

4 OUVIDORIAS PÚBLICAS: FUNDAMENTOS INSTITUCIONAIS

4.1 Introdução

A criação de centenas de ouvidorias públicas na esteira da experiência do Município de Curitiba em março de 1986, bem como a previsão, no texto constitucional de ouvidorias no âmbito do Ministério Público e do Poder Judiciário, reavivou o interesse, no meio científico e político, pelo instituto do *Ombudsman* instituído pela Constituição Sueca, em 1809, considerada a primeira carta constitucional efetivamente inspirada nos estudos de Montesquieu.

Este artigo tem como objetivo refletir sobre a possibilidade de acolhimento deste instituto de origem escandinava, na realidade política e jurídica do Brasil. Para tanto, após um rápido delineamento do contexto político brasileiro, serão apontados os requisitos identificadores da instituição para, ao final, avaliar sua adequação como instrumento de controle da administração e de proteção do cidadão e refletir a oportunidade e a conveniência de instituição de um *Ombudsman* nacional e de uma rede brasileira de ouvidores.

Espera-se, nesse percurso, não apenas responder a esse novo interesse surgido pela instituição nórdica, mas também esclarecer aos críticos da implantação do *Ombudsman* no Brasil, que esta instituição além de ser inteiramente compatível com a atual arquitetura dos meios de controle da Administração e de defesa dos direitos dos cidadãos, é-lhes complementar.

4.2 Contexto político

As frequentes manifestações extraparlamentares, como o movimento feminista, o movimento ecológico, o movimento sem-terra, o movimento de minorias raciais e o movimento de reconhecimento das relações homoafetivas, consubstanciam-se em demonstrações inequívocas de que os canais institucionais que medeiam a relação sociedade/Estado são insuficientes para abrigar as expressões dissidentes exurgidas do social.

Os partidos políticos, destinados, na democracia representativa, a serem os grandes catalizadores dos impulsos sociais, encontram-se em situação falimentar. A descaracterização ideológica, a permanente exclusão e distorção de importantes conteúdos da vontade popular, a descolagem dos partidos dos contextos sociais vitais e a desativação de quadros, são sintomas que permitem diagnosticar a insuficiência dos partidos políticos em se constituírem como eixo de legitimação na relação Estado/sociedade civil.

Por outro lado, todos os impulsos surgidos do social e conduzidos à esfera estatal pela via parlamentar ou extraparlamentar, são acolhidos no entrechoque de duas forças inconciliáveis: a necessidade de reprodução material, de um lado, e a necessidade de legitimação política de outro¹⁹⁶. O desequilíbrio destas forças é favorável à acumulação material, na medida em que o segmento capitalista comanda o elemento inercial do desenvolvimento econômico. Como afirma CLAUSS OFFE, “o poder político da classe capitalista não reside naquilo que seus membros fazem politicamente, mas reside no que seus membros podem se recusar a fazer economicamente”¹⁹⁷. Assim, o controle pelo “não” aos impulsos sociais contraditórios aos interesses econômicos, acaba por dificultar, em última instância, o acolhimento eficaz das práticas de controle das ações do Estado vinculadas à defesa dos direitos e legítimos interesses dos segmentos sociais que não compõem a elite.

Essa situação é agravada em um ambiente de globalização econômica, na medida em que o segmento econômico nacional não é o peso mais significativo que posiciona o fiel da balança para o processo de reprodução do modo de produção capitalista. Aliada ou não à elite econômica, há a pressão dos capitais não nacionais, o que afeta profundamente o equilíbrio entre intenção legitimadora e a intenção de acumulação em ambos os polos: neste, como elemento fundamental para o desenvolvimento; naquele, como detentor de parcela significativa dos recursos destinados às ações sociais do Estado. Essa sobrecarga, não raras vezes,

¹⁹⁶ OFFE, Claus et alii. Problemas estruturais do Estado capitalista. Trad. Bárbara Freitag. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro 1984. p. 98.

¹⁹⁷ Apud CARNOY, Martin. Estado e teoria política. Equipe de tradução PUCCAMP. Campinas, SP: Editora Papirus, 1986. p. 175.

determina uma fragilidade ainda maior do potencial de acolhimento, pelo Poder Público, dos impulsos provindos do social.

Por outro lado, a crescente demanda da sociedade e a consequente necessidade política de procurar atendê-las – para garantir a minimização dos efeitos decorrentes das contradições do sistema econômico e para manter o imprescindível suporte legitimador – fizeram com que o Estado perdesse de vista toda a reserva em face do “médium do poder”. Como afirmou HABERMAS, “os instrumentos jurídico-administrativos de implementação do programa sócio-estatal não conformam um médium passivo [...] a esses instrumentos concatenou-se uma práxis de singularização dos fatos, normatização e vigilância, cuja brutalidade reificante e subjetivante Foucault perquiriu nas capilaridades mais tênues da comunicação cotidiana”¹⁹⁸.

