático de determinado Estado” (FRANÇA, 2008, p. 99).

Não obstante, além da publicidade de seus atos, a Administração Pública também deve criar e manter ouvidorias ou centros de atendimento a disposição dos cidadãos, com a finalidade de receber reclamações, investigá-las e, se necessário, aplicar as sanções cabíveis aos entes infratores – ao fazê-lo, argumenta Phillip Gil França (2008, p. 99), o Estado confirma “seu caráter de servidor do povo que lhe conferiu legitimidade e prerrogativas para prestar a regulação esperada”.

Assim, considerando que a publicidade dos atos administrativos e a manutenção de ouvidorias são instrumentos indispensáveis à plena efetivação do controle social da administração pública, imperioso que se deite análise acerca da instituição do *Ombudsman* (também chamado *Ouvidor-Geral* ou *Defensor da Comunidade*), que, nessa linha de argumentação, é capaz de propiciar ao cidadão a participação que lhe cabe na discussão política dos rumos da *res publica*, da realização do bem comum e da fiscalização (através do *controle político*, segundo a lógica *ulissiana*) do *accountability* das agências reguladoras. É o que se verá a seguir.

3.2 Ombudsman: ouvidor do administrado e instrumento de controle social das agências reguladoras

Seguindo a linha proposta, o *Ombudsman* (também conhecido como *Defensor do Povo*, *Ouvidor-Geral* ou *Corregedor Administrativo* – este último, criação de Caio Tácito) pode ser considerado como um dos órgãos que tem por finalidade concretizar os direitos constitucionais de participação cidadã na condução da administração do bem comum e de controle dos entes regulatórios, especialmente o direito de petição, assegurado no art. 5º, XXXIV, “a”, da Constituição Federal ⁶, que, na lição de José Afonso da Silva (2008, p. 443), define-se como o direito do cidadão de invocar a atenção dos poderes públicos sobre uma dada questão ou situação, seja para denunciar uma lesão concreta e pedir a reorientação da situação, seja para solicitar uma modificação do direito em vigor no sentido mais favorável à liberdade.

Conforme Adalberto Cassemiro Alves Braz (1992, p. 19), a tradução vernácula do termo *Ombudsman* sugere a idéia de “procurador”, uma vez que a primeira parte do vocábulo – *ombud* – quer dizer “representar alguém” e o sufixo *man*, que advém do tronco das línguas anglo-saxônicas, significa “homem” – o *Ombudsman* seria, portanto, “o representante de alguém, principalmente quando investido em cargo público”.

Todavia, a figura do *Ombudsman* apresenta diversas denominações, adotadas pelos diferentes países que o instituiu em seus sistemas, tais como: *Il Defensore Civico*, na Itália, *El Defensor del Pueblo*, na Espanha e Argentina, *El Defensor del Ciudadano*, no México, *Provedor de Justiça*, em Portugal, *Le Médiateur*, na França, *State Controller* ou *Commissioner for Complaints from the public*, em Israel, *Parliamentary Commissioner for Administration* (PCA), *Parliamentary Ombudsman* ou simplesmente *Ombudsman*, em diversos países de língua inglesa (como Nova Zelândia, Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte) e *Justitieombudsman* e *Militieombudsman*, na Suécia (BRAZ, 1992, p. 34).

Segundo Marcos Jordão Teixeira Amaral Filho (1993, p. 21/22), o surgimento do *Ombudsman* remonta à Suécia do século XVI, com o aparecimento

⁶ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder.

do grande senescal (*drotsen*), funcionário do rei encarregado de exercer o controle da atividade dos juízes do Reio Sueco. Posteriormente, tendo criado o *General Inspectoren öffuer ordningarne* (1665-1668), o rei atribuiu a função de controle da administração ao *Justitiekansler*, encarregado da observação do cumprimento das leis pela administração no território do reino – figura que foi afirmada ao longo da chamada “Era da Liberdade” (1719-1771), que compreendeu um longo período de luta entre os estados suecos e o rei.

