

1 ORIGEM DO INSTITUTO DO OMBUDSMAN

“Um carvalho antigo ergue-se; os olhos vêem de longe sua folhagem; ele se aproxima; vê-se o seu tronco; mas não se percebem suas raízes: é necessário cavar a terra para encontrá-las”¹.

Este capítulo não tem como objeto a história do instituto do *ombudsman*. Muito já se escreveu sobre sua origem. A interrogação aqui formulada não tem um sentido de narrativa marcada por um percurso temporal: trata-se de um corte sincrônico a partir do qual buscar-se-á compreender a centralidade do **controle da legalidade como função preponderante do instituto do *ombudsman*** ao tempo de sua criação na Suécia e na Finlândia.

A adoção dessa perspectiva de análise não implica rejeitar a historicidade do instituto, antes a recepciona, tendo-a como pressuposto de que a instituição do *ombudsman* – em sua estrutura, função e racionalidade – sofre variações ao longo do tempo. É esse entendimento que permite compreender a permanência de alguns traços do *ombudsman* no presente, sem que isso resulte na tão habitual quanto improcedente tentativa de ressuscitar, na contemporaneidade, o modelo daquela instituição criada em 1809 na Suécia.

O capítulo está dividido em três partes. A primeira é dedicada à demonstração de que o conceito dominante da instituição do *ombudsman* não reflete a natureza do instituto. A segunda volta-se para o período de institucionalização do *ombudsman* na Suécia e na Finlândia colocando em relevo a **centralidade da função de controle da legalidade**. A terceira, e última, procura marcar a substancial diferença entre o *ombudsman*

¹ MONTESQUIEU. Do espírito das leis. Sem indicação de tradutor. Coleção “Os pensadores”, v. XXI. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 484.

dos países nórdicos no momento de sua criação e o modelo que o instituto assume nos dias de hoje.

A distinção, ao final estabelecida, parece ser suficiente para se reconhecer a presença de **distintas identidades institucionais** albergadas em um mesmo território conceitual. Um território que sofre a incidência de um arranjo jurídico hoje inexistente, tal como as luzes das estrelas que, inobstante extintas, ainda iluminam a ordem celeste².

1.1 Modelo institucional

O Instituto Internacional do Ombudsman³ (I.O.I.), certamente o mais importante e atuante fórum científico internacional sobre a matéria, estabeleceu no art. 6º de seu Estatuto o que se poderia denominar delineamento básico da instituição do *ombudsman*, definindo:

*“que su papel sea proteger a toda persona o agrupación de personas contra la mala administración, la violación de los derechos, la injusticia, el abuso, la corrupción o contra toda otra injusticia que sea cometida por un organismo público”*⁴.

²Neste Capítulo, serão considerados fundamentalmente as seguintes características da instituição: (1) função manifesta, (2) função latente, (3) racionalidade preponderante; (4) princípios jurídicos estruturais; (5) natureza; (6) previsão jurídica; (7) bem jurídico tutelado; (8) localização institucional; (9) nível hierárquico na estrutura administrativa; (10) forma de seleção; (11) requisitos do cargo; (12) garantias do cargo; (13) poderes, (14) nível de autonomia; (15) competência objetiva; (16) competência em razão das pessoas; (17) instrumentos de atuação e (18) modo de acesso do cidadão.

³ 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).

⁴ O ineiro teor do art. 6 está posto nos seguintes termos *“una institución pública[...]que ejerza todas las siguientes funciones y cumpla con los siguientes criterios:(a)que haya sido creada por resolución de un cuerpo legislativo, aunque no será necesario obligatoriamente que también esté prevista en la Constitución;(b) que su papel sea proteger a toda persona o agrupación de personas contra la mala administración, la violación de los derechos, la injusticia, el abuso, la corrupción o contra toda otra injusticia que sea cometida por un organismo público;(c) que no reciba instrucciones de ningún organismo público que pudiera comprometer su independencia, y ejerza sus funciones independientemente de todo organismo público sobre el cual tiene competencia;(d) que sisponga de las facultades necesarias para investigar las quejas de toda persona o agrupación de personas que considera que una acción u omisión, una decisión, un consejo o una recomendación de un organismo público dentro de su competencia ha dado lugar a acciones como las que se especifican en el número 1.(b);(e) que esté facultada para impartir recomendaciones para eliminar o impedir las acciones mencionadas en el número 1.(b) y, dado el caso, que proponga reformas administrativas o legislativas para un mejor cultura administrativa (gobierno);(f) que rinda cuneta mediante ponencia pública ante el Parlamento u outro organismo público competente;(g) que su competencia sea nacional, regional y local;(h) que su competencia abarque organismos públicos en general o que se limite a una o más*

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, fixando como função preponderante dos *ombudsmen* proteger direitos subjetivos e interesses individuais e comunitários, frente a comportamentos abusivos da Administração Pública⁵.

No Brasil, o conceito do instituto fora estabelecido em 1986, no V Congresso Brasileiro de Direito Administrativo, realizado em Belo Horizonte:

“o *ombudsman* 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, nessa

autoridades o a una o más empresas públicas;(i)que, según cuál sea la base legal, el titular o los titulares del cargo sea o sean nombrados o elegidos por un período de tiempo determinado sólo puedan ser relevados de su cargo por las autoridades que tengan la autorización y competencia para ello” A versão anterior do Estatuto estava posta nos seguintes termos:“*comisionado parlamentario u otra designación similar que haya sido nombrado o elegido de acuerdo a una ley [...] cuyo papel incluya a las siguientes características: (I)investigar quejas de cualquier persona o grupo de personas con referencia a cualquier recomendación hecha, así como cualquier acto u omisión, relacionado a un acto administrativo, por cualquier funcionario, empleado, miembro o comité de miembros de una organización sobre la cual existe jurisdicción y (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 a través de un ministro del resultado de sus operaciones o sobre cualquier asunto específico resultado de una investigación”*. INTERNATIONAL OMBUDSMAN INSTITUTE [on line]. www.law.ualberta.ca/centres/ioi/ [disponível em 26.jun.2000].

⁵ 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. A importância das conclusões desse Simpósio reside no fato de terem sido beneplacitadas pela 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.

condição, voltado para a defesa dos direitos fundamentais do cidadão”⁶.

Nessa ocasião restaram fixadas, entre outras, duas características na forma de atuação do *ombudsman*: a facilidade de acesso da população aos seus escritórios e a utilização de formas não-convencionais no desempenho de suas competências.

Como se pode constatar, a única diferença que sobressai dessas formulações diz respeito à função preponderante consignada ao *ombudsman*. Para o Instituto Internacional, o papel fundamental dos *ombudsmen* seria o de “*proteger toda persona o agrupación de personas*”, para o II Simpósio Latino-Americano do *Ombudsman*, e para o Congresso Brasileiro de Direito Administrativo, seria o controle da Administração Pública.

Trata-se, contudo, de uma diferenciação não assumida pela doutrina. Tornou-se praxe o artifício de conectar – sob o pressuposto de uma causalidade nem sempre existente – a defesa do administrado e o aperfeiçoamento da Administração Pública⁷. Para tanto, a doutrina tem se valido de afirmações como a de André LEGRAND, segundo quem “de maneira direta ou indireta todos os meios de controle se apresentam como um meio de defesa dos direitos e interesses legítimos do cidadão”⁸.

Ainda que seja correto afirmar que a atuação de todo órgão ou entidade de controle da Administração Pública resulta, reflexamente, na defesa dos direitos e legítimos interesses dos cidadãos, e que a execução dos órgãos de defesa implica em ações de controle, não se pode confundi-los. É importante ter-se em conta que a função preponderante condiciona a natureza jurídica do instituto (de controle ou de defesa) e determina diversos elementos estruturais como os pertinentes à racionalidade, aos princípios

⁶ GOMES, Manoel Eduardo A. Camargo e. O ouvidor geral – uma experiência municipal. Tese apresentada no V Congresso Brasileiro de Direito Administrativo (1986). *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 83, p. 250-259, jul.-set. 1987, p. 253.