Além deste constante extravasamento de poder, a contemporaneidade acabou por implementar uma complexidade estrutural na máquina administrativa que deve ser relacionada, de um lado, ao crescimento e a autonomização da classe burocrático-administrativa e, de outro, à vinculação do desenvolvimento econômico à decisão político-administrativa e à crescente instituição de espaços colegiados com representação seletivamente fixada pelo Poder Público. Essa complexidade gera um comprometimento entre fins e meios, no seio do qual amplia-se o potencial de comprometimento da eficácia das tradicionais garantias institucionais de controle do Estado e de proteção dos direitos e dos interesses dos cidadãos.

Essas transformações ensejaram profundos reflexos em todos os ramos do Direito Público, em especial no Direito Administrativo, o qual tem por objeto precisamente “o estudo do exercício da função administrativa e a proteção judicial existente contra esta”¹⁹⁹. De um lado, estes reflexos

¹⁹⁸ HABERMAS, Juergen. A nova intransparência: a crise do Estado de Bem-Estar Social e o esgotamento das energias utópicas. *Novos Estudos – CEBRAP*. São Paulo, Cebrap, (18):103-14, set. 1987. p. 109.

¹⁹⁹ GORDILLO, Augustin A. Apud MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo*. 9^a ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1985. p.5. Como leciona Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO “*Direito Administrativo é o ramo do Direito Público que estuda os princípios, preceitos e institutos que regem as atividades jurídicas do Estado e de seus delegados, as relações de subordinação e de coordenação delas derivadas e os instrumentos garantidores da limitação e do controle de sua legalidade, legitimidade e moralidade, ao atuar concreta, direta e imediatamente, na prossecução dos interesses públicos, excluídas as atividades de criação da norma legal e de sua aplicação judiciária contenciosa*” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 13^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 47).

determinaram, para manter a conformidade das ações estatais ao Direito, a crescente recorrência aos princípios jurídicos fundamentais e, de outro, o progressivo aumento da esfera do poder discricionário da Administração.

Em ambos os polos se constata o agravamento da debilidade dos meios institucionais de proteção da sociedade em face das ações do Estado. A recorrência aos princípios jurídicos fundamentais legitima uma extensa área de vacuidade normativa que inviabiliza o controle judicial, o mesmo ocorrendo com a ampliação da esfera discricionária.

Frente a este quadro de desequilíbrio na relação entre Estado e sociedade e de estrangulamento dos canais de acesso dos impulsos sociais à esfera social, é evidente a obsolescência dos instrumentos jurídicos-administrativos de controle da ação administrativa e de sistemas de defesa dos direitos e interesses dos cidadãos, conforme atestam as notícias de corrupção e injustiças diariamente veiculadas pela imprensa nacional.

4.3 Meios tradicionais de controle e proteção

Já na década de setenta, o Prof. Fernando Alves Correia²⁰⁰, lecionava que os juristas e os políticos vão tomando consciência de que os sistemas clássicos de controle estão profundamente desadaptados à realidade política, econômica e social. Na verdade, quer o controle administrativo (que se baseia na estrutura hierarquizada dos órgãos administrativos), quer o controle judicial (assente na apreciação de recursos e ações junto aos Tribunais), quer o controle político (exercido pelo Poder Legislativo sobre o Poder Executivo), já não são suficientes para permitir ao cidadão fazer valer, perante a Administração Pública, os seus direitos e legítimos interesses, tão pouco para garantir um eficaz controle sobre a multifacetada ação administrativa dentro dos limites legais.

O controle administrativo tem certa inoperância decretada já em sua própria natureza (autotutela). Em geral são procedimentos administrativos que acabam por assumir um carácter preponderantemente

²⁰⁰ CORREIA, Fernando Alves. Do Ombudsman ao Provedor de Justiça. Coimbra: Ed. Faculdade de Direito de Coimbra, 1979. p. 03.

discrecionário, frequentemente tingido, nas relações entre superior e inferior hierárquico, pelo corporativismo e pelo servilismo.

O controle judicial, adstrito à legalidade da ação administrativa, apresenta como obstáculos, sobretudo, a morosidade e a onerosidade, acrescido da posição desigual que a Administração, em homenagem ao próprio princípio do interesse público, assume em juízo.

