

3 OMBUDSMAN E OUVIDORIAS PÚBLICAS: FASES HISTÓRICAS¹⁴⁴

3.1 Introdução

O objeto deste artigo centra-se na indicação dos diversos modelos que as ouvidorias e o *ombudsman* acabaram apresentando ao longo do tempo.

O recorte, neste particular, ateve-se aos seguintes aspectos: (1) natureza; (2) previsão jurídica; (3) bem jurídico tutelado; (4) racionalidade preponderante; (5) localização institucional; (6) nível hierárquico na estrutura administrativa; (7) forma de seleção; (8) autonomia; (9) competência; (10) poderes e instrumentos de atuação; (11) garantias; (12) requisitos do cargo de titular; e (13) tipo de acesso do cidadão que recorre aos seus serviços.

Em face de fenômenos com tal nível de diferenciação, geralmente o estudioso se coloca frente a duas alternativas: distender a amplitude do conceito, correndo o risco da indeterminação; ou introduzir disjuntivas através de uma operação taxiológica que encerra a possibilidade de, pela especialização conceitual, comprometer a inteligibilidade de um fenômeno complexo em sua dimensão diacrônica ou sincrônica.

Antes de optar pelo enfrentamento de tais riscos, parece ser possível operar uma redução de diferenciação, a partir de uma operação que demarque as transformações sofridas pelo próprio instituto ao longo do tempo, as quais acabaram por afetar substancialmente sua natureza com o conjunto de consectários acima apontados¹⁴⁵.

Desde logo cabe um alerta: o objetivo na elaboração deste capítulo não foi o de apresentar um estudo comparado entre as diferentes formas que o instituto do *ombudsman* e das ouvidorias públicas assumiu ao longo dos marcos temporais aqui apontados. O que se pretendeu

¹⁴⁴ Este capítulo é parte de artigo publicado no livro *Ouvidoria na Esfera Pública Brasileira*, organizado por Rubens Pinto Lyra, editado em 2000 pelas Editoras da Universidade Federal da Paraíba e da Universidade Federal do Paraná.

¹⁴⁵ A atenção – aparentemente desmesurada – destinada à evolução histórica, estava voltada precisamente para esse objetivo.

foi, tão-somente, demonstrar a impossibilidade de se constituir, como tradicionalmente vem fazendo a doutrina, um conceito único quer para o *ombudsman* quer para as ouvidorias públicas brasileiras.

Se esta abertura conceitual, em face da temporalidade e espacialidade em que se situam esses institutos, mostrar-se factível ao término destes apontamentos, o objetivo terá sido alcançado. Na hipótese, sempre remota, de se partilhar das anotações contidas ao final, o objetivo também terá sido alcançado – mas, desta feita, com a cumplicidade daqueles que partilham de uma mesma viagem.

À guisa de considerações finais, esboçou-se um passeio pelas desconhecidas paragens das idéias, onde não se mira a paisagem pelas janelas, mas através de nossas esperanças.

3.2 *Ombudsman*: noção e características do instituto

A revisão bibliográfica sobre o tema – sempre necessária na análise de institutos jurídicos – indica a presença de sólidos consensos doutrinários fixados especialmente em torno da institucionalização do *ombudsman* nos países europeus no período compreendido entre as décadas de cinquenta e oitenta¹⁴⁶.

Mais além das vantagens da operacionalização de consensos, há sempre a presença de riscos sobre a constituição de um modelo teórico único e estático, que se distancie da realidade empírica por força dos deslocamentos temporais e espaciais.

¹⁴⁶ Entre outros, citem-se as posições de: a) ARADILLAS, Antonio. Todo sobre el defensor del pueblo. Barcelona: Plaza & Janes Editores, 1985, 320p.; b) AMARAL FILHO, Marcos Jordão Teixeira do. O *ombudsman* e o controle da Administração. Dissertação de Mestrado. Orientação: Profª Dra. Odete Medauer. São Paulo: Dep. de Direito do Estado/Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1988, 320p. c) BAUZÁ, Rolando Pantoja. El *ombudsman*. Un aporte al control de la administración del Estado. s/l: s/ed., s/d, 24p; d) ESTRADA, Alexei Julio. El *ombudsman* en Colombia y en México. Una perspectiva comparada. Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica, nº 7. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1994, 89p.; e) FAIRÉN-GUILLÉN, Víctor. El *ombudsman* parlamentario de Finlandia. Madrid: Embajada de Finlandia en Madrid/Espasa-Calpe, 1984, 47p.; f) MAIORANO, Jorge Luis. El *ombudsman*. Defensor del pueblo y de las instituciones republicanas. Buenos Aires: Ediciones Macchi, 1986, 446p.; g) PADILLA, Miguel M. *Ombudsman* Forum. Foro del *ombudsman*. Buenos Aires: International Bar Association, s/d, 33p.; h) ROWAT, Donald. El *ombudsman*. México: Fondo de Cultura Económica, 1973, 462p.

Não obstante, o objetivo deste item introdutório é precisamente demarcar os termos desse arcabouço teórico conceitual cristalizado na doutrina, como referente operacional para a análise da presença de outros modelos, entre os quais os das ouvidorias públicas brasileiras.

Em 1986, foi apresentado e aprovado no V Congresso Brasileiro de Direito Administrativo uma definição do instituto que se tornou recorrente na doutrina brasileira: “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 condição, voltado para a defesa dos direitos fundamentais do cidadão”¹⁴⁷.

Nesse sentido, possui duas características na forma de atuação: a facilidade de acesso da população aos seus escritórios e a utilização de formas não-convencionais no desempenho de suas competências.

A unipessoalidade do órgão permite que a instituição alcance maior unidade e coerência, ao mesmo tempo que transfere para seu titular autoridade e prestígio, conferindo-lhe singular importância e força moral que caracteriza suas intervenções junto ao poder público. Apesar de o *ombudsman* pôr em evidência o mau uso do poder administrativo, não pode substituir, com sua ação, a da Administração Pública, ou do órgão objeto de controle. Por não ter competência para reformar, anular ou alterar os atos – objeto de sua investigação – e por não ter poderes punitivos, sua atuação já foi qualificada como sendo uma “magistratura de persuasão”.

Daí serem necessários elevados atributos pessoais como notável saber, ilibada reputação, reconhecida solvência moral, espírito público, reconhecido senso de justiça e de equidade. Com exceção do saber jurídico, todas as legislações que consagram a instituição não se furtaram em estabelecer esses requisitos. É o caso da *Regeringsform* sueca (§ 96), da Constituição finlandesa (art. 49), da Lei nº 81/77 de Portugal (art. 4º) e da Lei Orgânica nº 3 da Espanha (art. 3º, § 2º), para citar apenas alguns exemplos.

¹⁴⁷ 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: Ed. Revista dos Tribunais, n. 83, p. 250-259, jul./set. de 1987, p. 253.

A natureza preponderantemente não contenciosa do órgão alcançou todas as nações que introduziram a instituição, não escapando à regra nem mesmo a França, que reserva ao Conselho de Estado o ofício da justiça administrativa. Isso não é invalidado pelas peculiares características assumidas por alguns *ombudsmen* que, como o sueco e o finlandês, têm poderes para acusar perante tribunais, conferindo caráter também contencioso ao instituto.

A autonomia funcional do *ombudsman* é um requisito imprescindível e, para que sua atuação seja eficaz, ele não poderá estar sob a influência de autoridades ou sujeito a mandato imperativo de qualquer espécie. Deverá, ainda, ter garantias de inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos e mandato determinado¹⁴⁸.

A vinculação formal do instituto ao Poder Legislativo tem sido motivo para acaloradas discussões doutrinárias. O núcleo central da polêmica está, de um lado, subordinando-se ao Legislativo, na possibilidade de sua sujeição a manobras político-partidárias e, de outro, vinculando-se ao Executivo, no comprometimento de sua independência quando advoga os interesses do cidadão por atos lesivos praticados por este poder. Por essa razão a maioria das legislações vinculou a instituição ao Poder Legislativo, com seguras garantias de autonomia no desempenho de suas funções, entre as quais se pode citar a fixação de mandato certo, a previsão legal dos casos de cassação, a proibição de o titular exercer qualquer atividade política, entre outras. Na prática, o que tem-se notado é o *ombudsman* gozando de ampla autonomia em relação ao Legislativo, o qual tem-se limitado a estabelecer os princípios e as diretrizes gerais, nunca porém disposições perceptivas referentes a casos concretos.