⁷ Para não nos alongarmos nos exemplos, vejamos o caso de duas formulações providas de diferentes regiões: a) Brasil: “o *ombudsman*, tradicional instituição sueca, tem seduzido constitucionalistas e administrativistas de todo o mundo, na busca obstinada da ampliação e proteção dos direitos individuais do homem e da efetivação de medidas tendentes ao controle da atividade estatal” (AMARAL FILHO, ob. cit. p. 14); b) Europa: “son sus misiones más importantes las de supervisar a la Administración en cuanto al cumplimiento de las leyes y normas que la rigen, y, atender a las quejas que formulan los ciudadanos por supuestas violaciones de sus derechos públicos subjetivos o legítimos intereses por parte de dicha Administración” (GUILLÉN, *El Defensor del Pueblo*, ob. cit. p. 78).

⁸ LEGRAND, André. *L'ombudsman scandinave*. Paris: s/n, 1970. p. 2.

jurídicos aplicáveis, ao bem jurídico tutelado, aos requisitos, poderes e garantias do cargo, eventualmente ao nível de autonomia, à competência objetiva, à competência em razão das pessoas, aos instrumentos de atuação, e, em alguns casos ao modo de acesso do cidadão.

Neste capítulo, como já dito, voltamo-nos para o momento de criação do instituto demonstrando que, neste período, sua natureza era de um órgão marcadamente voltado para o controle da Administração Pública, portanto, muito distinto dos *ombudsmen* atuais, caracateristicamente constituídos como órgãos de defesa dos cidadãos.

1.2 O *ombudsman* como guardião da lei

1.2.1 Origem do instituto

Na Suécia, os antecedentes mais remotos do *ombudsman* localizam-se nos séculos XVI e XVII, respectivamente com a institucionalização do *Drotsen*, ou Grande Senescal, cuja função era fiscalizar a atividade dos juízes do reino, e do *General Inspektoren Öffuer Ordningarne*, designado pelo Rei para fiscalizar a própria Administração Pública.

Parte da doutrina, entretanto, tem indicado a origem do instituto em 26 de outubro de 1713, quando o rei Carlos XII, que havia estado cerca de 12 anos fora da Suécia, criou o *Konungens Bogste Ombudsmännem* (Supremo Representante do Rei), a quem competia vigiar os funcionários do governo na execução das ordens e leis por ele baixadas, inclusive ajuizando ações no caso de delitos graves. Cargo que, em 1719, seria modificado para o de *Justitiekansler* (Chanceler da Justiça, abreviadamente denominado de JK)⁹, uma “espécie de ministro da Justiça, encarregado da observação do cumprimento das leis pela administração no território do Reino”¹⁰.

Em 1776, como corolário do declínio da realeza e do fortalecimento do Parlamento (*Riksdag*), a nomeação do JK passa a ser

⁹ MAIORANO, *El ombudsman*, 1.ed. p. 34.

¹⁰ AMARAL FILHO, ob. cit. p. 21.

atribuição do Parlamento e não mais do monarca¹¹. O JK passa também a ter, como parte de suas atribuições, o dever de apresentar um relatório circunstanciado sobre o exercício de sua função. Essas alterações modificaram substancialmente sua posição: de agente do rei passou a ser um mandatário do Parlamento, controlando em nome deste a Administração e a Justiça. O chanceler, de acordo com as atividades desenvolvidas durante esse período, pode ser visto como precedente do *ombudsman* (*Justitieombudsmannen*), que só seria previsto na Constituição sueca em 5 de junho de 1809.

Entretanto, em 1772, como resultado do golpe liderado por Gustavo III, o JK passou a ser novamente nomeado pelo Rei, atuando como seu conselheiro para os casos pertinentes à justiça.

1.2.2 O Ombudsman e o equilíbrio dos Poderes

Em 1809, com a deposição de Gustavo IV Adolfo e o início da Casa dos Bernadotte, por força de inúmeras revoltas e das guerras napoleônicas, o Parlamento retomou sua força subtraída nesse interstício por Gustavo III e votou uma nova Constituição (*Regeringsform*), inspirada nos ideais de Montesquieu, que vigorou até 1974. Um dos principais objetivos desta Constituição – que substituiu uma monarquia absolutista por uma monarquia constitucional – foi o de estabelecer um equilíbrio entre o poder do monarca e o do Parlamento mediante um sistema de mútuo controle.

Ainda que nesse período a burguesia na Suécia não representasse uma força relevante em face da monarquia e da nobreza, o quadro teórico da época compunha uma intensa conflitualidade entre estes três segmentos sociais como fator não supositício, mas real. Assim, embora o nível de tensão entre esses segmentos na sociedade sueca não ocorresse nos termos em que se dava em outros países do continente europeu, procurou-se estabelecer uma ordenação do poder político de tal forma que os interesses

¹¹ “O JK do Rei não inspirava nenhuma confiança aos Constituintes de 1809: não lhes faltavam exemplos em que a função tinha sido exercida exclusivamente no interesse do Rei e sem atender os comandos da Lei. Eles resolveram, portanto, criar um órgão independente, que tivesse como única razão de ser a observância da Lei e a proteção dos direitos do cidadão. O Rei não deveria ter nenhum meio de ação sobre o JK. Em particular, ele não deveria jamais lhe dar ordem” (LEGRAND, *apud* OLIVEIRA, Fernando Andrade de, & XAVIER, Pedro Henrique. *Ombudsman*: conveniência de sua instituição. Tese apresentada no I Simpósio Latino-Americano. Buenos Aires, mimeo., 1985. p. 21).

antagônicos da monarquia, da nobreza e da burguesia, contrapondo-se, fossem controlados.

No quadro social teorizado por MONTESQUIEU, os interesses do monarca estavam voltados para o combate e sacrifício da nobreza, com vistas à cooptação da crescente burguesia mercantil; daí porque defender o julgamento dos nobres pelos seus pares e não pela magistratura (ocupada pela alta e baixa burguesia) ou pelo Executivo (constituído pelo monarca e seus asseclas): “Cumpre, portanto, que os nobres sejam levados, não diante dos tribunais ordinários da nação, mas diante da parte do corpo legislativo composta de nobres”¹².

É igualmente a partir dessa leitura que MONTESQUIEU, coerentemente, não permite que a nobreza julgue a chefia do Poder Executivo¹³. Entretanto, com os membros da nobreza que servem o rei, em detrimento dos interesses da própria nobreza, MONTESQUIEU é implacável: “mas como quem executa não pode executar mal sem ter maus conselheiros, que, como ministros, odeiam as leis, apesar de favorecê-las como homens, estes últimos podem ser perseguidos e punidos”¹⁴.

Além desse embate entre nobreza e poder absoluto, MONTESQUIEU supõe um permanente conflito entre nobreza e burguesia, a partir do dogma, sempre presente entre os teóricos da época, de que os direitos feudais detidos pelos nobres constituíam intransponível obstáculo para a nova ordem econômica que florescia sob os auspícios da burguesia.

Em um quadro conceitual delineado a partir de um permanente entrechoque de forças dessa grandeza¹⁵ e de uma arquitetura institucional voltada para o equilíbrio dessas forças, (1) vigorava a “premissa de que todo aquele que tem poder tende a abusar dele e de que o Poder vai até

¹² MONTESQUIEU, ob. cit. p. 160.

¹³ A esse respeito afirma: “o corpo legislativo não deve ter o direito de julgar a pessoa e, por conseguinte, a conduta de quem executa. Sua pessoa deve ser sagrada porque, sendo necessária ao Estado a fim de que o corpo legislativo não se torne tirânico, desde o momento em que for acusada ou julgada, a liberdade desapareceria. Em tais casos, o Estado não seria uma monarquia, mas uma república não livre” Id., *ibidem*.