Quanto ao controle político (parlamentar ou legislativo), apesar da Constituição Federal²⁰¹ ter conferido amplos poderes de fiscalização sobre os atos da Administração, pode-se, sem incorrer em erro, repetir, para a situação brasileira, as palavras do Professor Alberto Ramon Real a respeito da situação uruguaia: *“dado su carácter político y la influencia del regimen de partidos, este controlador de la Administración está muy venido a menos y podría cubrir, en forma sistemática, las necesidades de una gran administración moderna, cuya complejidad y tecnicismo escapan a la competencia y a las posibilidades de trabajo de los parlamentarios, absorbidos por su quehacer legislativo y político”*²⁰².

Como bem afirmava André LEGRAND, “de uma maneira direta ou indireta, todos estes meios de controle se apresentam como um meio de defesa dos direitos e dos interesses legítimos do cidadão”²⁰³. Assim é que os meios institucionais de proteção dos direitos e interesses individuais e coletivos, frente à ação ou omissão da Administração Pública, não poderiam ter sofrido melhor sorte do que os tradicionais instrumentos de controle da atividade administrativa.

O *habeas corpus*, a ação popular, o mandado de segurança e as demais ações judiciais postas às mãos dos cidadãos pelo ordenamento constitucional apresentam, para o seu pleno exercício, os mesmos obstáculos ínsitos ao controle judicial. Por outro lado, o direito de certidão, do mesmo modo, não foge ao disposto quanto ao controle administrativo.

²⁰¹ Art. 40 e segts.

²⁰² REAL, Alberto Ramon. El control de la Administración. Trabalho apresentado no 2º Congresso Argentino de Profesores de Derecho Constitucional, organizado pela Facultad de Derecho Y Ciencias Sociales de La Universidad de Belgrano, Buenos Aires, agosto de 1974.

²⁰³ Apud CORREIA, ob.cit., p. 04.

4.4 Conceito e características

Foi diante deste quadro de insuficiência dos meios tradicionais de controle da Administração e de proteção dos direitos e interesses individuais e coletivos que inúmeros países, ao implantarem a democracia, adotaram a instituição escandinava do *Ombudsman*. Este é o caso da Suécia (1809), Finlândia (1919), Dinamarca (1953), Noruega (1962), Inglaterra (1967), França (1973), Portugal (1976), Espanha (1978), para ficar em apenas alguns exemplos.

O *Ombudsman*, como já definido, “é basicamente um instituto do Direito Administrativo de natureza unipessoal e não-contenciosa, funcionalmente autônomo e formalmente vinculado ao Legislativo, destinado ao controle da Administração e, nesta condição, voltado para a defesa dos direitos fundamentais do cidadão”²⁰⁴. Neste sentido, possui duas características: a facilidade de acesso da população aos seus serviços e a utilização de formas não-convencionais de atuação.

O Instituto Internacional do *Ombudsman*²⁰⁵ (I.O.I.), criado em 1978, em Alberta (Canadá) – certamente o mais importante e atuante fórum científico internacional sobre a matéria –, estabeleceu no art. 5º de seu Estatuto o que se poderia denominar delineamento básico da instituição do *ombudsman*:

[...] comisionado parlamentario u otra designación similar que haya sido nombrado o elegido de acuerdo a una ley [...] cuyo papel incluya a las siguientes características:

1) investigar quejas de cualquier persona o grupo de personas con referencia a cualquier recomendación hecha, así como cualquier acto o omisión, relacionado a un acto administrativo, por cualquier funcionario, empleado, miembro o comité de miembros de una organización sobre la cual existe jurisdicción e

²⁰⁴ GOMES, Manoel Eduardo Alves Camargo e. A institucionalização do ombudsman no Brasil. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, (167): 01-22, já/mar 1987, p. 01.

²⁰⁵ O Instituto Internacional do Ombudsman é uma entidade sem fins de lucros, de âmbito nacional, sediada na Universidade de Alberta, Edmonton, Canadá. Até o ano de 1999 contava com 132 membros votantes (*ombudsmen* vinculados ao Poder Público).

- II) investigar quejas contra departamentos y agencias gubernamentales o semi-gubernamentales y*
- III) tener la responsabilidad de hacer recomendaciones como resultado de una investigación a organizaciones bajo jurisdicción y*
- IV) desempeñar la función y las responsabilidades de un funcionario del poder legislativo o de parte de poder legislativo en un papel independiente de las organizaciones sobre las cuales tiene jurisdicción y*
- V) informar al poder legislativo, sea directamente o através de un ministro del resultado de sus operaciones o sobre cualquier asunto específico resultado de una investigación*²⁰⁶.