¹⁴⁸ Nesse sentido, o Primeiro Simposio Latinoamericano del *Ombudsman*, realizado em 1985, em Buenos Aires, estabelecia: *“La comisión aconseja que, cualquiera sea el sistema de elección, el Ombudsman necesariamente debe gozar de la más amplia independencia funcional y política. En este sentido, entre otras notas caracterizantes, ha de contar con la plena disponibilidad de los medios materiales y jurídicos adecuados para su desempeño; el acceso total e irrestricto a las fuentes de investigación que estime pertinentes; la autonomía presupuestaria la designación de su personal y colaboradores y la necesaria capacidad de acción. La inmovilidad durante um período considerable es outra de las garantías imprescindibles de la institución, sin perjuicio de su responsabilidad por las funciones que cumple”*. É ilustrativa, a propósito, a leitura das Leis n^{os} 81/77 e 10/78 de Portugal.

Nos extremos desse debate cabe mencionar as posições francesa e inglesa – esta submetendo a atuação do *ombudsman* à iniciativa de um membro do Parlamento; aquela determinando que a nomeação do *Médiateur* seja feita, de modo discricionário, pelo Conselho de Ministros. Nos demais países, de modo geral, a vinculação em relação ao Parlamento se expressa na apresentação de relatórios de atividades e na possibilidade de destituição.

Dessa forma e frente aos meios tradicionais de controle da administração, o *ombudsman* surge como um importantíssimo sistema interorgânico de defesa dos direitos individuais e coletivos ameaçados pelo Estado. A fiscalização exercida pelo *ombudsman* recai, em regra, sobre todos os órgãos e agentes da administração direta e indireta. Algumas legislações, todavia, excluem de seu domínio as Forças Armadas, o Poder Judiciário ou, como é o caso da Costa Rica¹⁴⁹, a Justiça Eleitoral. O exercício desse controle tem, em muitos casos, extrapolado a seara da legalidade dos atos administrativos. Atingindo o campo denominado pela doutrina francesa de “*má administração*”¹⁵⁰, sua atuação tem alcançado os atos injustos (parciais, discriminatórios, ferindo os princípios de equidade, de prevalência do interesse público etc.), concluídos pela administração em prejuízo dos administrados.

O Instituto Internacional de *Ombudsman* se pronunciou, nesse sentido, afirmando que os papéis fundamentais da instituição são “*proteger al pueblo de las violaciones de los derechos, abusos del poder, error, negligencia, decisión injusta y maladministración a fin de mejorar la administración pública y hacer que las acciones del gobierno sean más abiertas y que el gobierno y los funcionarios sean más transparentes para con los miembros del público*”¹⁵¹.

¹⁴⁹ Art. 1º da Ley del Defensor de los Habitantes.

¹⁵⁰ O *ombudsman* da União Européia, criado pelo Tratado de Maastricht, em 1992, definiu a expressão nos seguintes termos: “*Má administração significa administração insuficiente ou deficiente. É o que ocorre quando uma instituição não faz o que deveria fazer, ou faz mal ou faz algo que não deveria fazer. Mencionamos a título de exemplo: irregularidades administrativas, injustiça, discriminação, abuso de poder, ausência ou recusa de informação, atrasos indevidos*” (in: www.euro-ombudsman.eu.int/, disponível em 11 jan. 1999).

¹⁵¹ International *Ombudsman* Institute, www.law.ualberta.ca/centres/ioi/, p. 1.

Nesse caso estão incluídas as decisões praticadas na esfera da discricionariedade administrativa. Ao que parece, apenas a Finlândia excluiu do controle do *ombudsman* os atos dessa natureza¹⁵².

É importante registrar que a instituição do *ombudsman* é uma clara reafirmação do pronunciamento 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 interesse legítimos do cidadão”¹⁵³. Mais que isso, a história tem demonstrado que uma das características básicas da instituição é sua postura de guardiã dos direitos dos cidadãos frente à Administração Pública.

Nesse sentido, é significativa a denominação dada ao instituto em países de língua espanhola: *Defensor del Pueblo* e *Defensor de los Habitantes*. É absolutamente indissociável da figura do *ombudsman* sua proteção aos cidadãos frente ao poder do Estado, fato explícito em todas as legislações de países que contam com esse instituto. Na maioria deles, saliente-se, não é exigido qualquer requisito para o cidadão apresentar-se ao titular do cargo, podendo fazê-lo sem qualquer formalidade. Pode, ainda, ser nacional ou estrangeiro, no gozo ou não de seus direitos civis e políticos. Constituem exceção a essa regra a França e a Inglaterra, as quais interpõem o Parlamento entre o *ombudsman* e o cidadão, e alguns outros países que, como a Noruega, estabelecem que apenas ao titular do interesse cabe formular as reclamações.

Com relação à forma de apresentação das queixas, denúncias e reclamações, todas as legislações abstiveram-se do formalismo exigido no contencioso; em alguns casos, permitiram inclusive a forma oral e a não-exaustão dos trâmites administrativos. O anonimato é postergado em todas as legislações, embora o *ombudsman* possa exercer suas atribuições de

¹⁵² É válido o ensinamento que o Prof. Fernando Alves CORREIA faz aos administrativistas: “O controle do Ombudsman sobre a Administração Pública é um controle tipo novo, distinto dos tradicionais meios de controle. Trata-se de uma nova garantia de proteção do cidadão contra a Administração, que deve coexistir com os tradicionais meios de garantia particulares. O ombudsman não veio substituir, nem rivalizar com os meios contenciosos, administrativos e políticos de proteção do administrado, mas apenas procurar suprir as deficiências destes” (CORREIA, Fernando Alves. *Do ombudsman ao Provedor de Justiça*. Separata do Boletim da Faculdade de Coimbra. Coimbra: Faculdade de Direito de Coimbra, 1979, p. 86).

¹⁵³ LEGRAND, André. *L'ombudsman* scandinave. Paris: s/ed., 1970, p. 2.

ofício, o que faz com que as denúncias anônimas, quando de real interesse, sejam apreciadas pelos membros do órgão.

Cabe mencionar ainda o *modus operandi* que tem marcado a atuação do instituto. Nos mais diferentes países, o exercício de seu ofício tem sido expedito e informal e com critérios inovadores de economia processual. Não seria exagero afirmar que em alguns países o *ombudsman* tem sido apresentado como o grande baluarte da luta contra a “*lentocracia*” e a tirania burocrática que se abate sobre a sociedade contemporânea.

Isso posto, a facilidade de acesso e a celeridade são elementos que, ao mesmo tempo em que humanizam a relação administração-administrado, oxigenam a máquina administrativa, democratizando o exercício dos direitos do cidadão que, pelos meios tradicionais, nem sempre deixam a letra da lei pousar sobre a realidade.

Esse modelo, como se disse, resultado de um sólido consenso doutrinário, pode ser assim resumido:

MODELO DOUTRINÁRIO

| ELEMENTOS DE CARACTERIZAÇÃO | CARACTERÍSTICAS |
|-----------------------------|--|
| Natureza | Instrumento de Defesa e Controle |
| Previsão Jurídica | Constitucional |
| Bem Jurídico Tutelado | Direitos e legítimos interesses dos cidadãos |
| Racionalidade Preponderante | Material e Formal |
| Localização Institucional | Poder Legislativo |
| Nível Hierárquico | Superior |
| Forma de Seleção | Eleição pelo Parlamento |
| Autonomia | Funcional, política, administrativa e financeira |
| Competência | Administração Pública e, em alguns casos, Forças Armadas e Poder Judiciário |
| Poderes | Investigação e recomendações |
| Garantias | Mandato |
| Instrumentos de Atuação | Recomendações |
| Requisitos do Cargo | Notório saber jurídico, reputação ilibada, espírito público, ausência de vinculação partidária |

| | |
|-------------------|-----------------------------|
| Acesso do Cidadão | Direto, informal e gratuito |
|-------------------|-----------------------------|

Se de um lado, esse breve esboço histórico revela a expansão irrefreável do instituto, de outro revela um nível de diferenciação empírica e normativa incapaz de ser albergada no modelo teórico inicialmente estabelecido. Tais diferenciações se manifestam, em especial, em relação às treze variáveis já explicitadas nesta análise.

Assim, ainda que não se possa preconizar a presença de uma evolução no sentido de aprimoramento gradativo, é possível afirmar que o instituto do *ombudsman* passou por duas fases distintas, a seguir indicadas¹⁵⁴.

3.3 *Ombudsman* como instrumento de controle (1809-1953)

Nesse período que se inicia com a previsão do *Justitieombudsman* (JO) na Constituição sueca de 1809 e termina com a implantação do *Olkeusasiamies* na Constituição republicana da Finlândia, a natureza do instituto é a de um instrumento constitucional de controle da Administração Pública, das Forças Armadas e do Poder Judiciário¹⁵⁵.