¹⁴ *Idem*. p. 169.

¹⁵ A respeito, ALTHUSER dirá que “é forçoso constatar que toda a literatura política do século XVIII foi dominada por uma idéia: a de que a monarquia absoluta se estabeleceu contra a nobreza e que o rei se apoiou nos plebeus para equilibrar o poder dos seus adversários feudais e reduzi-los à sua mercê” (ALTHUSSER, Louis. *Montesquieu, a política e a história*. Trad. Luz Cary e Luísa Costa. Rio de Janeiro: Martins Fontes, 1977. p. 143).

onde encontra limites”¹⁶ e de que (2) “para que não se possa abusar do poder é preciso que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder”¹⁷.

Assim é que a Constituição sueca, em seu art. 96, acabou por estabelecer:

“O Parlamento designará pelos menos dois cidadãos de reconhecida competência legal e marcante integridade para supervisionar, na condição de ombudsman do Parlamento, de acordo com as diretrizes por este estabelecidas, a observância das leis e regulamentos por todos os funcionários e empregados; e instaurar processos, perante os tribunais próprios, contra os que, no exercício de suas funções públicas, praticarem ato ilícito mediante parcialidade ou favoritismo, ou de outra forma, ou se omitirem no cumprimento de dever. O ombudsman estará sujeito sob todos os aspectos às mesmas responsabilidades estabelecidas para os promotores públicos pelas leis civil e penal, e pelas regras de processo judicial atinentes a promotores.

O Parlamento designará o número necessário de substitutos do ombudsman, que deverão ter as mesmas qualificações dele”¹⁸.

Por outro lado, o rei continuava contando com os ofícios do JK que – como seu funcionário e representante – podia acusar em nome da Coroa em todas as causas em que esta tivesse interesse, ademais de atuar na área da segurança pública, fiscalizar os atos da Administração e supervisionar a administração da Justiça.

Como afirma GUILLÉN,

“Quedan apartir de entonces perfectamente delimitadas [...] las dos instituciones que en Suecia realizan un labor de control sobre la Administración: el JK, de una parte, que continúa ligado y dependiente del Rey [...] encuanto funcionario, se encuentra; y el JO, designado por el Parlamento, perfectamente independiente de uno y otro (del Gobierno y del JK) y que no se encuentra sometido más que a la Ley, pero que

¹⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira (coord.). *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986. p. 12.

¹⁷ MONTESQUIEU, ob. cit. p. 156.

¹⁸ LEITE, Celso Barroso. *Ombudsman*, corregedor administrativo. Rio de Janeiro: Zahar, 1975. p. 35.

*conllewa una obligación de informar al órgano que le eligió*¹⁹.

Assim, com a instituição do *Justitieombudsmannen* (JO), o equilíbrio almejado estava restaurado. Com sessões inicialmente quinquenais e posteriormente trienais, em princípios do século XIX o Parlamento passou a ter um agente para vigiar a execução das leis e dos serviços públicos entre suas sessões.

Ademais, mediante a Constituição de 1809,

*“se dividió la autoridad entre el Rey y los estamentos; al primero y al Consejo se atribuyó el Poder Ejecutivo; a los cuatro Estados, la exclusiva potestad de crear impuestos; el Poder Legislativo se atribuyó conjuntamente al Rey en Consejo y a los Estados. El Poder Judicial se confió a Tribunales independientes. Y el control de los centros y funcionarios estatales pasó a ser ejercido por dos personajes: el JK, en nombre del Rey y del Consejo, y el Justitieombudsman en nombre del [...] Riksdag ou Parlamento”*²⁰.

Nesse contexto, o *ombudsman* sueco, ao se constituir como um instrumento de controle do Legislativo sobre o Executivo, acaba por se apresentar como um importante elemento de equilíbrio na relação entre esses Poderes.

1.2.3 A Institucionalização na Finlândia

Não obstante a situação política da Finlândia ser um tanto diversa da sueca, em relação ao instituto do *ombudsman* ocorre algo semelhante.

Com a Paz de *Friedrikshamm*, em 1809, a Finlândia deixa de ser administrada pela Suécia, para o ser pela Rússia, levando consigo a

¹⁹ GUILLÉN, *El Defensor del Pueblo*, ob. cit. p. 38.

²⁰ *Id.*, *ibidem*. Saliente-se que, não obstante, a teoria de MONTESQUIEU não foi completamente aplicada, no sentido de estabelecer um controle autônomo entre a Justiça e o Executivo. Conforme AMARAL FILHO, “o *Justitieombudsman* permaneceu, a exemplo do *Justitiekansler*, com as atribuições de controle sobre as autoridades judiciárias e administrativas”. Em todo caso, “o *ombudsman* sueco [...] constitui, sem dúvida, influência dos ideais da burguesia revolucionária francesa, num país onde a ordem feudal, apesar do relativo enfraquecimento da monarquia e da nobreza, perdurou ainda por muitos anos após os acontecimentos de 1809” (AMARAL FILHO, ob. cit. p. 22).

Constituição sueca de 1772, na qual aparecia o JK como conselheiro e funcionário da Coroa. Transformada a Finlândia em um Grão-Ducado autônomo, o imperador russo, era, concomitantemente, o Grão-Duque da Finlândia.

Em 1812, o JK finlandês tem ampliadas as suas competências, entre as quais a de estar presente nas sessões do Parlamento e do Tribunal Supremo, ademais de atuar no controle do próprio Governador-Geral, do representante do Grão-Duque no país e do Presidente do Senado. Nesse mister, diversos JK vinculados aos interesses da Finlândia foram substituídos por juristas russos.

Em face dessa situação, inúmeros movimentos de libertação passaram a defender a necessidade de um *ombudsman* que guardasse o cumprimento das leis finlandesas. Como relata HIDÉN,

“durante el periodo vivido por Finlandia como Gran Ducado, dependiente de Rusia, los estados – los cuerpos representativos – sugirieron repetidamente que se debia crear un especial guardián, custodio de las leyes. Este movimiento debió intensificarse cuando los rusos, dándose cuenta, al fin, de que el canciller de la Justicia era en realidad un defensor de la independencia finesa, comenzaron a elegir para tal cargo [...] rusos”²¹.

Com a independência da Finlândia, a Constituição republicana de 17 de junho de 1919, inspirada na experiência sueca, implanta uma instituição semelhante à do *justitieombudsman* (em finlandês *Oikeusasiamies* – agente da lei)²², a quem competia, juntamente com o JK, o controle do Executivo.

Entretanto, em face do prestígio histórico alcançado pelo JK no período da ocupação russa, o *Oikeusasiamies* “*quedava tan en último lugar, que el gobierno propuso al Parlamento, en 1932, que aboliese el cargo*”²³. Ao opor-se à sua extinção, o Parlamento formula uma nova proposta, segundo a qual se repartiam claramente as funções acometidas a ambos os cargos. A

²¹ Apud GUILLÉN, *El ombudsman parlamentario de Finlandia*, ob. cit. p. 10.

²² “Si nos fijamos en el texto del artículo 49, párrafo primero, de la Constitución finesa, veremos como en su primer párrafo, sobre todo, recuerda en mucho a la sueca de 1809” (GUILLÉN, *El ombudsman parlamentario de Finlandia*, ob. cit. p. 12).

²³ *Id.*, *ibidem*.

partir daí, distanciam-se os institutos, fortalecendo-se a figura do *Oikeusasiamies* como instrumento impostergável do poder do Parlamento sobre o Governo.

1.2.4 O Ombudsman e o controle da legalidade

No período que se inicia com a Constituição sueca de 1809 e a finlandesa de 1919, a natureza do instituto é a de um instrumento constitucional de controle da Administração Pública, das Forças Armadas e do Poder Judiciário. Mais precisamente, um instrumento interorgânico de controle da legalidade.