Na América Latina, esse delineamento não sofre alterações substantivas desde o II Simpósio Latino-Americano do *Ombudsman*, realizado em 1987, na cidade de Curitiba, quando as características do instituto do *ombudsman* foram pormenorizadamente estabelecidas.²⁰⁷ Em apertado resumo, tais características podem ser assim retratadas: a) vinculação da instituição do *ombudsman* ao Poder Legislativo; b) independência funcional e política; c) autonomia administrativa e financeira; d) escolha e destituição de seu titular pelo Poder Legislativo, por maioria qualificada de votos; e) competência para: (1) proteger direitos subjetivos e interesses individuais e comunitários, frente a comportamentos abusivos da Administração Pública, (2) formular recomendações, (3) apurar reclamações, (4) sugerir modificações na legislação; f) amplos poderes de inspeção, investigação, requisição e convocação; g) acesso direto, irrestrito e gratuito dos cidadãos; h) prestação de contas e relatórios ao Poder Legislativo; i) garantia de ampla publicidade para seus atos.

²⁰⁶ INTERNATIONAL OMBUDSMAN INSTITUTE [on line]. www.law.ualberta.ca/centres/ioi/ [disponível em 26.jun.2000].

²⁰⁷ A importância das conclusões desse Simpósio reside no fato de terem sido objeto de beneplácito da maioria dos principais doutrinadores do Direito Administrativo brasileiro, entre os quais se mencionam: o Ministro Seabra FAGUNDES, os professores Celso Antônio Bandeira de MELLO, Adilson DALLARI, Paulo Henrique BLASI, Regina Neri FERRARI, Sérgio FERRAZ, Sérgio Andréa FERREIRA, Odete MEDAUAR, Maria S. Z. DI PIETRO, Fernando Andrade de OLIVEIRA e Odília Ferreira da Luz OLIVEIRA, além do *Ombudsman* da Suécia, Sr. Anders WIGELIUS e do Provedor de Justiça de Portugal, Angelo Vidal D'Almeida RIBEIRO.

A Declaração de Lima – aprovada no III Congresso da *Federación Iberoamericana de Ombudsmen*,²⁰⁸ realizado em setembro de 1998 –, ainda que não prestigie a questão conceitual, estabelece características referentes à natureza e às funções atuais do instituto. Em resumo, são as seguintes: a) natureza constitucional do instituto; b) natureza de colaborador crítico do Estado, mediante reclamações formuladas pela sociedade civil; c) compromisso da instituição com: (1) a “cultura da paz”, (2) “bom governo”, (3) “acesso à justiça”, (4) universalização dos serviços públicos, (5) igualdade e não discriminação, (6) pluralidade étnica e cultural, (7) direitos humanos, (8) Estado de Direito, (9) direito à informação e (10) a redução da pobreza.

4.5 Entre o cidadão e o Estado

A conjugação desses “requisitos identificadores” tem demonstrado que a atuação do instituto do *Ombudsman*, na relação entre cidadão e Estado, dá-se em três direções distintas, conquanto complementares. A mais imediata é a de inserir no seio da Administração as expressões (reclamações, sugestões e solicitações) do privado. Neste caminho, o *Ombudsman* configura-se como uma ponte através da qual se instaura o diálogo entre a sociedade civil e a Administração Pública. Um diálogo observado e protegido com vistas à manutenção do equilíbrio entre o indivíduo e o Estado. Ao reclamar, solicitar ou sugerir, investe-se o indivíduo na condição de cidadão. Esta investidura responsabiliza-o frente à *polis* precisamente pela garantia da possibilidade de responsabilizar os gestores da coisa pública. Politiza-se o agir e o pensar em ambos os polos. Resgata-se a dignidade do Público pela “dignificação” do privado. Oxigena-se aquele pelos sopros opinativos deste. A decisão administrativa de ato solitário, torna-se coletiva ao permear-se com expressões espontâneas do social. A

²⁰⁸ O nome completo da referida federação é “*Federação Ibero-americana de Defensores do Povo, Procuradores, Comissionados, Presidentes de Comissões Públicas de Direitos Humanos (FIO)*”. Sua criação data de 1995. Além desses dois organismos internacionais voltados para a promoção do instituto em estudo, os mais atuantes são os seguintes: Associação Ibero-americana de *Ombudsmen*; Associação de *Ombudsmen* da Grã-Bretanha, Associação de *Ombudsmen* Universitários e Associação de *Ombudsmen* dos Estados Unidos.

transparência exsurge não só como resultado da possibilidade do conhecer, mas também como resultado de uma *praxis* participativa.