Inspiradas em MONTESQUIEU – para quem o fundamental era que “o poder freie o poder”¹⁵⁶ –, ambas as cartas deferiam ao instituto a condição de instrumento interorgânico de controle da legalidade. Assim, sua localização institucional é o Parlamento, onde atua como órgão subordinado e especializado, com autonomia deferida: “*siguiendo las*

¹⁵⁴ Trata-se, tão-somente, de uma opção metodológica voltada para a identificação de processos de adequação significativa do instituto especialmente aos sistemas político, jurídico e econômico no qual se encontra inserido.

¹⁵⁵ Estão expressamente excluídos de sua competência: os membros do parlamento; os funcionários administrativos do parlamento; da justiça eleitoral; do Banco da Suécia; do Departamento da Dívida Nacional; os Ministros de Estado; o Fiscal Geral; os membros dos Conselhos Municipais; e os outros *ombudsmen* (no último caso, em face da instrução de 27 de novembro de 1975, em seu art. 2º).

¹⁵⁶ MONTESQUIEU. Do Espírito das leis. 1ª ed. S/indicação de tradução. Coleção “Os pensadores”, v. XXI. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 156.

*instrucciones que el propio Parlamento le da, dándole cuenta de su actuación, por medio de sus informes y siendo reponsable ante él*¹⁵⁷.

Saliente-se que as instruções do Parlamento, em verdade, constituem-se em regulamentos de atuação e não de diretivas para casos concretos para os 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 – em sus informes anuales al ‘Riksdag’ – de que aquél haya actuado sujeto a otras influencias*”¹⁵⁸.

Sua atuação é informada por uma racionalidade de tipo formal e, assim, substancialmente, voltada para o controle da legalidade. *“El ombudsman sólo depende de la Ley”* é a mais famosa frase formulada pelo primeiro *Ombudsman* sueco, MANNERHEIM¹⁵⁹. Nos termos da Constituição sueca de 1809, as funções do *ombudsman* era 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)¹⁶⁰. No mesmo sentido dispõe o art. 49 da Constituição da Finlândia: “defender as leis no funcionamento dos Tribunais e de outras autoridades”.

O bem jurídico tutelado é primordialmente a legalidade nos atos e procedimentos dos agentes públicos e, apenas reflexamente, a defesa das liberdades individuais, consignadas pelo liberalismo clássico.

¹⁵⁷ GUILLÉN, Víctor Fairén. El defensor del pueblo: *ombudsman*. Tomo I. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1982, p. 166.

¹⁵⁸ GUILLÉN, ob. cit., p. 168. 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 Parlamentari decide por sí mismo los problemas que investigará y las acciones que seguirá, sin recibir las instrucciones acerca de los casos de deba ocupar-se”* (MAIORANO, Jorge L. *El ombudsman: defensor del pueblo y de las instituciones republicanas*. Buenos Aires: Ediciones Macchi, 1987, p. 38).

¹⁵⁹ BEXELIUS, Alfred. *El ombudsman de asuntos civiles*. In: ROWAT, Donald. *El ombudsman*. México: Fondo de Cultura Económica, 1973, p. 59.

¹⁶⁰ MONTESQUIEU, diria que *“a liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem”* (ob. cit., p. 155).

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 ao 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 ha sido vulnerados en los procedimientos de Administración público. Nótese que esta obligación del ombudsman aparece en segundo lugar (tras la protección o supervisión de la Administración para comprobar la observância de las leyes), y en un 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’”¹⁶¹.

Eleito pelo Parlamento, nesta fase o *ombudsman* tem poderes, prerrogativas e garantias similares aos de seus pares, impondo como requisito do cargo conhecimentos jurídicos que o habilitem para o exercício do controle de legalidade (em geral magistrados). Detentor de mandato de imperativo, sua destituição depende de condições objetivas, aferidas pelo Parlamento, em processo que se lhe assegure ampla defesa.

Nesse período, o modelo predominante de atuação ocorre através de inspeções e investigações, mediante provocação ou de 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 Ministro, 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

¹⁶¹ GUILLÉN, ob. cit., p. 268.

Acusação (ou Alta Corte) estabelecido pelas normas que tem caráter de Lei Fundamental.

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

Ao *ombudsman* finlandês, são consignados os mesmos direitos para propositura de ação estabelecidos para o Chanceler da Justiça. 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 procedimentos administrativos disciplinares e, recentemente para impor sanção (Instrução 21).

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

As recomendações (opiniões não vinculativas para a Administração), por outro lado, limitam-se às decisões tomadas no âmbito da discricionariedade.

Ainda como instrumento de atuação, convém mencionar as sugestões de ordem legislativa, bastante comuns nesse período, formuladas ao próprio Parlamento ou mesmo ao Executivo, quando se tratar de sua competência legislativa.

O quadro abaixo demonstra, resumidamente, as características principais do instituto, nesse período:

OMBUDSMAN (1809-1919)

| ELEMENTOS DE CARACTERIZAÇÃO | CARACTERÍSTICAS |
|------------------------------------|---------------------------------------|
| Natureza | Instrumento de controle interorgânico |
| Previsão Jurídica | Constitucional |
| Bem Jurídico Tutelado | Legalidade |
| Racionalidade Preponderante | Formal |
| Localização Institucional | Poder Legislativo |
| Nível Hierárquico | Superior |
| Forma de Seleção | Eleição pelo parlamento |

| | |
|-----------------------------------|---|
| Autonomia | Funcional, política, administrativa e financeira |
| Competência | Administração Pública, Forças Armadas e Poder Judiciário |
| Poderes e Instrumentos de Atuação | Investigação, legitimidade ativa em ações penais e de constitucionalidade, recomendações e sugestões legislativas |
| Garantias | Mandato |
| Requisitos do Cargo | Notório saber jurídico, reputação ilibada, espírito público, ausência de vinculação partidária |
| Acesso do Cidadão | Direto, informal e gratuito |

3.4 *Ombudsman* como instrumento de defesa do cidadão (1953 a 1990)

A segunda fase tem seu marco inicial na primeira manifestação constitucional de um Estado de Bem-Estar Social que acabou contemplando o instituto do *ombudsman*, neste caso, a Constituição dinamarquesa de 1953, que criou um *ombudsman* para assuntos civis e outro para assuntos militares.

O termo final desse período coincide com a expansão do gerencialismo inglês, no início dos anos 80. Entretanto, a carência de dados atualizados sobre o impacto dessas políticas no universo das atribuições infraconstitucionais do instituto, impede que se analise a fase subsequente nos demais países¹⁶². A única indicação referente à terceira fase terá como referência o impacto das políticas neoliberais no Brasil, o que certamente não é

¹⁶² A ampla repercussão do modelo inglês, nos demais países europeus, tornou-o um inolvidável referente teórico para a análise das reformas que se seguiram às da Inglaterra. Nesse sentido a experiência inglesa na institucionalização dos *Escrutinios de Rayner* (1979-1982), da *Financial Management Initiative* (1982 – final dos anos oitenta) e do *Citizen's Charter*, demonstra claramente o impacto desses programas no âmbito da competência dos *ombudsmen*. Como exemplo, veja-se os seis princípios norteadores no programa *Citizen's Charter*: "a) divulgação dos padrões esperados pelos serviços e sua performance em relação a eles; b) informação acurada, publicada em linguagem acessível, sobre a administração dos serviços, seu desempenho e a definição das responsabilidades; c) consulta sistemática ao usuário sobre os serviços, suas opiniões devem ser levadas em consideração na tomada de decisões; d) funcionários públicos têm o dever de serem corteses no tratamento do usuário, sem distinções de nenhuma espécie; e) se algum erro é identificado, deve haver uma explicação e um meio efetivo de corrigi-lo. Os usuários devem ter acesso fácil aos locais de reclamação; f) processamento eficiente e econômico dos serviços, dentro dos recursos que a nação dispõe. Deve haver uma validação independente da performance em relação a esse item" (MACEDO, Ernane M. & ALVES, Andrea M. Reforma administrativa: o caso do Reino Unido. Revista do Serviço Público, Brasília, ENAP, v. 3, p. 63-79, set./dez. 1997, p. 69.

suficiente para estabelecer um modelo geral, aplicável aos outros países, especialmente os europeus.

À medida que o paradigma de um Estado Liberal – por força das distorções sócio-econômicas imanentes à crença ilimitada no individualismo e no mercado concorrencial – deu lugar, já no primeiro quartel deste século, ao paradigma de um Estado de Bem-Estar, foi aumentando o poder e a extensão do Estado no universo social. Assim, a análise ainda que superficial do *Welfare State* retrata uma progressiva complexidade e multiplicação dos tentáculos do Estado em todos os setores da vida pública, ou para usar apropriada expressão criada por HABERMAS, do “mundo da vida”.