Com o assassinato do Rei Gustavo III (1792) e a deposição de seu sucessor, Gustavo IV (1809) pelas tropas do general Adlercreutz, o *Riksdag*, o Parlamento Sueco, recuperou parte dos seus poderes perdidos ao fim da “Era da Liberdade”. Com a deposição do rei, convocou-se uma assembleia nacional constituinte, que culminou na promulgação da *Regeringsform* (Constituição) de 1809, que introduziu a figura do *Justitieombudsman* ou *delegado parlamentar*, a quem competiria exercer o controle da administração, nos termos do art. 96 daquela Carta Política (AMARAL FILHO, 1993, p. 22), *in verbis*:

“O Parlamento deve, em cada sessão ordinária, designar um jurista de provada ciência e de especial integridade para, na qualidade de mandatário do *Riksdag*, encarregado, segundo as instruções que este lhe dará, de controlar a observância das leis pelos tribunais e funcionários e processar junto aos tribunais competentes, conforme as leis, aqueles que, no exercício de suas funções públicas, tenham cometido ilegalidades ou negligenciado o cumprimento adequado de seus deveres de ofício”.

A *Regeringsform* sueca de 1809, ao introduzir a figura do *Ombudsman* (*Justitieombudsman*) assegurou a todos os cidadãos o direito de reclamar contra atos de funcionário do rei, inclusive juízes, consagrando, portanto, o direito de petição, já admitido pela Constituição francesa de 1791 e pelo *Bill of Rights* inglês (BRAZ, 1992, p. 24/25).

Com a implantação do governo parlamentar em 1917 (com a demissão do governo conservador de *Hammarskjöld*), da mesma forma que o rei torna-se submisso à ação política de seus ministros, o *Ombudsman* está submetido apenas ao Parlamento, por meio da eleição para um mandato de quatro anos, revogável a qualquer tempo, por decisão do parlamento; contudo, nessa nova ordem, ao *Ombudsman* cabe apenas exercer o controle sobre a administração (juízes e funcionários do reino), em virtude do regime sueco de instâncias do poder administrativo (AMARAL FILHO, 1993, p. 23).

Na nova organização, após reforma efetuada em 1956 (de acordo com as diretrizes de uma comissão especial constituída pela Parlamento Sueco), o *Ombudsman* sueco compreende a figura do *Justitieombudsman for domstols-och förvarsväsendet* (*Justitieombudsman* para assuntos militares e judiciários) e o *Justitieombudsman for civil förvaltningen* (*Justitieombudsman* para administração civil). Nessa ordem, a par do que narra Marcos Jordão Teixeira do Amaral Filho (1993, p. 35) o *Riksdag* admitiu, então, a existência de 03 *Ombudsmän*, legando a eles próprios a divisão das seguintes competências:

- a) O primeiro *Ombudsman* fiscaliza a atividade dos tribunais, dos órgãos fiscais, das Forças Armadas e da polícia;
- b) o segundo observa todos os assuntos sociais, a informação, a imprensa e a educação nacional;
- c) o terceiro fiscaliza outros assuntos atinentes à administração (e.g., transportes, contribuições) não controlados pelos demais *ombudsmän*.

Além destes, subsistem no sistema sueco o *Ombudsman* dos consumidores, do *Ombudsman para a liberdade e econômica* e do *Ombudsman da imprensa* – salvo o primeiro, vinculado ao Poder Executivo, todos os demais se submetem ao parlamento sueco.

Pois bem. No esforço de definir o instituto, cumpre-nos socorrer da precisa definição apresentada por G. Caiden, N. MacDermot e A. Sandler (1983 *apud* REIF, 1999, p. 299), senão vejamos:

“O *ombudsman* é um funcionário (ou comitê de funcionários...) independente e apartidário, geralmente previsto na Constituição, que supervisiona a Administração. Ele cuida de reclamações específicas do público relacionadas à injustiça administrativa ou má administração. Tem o poder de investigar, apresentar relatórios e formular recomendações sobre casos individuais e procedimentos administrativos. Não se trata de um juiz ou tribunal, mas tem o poder de ordenar ou reverter atos administrativo. Ele procura soluções através de um processo de investigação e conciliação. Sua autoridade e influência derivam do fato de ser nomeado e reportar a um dos principais órgãos do Estado, geralmente, o parlamento ou o Executivo-Chefe”. (tradução livre)