Outra direção do *Ombudsman* aponta para o saneamento da Administração Pública, através da fiscalização popular. Ainda nesta vertente, sua natureza é preponderantemente relacional. Um canal que desvela a esfera pública para o privado. Através da lesão privada atinge-se as incorreções da Administração Pública. Isto se dá não apenas com a possibilidade do indivíduo – convertido em cidadão – reclamar, sugerir ou solicitar seus anseios ao Poder Público, mas como uma instância de acesso do cidadão a um órgão que torna oficial os resultados do atuar privado. Legitima-se o discurso do privado, conferindo-lhe o status de público, de oficial. A alteração semiológica viola a lógica dual que reveste de “autoridade” os atos público e de “não oficial” as ações do privado. Subverte-se a “presunção de verdade” e de “fé pública” em face das manifestações provindas de agentes não estatais. Mas essa transgressão ou subversão se dá pelos signos e valores da ordem transgredida ou subvertida, na medida em que os resultados do fiscalizar privado são apropriados por um órgão da própria Administração. Nesta direção, democratiza-se a gestão pública ao tornar participativa a avaliação da execução, revestindo-a com a mesma força do discurso público.

A terceira e não menos importante direção é a de oferecer um meio institucional de proteção dos direitos individuais e coletivos que seja mais eficaz do que os atuais meios administrativos a disposição dos cidadãos. Aqui a natureza da instituição do *Ombudsman* assume uma feição não relacional – de patrocinadora dos interesses privados dentro do universo público. A ilegalidade ou a flagrante injustiça perpetrada pela Administração conjugada com uma lesão individual ou coletiva na esfera da sociedade civil, reclama um contrapeso: coercibilidade, celeridade e publicidade. Estes elementos que o instituto do *Ombudsman* oferece para equilibrar o desnível advindo da certeza de impunidade, são garantias exigidas pela cidadania. Um suporte não convencional de proteção dos direitos e interesses individuais e coletivos imprescindível para absorver o cidadão condenado à ineficácia dos meios institucionais de proteção destes direitos.

4.6 *Ombudsman* e Ministério Público

Nestas direções, como se pode notar, o instituto do *Ombudsman*, apesar de não se constituir em uma panaceia, representa um vigoroso aporte no sentido de corrigir o aludido desequilíbrio existente na relação entre cidadão e Estado. Constituindo-se, de um lado, como um valioso sistema interorgânico de defesa dos direitos e interesses individuais e coletivos, de outro, como um eficiente instrumento de controle da Administração Pública.

Não se diga que um instituto com essas características rivalizaria com o Ministério Público ou lhe usurparia alguma competência. Trata-se de meios de defesa e de controle completamente distintos e, por isso, potencialmente complementares. Aliás, a recepção do *Ombudsman* na Constituição de dezenas de países se deu precisamente em razão de sua atipicidade no que se refere aos demais meios de controle e defesa.

No plano principiológico, o instituto é identificado pela informalidade, celeridade, oralidade, acessibilidade irrestrita e universal (incluindo incapazes) e pela gratuidade. Sua legitimação é preponderantemente política, com vinculação ao Poder Legislativo (prestação de contas, escolha e destituição de seu titular). Por outro lado, a atuação do *Ombudsman* é, em regra, informada por uma racionalidade material, vincada em valores extrajurídicos, como moralidade, eticidade, economicidade, justiça e boa administração. Possui natureza unipessoal, não contenciosa, com garantias de ampla publicidade de seus atos, através de formas não-convencionais de atuação, tendo como principal instrumento a recomendação. Releve-se, ademais, que o objeto do controle do *Ombudsman* alcança, necessariamente, a esfera discricionária da Administração.

Já o Ministério Público tem sua atuação informada pela formalidade, com critérios jurídicos de acessibilidade, possuindo uma legitimação preponderantemente técnica (jurídica), informada por uma racionalidade de tipo formal (vincada, especialmente, no princípio da legalidade). Possui funções de natureza contenciosa, tendo como principal instrumento ações judiciais. Por fim, o âmbito de atuação do Ministério Público

deve estar adstrito ao da atuação vinculada, não alcançando o mérito dos atos administrativo.

Assim, por qualquer ângulo que se analise, a institucionalização de um Ouvidor Geral nos moldes europeus, com competência para atuar em todo o território nacional, atingiria um espaço de vacuidade no que se refere ao controle da Administração Pública e defesa dos cidadãos, no âmbito do qual o Ministério Público não está autorizado a atuar. Mesmo se assim não fosse, na hipótese de atuação sobre o mesmo objeto, tratar-se-ia de uma atuação complementar, vez que aparelhada por princípios, racionalidade e instrumentos absolutamente distintos.