Nos termos da Constituição sueca de 1809, as funções do *ombudsman* eram de “controlar a observância das leis pelos tribunais e funcionários, e demandar junto aos tribunais competentes, de acordo com as leis, àqueles que no exercício de suas funções agiram com parcialidade, favor ou qualquer outro motivo, tenham cometido ilegalidades ou descuido no correto desempenho dos deveres próprios do cargo” (art. 96)²⁴. No mesmo sentido dispõe o art. 49 da Constituição da Finlândia: “defender as leis no funcionamento dos Tribunais e de outras autoridades”.

A mais famosa frase formulada pelo primeiro *ombudsman* sueco, Mannerheim²⁵, expressa com precisão a centralidade da lei nas funções do *ombudsman*: “*El ombudsman sólo depende de la ley*”.

Em que pese isso não se constituir em impeditivo para o acesso direto do cidadão, afetava substancialmente a natureza das investigações processadas pelo *ombudsman*. Como afirma GUILLÉN:

“En la sección 3 de la Ley de Instrucciones al Ombudsman de Suecia se dice que constituye un trabajo de especial incumbencia del ombudsman asegurarse que los Tribunales y las autoridades administrativas observan lo previsto en la Constitución que conciernen a que los derechos fundamentales y libertades de los ciudadanos no han sido vulnerados en los procedimientos de Administración Pública. Nótese que esta

²⁴ MONTESQUIEU diria que “a liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem” (ob. cit. p. 155).

²⁵ BEXELIUS, Alfred. El *ombudsman* de asuntos civiles. In: ROWAT, ob. cit. p. 59.

obligación del ombudsman aparece en segundo lugar (tras la protección o supervisión de la Administración para comprobar la observancia de las leyes), y en una norma de rango inferior a la Constitución en la que aparece este punto [...] En Finlandia ocurre algo análogo: [...] aparece en primer lugar 'la defensa de la ley' antes que la 'defensa de los derechos del ciudadano'”²⁶.

A função preponderante do *ombudsman* sueco (*Justitieombudsman*) e finlandês (*Oikeusasiamies*) era, assim, o controle da Administração, de natureza interorgânico, adstrito à legalidade dos atos de administração. Consequentemente, **o bem jurídico tutelado pelo instituto é primordialmente a legalidade** dos atos e procedimentos dos agentes públicos e, apenas reflexamente (função latente ou mecânica), a defesa das liberdades individuais, consignadas pelo liberalismo clássico.

1.2.5 Adequação significativa

Na perspectiva de WEBER, o advento do Estado Moderno ocorre mediante um vigoroso processo de centralização e de concentração do poder político, antes disperso na sociedade feudal ²⁷.

Com uma dominação de tipo tradicional,²⁸ pela qual os poderes encontravam-se fragmentados em uma teia de lealdades pessoais, fundadas em relações de vassalagem, as unidades de poder (militar, religioso, econômico e, mesmo, de aplicação da justiça), no período feudal,

²⁶ GUILLÉN, *El Defensor del Pueblo*, ob. cit. p. 268.

²⁷ Segundo DÉLOYE esse entendimento é reafirmado por diversos autores de relevo: “De Alexis de Tocqueville a Norbert Elias, passando por Ernest Gellner, Émile Durkheim e Pierre Bourdieu, está claro que o aparecimento do Estado moderno consagra um processo de centralização e de concentração do poder político inédito na história das sociedades humanas” (DÉLOYE, Yves. *Sociologia histórica do político*. Trad. Maria Dolores Prades. Bauru: Universidade do Sagrado Coração, 1999. p. 56).

²⁸ WEBER entende por dominação “un estado de cosas por el cual una voluntad manifiesta ('mandato') del 'dominador' o de los 'dominadores' influye sobre los actos de otros (del 'dominado' o de los 'dominados'), de tal suerte que en un grado socialmente relevante estos actos tienen lugar como si los dominados hubieran adoptado por sí mismos y como máxima de su obrar el contenido del mandato ('obediencia')” (WEBER, Max. *Economía y sociedad*. Esbozo de Sociología Comprensiva. 2.ed. Trad. José Medina Echevarría et alii. México: Fondo de Cultura Económica, 1992. p. 699). Entendida como uma das três formas de dominação legítima, a de tipo tradicional, segundo WEBER, dar-se-ia “en virtud de creencia en la santidad de los ordenamientos y los poderes señoriales existentes desde siempre. [...] El tipo del que ordena es el 'señor', y los que obedecen son 'súbditos' en tanto que el cuerpo administrativo lo forman los 'servidores'. Se obedece a la persona en virtud de su dignidad propia, santificada por la tradición; por fidelidad” (idem, p. 708).

multiplicavam-se em uma construção política tão complexa quanto disforme.

Nesse contexto, a estabilidade política sustentava-se em fidelidades marcadas por vínculos pessoais informados, fundamentalmente, pela tradição. Nas palavras de WEBER, *“el feudalismo, especialmente en la forma del libre vasallaje y, ante todo, de la concesión de feudos, apela al ‘honor’ y a la ‘fidelidad’ personal libre como motivos constitutivos de la acción”*²⁹.

Ações sociais assim motivadas formavam um campo social marcado pela imprevisibilidade e irracionalidade. Com a progressiva expropriação do poder social pelo poder estatal, os comandos tornam-se mais impessoais, objetivos, racionais e, portanto, previsíveis³⁰.

Nessa passagem – do social ao político – o poder é racionalizado, em um desenvolvimento associado à racionalização do Direito, à especialização do poder Legislativo e do Judiciário, à formação de uma burocracia profissional e à apropriação da força militar, tanto esta quanto aquela mantidas pelo assalariamento somente possível pela monetarização da economia e pela concentração do poder tributário.

O Estado Moderno, desse modo, acaba por se constituir em “epigênese”³¹ de uma nova forma de organização política “inexistente, em germe, na realidade anterior [...] uma inovação particular, localizada no espaço e no tempo”³², cuja principal marca é, precisamente, a concentração, centralização e racionalização do poder político. Nessa linha de raciocínio, o Estado Moderno representa o centro nodal de toda dominação legítima e, em

²⁹ *Idem.* p. 843.

³⁰ WEBER compara esse processo ao da formação da empresa capitalista: *El desarrollo de éste [o Estado] se inicia por doquiera a partir del momento en que se empieza a expropiar por parte del príncipe a aquellos portadores de poder administrativo que figuran a su lado: aquellos poseedores en propiedad de medios de administración, de guerra, de finanzas y de bienes políticamente utilizables de toda clase. El proceso conjunto forma un paralelo completo con el desarrollo de la empresa capitalista, con su expropiación paulatina de los productores independientes”.* *Idem.* p. 1059. Na leitura de WEBER, o surgimento da empresa capitalista moderna, assim, está ligada a um processo de racionalização que tem como base a separação entre o “lar” e o “ofício” e, como condição prévia, *“a contabilidade racional do capital, como norma para todas as grandes empresas lucrativas que se ocupam da satisfação das necessidades cotidianas”*. Essa condição prévia traz em seu bojo: a) apropriação de todos os bens materiais de produção como propriedades de livre disposição por partes das empresas lucrativas autônomas; b) liberdade mercantil (liberdade de mercado); c) técnica racional; d) direito racional; e) tempo livre (para venda de atividades no mercado) e f) comercialização da economia.

³¹ DÉLOYE, ob. cit. p. 66.

³² *Id.*, *ibidem*.

tal condição, o lugar de onde podem emanar as mais graves ameaças à liberdade individual. Como diz HAYEK, tão logo o Estado “reivindica e obtém o monopólio da coerção e da violência, converte-se também na principal ameaça à liberdade individual [assim] limitar esse poder foi o grande objetivo dos fundadores do governo constitucional nos séculos XVII e XVIII”³³. Nesse diapasão, o controle do poder constitui a garantia da liberdade.

