

GOMES, Manoel Eduardo Alves Camargo e. Cidadania, direitos fundamentais e os limites entre o público e o privado: conferência de abertura. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE OUVIDORES E OMBUDSMAN, 1.; CONGRESSO BRASILEIRO DE OUVIDORES E OMBUDSMAN, 13.; SEMINÁRIO NACIONAL DE OUVIDORES E OUVIDORIAS, 6., 2010, Belo Horizonte. Anais [...]. Belo Horizonte, 2010.

CONFERÊNCIA DE ABERTURA

Manoel Eduardo Alves Camargo e Gomes

Conferência proferida na instalação do I Congresso Internacional de Ouvidores e Ombudsman, XIII Congresso Brasileiro de Ouvidores e Ombudsman e VI Seminário Nacional de Ouvidores e Ouvidorias, em 28 de julho de 2010, em Belo Horizonte, Minas Gerais.

Advogado e professor do Curso de Graduação e Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná.

Primeiramente quero registrar meu agradecimento aos organizadores deste I Congresso Internacional de Ouvidores e Ombudsman, deste XIII Congresso Brasileiro de Ouvidores e Ombudsman e deste VI Seminário Nacional de Ouvidores e Ouvidorias. De fato, é uma grande satisfação estar entre os senhores nesta oportunidade. Devo, igualmente, prestar minhas homenagens a essa formidável equipe coordenada pelo Prof. Daniel Costa Nassif, pela competência e pela excelência na organização desses eventos.

Senhores, o tema que me foi reservado intitula-se “Cidadania, direitos fundamentais e os limites entre o público e o privado”. Na tentativa de, ao menos parcialmente, evitar uma exposição excessivamente genérica, cuidarei, em um primeiro momento, de estabelecer alguns pressupostos metodológicos para abordar nosso tema, em seguida procurarei articular esse universo temático com o instituto do ombudsman, reservando a parte final para nossas ouvidorias públicas, situando-as no marco do atual estágio da cidadania e dos direitos fundamentais no Brasil.

I

Prezados senhores, em primeiro lugar, temos que levar em conta a historicidade que torna as expressões que compõem esse tema termos ocasionais, dentro dos quais é possível incluir qualquer conteúdo. Na dicção de Canotilho, são palavras viajantes no tempo e no espaço. Conceitos inteiramente dependentes e serventes da conjuntura em que se situam.

Não se pode, por exemplo, confundir a cidadania da antiguidade clássica com o que se entende por cidadania na contemporaneidade. Ao ser indagado sobre Atenas, Temístocles teria respondido: “Atenas somos nós”. Cidadão e cidade (polis) se fundiam em uma entidade única. Na ágora, as fronteiras entre o espaço público e o privado eram de tal modo porosas que

os direitos da cidade se consubstanciavam como direitos dos próprios cidadãos.

O mesmo se diga em relação aos direitos fundamentais. O plexo de direitos que compunha essa categoria nos albores do século XIX se reduzia aos chamados direitos de primeira geração; hoje os direitos fundamentais envolvem direitos de segunda, terceira e quarta geração.

Mutantes também são os limites entre o público e o privado: se na antiguidade esses espaços se confundiam, na Idade Média ocidental o público se situava na corte e se distribuía policentricamente nos feudos. Na modernidade, o público passa a se concentrar na reduzida espacialidade estatal, o que se altera com o intervencionismo do século XX, que acaba por sofrer pequeno influxo no mundo contemporâneo por força das atuais pressões neoliberalizantes.

Não apenas a mutabilidade espaço/temporal marca os termos que compõem o tema de nossa exposição. Há entre eles uma causalidade circular: a dimensão dos direitos fundamentais afeta a cidadania e os limites entre público e privado, assim como tais limites afetam o âmbito competencial e eficaz dos direitos fundamentais. Uma dinâmica circular de múltiplas direções, com afetações mútuas de toda natureza.

Não é só: essa circularidade causal sofre permanentemente o impacto daquilo que Weber denominou similitude estrutural ou adequação de sentido, ou que mais modernamente Luhmann denunciou como ruídos do ambiente externo sobre o interno. Vale dizer, devemos não apenas considerar que cidadania, direitos fundamentais e limites entre público e privado são temas vinculados à realidade política, econômica, cultural e social de um determinado país, mas que sofrem uma pressão conformadora dessa realidade ao mesmo tempo em que pressionam sua conformação. É axiomático que a fase do atual estágio do capitalismo implica reflexos na atual fase dos direitos fundamentais e estes refletem sobre aquele. Como exemplo, note-se que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, considerado como direito fundamental de quarta geração, apenas se torna plausível no atual estágio de desenvolvimento cultural e econômico, impondo profundas mudanças no modo de produção econômico e na reprodução cultural.