Essas transformações, surgidas de uma prática cada vez mais intervencionista do Estado, também acabaram por afetar profundamente a relação entre este e a sociedade civil¹⁶³. A crescente demanda da sociedade civil e a conseqüente tentativa de atendê-las – para garantir a minimização dos efeitos decorrentes das contradições do sistema capitalista para manter o apoio legitimador – fizeram com que o Estado contemporâneo perdesse de vista toda a reserva em face do “*médium poder*”. Como afirmou recentemente o já citado filósofo alemão, “os instrumentos jurídicos administrativos de implementação do programa sócio-estatal não conforma um *médium passivo* [...] a esses instrumentos concatenou-se uma práxis de singularização de fatos, normatização e vigilância, cuja brutalidade reificante e subjetividade Foucault perquiriu nas capilaridades mais tênues da comunicação cotidiana”¹⁶⁴.

Além desse constante extravasamento do poder, a passagem para o *Welfare State* imprime uma progressiva complexidade estrutural na máquina administrativa que deve ser relacionada, de um lado, ao crescimento e à autonomização da classe burocrático-administrativa e, de outro, à vinculação do desenvolvimento econômico, à decisão

¹⁶³ Se as formulações teóricas que fundamentavam o Estado Liberal concebiam a sociedade como um objeto dado, os aportes teóricos já ao término do século XIX indicavam a indissociável relação existente entre as duas categorias.

¹⁶⁴ HABERMAS, Jürgen. A nova intransparência. A crise do Estado de Bem-Estar Social e o esgotamento das energias utópicas. Novos Estudos CEBRAP. São Paulo, CEBRAP, n. 18, p. 103-114, set. 1987, p. 109.

político-administrativa e à crescente dependência sindical das deliberações estatais.

Sem dúvida, esta passagem não só acentuou o desequilíbrio na relação sociedade civil/Estado e o estrangulamento dos canais institucionais nas quais tradicionalmente se estabeleciam os termos dessa relação mas, com isto, tornou evidente a obsolescência dos instrumentais jurídicos convencionais que norteiam a criação, normatização e funcionamento dos condutos através dos quais se realiza a comunicação entre sociedade civil e o Estado.

Além disso, a seletividade¹⁶⁵ político-administrativa operante nesses condutos cada vez mais sofisticados acaba por estabelecer um conjunto cada vez maior de exclusões temáticas referentes às demandas sociais. Os próprios partidos políticos, destinados a serem os grandes catalisadores dos impulsos sociais, passaram a mostrar importantes déficits de legitimação.

A descaracterização ideológica, a permanente exclusão e/ou distorção de importantes conteúdos da vontade popular, a descolagem dos partidos dos contextos sociais vitais e a desativação de quadros são alguns sintomas¹⁶⁶ que permitem prognosticar a iminente impotência dos partidos políticos para se constituírem como eixo fundamental da relação Estado/sociedade civil. A desinstrumentalização desta, advinda do colapso dos partidos no Estado contemporâneo, acaba por intimidar os impulsos sociais, tornando ainda mais inoperante esta via de acesso, da mencionada relação¹⁶⁷.

¹⁶⁵ OFFE denomina de seletividade “*regras de exclusão institucionalizadas*” ou “*não acontecimentos relevantes*”, que podem ter três naturezas: sócio-estruturais (as quais não derivam das qualidades das instituições políticas mas de “*características estruturais anteriores do sistema social e das premissas históricas ao qual está subordinado*”), acidentais (“*privilegiamento de uma alternativa legal, diante de outra que está ao mesmo tempo em debate*”) e sistêmicos (“*que se encontram nas áreas intermediárias entre o primeiro e o segundo tipo*”) (OFFE, Claus. Problemas estruturais do Estado capitalista. Tradução de Bárbara Freitag. Rio de Janeiro: Ed. Tempo Brasileiro, 1984, p. 148).

¹⁶⁶ Ver OFFE, Claus, ob. cit., p. 314 e segs.

¹⁶⁷ “*Através tão apenas da participação nos processos eleitorais a cidadania não se faz ouvir. Através tão apenas da renovação periódica dos mandatos dos governantes os cidadãos não exprimem totalmente sua vontade, até porque, entre outras razões, tendo em vista o desenvolvimento dos meios de comunicação, tornou-se muito possível conduzir a vontade do eleitor para rumos que nem sempre são mais próximos aos anseios da coletividade. Também não funcionam plenamente os instrumentos da democracia representativa consistente na*

Assim, a grande maioria dos impulsos surgidos do social e conduzidos à esfera estatal é acolhida no entrechoque de duas forças inconciliáveis: a necessidade de acumulação capitalista, de um lado, e a necessidade de legitimação, de outro¹⁶⁸. O desequilíbrio destas forças é favorável à acumulação na medida em que a classe capitalista comanda o elemento inercial do desenvolvimento. Como afirma OFFE, “o poder político da classe capitalista não reside naquilo que seus membros fazem politicamente, mas reside no que seus membros podem se recusar economicamente”¹⁶⁹. Assim, o controle pelo “não” exercido pela classe capitalista à legitimação acaba por dificultar, em última instância, a isonomia da relação Sociedade civil/Estado e, portanto, a própria relação.

Com a ampliação do custo de legitimação, somado à complexificação e crescimento da burocracia estatal significativamente envolvida em atividades produtivas, processa-se uma profunda transformação na racionalidade estatal, que passa a atuar, também, com uma racionalidade de tipo material. Assim, moralidade, equidade, economicidade e mesmo a legitimidade ganham acento no rol dos princípios cardiais do Direito Administrativo.

O âmbito e as estratégias de controle do aparelho do Estado são alterados e especializados, intensificando os controles de procedimento, com a abertura de metodologias extraorgânicas, inclusive com a legitimação de organizações da sociedade.

Adequado significativamente a essas transformações, o instituto do *ombudsman*, ainda com acento constitucional, passa a agregar uma natureza de instrumento de defesa do cidadão e – com exceção das experiências inspiradas no modelo anglo-saxônico –, de participação.

participação do indivíduo através da atuação dos partidos políticos. E por que não acontece isso? É porque a estrutura dos partidos políticos é complexa, ela torna a se fechar em torno de si própria, ela com o tempo cria obstáculos ao acesso do cidadão, acaba por se transformar em veículo oligárquico, e muito freqüentemente o partido político por isso mesmo deixa de ser um instrumento de pleno acesso à cidadania à construção de um sistema de participação” (FERRAZ, Sérgio. O papel da participação no sistema constitucional. Revista de Direito Público. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, n. 84, p. 157-161, out./dez 1987, p. 159.

¹⁶⁸ OFFE, C., ob. cit., p. 356 e segs.

¹⁶⁹ OFFE, *apud* CARNOY, Martin. Estado e teoria política. Equipe de tradução da PUCCAMP. Campinas: Ed. Papyrus, 1986, p. 175.

Nessa medida, a função colimada pelo instituto é a de ampliar o acesso do cidadão a um conjunto de novas estratégias, de natureza extra-orgânica de controle.

Conquanto na Dinamarca este acento não se dê na Constituição mas em Instruções Parlamentares posteriores, a Constituição da Noruega, já em 1962, consagra a natureza de defesa do instituto, só indicando suas funções de controle em legislações infraconstitucionais que lhe são subsequentes.

Israel, neste particular, constitui-se em bom exemplo: criado o Comissionado do Estado em 1949, registros crescentes de queixas privadas fizeram com que em 1971 essa função fosse recepcionada em lei.

Mas foi a Espanha que, em 1978, internalizou no altiplano da Constituição, de maneira clara e insofismável, o instituto como *Defensor del Pueblo*, deferindo-lhe, expressamente (art. 54) a competência de defender os direitos compreendidos no Título referente aos direitos fundamentais e, apenas como reflexo dessa missão, a supervisão da Administração:

“Art. 54 – Una ley orgánica regulará la institución del Defensor del Pueblo, como alto comisionado de las Cortes Generales, designado por éstas para la defensa de los derechos comprendidos en este título, a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración, dando cuenta a las Cortes Generales”.

A Constituição Portuguesa, por seu turno, adota o mesmo sentido consagrado com todas as letras no art. 1º da Lei nº 81/77, o qual estabelece as funções do Provedor de Justiça:

“El Provedor de Justicia es, en los términos de Constitución, un órgano público independiente, que tiene por función principal la defensa de los derechos, libertades, garantías e intereses legítimos de los ciudadanos, asegurando, a través de medios informales, la justicia y la legalidade de la Administración Pública”.

Assim, o bem jurídico tutelado deixa de ser preponderantemente a legalidade no desempenho das funções administrativas, para ser a defesa do cidadão em face do Estado e, em alguns casos,

instituindo-se *ombudsman* setorial, para a tutela de bens específicos como as relações de consumo, privacidade, igualdade de sexo¹⁷⁰ etc.