A própria racionalização, ao mesmo tempo em que “colocava em risco os valores liberais”³⁴, exercia uma função relevante de instrumento de controle desse poder centralizado no Estado. A objetividade e a impessoalidade, sob o manto da racionalização do próprio Direito e da burocratização do espaço público, reduziam o risco de um poder irracional, incalculável e imprevisível. A propósito, ENTERRIA dirá que “*por medio de las Leyes se garantizaba un espacio de libre desenvolvimiento y de predictibilidad y certeza de la acción del Estado*”³⁵. A legalidade, deste modo, converte-se em epicentro da causalidade da dominação legítima. Parafraseando MEDAUAR, poder-se-ia dizer que o poder pessoal é tomado pelo poder legal³⁶. Daí a legitimidade de o Estado Moderno sustentar-se na própria legalidade, ou, como queria WEBER, na “racionalidade formal”.

Com isso, diz Paulo BONAVIDES, há “a despolitização da legitimidade”³⁷, isto é, “a legalidade vale por legitimidade”³⁸. “A fé na legitimidade se resolve em fé na legalidade”³⁹. ENTERRIA dirá que sobre “*esta técnica de legalización del poder [será erguido] todo el Derecho Público Moderno*”⁴⁰. O Estado passa a atuar conforme uma racionalidade formal, atento e preso aos princípios abstratos da lei. Na dicção de DULCE,

³³ HAYEK, Friedrich A. *Direito, legislação e liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política*. Trad. Henry Maksoud. São Paulo: Visão, 1985. v. III. p. 133.

³⁴ BELLAMY, Richard. *Liberalismo e sociedade moderna*. Trad. Magda Lopes. São Paulo: Edunesp, 1994. p. 292.

³⁵ ENTERRIA, Eduardo García de. *Democracia, jueces y control de la Administración*. Madrid: Civitas, 1995. p. 33.

³⁶ MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em evolução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 79.

³⁷ BONAVIDES, Paulo. A despolitização da legitimidade. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 3, p. 17-31, 1993. p. 19.

³⁸ *Idem*. p. 25.

³⁹ GOZZI, Gustavo. Estado contemporâneo. In: BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola & PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Trad. Luís Guerreiro Pinto et alii. Brasília: Edunb, 1983. p. 402.

⁴⁰ ENTERRIA, ob. cit. p. 32.

“Para WEBER, el Estado moderno está basado o legitimado por el principio de legalidad, que consiste en el sometimiento general a las leyes. Y, por otra parte, identifica el tipo puro de dominación legal con el Estado burocrático, es decir, con el ‘Estado’ que ejerce su poder en base únicamente a reglas formalmente abstractas. La identificación del Estado moderno con el ‘estado burocrático’ no deja lugar a dudas sobre el tipo de racionalidad en que se fundamenta aquél: la racionalidad formal”⁴¹.

Todo o constitucionalismo moderno, assim, volta-se para o controle do Estado a partir do princípio da legalidade. Ao discorrer sobre as estruturas constitucionais, CANOTILHO afirma que a do Estado Liberal é essencialmente **negativa**, porque “(1) conforma a sociedade negativamente através do estabelecimento de limites ao poder estatal e (2) consagra direitos, liberdades e garantias essencialmente concebidos como direitos de defesa (direitos negativos) do cidadão perante o Estado”⁴².

Assim, todo o constitucionalismo moderno é concebido como instrumento de contenção às eventuais ameaças do Estado aos direitos e garantias individuais. Consequentemente, os instrumentos de controle (internos ou externos) são informados pelo mister de manter as ações do Estado nos cânones da lei e, desse modo, garantir a incolumidade da liberdade individual. Como diz Caio TÁCITO: “os direitos do homem geram os deveres do Estado”.⁴³

A teoria da validade dos atos administrativos, bem como

⁴¹ DULCE, María José Fariñas. *La Sociología del Derecho de Max Weber*. México: mimeo. p. 316. Ou ainda: “La legitimidad del Estado moderno consiste en el sometimiento general – de todos y todo – a un ordenamiento normativo formalmente abstracto, es decir, que el funcionamiento del Estado se legitima por la creencia en el sometimiento general a las leyes, esto es, por la creencia en la legalidad. Ésta es la caracterizada por Weber como ‘la obediencia a preceptos jurídicos positivos estatuidos según el procedimiento usual y formalmente correctos’” *Idem*. p. 317.

⁴² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5.ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1992. p. 77. Afirma o mesmo autor que o arquétipo do Estado Liberal é informado pelos princípios da subsidiariedade (“o Estado pode e deve apenas intervir quando a sociedade não consegue solucionar os seus problemas”), pelo princípio do Estado Mínimo (“que exige a redução ao mínimo possível das actividades do Estado e, consequentemente, das suas tarefas e despesas”) e pelo princípio da neutralidade (que “aponta a necessidade de o Estado se abster de intervenções de carácter económico-social, não devendo dirigir ou mudar as relações e situações pré-existentes”).

⁴³ TÁCITO, ob. cit. p. 935.

dos *writs* constitucionais e da tipologia dos crimes praticados por servidores públicos, é informada por esse pressuposto: conter a ação do Estado em face das liberdades individuais, a partir da implementação de um sistema de controle racional formal, adstrito aos preceitos abstratos da lei.

Como informa GORDILLO,

“Al insistirse en el control de legalidad como control predominante, se introduce entonces una tendencia hacia la creciente reglamentación para hacer más predecible y mas fácilmente controlable la conducta. Pero ocurre que lo que se refuerza de este modo es el control puramente formal, porque formales son en tal situación las normas que se dictan [...]. Se afirma así la vigencia y la convicción de que si un funcionario dicta un acto válido o legal, nada puede objetársele; que si su decisión es inoportuna o inconveniente ello es materia librada a la discrepancia política, en todo caso, pero exenta del control y del reproche administrativo”⁴⁴.

Voltados para a contenção do poder estatal, tanto os controles internos quanto os externos abstraem dos valores extrajurídicos (como os da moralidade, justiça, legitimidade, finalidade etc.), típicos de uma racionalidade material. A lei se constitui no centro angular de toda a lógica de controle⁴⁵.

Desse modo encartados no ambiente do Estado, os mecanismos de controle ostentam apenas como função manifesta a legalidade da Administração e como funções latentes ou mecânicas a defesa das liberdades públicas. Mas não se pode olvidar de que apresentam, como função derivada ou positiva, a previsibilidade e a contenção da ação estatal sobre o mercado, favorecendo, assim, a lógica liberal de reprodução do modo de produção capitalista.

A respeito, Eros GRAU proficientemente aduz:

“Em sua origem, o princípio [da legalidade] consubstancia um

⁴⁴ GORDILLO, ob. cit. p. 111.

⁴⁵ A respeito, GIANNINI dirá que o apego à legalidade “*implicava que todo elemento de um ato da Administração deveria estar expressamente previsto como elemento de alguma hipótese normativa, devendo a norma fixar poderes, direitos, deveres etc., modos e sequência dos procedimentos, atos e efeitos em cada um dos componentes e requisitos de cada ato*”. Apud GRAU, Eros Roberto. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 3, 1993. p. 91.

dado fundamental para a construção da noção de Estado-de-Direito, noção meramente formal. E, desde aí, opera-se como uma causação circular entre ambos, de modo que a legalidade, na acepção liberal, passa a cumprir a função de garantia dos particulares contra a atuação estatal – o que implica o impedimento de que o Executivo, por ato seu, possa estabelecer restrições à liberdade e à propriedade dos indivíduos, ou seja, implica defesa dos indivíduos contra o Poder Público”⁴⁶.