4.7 Processo constituinte

Por certo, foi esse entendimento, somado à compreensão das mencionadas vantagens da instituição – ratificadas, na prática, por inúmeras experiências nacionais e estrangeiras –, que levaram a Comissão de Estudos Constitucionais, presidida pelo saudoso Prof. Afonso Arinos de Mello Franco, a elaborar o artigo 56 do Projeto Constitucional, nos seguintes termos:

Art. 56 – É instituído o Defensor do Povo e incumbido, na forma da Lei Complementar, de zelar pelo efetivo respeito dos Poderes do Estado aos direitos assegurados nesta Constituição, apurando abusos e omissões de qualquer autoridade e indicando aos órgãos competentes as medidas necessárias à sua correção ou punição:

§ 1º O Defensor do Povo poderá promover a responsabilidade requisitada nos casos de omissão abusiva na adoção das providências requeridas;

§2º A Lei Complementar disporá sobre a organização e o funcionamento da Defensoria do Povo, observados os seguintes princípios:

I – O Defensor do Povo é escolhido em eleição secreta pela maioria absoluta dos membros da Câmara Federal, entre candidatos indicados pela sociedade civil de notório respeito

público e reputação ilibada, com mandato não renovável de cinco anos;

II – São atribuídos ao Defensor do Povo a inviolabilidade, os impedimentos, as prerrogativas processuais dos membros do Congresso Nacional e os vencimentos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal;

III – As Constituições Estaduais poderão instituir a Defensoria do Povo, de conformidade com os princípios constantes deste artigo (Título I, Capítulo III).

O Congresso Constituinte, todavia, não aprovou este artigo, também presente, com pequenas alterações de forma, no Substitutivo do Relator (constituente Bernardo Cabral).

4.8 Constituição de 1988

A aprovação no primeiro turno do Título III, Capítulo VII (Da Administração Pública), Seção I (Disposições Gerais), não obstante, acabou por franquear timidamente, através do art.37, § 3º, a possibilidade de se institucionalizar o Ombudsman no plano infraconstitucional, fazendo-o nos seguintes termos: “As reclamações relativas à prestação de serviços públicos será disciplinada em lei”²⁰⁹.

Como está consagrado no Direito Administrativo brasileiro, reclamação administrativa “é a oposição expressa a atos da Administração, que afetem direitos ou interesses legítimos do administrado”²¹⁰. Como afirma CRETELLA JÚNIOR é característica da reclamação administrativa “sua amplitude, ou seja, ser facultada a toda pessoa física ou jurídica [...], lesada ou ameaçada em seu patrimônio ou em seu próprio status pessoal”²¹¹.

²⁰⁹ O substitutivo da Comissão de Sistematização às Emendas do Plenário dispunha: “A apreciação das reclamações relativas à prestação de serviços públicos será disciplina em lei, que preverá as medidas administrativas e disciplinares cabíveis” (art. 44, §2º).

²¹⁰ MEIRELLES, ob. Cit., p. 562.

²¹¹ CRETELLA JÚNIOR, José. Dicionário de Direito Administrativo 3ª ed. atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 1978. P.432.

A expressão serviço público, apesar de sua relevância para o Direito Administrativo, “é a das mais difíceis de ser definida”²¹², variável e flutuante ao sabor das necessidades e contingências políticas, econômicas e culturais de cada comunidade, em cada momento histórico, como acentuam os modernos publicistas. Parafraseando ADORNO e HORKHEIMER²¹³ a expressão serviço público é algo semelhante ao que a lógica da linguagem chama de “expressão ocasional”, isto é, um lugar vazio que, segundo o contexto de cada ocasião, enche-se de diferentes significados.

MEIRELLES, buscando conceituar a expressão serviço público, elabora a seguinte formulação: “serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade, ou simples conveniência do Estado”²¹⁴. CRETELLA JÚNIOR, afirma “serviço público, em sentido amplo, é toda atividade que a pessoa jurídica pública exerce, direta ou indiretamente, para a satisfação das necessidades coletivas, mediante procedimentos peculiares ao direito público”²¹⁵.

Como se nota, o texto constitucional atinge os dois polos da relação administração/administrado, conferindo-lhe grande amplitude. No polo do administrado, o texto confere a possibilidade de apreciação de toda ação ou omissão do Poder Público que lesione qualquer direito ou interesse legítimo, individual, coletivo ou difuso. No polo da Administração, compreende a prática ou omissão de qualquer agente público.

No particular, a propósito, o texto brasileiro, seguiu a trilha da Constituição Portuguesa e Espanhola as quais situaram adequadamente o tema no Capítulo dos Direitos e Garantias Fundamentais. Dispõe a Constituição de Portugal em seu art. 23:

1- Os cidadãos podem apresentar queixa por ações ou omissões dos poderes públicos ao Provedor de Justiça, que as apreciará sem poder decisório, dirigindo aos órgãos

²¹² Ob. Cit., p. 487.

²¹³ ADORNO, Theodor W. e HORKHEIMER, Max (orgs.). Temas básicos de sociologia. São Paulo: Cultrix, 1973. p. 61.

²¹⁴ MEIRELLES, ob. cit., p. 265.