Tais alterações (natureza, racionalidade preponderante, função e bem jurídico tutelado), deslocam o âmbito de competência para além do controle da legalidade, alcançando a discricionariedade administrativa, como é o caso das atribuições do *Médiateur* em relação à “má administração” e ao que se convencionou chamar de “*détournement de pouvoir*”¹⁷¹. MAIORANO menciona em sua tese doutoral também a possibilidade de tutela de direitos emergentes, ainda não tutelados por lei: “*derechos que no tienen una acción esgrimible ante los tribunales*”¹⁷²; ou, como quer NEBENZA, “*actuación administrativa simplemente errónea*”¹⁷³.

As características assumidas pelo instituto do *ombudsman*, nesse período, podem ser assim resumidas:

OMBUDSMAN (1953 –1990)

| ELEMENTOS DE CARACTERIZAÇÃO | CARACTERÍSTICAS |
|------------------------------------|---|
| Natureza | Preponderantemente instrumento de defesa, participação e controle extra-orgânico |
| Previsão Jurídica | Constitucional |
| Bem Jurídico Tutelado | Direitos e legítimos interesses dos cidadãos |
| Racionalidade Preponderante | Material e Formal |
| Localização Institucional | Poder Legislativo |
| Nível Hierárquico | Superior |
| Forma de Seleção | Eleição pelo Parlamento |
| Autonomia | Funcional, política, administrativa e financeira |
| Competência | Administração Pública, Forças Armadas, Poder Judiciário e prestadores privados de serviços públicos |

¹⁷⁰ Nesse caso, criado pela própria Suécia em 1989, por força da Lei para Igualdade de Sexo nas Relações de Trabalho, que instituiu, além de uma Comissão para Igualdade de Sexo, um *ombudsman* (JämO).

¹⁷¹ Entendido como a utilização de uma autoridade investida para um propósito ilegal.

¹⁷² MAIORANO, ob. cit., p. 26.

¹⁷³ *Apud* GRADO, Carlos Giner. Los *ombudsmen* europeos. Barcelona: Tibidabo Ediciones, 1986, p. 118.

| | |
|-----------------------------------|--|
| Poderes e Instrumentos de Atuação | Investigação e recomendações |
| Garantias | Mandato |
| Requisitos do Cargo | Notório saber jurídico, reputação ilibada, espírito público, ausência de vinculação partidária |
| Acesso do Cidadão | Direto (com exceções, quando ocorre por intermédio do Parlamento), informal e gratuito |

3.5 Ouvidorias Públicas brasileiras: primeira fase

Salientando uma vez mais a inelutável distância entre o modelo doutrinário do instituto do *ombudsman* e o das Ouvidorias públicas instituídas no Brasil, há paralelos de inegável importância pedagógica. Assim, parece bastante ilustrativo o fato de as experiências brasileiras anteriores à reforma¹⁷⁴ serem, do ponto de vista de seus fundamentos e racionalidade, muito próximas ao último modelo implantado nos países europeus a partir da década de cinquenta.

Não resta dúvida que, tal como ocorreu na Europa, a racionalidade preponderante na atuação tanto das Ouvidorias quanto dos *ombudsmen* era material, presa aos valores da participação, justiça, transparência administrativa, e outros, característicos de processos de retomada da democracia. Nesse sentido, é inteiramente pertinente o paralelo entre as iniciativas brasileiras e as encetadas por Portugal e Espanha, com a implantação do Provedor de Justiça e do *Defensor del Pueblo*.

As diferenças mais relevantes dizem respeito a: (1) localização institucional; (2) função; (3) autonomia; (4) competência; (5) requisitos do cargo; e (6) modo de seleção.

A realidade tem demonstrado que a maioria das Ouvidorias públicas brasileiras, com as poucas exceções já indicadas¹⁷⁵, estão constituídas na forma de órgãos vinculados ao Poder Executivo, em diferentes

¹⁷⁴ Exsurgidas no bojo do processo de democratização iniciado na década de oitenta conjugadas às crises estruturais próprias no modelo de Estado adotado.

¹⁷⁵ Ver seção 11.

níveis hierárquicos. Em geral, o Ouvidor ocupa um cargo de livre nomeação do chefe do Poder ou de dirigente da entidade na qual se situa a Ouvidoria.

Nesse sentido, a autonomia funcional constitui-se em outro importante marco distintivo. Enquanto a maioria das legislações que consagraram aquele instituto confere ao titular do cargo absoluta autonomia em relação às demais autoridades¹⁷⁶, as Ouvidorias brasileiras, em geral, são chefiadas por cargos demissíveis *ad nutum*. Assim, em regra, a eficiência do órgão tem dependido fundamentalmente de condições subjetivas do seu titular, como nível de independência pessoal, entrosamento com a equipe governamental etc.

Convém mencionar a distinção em relação ao nível hierárquico em se que situa o titular do órgão. Como visto, na maior parte dos casos, o *ombudsman* está situado no alto da estrutura dos cargos públicos, tendo por essa razão um conjunto de prerrogativas legais superiores às dos Ouvidores pátrios.

Nessas condições, não resta outra natureza ao cargo que a de instrumento intraorgânico, limitada ao âmbito de competência sobre o órgão (no caso de Ouvidoria setorial) ou Poder (no caso de Ouvidorias locais ou regionais) em que se situam, diferentemente das iniciativas européias – as quais, em regra, atingem todo o Poder Legislativo, as Forças Armadas e, em alguns casos, o próprio Judiciário.

Não obstante tais limitações, as ouvidorias públicas também têm-se constituído como um espaço institucional de participação, através do qual os cidadãos passam a ter um acesso alternativo ao aparelho do Estado. Algumas ouvidorias brasileiras, como é o caso das universitárias e de polícia, têm prestado um relevante serviço nesse sentido. Para tanto, as reclamações e denúncias formuladas pelos cidadãos, ao serem admitidas pelo

¹⁷⁶ Neste sentido, o Primeiro Simpósio Latino Americano de *Ombudsman*, realizado em 1985, em Buenos Aires, estabelecia: “*La comisión aconseja que, cualquiera sea el sistema de elección, el Ombudsman necesariamente debe gozar de la disponibilidad de los medios materiales y jurídicos adecuados para su desempeño; el acceso total e irrestricto a las fuentes de investigación que estime pertinentes; la autonomía presupuestaria la designación de su personal y colaboradores y la necesaria capacidad de acción. La inamovilidad durante un periodo considerable es otra de las garantías impescindibles de la institución, sin perjuicio de su responsabilidad por las funciones que cumple*”. É ilustrativa, a propósito, a leitura das Leis nº 81/77 e 10/78 de Portugal e dos arts. 2,7,9,10,11,15, 16 e 19 da Lei Orgânica nº 3 da Espanha.

Ouvidor, são por eles assumidas, contrapesando a presunção de verdade e fé pública dos servidores públicos em face do particular.

Ademais, precisamente em razão da lealdade entre o titular do cargo e o responsável pelo órgão de controle, alguns Ouvidores têm alcançado elevado nível de legitimação intraorgânica, constituindo-se como a *longa manus* do chefe do Poder ou órgão controlado em relação ao controle dos servidores subordinados. Fato, aliás, comum nos Ouvidores de empresas privadas.

Comparativamente com os outros dois modelos assinalados nos capítulos anteriores, e considerando as substanciais diferenças entre as próprias Ouvidorias brasileiras assinaladas no item 1 deste trabalho, poder-se-ia resumir da seguinte maneira as iniciativas nacionais anteriores à Emenda Constitucional nº 19/98:

OUVIDORIA PÚBLICA BRASILEIRA (1ª Fase)

| ELEMENTOS DE CARACTERIZAÇÃO | CARACTERÍSTICAS |
|------------------------------------|---|
| Natureza | Instrumento de participação e controle intraorgânico |
| Previsão Jurídica | Infraconstitucional (em geral por ato do Poder Executivo) |
| Bem Jurídico Tutelado | Transparência administrativa |
| Racionalidade Preponderante | Material e Formal |
| Localização Institucional | Administração Direta e Indireta |
| Nível Hierárquico | Subordinada |
| Forma de Seleção | Livre nomeação |
| Autonomia | Reduzida em face da natureza do cargo |
| Competência | Exclusivamente o Poder, órgão ou entidade em que se situa |
| Poderes e Instrumentos de Atuação | Investigação e recomendações intraorgânicos |
| Garantias | Em geral, apenas procedimentais |
| Requisitos do Cargo | Confiança em relação ao agente público que nomeia o titular |
| Acesso do Cidadão | Direto, informal e gratuito |

3.6 Ouvidorias Públicas brasileiras: segunda fase

Ainda que algumas Ouvidorias tenham sido criadas com fundamento nas reformas brasileiras da década de noventa, são escassos os dados disponíveis. Não obstante, considerando especialmente a transformação do tipo preponderante de racionalidade que, a partir de 1995, foi implantada na espacialidade pública brasileira, parece ser possível fazer algumas projeções.