Hayden Thomas (2003, p. 2), *Ombudsman* de Antígua e Barbuda e Presidente da *Caribbean Ombudsman Association*, aponta que o *Ombudsman* tem o poder de investigar, criticar, recomendar e publicar, mas não de reverter as decisões administrativas, voltando sua atenção contra ilegalidades, violação da justiça natural ou devido processo legal, atraso na resposta ou ação e/ou falta de informação por

parte da Administração Pública, por conta própria ou mediante provocação da base parlamentar (tradução livre).

Conforme Linda C. Reif (2011, p. 271), desde 1970, governos ao redor do mundo, tanto a nível nacional quanto subnacional, estabeleceram versões híbridas da instituição do Ombudsman, conferindo a uma instituição múltiplos mandados. Estes mandados adicionais incluem, além dos deveres tradicionais, a proteção dos direitos humanos, luta contra corrupção, assecuração da conduta ética dos funcionários públicos e proteção do meio ambiente (tradução livre).

Todavia, apesar de presente, em algum momento ou atualmente, em diversos países, a exemplo da Finlândia, Alemanha, Nova Zelândia, Grã-Bretanha, países da *Commonwealth*, Canadá, Estados Unidos, França, Portugal, Espanha, Israel, além da Suécia e outros, o *Ombudsman*, na forma de delegado ou comissário parlamentar (nos moldes suecos), não foi expressamente incluído no texto da Constituição Federal de 1988, tendo em vista que a então Assembléia Nacional Constituinte entendeu que esta figura possuiria competências que já são atribuídas ao pátrio Ministério Público, razão pela qual sua positivação seria incompatível.

Com efeito, é o que afirma Marcos João Teixeira do Amaral Filho (1993, p. 125):

“Na Suécia, como vimos, o *Ombudsman* possui competências ora atribuídas ao nosso Ministério Público. O *Ombudsman* sueco pode promover ação penal contra funcionário da administração que considera responsável por ato criminoso. Pode, ainda, intentar ação civil pública para a proteção do patrimônio social e de interesses difusos e coletivos. Tais atribuições, por força de dispositivos constitucionais, são privativas do Ministério Público”.

Ainda, segundo o mesmo autor (1993, p. 123), a rejeição à criação do *Ombudsman* também foi provocada pela modificação das atribuições constitucionais do *Tribunal de Contas da União*, levadas a termo no ânimo de ampliação do sistema de controle da Administração.

Todavia, a despeito da inexistência da previsão expressa, é possível afirmar a possibilidade de instituição do *Ombudsman* a par do que dispõe o art. 37, § 3º, da Lei Maior:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

§ 3º. A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:

I - as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços;

II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no artigo 5º, X e XXXIII;

III - a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública.

É de se notar que o dispositivo constitucional, modificado pela *Emenda Constitucional nº 19/98* (Emenda da “Reforma Administrativa”), permite, no nosso caso, que as Agências Reguladoras (administração pública indireta) instituem em sua estrutura a *Ouvidoria*, que é o organismo competente para atender os usuários dos serviços públicos, permitindo que estes formulem à própria agência (ou a outro órgão governamental) críticas e reclamações quanto à sua atuação e demais questões que envolvam direitos e deveres dos agentes submetidos à sua regulação.

Considerando o já exposto acerca da evolução do Estado regulatório, a ouvidoria foi vista como instrumento de efetivação da Política Nacional de Desestatização (PND), conferindo credibilidade aos processos de privatização dos setores estratégicos (antes, monopólio do Estado). De fato, pretendia-se com este instrumento assegurar aos investidores do setor privado que desembarcavam para explorar o mercado recém-aberto que a transição para o processo regulatório (isto é, a desestatização) se daria de forma independente, isto é, abnegada em relação aos jogos políticos de governo. Oportunizando um canal de comunicação com a sociedade (especialmente, a iniciativa privada empreendedora), queria demonstrar o Estado que estava disposto a completar a transição para o modelo regulador (e não mais interventor), assegurando o cumprimento da “nova” política neoliberal e abandonando, em caráter definitivo, os desmandos do providencialismo estatal.