O instituto do *ombudsman* na Suécia e na Finlândia, nesse período, está adequado significativamente a este contexto: como instrumento de controle da Administração, de tipo interorgânico, está informado preponderantemente pelo princípio da legalidade e, assim, por uma racionalidade de tipo formal.

Essa racionalidade atua sobre o funcionamento do instituto do *ombudsman* como núcleo organizativo de suas ações⁴⁷. Nesse diapasão, é possível objetivamente supor que os demais elementos que caracterizam o instituto encontram-se adequados significativamente a esse tipo de racionalidade.

1.2.6 Modelo típico-ideal

Como diz Paz de la BARRA, *“El ombudsman es el fruto de la justificación histórica de la existencia del Parlamento, en su tarea de control de la legalidad de los actos administrativos de la cada vez más compleja burocracia estatal”*⁴⁸. Assim, sua localização institucional é o Parlamento, onde atua como órgão subordinado e especializado, com autonomia deferida: *“siguiendo las instrucciones que el propio Parlamento le da, dándole cuenta de su actuación, por medio de sus informes y siendo*

⁴⁶ *Id.*, *ibidem*.

⁴⁷ *Idem*. p. 60.

⁴⁸ Como tal, dela exsurge a possibilidade de apreensão do que WEBER denominava “causalidade de sentido”. Uma causalidade não histórica, mas “de ordem probabilística”, pela qual se pode delinear “o quadro imaginário da ação objetivamente possível, levando em conta o fim visado e os meios efetivamente disponíveis”. BARRA, Paz de la. *Teoría del Estado y control del poder*. Lima: Ed. Latina, 1986. p. 83.

*responsable ante él*⁴⁹.

Saliente-se que as instruções do Parlamento, em verdade, constituem-se em regulamentos de atuação e não de diretivas para casos concretos, em relação aos quais o *ombudsman* possui ampla liberdade. Como informa o mesmo autor:

*“fuera de las instrucciones generales a las que el ombudsman está sometido por parte del [Parlamento], es independiente para actuar en los casos concretos; y en la historia del ombudsman sueco no se hallan pruebas – en sus informes anuales al ‘Riksdag’ – de que aquél haya actuado sujeto a otras influencias”*⁵⁰.

Eleito pelo Parlamento⁵¹, nessa fase o *ombudsman* tem poderes, prerrogativas e garantias similares aos dos parlamentares. Em face da natureza de sua ação, como visto, estar voltada especialmente para a legalidade, tanto a Constituição sueca quanto a finlandesa estabelecem como requisito principal do cargo conhecimentos jurídicos que habilitem o titular do cargo para o exercício de um controle de legalidade⁵². Talvez por essa razão, “todos os *ombudsmen* [suecos] escolhidos até hoje fizeram carreira na magistratura sueca [...] grande parte deles veio da *Revisionssekretare*, outros da Corte da Apelação, ou, ainda, eram presidentes de tribunais de primeira instância”⁵³.

Detentor de mandato imperativo, sua destituição depende de condições objetivas, aferidas pelo Parlamento, em um processo no qual se lhe assegure ampla defesa. Ao menos na Suécia, “até hoje não houve nenhum caso de demissão de *ombudsman*, sendo que a maioria deles exerceu pelo

⁴⁹ GUILLÉN, *El Defensor del Pueblo*, ob. cit. p. 166.

⁵⁰ *Idem*. MAIORANO aponta no mesmo sentido: “en el ejercicio de sus funciones de vigilancia, actúa con total independencia tanto del Gobierno como del Parlamento. Como señalara el ex-Ombudsman de asuntos civiles [...] el Comisionado Parlamentario decide por sí mismo los problemas que investigará y las acciones que seguirá, sin recibir las instrucciones acerca de los casos de que deba ocuparse” (MAIORANO, ob. cit. p. 38).

⁵¹ No caso da Suécia, a eleição do titular do cargo é realizada por uma comissão especial, escolhida pelo Parlamento, composta por 48 membros, sendo a metade de cada Câmara. No caso da Finlândia, o *Justitieombudsman* é nomeado diretamente pela Câmara de Representantes, enquanto o *Justitiekansler*, como mencionado anteriormente, é nomeado pelo Presidente da República (art. 49 da Constituição).

⁵² A Constituição Sueca, em seu art. 96, estabelece apenas que a escolha recai sobre “um jurisconsulto de notório saber e de integridade particular”; a finlandesa, “uma pessoa conhecida como eminentemente experta nas leis” (art. 49).

⁵³ AMARAL FILHO, ob. cit. p. 27.

menos mais de um mandato”⁵⁴.

Nesse período, os meios predominantes de atuação são as inspeções e as investigações, realizadas mediante provocação ou ofício. Como se trata especialmente de exame de legalidade, ao *ombudsman* é conferido legitimidade ativa na propositura de ações judiciais, inclusive de natureza penal. Na Finlândia, por exemplo, dispõe a Constituição:

“Art. 59 – Em caso de acusação de um membro do Conselho de Ministros, do Tribunal Supremo, do Tribunal Supremo Administrativo ou contra o Chanceler da Justiça por um ato ilegal cometido no desempenho de suas funções, o caso deve ser julgado por um Tribunal Especial chamado de Corte de Acusação (ou Alta Corte), estabelecido pelas normas que têm caráter de Lei Fundamental.

Se a ação foi proposta pelo Parlamento, atuará como ‘acusador’ o *ombudsman*”.

Ao *ombudsman* finlandês são consignados os mesmos direitos do Chanceler da Justiça para propositura de ações. Na Suécia, além dessa prerrogativa, o *ombudsman* pode requisitar, como assistente, qualquer membro do Ministério Público (art. 6º, §2º da Constituição). São também deferidos poderes de iniciativa para instauração de procedimentos administrativos disciplinares e para impor sanções (Instrução nº 21).

Mais do que a persuasão – que ocorre em geral por meio de recomendações – a persecução penal, nesse período, é o instrumento mais forte do *ombudsman*. Nesse âmbito, incluem-se os “recordatórios”, decisões de caráter positivo voltadas para pequenas infrações.

As recomendações, por outro lado, limitam-se às decisões tomadas no âmbito da discricionariedade. Nesse caso, não há vinculação à decisão nem, tampouco, sanção. Além de recomendações formuladas em face de casos concretos, desde a Instrução de 1975, o *ombudsman* pode formular recomendações legislativas, conforme expressamente previsto no art. 4º da Instrução n.º 21:

“os *Ombudsmen* poderão atuar para remediar deficiências legislativas. Se ao exercer suas obrigações supervisoras

⁵⁴ *Idem.* p. 24.

encontrarem razões que aconselhem suscitar a questão de modificar a legislação ou qualquer outra medida que o Estado deva adotar, podem apresentar um estudo sobre a questão ao Parlamento ou ao Governo”.

Na Finlândia, de igual modo, estipula o art. 8º da Instrução de 1972:

“El ombudsman debe, además, señalar, si lo considera apropiado, cualquier imperfección hallada en las leyes o decretos, o si en las mismas hay expresiones inadecuadas o fraseología conflictiva, especialmente si de ello ha resultado interpretaciones diferentes, inciertas u otros inconvenientes en la práctica legal y administrativa, y debe proponer medidas para subsanar tales imperfecciones”.

Nesse período, o âmbito de competência do *ombudsman* sueco e finlandês alcança não só os funcionários da Administração Pública nacional e local, mas também os do Poder Judiciário, bem como todas as pessoas físicas e jurídicas de direito privado que se encontrem no exercício de funções de natureza pública. No caso da Finlândia, incluem-se nos limites de competência do *ombudsman* os funcionários de todas as comunidades religiosas, além dos servidores da polícia e do exército.