²¹⁵ CRETELLA JUNIOR, ob. cit., p.490.

competentes as recomendações necessárias para prevenir e reparar as injustiças.

2- A atividade do Provedor de Justiça é independente dos meios gratuitos e contenciosos previstos na Constituição e nas leis.

3. O provedor de Justiça é designado pela Assembleia da República.

A Constituição espanhola contempla a instituição nos seguintes termos: *“Artículo 54 – Una ley organica regulará la institución del Defensor del Pueblo, como alto comisionado de las Cortes Generales, designado por éstas para la supervisar la actividade de la Administración, dando cuenta a las Cortes Generales”*.

4.9 Emendas Constitucionais 19/98 e 45/04

A reforma brasileira implementada nesse período deve ser situada no ambiente do que se convencionou chamar “Reforma do Aparelho do Estado”: um conjunto de alterações de natureza funcional e estrutural na Administração Pública que teve como paradigma o gerencialismo inglês, iniciado nos primeiros anos da década de oitenta²¹⁶.

Com fundamento nas alterações e no impacto da transferência de serviços públicos para o setor privado, a Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, modificando a redação do já mencionado art. 37, §3º da Constituição Federal, estabeleceu:

Art. 37 – A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:

²¹⁶ BRESSER PEREIRA, então Ministro responsável pela Reforma do Estado, reconheceu publicamente essa filiação na Revista Iberoamericana de Administración Pública: *“después de evaluar la grave influencia de la Administración pública brasileña, que se inspira en las reformas de gestión que están teniendo lugar desde la década de 1980 en algunos países de la OCDE, especialmente Gran Bretaña.”* (PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Reflexiones de un reformador: la reforma de la constitución en el Brasil democrático*. Revista Iberoamericana de Administración Pública, Madrid, n. 3, p.107-131, jul-dec, 1999. p.108).

I- as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviço 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 art. 5º, X e XXXIII;

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

A mesma Emenda, em seu artigo 27, previu uma lei de defesa do usuário de serviços públicos, deferindo prazo de 120 (cento e vinte) dias para sua edição pelo Congresso Nacional.

Com vistas à regulamentação do art. 37, §3º e de outros dispositivos contemplados pela referida Emenda, o Poder Executivo baixou diversos decretos instituindo comissões de juristas para apresentação de projetos. Para a matéria contida no referido dispositivo, foram nomeados os Professores Ary Oswaldo de Mattos Filho (FGV), Manoel Eduardo Alves Camargo e Gomes (UFPR), Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA), Nelson Ney Junior (PUC/SP) e José Joaquim Camon de Passos (UFBA), sendo o primeiro presidente e o segundo relator.

O anteprojeto elaborado por essa comissão, no Capítulo VIII, propõe a criação de uma Ouvidoria Nacional de Defesa do Usuário como órgão vinculado ao Conselho Nacional de Serviço Público.

O titular do órgão, pela proposta, seria indicado pelo Conselho Nacional²¹⁷ e nomeado pelo Presidente da República, após arguição e aprovação pelo Senado Federal, com mandato de dois anos, permitida uma recondução.

As competências atribuídas ao Ouvidor Geral são amplas e, em muitos aspectos, assemelhadas às estabelecidas para o instituto do

²¹⁷ No anteprojeto este Conselho foi previsto com uma composição isonômica entre o segmento dos prestadores de serviço público (25%), Poder Público (25%) e entidades associativas de usuários de serviços públicos (50%).

Ombudsman, merecendo sua reprodução, ainda que o anteprojeto não tenha ultrapassado a Comissão de Defesa do Consumidor:

Art. 18 – [...]

I – Atuar, de ofício ou por provocação, na defesa dos direitos e interesses individuais e coletivos dos usuários dos serviços públicos contra atos e omissões ilegais ou manifestamente injustos praticados pelos prestadores de serviço;

II – Receber e apurar as reclamações ou denúncias relativas à prestação dos serviços, recomendando aos órgãos competentes, quando caiba instauração de sindicância, processos administrativos ou auditorias;

III – Recomendar a correção de atos e procedimentos que violem os princípios estabelecidos nesta lei;

IV – Sugerir aos prestadores medidas de aprimoramento e adequação dos serviços;

V – Difundir amplamente os direitos dos usuários;

VI – Apresentar anualmente ao Conselho Nacional de Serviço Público relatório circunstanciado de suas atividades e dos resultados obtidos.

Além desse, outros projetos de lei foram apresentados na mesma Comissão da Câmara dos Deputados com a previsão de criação de uma Ouvidoria Nacional, com os atributos semelhantes aos do instituto do *Ombudsman*, nenhum deles, até o momento, aprovado.