A título de demonstração da possibilidade de implantação do *Ouvidor* nas agências reguladoras (federais), a Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, que institui a *Agência Nacional de Energia Elétrica* (ANEEL), prevê em seu art. 4º que aquela agência será “dirigida por um Diretor-Geral e quatro Diretores, em regime de colegiado”, sendo que, nos termos do art. 8º, § 1º do Decreto nº 2.335, de 06 de outubro de 1997 (que regulamenta a ANEEL), um destes diretores se incumbirá “da área de atendimento de reclamações de agentes e consumidores competirá a

função de **ouvidor**, sendo-lhe atribuída a responsabilidade final pela cobrança da correta aplicação de medidas pelos agentes no atendimento às reclamações”.

Do mesmo modo, a *Agência Nacional de Telecomunicações* (ANATEL) também prevê a atuação da Ouvidoria em seu quadro organizacional, através da instituição de um Ouvidor ⁷. De fato, a Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, que institui aquele órgão regulador (em sua forma originária), prevê em seu art. 45 que “o Ouvidor será nomeado pelo Presidente da República para mandato de dois anos, admitida uma recondução” e, nos termos do parágrafo único do mesmo dispositivo, “terá acesso a todos os assuntos e contará com o apoio administrativo de que necessitar”.

Quanto à sua autonomia e atribuições, o Decreto nº 2.338, de 07 de outubro de 1997, que regulamenta a ANATEL, assegura que “o Ouvidor atuará com independência, não tendo vinculação hierárquica com o Conselho Diretor ou seus integrantes” (art. 53) e “somente perderá o mandato em virtude de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar” (art. 54). Senão vejamos:

Art. 54. O Ouvidor somente perderá o mandato em virtude de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar.

§ 1º Sem prejuízo do que prevêm a lei penal e a lei de improbidade administrativa, será causa da perda do mandato a inobservância, pelo Ouvidor, dos deveres e proibições inerentes ao cargo.

§ 2º Caberá ao Ministro de Estado das Comunicações instaurar, nos termos da Lei nº. 8.112, de 1990, processo administrativo disciplinar, que será conduzido por comissão especial, competindo ao Presidente da República determinar o afastamento preventivo do Ouvidor, quando for o caso, e proferir o julgamento.

Conforme o art. 55 do mesmo diploma regulamentador, “é vedado ao Ouvidor ter interesse significativo, direto ou indireto, em empresa relacionada com telecomunicações”. Nos termos do art. 29, § 1º do mesmo Decreto, considera-se interesse significativo ser sócio ou acionista em empresa relacionada com telecomunicações com participação no capital total superior a:

⁷ Com efeito, trata-se da agência reguladora cuja lei originária e decreto regulamentar mais prestigiam, de forma expressa, a atuação da Ouvidoria, esclarecendo a função controladora do Ouvidor.

a) três décimos por cento, de prestadora de serviço de telecomunicações de interesse coletivo ou de empresa cuja atividade preponderante seja a prestação de serviço de interesse restrito;

b) três décimos por cento, de controladora, controlada ou coligada de prestadora de serviço de telecomunicações de interesse coletivo ou de empresa cuja atividade preponderante seja a prestação de serviço de interesse restrito;

c) três por cento, de empresa cujo faturamento dependa diretamente, em mais de dez por cento, de relacionamento econômico com prestadora de serviço de telecomunicações de interesse coletivo ou de empresa cuja atividade preponderante seja a prestação de serviço de interesse restrito.

Nos termos do § 3º do mesmo dispositivo, a fim de garantir a transparência e probidade de sua atuação, “os conselheiros serão obrigados a notificar outras situações de interesse que os envolvam direta ou indiretamente e sejam suscetíveis de influir no exercício de suas competências”, sendo que tal notificação “deverá ser feita ao Conselho Diretor, com cópia para o Ouvidor, sendo arquivada em lista própria na Biblioteca”.