Com a constitucionalização da eficiência no rol dos princípios diretores da Administração Pública (art. 37 da CF) somado ao aprofundamento do processo de reestruturação sistêmica do Estado, vem se operando uma profunda transformação na lógica das estratégias de controle da gestão pública e de defesa do cidadão (portanto, no âmbito da legitimação política¹⁷⁷).

Dois projetos governamentais representaram, durante este período, essa opção pela eficiência: o Programa de Qualidade e Participação, e o Programa de Reestruturação e Qualidade dos Ministérios. O primeiro, na dicção do próprio BRESSER PEREIRA, foi orientado pela “decisão estratégica da opção pelo cidadão-cliente, decisão que serve de princípio geral para a condução de todas as decisões e ações relativas à busca de excelência na administração pública”¹⁷⁸. O segundo voltou-se para a implementação desse programa mais geral, no âmbito dos Ministérios, especialmente no que se referia à distribuição de funções entre as unidades federativas e as transformações organizacionais.

Tal como ocorreu na maioria dos países que adotaram o modelo gerencialista inglês iniciado por Margareth Thatcher, a ênfase na participação foi centrada não no cidadão ou no administrado, mas no usuário, convertido em cliente dos prestadores públicos e privados de serviços públicos. Uma modificação, aliás, constitucionalizada com todas as letras no já mencionado art. 37, § 3º, por força da Emenda Constitucional nº 19.

¹⁷⁷ É, nesse particular, sintomático o resumo do primeiro dia dos debates do encontro sobre “Governança Progressiva”, que reuniu 15 chefes de governo: “*Chega de liberalismo, viva a nova legitimação do Estado*” (Folha de São Paulo, 3 de junho de 2000, p. A12).

¹⁷⁸ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Reforma do Estado para a Cidadania. São Paulo/Brasília: Ed. 34/ENAP, 1998, p. 220.

Essa modificação, sem dúvida, alterou substancialmente os termos da relação entre Estado e cidadão, e com isso, a própria sujeição ativa dos mecanismos de participação e controle. Em face disso, o conceito de usuário utilizado no anteprojeto de regulamentação desse dispositivo procurou ser o mais amplo possível: “pessoa física ou jurídica que, direta ou indiretamente, utiliza ou pode utilizar os serviços”, definidos como no *caput* do mesmo artigo.

Em relação à lógica dos mecanismos de controle, a modificação não foi menor. Com ênfase no resultado estabelecido por uma metodologia de planejamento fundada nas práticas privadas, onde sobressai a definição das missões, objetivos e metas, com avaliação periódica, o controle *ex post* tende a substituir a preponderância dos controles de procedimento.

A estratégia de resultados, desenvolvida nos anos 1950 por Peter DRUCKER¹⁷⁹, centra todo o controle no atingimento de metas previamente estabelecidas no planejamento – no caso de entidades públicas – ou em contratos, como o de gestão ou parceria – no caso de serviços públicos prestados por particulares.

Desse modo, ao contrário do que ocorre no controle de procedimento, onde os princípios jurídico-administrativos como os da finalidade, moralidade, economicidade, impessoalidade e motivação, viabilizam uma avaliação de tipo racional material que pode ultrapassar os limites de um exame formal-legal, o controle de resultado reveste-se de uma pretensa objetivação finalística que encobre os elementos empíricos que, de fato, fundam a fixação de metas.

Some-se a isso: a) o deslocamento de bens e serviços estatais para a iniciativa privada (privatização, terceirização, concessão e permissão); b) a recepção do setor privado no espaço de serviços antes reservados ao Estado (desmonopolização); c) a redução do poder de regulação do Estado sobre o mercado (flexibilização e desregulação); d) o deslocamento de bens e serviços destinados às funções sociais do Estado para o que se convencionou chamar espaço público não-estatal (através das organizações

¹⁷⁹ DRUCKER, Peter. Sociedade pós-capitalista. 3ª ed. Trad. Nivaldo Montingelli Jr. São Paulo: Livraria Pioneira Editora, 1994, p. 75.

sociais e organizações da sociedade civil de interesse público); e) a inserção de uma racionalidade privada no âmbito do espaço público estatal (“gerencialização” e “eficientização”); f) a profissionalização e tecnificação dos órgãos de regulação (através de agências reguladoras); e g) adstrição do espaço político a um pequeno segmento do Estado (núcleo estratégico), responsável pela formulação de políticas públicas .

O sentido desse plexo de transformações que a natureza deste capítulo não permite analisar, se fez sentir nas Ouvidorias implantadas no cenário brasileiro deste período, assinaladas em outro capítulo deste livro – o que permite supor a mudança progressiva do paradigma da primeira fase.

Como já mencionado, o controle preponderante passa a ser o extra-orgânico, agora tomado como uma modalidade de controle não só do cidadão sobre o Estado, mas também desse em relação aos agentes privados prestadores de serviço público (especialmente concessionários e permissionários, organizações sociais e organizações da sociedade civil de interesse público que mantenham contrato de parceria com o Estado). Nessa medida, o fundamento jurídico do âmbito de competência das Ouvidorias além de legal, passa, em largo espectro, a ser também contratual.

Fundado, como se disse, em uma racionalidade de tipo instrumental, tanto o controle como a participação têm acento no âmbito dos resultados aferíveis em cotejo com as missões, metas e objetivos estabelecidos no contrato ou no planejamento do órgão ou entidade pública.

Assim, com a legitimação ativa para os mecanismos de controle e participação restringindo-se à condição de usuário, o bem jurídico tutelado deixa de ser o próprio controle ou a participação (instrumentos de concretização dos princípios constitucionais administrativos) para ser a adequação do serviço prestado, tal como previsto paradigmaticamente na Lei nº 9887/95 (art. 3º). Assim considerado, o “serviço que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas”¹⁸⁰.

¹⁸⁰ Nos termos do mesmo diploma legal, entende-se por atualidade “a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço” (§ 2º do mesmo artigo).

Por fim, apresenta-se como possível uma profunda transformação no vínculo funcional do titular das Ouvidorias, nada obstando que se faça por meio de contratos elaborados sob a égide do regime jurídico de direito privado, no caso das entidades privadas prestadoras de serviço público, especialmente as organizações sociais e as da sociedade civil de interesse público. O que, em face da precária autonomia já conferida aos Ouvidores nomeados, não teria repercussão significativa no âmbito da autonomia de suas funções.

As principais características desta fase poderiam ser assim resumidas:

OUVIDORIAS PÚBLICAS BRASILEIRAS (2ª Fase)

| ELEMENTOS DE CARACTERIZAÇÃO | CARACTERÍSTICAS |
|------------------------------------|---|
| Natureza | Instrumento de participação e controle intra e extra-orgânico |
| Previsão Jurídica | Infraconstitucional ou, excepcionalmente, contratual |
| Bem Jurídico Tutelado | Satisfação do usuário de serviço público em relação ao princípio do serviço adequado |
| Racionalidade Preponderante | Instrumental |
| Localização Institucional | Administração Indireta ou pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público |
| Nível Hierárquico | Inferior |
| Forma de Seleção | Nomeação ou contratação |
| Autonomia | Reduzida em face da natureza do cargo |
| Competência | Prestador de serviço público |
| Poderes e Instrumentos de Atuação | Investigação mediante avaliação de resultados, publicidade e recomendações |
| Garantias | Estatutárias ou contratuais |
| Requisitos do Cargo | Confiança em relação ao agente que o nomeia |
| Acesso do Cidadão | Direto, informal e gratuito |

3.7 Considerações finais

Já na década de oitenta, Claus OFFE¹⁸¹ afirmava que as duas únicas alternativas para as estratégias produtivas do Estado, em face da crise estrutural do *Welfare State*, eram: a) a adoção de uma estrutura racional-intencional (implementação, na espacialidade estatal, de estruturas e procedimentos semelhantes aos do setor privado, gerando, desse modo, uma maior racionalização); e, b) o aprofundamento de estruturas e procedimentos de consenso através dos quais aos beneficiários das políticas públicas seria dada a possibilidade de efetivo controle sobre os desígnios do Estado.

Nos países desenvolvidos, as políticas de reforma, implementadas a partir do gerencialismo inglês, adotaram marcadamente a primeira das alternativas acima indicadas. As reformas do Estado brasileiro, iniciadas na década de noventa, adotaram – sob o apanágio do que se convencionou chamar Administração Gerencial e Programa Nacional de Desestatização – o mesmo sentido. Os signos desta adoção podem ser vistos tanto no âmbito interno, quanto externo (inter e extraorgânico) do espaço estatal.

No âmbito interno, a opção pelo “eficientismo” administrativo – consagrado através da Emenda Constitucional nº 19¹⁸² – teve amplo impacto na cultura administrativa nacional¹⁸³, até então fundada por legitimações de tipo formal ou material, habituadas, uma e outra, a uma *práxis* de controle voltada para o procedimento administrativo.