Em face da adstrição ao princípio da legalidade e à racionalidade de tipo formal, em geral estão excluídos de sua competência os agentes políticos. Assim é que, na Suécia, baixou-se uma Instrução explicitando os limites de competência do *ombudsman*:

“El ombudsman no ejerce supervisión sobre: 1) los miembros del Riksdag [Parlamento]; 2) los funcionarios administrativos del Riksdag; del Comité de Elecciones; de su Junta de Apelaciones y el Secretario General del mismo Riksdag; 3) la Junta de Gobierno del Banco de Suecia; el Gobernador y Subgobernador del mismo Banco; la Junta de Directores de esa entidad, los Comisionados del Departamento de Deuda Nacional y el Interventor General del Departamento de la Deuda Nacional; 4) el gobierno o el Gabinete o Gobierno; 5) el Cancillier de Justicia; 6) los órganos de los Consejos

*municipales*⁵⁵.

Na Finlândia, em que pese a amplitude da competência consignada no art. 49 da Constituição, algumas ponderações vêm sendo progressivamente adotadas, como é o caso da exclusão, por decisão do Tribunal Supremo Administrativo, do controle dos atos praticados pelo Presidente da República.

Como agente superior de controle, os *ombudsmen* de ambos os países podem atuar mediante provocação ou ofício. No primeiro caso, possuem ampla discricionariedade para prosseguirem no feito ou determinarem seu arquivamento, quando devem obrigatoriamente comunicar ao interessado.

Os requisitos subjetivos geralmente exigidos na esfera judicial não se apresentam para as queixas ou reclamações formuladas ao *ombudsman*. Assim, menores, incapazes, internos em estabelecimentos hospitalares e prisionais, estrangeiros, pessoas com direitos políticos cassados, são legitimados em face do instituto. Segundo MAIORANO, *“la única excepción es la relativa a los hospitales psiquiátricos, en los cuales, de acuerdo com la ley, el jefe del establecimiento puede leer las cartas de los enfermos, sin perjuicio de la obligación de darles curso”*⁵⁶.

Fundado no pressuposto da adstrição ao princípio da legalidade e, portanto, reflexamente ao do interesse público, não é exigido que haja interesse jurídico próprio, ainda que indireto, para a formulação de queixas ou reclamações.

Com o mesmo pressuposto, não se aplicam prazos decadenciais no caso de temas que importem em interesse público⁵⁷, nem, tampouco, representação técnica para a formulação de queixas ou reclamações.

Saliente-se, ainda, que a publicidade preside todos os atos realizados no exercício de sua competência. Uma característica, diga-se,

⁵⁵ MAIORANO, ob.cit. p. 37.

⁵⁶ *Idem*. p. 51.

⁵⁷ No caso da Suécia, a Lei n.º 1.057/75, em seu art. 20, ainda que tenha previsto o prazo de dois anos, excepcionou este prazo em face do interesse público: *“El ombudsman no deberá investigar hechos o circunstancias que hayan acaecido con más de dos años de antelación a la fecha de la recepción de la reclamación, salvo que estime esencial investigar el caso en interés público”*.

que permanecerá ligada à instituição até a contemporaneidade, especialmente no que se refere à obrigação que lhe é imposta de apresentar relatórios periódicos ao Parlamento. Nesse sentido, cabe salientar que tais relatórios, nas práticas sueca e finlandesa, são pormenorizadamente assentados em casos concretos⁵⁸. Como testemunha BEXELIUS, *Ombudsman* de Assuntos Cíveis da Suécia, durante a década de setenta:

*“Este informe usualmente de unas 400 o 500 páginas, contiene una relación del trabajo desempeñado o de la investigación que haya realizado de la condición de la administración de las leyes en el Reino, incluyendo un resumen de los casos más importantes en que el ombudsman haya tomado una decisión durante el año anterior (de julio a junio, interpolamos nosotros). El informe se distribuye entre todos los funcionarios administrativos y éste es, probablemente, en medio más importante con que cuenta el ombudsman para influir en la aplicación de las leyes en Suecia”*⁵⁹.

Mencione-se, também, a gratuidade como outra característica da instituição tanto na Finlândia quanto na Suécia.

Como visto, a instituição do *ombudsman*, nesse período, distancia-se significativamente do modelo teórico vigente, descrito na primeira parte deste Capítulo. O traço fundamental desta diferença situa-se no tipo de racionalidade preponderante atribuída ao instituto, com profundos reflexos no estabelecimento de sua natureza.

Conforme assinalado, o modelo teórico sofre o influxo de um artifício que estabelece uma interconexão causal entre instrumento de controle da Administração Pública e instrumento de defesa dos direitos do cidadão. Ainda que a doutrina, na análise da instituição, reproduza esse artifício, as reflexões aqui elaboradas procuraram deixar extrema de dúvida a

⁵⁸ GUILLÉN aponta como exemplo os itens dos relatórios elaborados pelo *ombudsman* finlandês nos anos de 1977, 1978, 1980 e 1981, assim descritos: “I – Estadísticas; II – Generalidades; III – Actividad inspectora; IV – Ejemplos de quejas formuladas y sobre las cuales se adoptaran medidas; 4.1 Propuestas referentes a legislación, tribunales y administración; 4.2 Reapertura de procesos ante los tribunales o corrección de decisiones administrativas; 4.3 Casos contra funcionarios; 4.4 Procedimientos disciplinarios contra funcionarios; 4.5 Casos en los que se enviaron recordatorios a funcionarios o se expresó otro tipo de críticas; 4.6 Otros casos en los cuales se interesó el Ombudsman” (GUILLÉN, *El ombudsman parlamentario de Finlândia*, ob. cit. p. 26)

⁵⁹ BEXELIUS, ob. cit. p.58.

natureza de instrumento de controle do *ombudsman* sueco e finlandês.

BEXELIUS, não obstante nesse particular acompanhar a doutrina, acaba por apresentar um dado empírico que demonstra, de maneira grandiloquente, a hipótese aqui defendida: “*en los primeros 100 años de la existencia de la oficina solo recibió unas 70 quejas al año*”⁶⁰. Ainda que este dado empírico não fosse suficiente, a atribuição ao instituto de uma natureza de instrumento de defesa dos cidadãos, como visto, não teria qualquer adequação significativa à ambiência política e, desse modo, apresentaria poucas possibilidades de manutenção e funcionamento.

O quadro sinóptico a seguir exposto, ademais, demonstra que a posição aqui defendida ostenta perfeita adequação ao que se poderia chamar de características internas do instituto do *ombudsman*:

1. **função teleológica ou manifesta**: controle da legalidade dos atos praticados por servidores públicos do Poder Executivo e Judiciário;
2. **funções latentes ou mecânicas**: defesa dos direitos do cidadão em face de atos ilegais praticados no âmbito do Poder Executivo ou do Judiciário;
3. **tipo de racionalidade**: preponderantemente formal;
4. **princípios jurídicos básicos (estruturais)**: legalidade, interesse público, publicidade;
5. **natureza**: instrumento de controle interorgânico;
6. **previsão jurídica**: constitucional e infra-constitucional (esta, mediante Instruções baixadas pelo Parlamento);
7. **bem jurídico tutelado**: legalidade administrativa e judicial;
8. **localização institucional**: Poder Legislativo;
9. **nível hierárquico**: superior, semelhante ao de Ministro da Justiça;
10. **forma de seleção**: eleição pelo Parlamento. No caso da Suécia, por intermédio de uma Comissão de 48 membros, metade de cada uma das Câmaras do Poder Legislativo;
11. **requisitos do cargo**: especialmente notório saber jurídico;
12. **garantias do cargo**: mandato certo e demais garantias estabelecidas para os membros do Parlamento;
13. **poderes**: disciplinares e investigatórios;
14. **nível de autonomia**: amplo, alcançando independência funcional, política,

⁶⁰ *Idem.* p. 62.