Quanto às suas atribuições, o art. 52 do Decreto nº 2.338/1997 prevê que competirá ao Ouvidor produzir, semestralmente ou quando oportuno, apreciações críticas sobre a atuação da Agência, encaminhando-as ao seu Conselho Diretor e ao Conselho Consultivo, ao Ministério das Comunicações, a outros órgãos do Poder Executivo e ao Congresso Nacional, fazendo-as publicar no Diário Oficial da União e mantendo-as em arquivo na Biblioteca para conhecimento geral. Para tanto, o art. 51 do mesmo diploma (repetindo o art. 45, parágrafo único, da Lei nº 9.472/1997) assegura que “o Ouvidor terá acesso a todos os assuntos e contará com o apoio administrativo de que necessitar”, sendo-lhe dado o direito de assistir às sessões e reuniões do Conselho Diretor, inclusive as secretas, bem como de ter acesso a todos os autos e documentos, não se lhe aplicando as ressalvas dos arts. 21, § 1º⁸ e 39⁹, da Lei nº 9.472/1997.

⁸ Art. 21. As sessões do Conselho Diretor serão registradas em atas, que ficarão arquivadas na Biblioteca, disponíveis para conhecimento geral.

§ 1º Quando a publicidade puder colocar em risco a segurança do País, ou violar segredo protegido ou a intimidade de alguém, os registros correspondentes serão mantidos em sigilo.

⁹ Art. 39. Ressalvados os documentos e os autos cuja divulgação possa violar a segurança do País, segredo protegido ou a intimidade de alguém, todos os demais permanecerão abertos à consulta do público, sem formalidades, na Biblioteca.

Outras agências reguladoras também preveem a instituição do Ouvidor em sua estrutura organizacional, em termos próximos aos destacados quanto a ANEEL e, especialmente, a ANATEL. Para citar, destacam-se a *Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA* (art. 9º, Lei nº 9.782/99 e arts. 25, 26, 27 e 28, Decreto nº 3.029/99), a *Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS* (art. 5º, Lei nº 9.961/00 e arts. 18, 19, 20 e 21, Decreto nº 3.327/00), a *Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT* e a *Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ* (arts. 52 e 63, Lei nº 10.233/01), a *Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC* (arts. 9º e 18, Lei nº 11.182/05) e a *Agência Nacional de Cinema – ANCINE* (art. 8º, § 4º, Medida Provisória nº 2.228-01).

Pois bem. A despeito da previsão legal das Ouvidorias como instrumento de controle das agências reguladoras (note-se que o título IV da Lei nº 9.472/1997, que trata da ouvidoria na ANATEL é chamado “da atividade e do controle”), tais órgãos infelizmente não refletem a atuação ideal do *Ombudsman*. De fato, é de se notar, nas entrelinhas da disciplina legal das agências, que a instituição estrutural deste setor dá-se por verdadeira obrigatoriedade protocolar, não se permitindo que exerça, como deveria fazê-lo, o verdadeiro controle político, com participação do administrado (dá-se o poder, mas antes que se possa exercê-lo, esvazia-o)

De fato, as atribuições legais do ouvidor não apresentam a amplitude e efetividade necessárias ao satisfatório funcionamento daquele que deveria officiar como “Defensor do povo”, no esforço de preservação do *accountability* das agências. Ademais, o fato do ouvidor das agências ser um diretor nomeado pelo Presidente República prejudica a imparcialidade e independência necessárias ao exercício da função, tendo em conta o complexo de Narciso que acomete o (grande) Poder Executivo central, que, nesse modelo de governo de coalizão, tenta (e logra) impor seus interesses políticos em face dos nomeados.

A situação se agrava ainda mais quando se leva em consideração o descrédito de que padece as agências reguladoras em relação do administrado, especialmente os investidores, que enxergam tais entidades como mais uma, da longa escada de poder da grande Administração Pública Brasileira (que ainda não completou a transição para o Estado Regulador e permanece no “meio da ponte”, em face da tentação da intervir, ao invés de regular).