A substituição desse modelo pela predominância de controles de resultados, torna exteriores e impessoais os critérios de avaliação,

¹⁸¹ OFFE, Claus. *Contradicciones en el Estado del Bienestar*. Trad. Antonio Escohotado. México: Editorial Patria, 1991, p. 93 e segs.

¹⁸² Art. 37, *caput*, da C. F.

¹⁸³ Discorda-se, sob esse aspecto, de CUSTODIO FILHO, quando endossa o entendimento de CHIAVENATO de que o conceito de eficiência dá ênfase aos métodos e procedimentos (CUSTODIO FILHO, Ubirajara. A Emenda Constitucional 19/98 e o princípio da eficiência na Administração Pública. *Revista dos Tribunais*. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 27, n. 7, p. 209-217, abr./jun. 1999, p. 211). Igualmente discorda-se da opinião majoritária na doutrina nacional de que “a inclusão do princípio da eficiência no ‘caput’ do art. 37 da CF/98 não inova o ordenamento jurídico pátrio” (*id.*, p. 216).

expurgando toda subjetividade, geralmente informada pela hermenêutica (no caso da racionalidade de tipo formal) ou por valores extra-jurídicos (na hipótese da racionalidade material) operacionalizados pelos agentes administrativos.

A opção pelo critério de fixação de metas¹⁸⁴ objetivas (exterior e organizacionalmente definidas) na sistemática de controle, acaba por implementar uma racionalidade de natureza meramente instrumental. Essa racionalidade – que não obstante estar voltada para a reprodução dos níveis de resolubilidade do mercado, “*no puede ser el tipo de racionalidad que prevalece en organizaciones privadas*”¹⁸⁵ – despoja o agente administrativo da condição de autor das opções seletivas, discricionariamente ou não, por ele operacionalizadas ao longo dos procedimentos administrativos¹⁸⁶. Um agir “empresarial”, cuja avaliação qualitativa é virtualmente objetivada na abertura conceitual do que se convencionou chamar de “satisfação do usuário”, em regra reduzida a cálculos de demanda.

No âmbito interorgânico, a implementação de novos modelos de relação jurídica consubstanciados na institucionalização de contratos de gestão e termos de parceria (com natureza de acordo-programa) igualmente representa o que se poderia chamar de impulso mercantilizante das novas relações da Administração Pública brasileira com segmentos sociais.

Externamente, por fim, o acolhimento das demandas de mercado, consagradas através das estratégias de abertura econômica, flexibilização, desregulação, desmonopolização e privatização, são indicativos da opção – tomada pelos protagonistas da reforma brasileira – de ampliar as

¹⁸⁴ Certamente, estabelecidas subjetivamente em outros cânones que não o da execução ou prestação administrativa. Nesse sentido, cabe lembrar OFFE, quando afirma que “*como el sistema gubernamental de organizaciones no recibe sus metas del mercado (como una firma comercial) debe organizar un proceso mediante el cual se definan las metas, se determine su prioridad en fondos y tiempo y se asigne el logro de esa meta a un organismo particular [...] el término efectividad se hace ambiguo*” (OFFE, ob. cit., p. 1224).

¹⁸⁵ OFFE, ob. cit., p. 125.

¹⁸⁶ Como leciona Luciano Parejo ALFONSO “*a través de la idealización del proyecto de empresa [...] se enmascara la realidad y se genera la ilusión de que lo verdadero es justo y se prepara adecuadamente el cierre del sofisma: la afirmación final de todo lo eficaz es, por ello mismo, justo*” (ALFONSO, Luciano Parejo. Eficacia y administración: tres estudios. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1995, p.115).

práticas sociais de mercado e, nessa medida, reforçar a reprodução de uma racionalidade privada na espacialidade pública estatal.

Entretanto, talvez com fundamento na necessidade da produção de trocas compensatórias (*trade-offs*¹⁸⁷), institucionalizou-se no Brasil um conjunto de medidas que – não obstante a opção pela reprodução de mecanismos de mercado dentro do espaço estatal – acabou por ampliar o universo dos mecanismos tradicionais de controle social, como é o caso da já mencionada modificação patrocinada pela Emenda Constitucional nº 19/98 no art. 37, §3º da Constituição Federal, da Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998 (que regula o procedimento administrativo na Administração Pública Federal), da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (que estabelece o regime jurídico das Organizações Sociais) etc.

Ainda que tais medidas não possuam o grau de sofisticação das iniciativas gerenciais, estruturalmente encerram a possibilidade de ampliação de espaços institucionais que contemplam um elevado potencial de dialogicidade. Resultado, precisamente, da implantação de novos condutos institucionais através dos quais são conduzidas, para a arena política, demandas informadas por uma racionalidade não instrumental.

Por essa via, a “satisfação do usuário” passa a ser sopesada, não através de critérios e procedimentos empresariais de aferição importados pela Administração, mas pelos próprios destinatários das políticas públicas¹⁸⁸, o que pode restaurar, de alguma forma, a complexidade dos processos de avaliação e decisão administrativa. Uma complexidade que advém da legitimação institucional da conflitualidade de interesses no interior do próprio espaço estatal. Um *locus* de disputa – e não necessariamente de equilíbrio – entre distintas racionalidades.

¹⁸⁷ MACPHERSON, C. B. Ascensão e queda da justiça econômica e outros ensaios. Trad. Luiz Alberto Monjardim. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 65.

¹⁸⁸ Trata-se de um processo através do qual a racionalidade estatal, pretensamente mercantilizada, novamente se politiza.

No Brasil, VIEIRA¹⁸⁹ e AVRITZER¹⁹⁰ têm reclamado atenção ao que HABERMAS apontou como sendo a questão política fundamental da contemporaneidade: a disputa social, nos pontos de encontro entre a racionalidade sistêmica (administrativa e de mercado) e a incidente no mundo da vida, hoje colonizado por aquela.

A respeito, AVRITZER dirá que se levando em conta a teoria de HABERMAS, “a democratização brasileira virá, precisamente, se essa disputa encontrar uma solução favorável à sociedade”¹⁹¹, pela constituição de arenas institucionais e comunicativas, entre as quais se destacariam as instituições associativas da sociedade civil.

Em que pese sua fundada crítica¹⁹² ao pensamento habermasiano – centrada especialmente: (a) na efemeridade dos movimentos sociais, (b) na limitação da esfera pública à função de defesa do mundo da vida, e mesmo (c) na dúvida sobre a identificação feita por HABERMAS entre racionalidade comunicativa e a prática dos novos movimentos sociais para além da Europa Ocidental e da América do Norte –, não é possível negar a percussão da tensão entre racionalidade sistêmica e a do mundo da vida sobre a democracia, em geral, e sobre o sistema de controle social, em particular.

Mesmo descartando a possibilidade de uma racionalidade comunicativa do tipo habermasiano ter efetividade em um ambiente de desigualdade endêmica, como o do Brasil, não se pode negar a positividade dos efeitos decorrentes da ampliação de espaços ou instrumentos de controle social no interior do Estado. A inserção no universo burocrático de demandas sociais antes excluídas, por si só, problematiza o equilíbrio entre racionalidade de mercado e racionalidade administrativa. Ainda que de forma reduzida, este desequilíbrio altera o custo de legitimação da racionalidade sistêmica.

¹⁸⁹ VIEIRA, Liszt. Cidadania e globalização. 2ª ed. Rio de Janeiro: Record, 1997, p.54.

¹⁹⁰ AVRITZER, Leonardo. A moralidade da democracia. São Paulo: Ed. Perspectiva, 1996, p.16.

¹⁹¹ *Id.*, p. 148.

¹⁹² AVRITZER, Leonardo. Além da dicotomia Estado/mercado. Novos Estudos CEBRAP, São Paulo, n. 36, p. 213-222, jul. 1993, p. 217.

Duas variáveis são absolutamente fundamentais para restaurar a instrumentalidade democrática dos novos espaços e mecanismos de controle: a competência dos segmentos sociais não burocráticos e não produtores na operacionalização dos instrumentos de controle; e a qualificação (do ponto de vista da representatividade) dos sujeitos ativos da ocupação desses novos espaços de controle.

Assim, idealmente, é possível supor que um mecanismo de controle como as Ouvidorias públicas teria significativo impacto sobre os processos de formulação e execução de políticas públicas – desde que as Ouvidorias: (1) sejam constituídas através de uma arquitetura institucional que consagre fortes vínculos com segmentos organizados da sociedade civil¹⁹³, (2) que possuam bons níveis de representatividade, e sejam (3) aplicados à operacionalização competente dos instrumentos formais e informais de controle que lhe são assegurados.