Foi, todavia, nas Seções destinadas ao Ministério Público²¹⁸ e ao Supremo Tribunal Federal²¹⁹, que pela vez primeira – em 2004 – a Constituição brasileira contemplou expressamente a instituição de ouvidorias.

Na Seção destinada ao Supremo Tribunal Federal, incluiu-se o seguinte dispositivo:

Art. 103-B – [...]

§7º A União, inclusive no Distrito Federal e nos Territórios, criará ouvidorias de justiça competentes para receber reclamações e denúncias de qualquer interessado contra

²¹⁸ Seção I, Capítulo IV, Título IV da Constituição Federal.

²¹⁹ Seção II, Capítulo III, Título IV, da Constituição Federal.

membros ou órgãos do Poder Judiciário, ou contra seus serviços auxiliares, representando diretamente ao Conselho Nacional de Justiça.

Na Seção destinada ao Ministério Público, restou estabelecido:

Art. 130-A – [...]

§5º Leis da União e dos Estados criarão ouvidorias do Ministério Público, competentes para receber reclamações e denúncias de qualquer interessado contra membros ou órgãos do Ministério Público, inclusive contra seus auxiliares, representando diretamente ao Conselho Nacional do Ministério Público.

4.10 Ouvidoria nacional e rede nacional de ouvidores

Como se pode notar, se é verdade que a consagração do texto proposto pela Comissão de Estudos Constitucionais asseguraria a institucionalização do *Ombudsman* na estrutura do Estado brasileiro, não é menos verdade a possibilidade constitucional de recepção deste instituto no ordenamento brasileiro.

No Brasil, ao contrário das democracias europeias, as ouvidorias não nasceram nas alturas do plano constitucional, tendo sido instituídas, em sua maioria, por portarias, decretos e, raramente, por leis. O exercício das funções de ouvidor, em regra, tem se limitado ao varejo. São reparos pontuais a violações individuais. No mais das vezes, são pequenas injustiças perpetradas contra cidadãos usuários de serviços públicos que chegam aos ouvidores.

Falta ao Brasil um Ouvidor Geral nos moldes propostos pelo saudoso Prof. Afonso Arinos: com assento constitucional, com competência, meios e instrumentos inerentes aos *ombudsmen* tradicionais. Um Ouvidor que ouça aqueles que se encontram no subsolo da cidadania; aqueles que estão no interior dos muros do sistema penitenciário; do nosso sistema de proteção do menor e do adolescente; dos manicômios; das áreas de risco

urbano; de nossas favelas. Falta quem vocalize a indignação da sociedade brasileira pelas violações dos direitos fundamentais e pela promíscua relação entre espaço público e privado, que tem nutrido elevados índices de corrupção e de afronta ao interesse sociais por parte dos agentes, órgãos e entidades públicas.

É necessário reconhecer, entretanto, que o Brasil possui talvez o maior número de ouvidores públicos de todos os 121 países que contam com a instituição do *Ombudsman*. Como mencionado, são centenas de espaços públicos que ostentam a indicação Ouvidoria Pública. Constituídos em rede, esse seria, possivelmente, o mais expressivo grupo de servidores com a missão de defender os interesses dos cidadãos em face de atos injustos ou ilegais perpetrados pelo Estado. Não há notícias de país algum no mundo que possua igual capilaridade: tantos e tão dispersos servidores designados para a defesa da cidadania.

Dispersos e com um alto grau de diferenciação, constata-se, por outro lado, um considerável nível de comprometimento da eficácia e da consolidação da instituição no Brasil. Para conter essa dispersão e reduzir a diferenciação seria necessário congregar o conjunto dos ouvidores públicos em uma robusta teia de defensores da cidadania, organizados e regulados por uma lei orgânica prevista constitucionalmente, pela qual todos os ouvidores brasileiros teriam a autonomia, independência, poderes, instrumentos e competência necessários para um exercício plenamente eficaz. Idealmente, seria estabelecida uma unidade em torno de uma Ouvidoria com competência sobre todo o território nacional, que tivesse suas funções, poderes e atributos também garantidos pela Constituição Federal.

A Constituição do Brasil, como visto, já recepcionou as Ouvidorias de Justiça junto ao Poder Judiciário e ao Ministério Público da União e dos Estados. Como sabido, o Brasil também já conta com uma Ouvidoria da União, como órgão do Poder Executivo. Esses avanços, além de demonstrarem a adequação jurídica (estrutural) e política (conjuntural) de um *Ombudsman* com os poderes e atributos que lhe são característicos, autorizam reerguer a esperança – a mesma que animou o Prof. Afonso Arinos e outros constituintes apegados à democracia – de incluir na Constituição do Brasil um

capítulo reservado a um *Ombudsman* com competência sobre todo território nacional, desta feita, na coordenação de uma rede brasileira de Ouvidores.