Não obstante, sói acontecer que os ouvidores das agências sejam personagens “experientes” da esfera política, ora titulares sucessivos dos inúmeros cargos de confiança dos órgãos e entidades da Administração Pública federal, ora funcionários de longa data do aparato estatal e que, em alguns casos, sequer dispõem da formação técnica necessária para compreender o funcionamento e as atribuições das agências que, *in thesi*, haveriam de controlar (é de se perguntar, se os ouvidores desconhecem o próprio ofício, de que modo estarão aptos a “ouvir”?).

Cabe, portanto, uma reformulação da função do ouvidor nas agências reguladoras, conforme aponta Lucas de Souza Lehfeld (2008, p. 302)::

“Torna-se imperioso reformular essa concepção formalizada pelo modelo regulatório brasileiro. A ouvidoria, como órgão independente da agência, com a competência de trazer à tona questões de relevância para o melhoramento da atuação da própria instituição, não pode ser ocupada por alguém que esteja submetido à hierarquia natural entre nomeado e nomeante. A imparcialidade, portanto, inicia-se desde o momento do processo de ocupação do cargo, o qual deve ser preenchido por pessoa estranha, embora qualificada, aos quadros da agência, sem vínculo hierárquico, bem relacionado com os agentes econômicos interessados na regulação e com o dever funcional de prestar contas à Administração Pública, ao Parlamento (Congresso Nacional) e à sociedade”.

No mesmo jaez, cumpre também destacar a preleção de Marçal Justen Filho (2002, p. 587):

“É imperioso adotar uma estrutura orgânica específica encarregada da *defesa da comunidade*, a quem sejam atribuídas competências de fiscalização interna e garantida a autonomia contra injunções provenientes da própria entidade. A função desse sujeito não é de mero *relações públicas*, mas lhe incumbe a função de acompanhamento e fiscalização das atividades desenvolvidas pela agência. Será a via de comunicação com a comunidade. Deverá estar disponível permanentemente para receber queixas e reclamações contra ações e omissões da agência e dos setores regulados”.

Destarte, para o eficaz desenvolvimento da ouvidoria como mecanismo de aproximação entre a sociedade administrada e os entes administradores, impõe-se que o Parlamento (não se podendo olvidar que, apesar da lógica centralizadora do governo de coalizão, o Poder Legislativo é idealmente o “Poder dos Poderes”), sobretudo em sua atividade legiferante, assegure ao Ouvidor os meios necessários para que possa desempenhar sua função representativa da população com abnegação política e independência, para que as sugestões e reclamações a ele encaminhadas sejam de fato *ouvidas*, no sentido de tornarem-se medidas concretas tendentes a melhorar a eficiência das agências reguladoras,

favorecendo o processo democrático e promovendo o bem comum (fim maior da administração), tendo em conta que todo o “poder emana do povo”, e em favor dele deve ser exercido.

3 CONCLUSÃO

À guisa de conclusão, pelo quadro que se apresentou é possível inferir que o *Ombudsman* é instrumento ideal de efetivação prática do controle social da administração, uma vez que, aproximando a população da máquina do Estado, permite o efetivo controle político, já que oportuniza a participação constante de todos os atores do cenário democrático, bem como enseja fiscalização do *accountability* (especialmente das agências reguladoras); impondo à Administração Pública a observância dos deveres de transparência, confiança e responsabilidade – esperados daqueles eleitos para condução da coisa pública.

No contexto nacional, pode-se dizer, a par do exposto, que a instituição que mais se assemelha ao *Ombudsman* nórdico, no caso das agências reguladoras, é a figura do ouvidor, encarregado, em tese, de receber as reclamações e sugestões dos setores regulamentados e convertê-las em medidas concretas que possam gerar a efetiva melhoria destes entes – de fato, só é possível o progresso da administração a partir do momento em que seus defeitos se tornam efetivamente conhecidos, mas uma administração “surda” sempre se presumirá perfeita.