- administrativa e financeira, inclusive em relação ao Poder Legislativo;
15. **competência objetiva:** especialmente atos administrativos vinculados da Administração Pública, do Poder Judiciário e de particulares no exercício de funções públicas e atos normativos (legislativos e administrativos);
 16. **competência em razão das pessoas:** agentes públicos, com exclusão dos agentes políticos dos Poderes do Estado;
 17. **instrumentos de atuação:** recomendações, sugestões, sanções, participação nas sessões do Parlamento e legitimidade ativa para propositura de ações judiciais e administrativas;
 18. **modo de acesso do cidadão:** universal, direto, informal e gratuito.

1.3 Considerações Finais

Como se pode notar, os elementos descritos no item anterior identificam o instituto do *ombudsman* como “guardião da legalidade”. Ainda que algumas dessas características permaneçam ao longo da história, elas tomam outro sentido pela força conformadora da nova natureza assumida pelo instituto: órgão de defesa e proteção de direitos. As transformações ocorridas no *ombudsman* da Suécia e Finlândia reafirmam esse entendimento.

Em 1915, após a reforma de sua organização militar, a Suécia instituiu o *militieombudsman* (MO) para controlar, exclusivamente, a administração militar, antes subtraída do controle do Parlamento. Essa duplicação do instituto, entretanto, não foi suficiente para responder às exigências de uma administração multifacetária como a sueca. A nova reforma da década de sessenta, acabou por aprovar a unificação dos dois órgãos, com uma função repartida entre quatro *ombudsmen*, com o mesmo *status* e sob a mesma denominação. A cada um dos *justitieombudsmannen* couberam diferentes esferas de atribuições, lapidarmente resumidas por Carlos R. CONSTENLA⁶¹. Ao primeiro, reservou-se a direção administrativa, “*cuestiones vinculadas a la libertad de prensa y en general los reclamos por la libertad del opinión y de reunión*”⁶², além da competência residual em relação aos demais

⁶¹ CONSTENLA, Carlos R. *Teoría y Práctica del Defensor del Pueblo*. Argentina: Ed. Zavallia; Colômbia: Ed. Temis; México: Ed. UBIJUS; Espanha: Ed. Reus S.A., 2010. p. 211 e segts.

⁶² Idem, *ibidem*.

ombudsmen. Ao segundo, coube “*el control de la justicia y de las prisiones, como así también de la represión policial*”⁶³. Ao terceiro, deterinou-se a supervisão das Forças Armadas e, ainda segundo CONSTENLA, “*temas de la salud, de las comunicaciones, de la cultura y de la educación [...] de la ciudadanía y extranjería y el cuidado del medio ambiente y el desarrollo urbano*”⁶⁴. O âmbito competencial do quarto envolveu “*assuntos relativos a impuestos, bienestar y seguridad social y la protección de sectores vulnerables (niños, ancianos, personas con discapacidad), [...] desempleo y condiciones de trabajo*”⁶⁵.

Reforçando a natureza de instituição voltada antes para a defesa ou proteção dos cidadãos do que para o controle da Administração Pública, o mesmo autor nos informa a existência de outros ombudsmen, ainda que não reünam integralmente o perfil da instituição: “*a) el Ombudsman del consumidor (Konsumentombudsmannen), b) el Ombudsman para la igualdad de oportunidades (jamstalldhestombudsmannen), c) el Ombudsman contra la discriminación étnica (Ombudsmannen mot etnisk diskriminerin), y d) el Ombudsman de los niños (barnombudsmannen)*”⁶⁶.

As reformas suecas não influenciaram imediatamente a Finlândia, que manteve, até recentemente, um único *ombudsman* para as atividades administrativas, militares e as ações de ordem administrativa do Poder Judiciário. Segundo CONSTENLA, “*una reforma del año de 1933, con la ampliación de su mandato a tres años, diferenció más precisamente las funciones entre el ombudsman y el canciller de justicia [...] El Ombudsman se ocupa preferentemente de salvaguardar los derechos de las personas frente a actos u omisiones del Estado...*”⁶⁷. Esse também é o entendimento de Joachim STERN ao afirmar que o “entendimento finlandês de legalidade também inclui aspectos de equidade”⁶⁸ e que “na performance de seus deveres o *ombudsman* monitora a implementação dos direitos e liberdades básicas e dos

⁶³ Idem, ibidem.

⁶⁴ Idem, p. 212.

⁶⁵ Idem, ibidem.

⁶⁶ Idem, ibidem.

⁶⁷ Idem, p. 214.

⁶⁸ Tradução livre. “... the Finnish understanding of legality also includes aspects of equity”. STERN, Joachim. Apud KUCSKO-STANDLIMAYER, Gabriele (ed.). European Ombudsman-Institutions: a comparative legal analysis regarding the multifaceted realisation of an idea. Austria: SpringerWienNewYork, 2008. p. 182.

direitos humanos”⁶⁹.

As repercussões de tais reformas não alcançam apenas a transformação da natureza do instituto (de instituição de controle para instituição de defesa de direitos). Essas transformações refletem em um conjunto de características estruturais do instituto como o tipo de racionalidade (antes formal agora preponderantemente material), os princípios jurídicos que informam a instituição (da predominância dos princípios da legalidade, interesse público e publicidade, para a dos princípios da moralidade, justiça, legitimidade, boa administração e informalidade), o bem jurídico prioritariamente tutelado (da legalidade administrativa e judicial, para os direitos e legítimos interesses dos cidadãos e de agrupamentos sociais), os requisitos do cargo (de conhecimento jurídico, para reconhecida legitimidade junto à sociedade civil), os poderes (antes investigatórios e disciplinares, incluindo legitimidade ativa para propositura de ação, agora poderes exclusivamente investigatórios com limitada legitimidade ativa), a competência objetiva (de controle de atos administrativos vinculados, para envolver também atos praticados no âmbito da esfera discricionária da Administração), entre outras.

Obviamente essas transformações sinalizam a presença de outro modelo típico-ideal de instituição. A emergência desse novo modelo parece ter ocorrido na Noruega, com a Lei de 22 de junho de 1962. O art. 3º desse diploma não deixa dúvida ao estabelecer que *“la misión del Ombudsman, como persona de confianza del Parlamento, según lo que queda establecido en esta Ley y en sus instrucciones, es la de intentar garantizar que no se cometa ninguna injusticia por la Administración Pública contra el ciudadano individual”*. De “guardião da legalidade” o *ombudsman* passa, assim, a ser reconhecido como “defensor de direitos”⁷⁰.

Como dito na introdução deste capítulo, distintas

⁶⁹ Tradução livre. Tradução livre. *“In the performance of his or her duties, the Ombudsman monitors the implementation of basic rights and liberties and human rights”*. Idem, ibidem.

⁷⁰ Nos dias atuais essa condição tem sofrido a pressão das modificações decorrentes da implementação de políticas neoliberais e do que se convencionou denominar de gerencialismo administrativo. A partir da crescente fragilização das estruturas do Estado de Bem-Estar Social, parece ser possível delinear a insurgência de um novo modelo institucional com distinta natureza. As primeiras indicações desse que seria um terceiro modelo partem da crescente adoção de uma racionalidade de tipo instrumental, de um retorno do instituto à condição de agente de controle (agora centrado sobretudo no controle *ex post* e de resultado) e da adoção de novos princípios jurídicos como o da eficiência e o da adequação do serviço à satisfação do usuário.

identidades institucionais sob o manto de um mesmo arcabouço conceitual. Variações espaço-temporais que situam o “guardião da legalidade” em um passado longínquo, mas não distante suficiente para encobrir a radical aderência da instituição do *ombudsman* às aquisições evolutivas do direito e, em especial, à democracia. Que essa aderente radicalidade, instituída na Suécia dos albores do século XIX, continue, tal como as grandes estrelas já extintas, a iluminar nosso universo institucional.