Tratar-se-ia, é certo, da construção de um novo paradigma, cuja efetividade estaria condicionada, fundamentalmente, ao fomento, mobilização e capacitação de novos atores sociais, com fortes e indissolúveis vínculos à base de representação.

No âmbito dessa idealização poder-se-ia trabalhar com dois modelos de Ouvidorias, distintas entre si por dois critérios de competência: territorial (preponderantemente no caso de Ouvidorias gerais¹⁹⁴) e material (no caso de Ouvidorias setoriais¹⁹⁵).

No caso das Ouvidorias setoriais voltadas à defesa de usuários, em face de prestadores públicos e privados de serviços públicos, poder-se-ia utilizar o mesmo desenho normativo já existente, através da formulação de “termos de parceria” entre a União e organizações

¹⁹³ Como já ocorre com algumas ouvidorias de polícia e algumas ouvidorias universitárias, indicadas na seção 11 deste trabalho.

¹⁹⁴ Desse modo denominadas as Ouvidorias Gerais das unidades federativas (Municípios, Estados, Distrito Federal e União).

¹⁹⁵ Assim chamadas as ouvidorias adstritas a apenas uma matéria, como é o caso das Ouvidorias de Polícia e as Ouvidorias Universitárias.

não-governamentais, qualificadas como organizações da sociedade civil de interesse público, com base no art. 3º da Lei nº 9790/99.

Nessa hipótese, inobstante o fundamento contratual da relação entre o órgão controlado e a entidade controladora, ter-se-iam ganhos, do ponto de vista não só da autonomia como da legitimação, marcadamente se o cargo fosse provido através de eleições de associados, consignando-se-lhe mandato imperativo.

As funções do Ouvidor fundar-se-iam em uma delegação atípica, desprovida do poder de polícia, através da qual sua atuação se constituiria, efetivamente, em uma “magistratura de persuasão”, sem a possibilidade de anular ou reformar atos e contratos, ainda que lhe fosse autorizado agir de ofício ou por provocação, por meio de um amplo poder de investigação.

Situados fora da espacialidade estatal, ainda que pública, os laços de lealdade com as entidades controladas já não seriam requisitos empíricos do cargo mas, ao contrário, o que figuraria nessa condição seriam, precisamente, seus vínculos de lealdade com os destinatários das políticas e serviços públicos. Essa transformação, por certo, representaria uma reorientação em termos de racionalidade, vez que valores extra-normativos e extra-econômicos seriam reintroduzidos na sistemática de controle.

Na hipótese das Ouvidorias já instituídas pelas Agências Reguladoras, tratar-se-ia de estabelecer uma nova regulamentação, através da qual a escolha do titular seria deferida ao conselho ou comissão de usuários, composta paritariamente por representantes da sociedade civil, dos prestadores privados de serviço público e do Poder Público.

A autonomia administrativa e financeira, nesse caso, seria contemplada por ato normativo ou contratual próprio.

Pautado nessas indicações, poder-se-ia resumir esse novo modelo nos seguintes termos:

OUVIDORIAS PÚBLICAS SETORIAS

| ELEMENTOS DE CARACTERIZAÇÃO | CARACTERÍSTICAS |
|--|------------------------|
|--|------------------------|

| | |
|-----------------------------------|--|
| Natureza | Instrumento de participação e de controle extra-organico |
| Previsão Jurídica | Infraconstitucional ou contratual |
| Bem Jurídico Tutelado | Satisfação do usuário de serviço público |
| Racionalidade Preponderante | Material e Formal |
| Localização Institucional | Espaço público não-estatal (sociedade civil) |
| Nível Hierárquico | Prejudicado |
| Forma de Seleção | Eleição pelos associados de organizações de defesa de usuários |
| Autonomia | Funcional, política, administrativa e financeira em relação às pessoas jurídicas controladora e controlada |
| Competência | Pessoas jurídicas de direito público e de direito privado prestadoras de serviço público |
| Poderes e Instrumentos de Atuação | Investigação e recomendações |
| Garantias | Mandato |
| Requisitos do Cargo | Vínculo associativo e reconhecida competência para o exercício da função |
| Acesso do Cidadão | Direto, informal e gratuito. |

Em se tratando de Ouvidorias com competência territorial (federal, estadual, municipal ou do Distrito Federal), não se poderia prescindir da vinculação aos respectivos Poderes Legislativos. Assim, a nomeação do Ouvidor obedeceria ao tradicional procedimento dos *ombudsmen* europeus, prevendo os requisitos e prerrogativas habitualmente estabelecidos para o provimento do cargo, entre elas a detenção de mandato próprio.

No novo paradigma, todavia, conceber-se-iam modalidades de legitimação extra-parlamentares, o que poderia ser consubstanciado pela instituição de conselhos consultivos nos quais tivessem assentos representantes de segmentos organizados da sociedade civil.

Ainda que mantendo a competência – como tradicionalmente vem ocorrendo em outros países e mesmo em algumas unidades federativas brasileiras – sobre toda a estrutura e funcionamento dos órgãos públicos e dos prestadores privados de serviço público, sua atuação recairia também em todas as fases do procedimento de formulação das

políticas públicas, incluindo-se o controle orçamentário no âmbito dos três poderes (controle inter e intraorgânico no caso do Legislativo).

Além dos instrumentos convencionais de atuação, caberiam ser contemplados: a) sugestões legislativas às mesas diretoras do Poder Legislativo; b) acesso, obviamente sem direito a voto, irrestrito às Comissões Parlamentares de Inquéritos; c) requisição de servidores para atuações específicas; d) legitimidade ativa para a proposição de ações constitucionais

Com mandato de tipo imperativo, centrado na defesa dos direitos e legítimos interesses dos cidadãos, seus informes teriam obrigatoriamente ampla divulgação não só no interior das casas legislativas, como também junto à sociedade civil (organizações não-governamentais, organizações de natureza sindical etc.).

Como se pode notar, um modelo assim constituído, em grande parte restauraria o modelo adotado na Europa, antes da implementação das políticas neoliberais ou gerencialistas. O que representaria, talvez, a única diferença substantiva, seriam, precisamente, os fortes vínculos entre o *ombudsman* e os segmentos organizados da sociedade civil.

MODELO DAS OUVIDORIAS PÚBLICAS MUNICIPAIS, ESTADUAIS OU FEDERAIS

| ELEMENTOS DE CARACTERIZAÇÃO | CARACTERÍSTICAS |
|------------------------------------|--|
| Natureza | Instrumento de participação e controle intra, inter e extra-orgânico |
| Previsão Jurídica | Constitucional |
| Bem Jurídico Tutelado | Direitos e legítimos interesses dos cidadãos |
| Racionalidade Preponderante | Material e formal |
| Localização Institucional | Parlamento |
| Nível Hierárquico | Superior |
| Forma de Seleção | Processo de seleção que contemplasse a participação de Segmentos organizados da sociedade civil |
| Autonomia | Funcional, política, administrativa e financeira |
| Competência | Pessoas jurídicas de direito público interno e pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos |

| | |
|-----------------------------------|---|
| Poderes e Instrumentos de Atuação | Investigação e recomendações |
| Garantias | Mandato |
| Requisitos do Cargo | Reconhecida atuação em defesa dos direitos de cidadania |
| Acesso do Cidadão | Direto, informal e gratuito |

Ainda que tais modelos, em face do sentido adotado pelas reformas brasileiras, sejam de difícil implantação, acompanha-nos a convicção de que por essa via poder-se-ia, na contemporaneidade, restaurar a mesma instrumentalidade que o *ombudsman* de ontem representou para a defesa do cidadão (individual ou coletivamente considerado) em face das ameaças do crescimento do poder do Estado a partir da década de quarenta.

De qualquer modo, deixando as paragens das idéias e das proposições, restam as diferentes configurações assumidas pelo *ombudsman* e pelas Ouvidorias públicas brasileiras atualmente em funcionamento: um mosaico de modelos inconfundíveis, cuja diferenciação empírica é informada pela realidade temporal e espacial em que se situam.

Neste trabalho foram destiladas algumas diferenciações históricas que remarcam a identidade do instituto do *ombudsman* e das Ouvidorias públicas brasileiras em dois quadrantes temporais. a) no caso do *ombudsman*, no período do Estado Liberal e do Estado de Bem-Estar Social; b) no caso do Brasil, antes e após a implementação das reformas da década de noventa.

O reconhecimento de tais diferenciações, como constitutivas da identidade conceitual de ambos os institutos, de um lado, alertam para a impossibilidade de se confundir o instituto do *ombudsman* com o das Ouvidorias; de outro, a eventual possibilidade de se conceber – através de uma perspectiva diacrônica – conexões históricas que revelem um traço evolutivo no desenvolvimento de ambos os institutos. Qualificando, desse modo, ambos os termos para abrigarem, no seu interior, os diferentes modelos produzidos na realidade.