Todavia, em razão do “complexo de Narciso” de que padece o Poder Executivo nacional e da prevalência do controle hierárquico (em detrimento do controle político, de índole Ulissiana), as funções legais do *ouvidor* acabam esvaziadas e a *ouvidoria* fada a se tornar mais um dentre tantos órgãos sem efetiva participação no processo democrático, tendo em vista que, ao invés de permanecer distante dos jogos políticos e aproximar-se da população, distancia-se da sociedade e curva-se perante os interesses políticos do poder central.

Cabe, portanto, uma reformulação desta instituição, especialmente no que tange ao processo de nomeação do *ouvidor*, que deve ser preenchido por profissional qualificado na área da agência, porém estranho e sem vínculo

hierárquico com os quadros da entidade, bem como que se trate de pessoa bem relacionada com os setores econômicos privados, alvo da regulação.

Outrossim, é igualmente necessária a ampliação dos poderes legais do *ouvidor*, à altura da relevância de sua função, sem que se usurpe as atribuições de outras instituições, como o Ministério Público, o Tribunal de Contas da União ou as Procuradorias de Defesa do Consumidor, mas sim que, num esforço comum em prol da fiscalização dos princípios da administração insculpidos no art. 37 da Constituição Federal, possa auxiliá-los na defesa dos interesses da sociedade e na fiscalização do *accountability* das agências nesse sentido.

Segundo os novos padrões democráticos de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência da administração, cabe ouvidoria atuar como as novas *satrapias* brasileiras, olhos e ouvidos daquele que é o próprio espírito da República, do qual emana todo o poder e em cujo nome deve ser ele exercido: o povo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL FILHO, Marcos Jordão Teixeira. **O Ombudsman e o controle da administração**. São Paulo: EDUSP, Ícone, 1993.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 12. ed. Brasília: Ed. da UnB, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BRAZ, Adalberto Cassemiro Alves. **Corrupção: combate pelo Ombudsman parlamentar; ouvidoria do povo**. Porto Alegre: Fabris, 1992.

BRUNA, Sérgio Varella. **Agências reguladoras: poder normativo, consulta pública, revisão judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, José Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos (coordenadores). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Atlas, 2011.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito administrativo**. 10. ed. Salvador: Edições Podivm, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Administrative Procedure Act – APA** (1946). *US National Archives*. Disponível em: <http://www.archives.gov/federal-register/laws/administrative-procedure/551.html>. Acesso em: 04/05/2012.

FACULDADES INTEGRADAS “ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”. **Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso**. 2007 – Presidente Prudente, 2007.

FRANÇA, Phillip Gil. **O controle da administração pública: tutela jurisdicional, regulação econômica e desenvolvimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988: interpretação e crítica**. 15. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

LEHFELD, Lucas de Souza. **Controle das agências reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELO, Marcus André. **A política da ação regulatória: responsabilização, credibilidade e delegação**. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*; São Paulo: ANPOC, nº 116, 2001. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v16n46/a03v1646.pdf>. Acesso em: 04/05/2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional administrativo**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

PACHECO, Regina. **El control de las agencias reguladoras em Brasil: ¿Ulises e las sirenas o Narciso? Responsabilización y evaluación de La gestión pública**.

Caracas: CLAD, 2005. In: LEHFELD, Lucas de Souza. **Controle das agências reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2008.

RAWLS, John. **Justiça e democracia**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **A participação popular na administração pública: o direito de reclamação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 30. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 4. ed., rev., aum. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

THOMAS, Hayden. **Ombudsman and Human Rights – Steps forward to Embracing a Human Rights Mandate, Recent Developments**. Disponível em: <http://www.iidh.ed.cr/>. Acesso em: 04/04/2012.

REIF, Linda C. **The International Ombudsman Anthology: Selected Writings from the International Ombudsman Institute**. Netherlands: Kluwer Law Institute, 1999.

REIF, Linda C. **Transplantation and Adaptation: The Evolution of the Human Rights Ombudsman**. Boston College Third World Law Journal, Volume 31, 2011. Disponível em: <http://lawdigitalcommons.bc.edu/twlj/vol31/iss2/3>. Acesso em: 04/05/2012.