Historicidade, causalidade circular e similitude estrutural são características que tornam a cidadania, os direitos fundamentais e os limites entre público e privado um terreno tão complexo quanto sensível a variáveis

de toda natureza.

Pois bem, senhores! Os institutos do ombudsman e das ouvidorias públicas situam-se precisamente nesse terreno: no local de intersecção entre o público e o privado, onde vigem os direitos fundamentais e fulgura a cidadania.

Isso exige reconhecer que essas instituições devem ser consideradas à luz das mesmas características do ambiente em que se situam: possuem uma mutabilidade que implica a existência de distintas feições de ombudsmen e ouvidorias.

Em outras palavras, os ombudsmen de ontem são distintos dos de hoje e os de hoje são diferentes entre si, em que pese, logicamente, a presença de elementos comuns que os distinguem dos demais meios institucionais de controle do Estado ou de defesa do cidadão.

Essas distintas feições podem ser classificadas a partir de diferentes perspectivas. Adotemos, para os fins desta exposição, os termos presentes no próprio tema definido pelos organizadores deste evento: articulando a noção de cidadania, direitos fundamentais e limite entre público e privado. Em uma perspectiva histórica bastante simplificada, é possível estabelecer um resumido quadro no qual figuram alguns tipos ideais de ombudsman e de ouvidorias públicas.

II

A primeira distinção radical que se dá entre espaço público e privado – ao menos no mundo ocidental – ocorre na modernidade. Apenas para lembrar, o Estado Moderno nasce a partir de um vigoroso processo de expropriação e concentração dos poderes públicos que se encontravam nas mãos dos senhores feudais e da nobreza. Ao concentrar tais poderes, o Estado passa a ser o residente único do espaço público.

Com essa cisão entre Estado e Sociedade, tornava-se necessário instituir um acervo de direitos e garantias que assegurassem – tanto à aristocracia quanto à burguesia – a liberdade individual em face da ameaça representada pelos poderes do Estado. Cuidam-se de direitos civis e políticos (chamados de primeira geração) consagrados, dentre outros documentos, na Declaração (francesa) de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, na Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia, de 1776 e na Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, do mesmo ano.

Direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e direito à propriedade formavam o núcleo dos direitos fundamentais de então, todos oponíveis ao Estado.

A medida da cidadania passa a ser o espaço de liberdade individual, constituído precisamente pela não interferência estatal, a qual deveria ser garantida por meio da lei e por writs constitucionais como o habeas corpus e o mandado de segurança, ambos voltados para a contenção do Estado aos limites da legalidade.

Nesse ambiente, a defesa da legalidade se confundia com a defesa da própria cidadania. Uma cidadania que tinha como substrato a limitação e o controle do Estado por meio da lei. Foi nesse contexto que, em 1809, a Carta constitucional sueca, inspirada na teoria de Montesquieu, instituiu a figura do Ombudsman.

Nos termos do art. 96 dessa Constituição, as funções do ombudsman seriam as 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”.

Dez anos depois, em 1919, a Constituição finlandesa, em seu art. 49, também estabeleceria como função precípua do ombudsman a de “defender as leis no funcionamento dos tribunais e de outras autoridades”.

A mais famosa frase formulada pelo ombudsman sueco Mannerheim, expressa com precisão a centralidade do princípio da legalidade: “O ombudsman só defende a lei”.

O ombudsman dinamarquês, instituído pela Constituição do início da década de cinquenta se filia, sem qualquer dúvida, ao modelo sueco e finlandês, ainda que com algumas diferenças.

Em resumo: nesse cenário, século XIX até meados do século XX, o ombudsman é um guardião da legalidade. A defesa da cidadania se fazia pelo controle do Estado, o que reflexamente implicava a defesa dos direitos fundamentais, limitados aos direitos de primeira geração, assim considerados os direitos individuais e políticos.

GUILLÉN, talvez o autor da obra mais completa sobre a instituição, reafirma esse entendimento contando-nos que “na terceira sessão da Lei de Instruções ao Ombudsman da Suécia, consta que constitui função especial do ombudsman assegurar-se que o Poder Judiciário e as autoridades

administrativas observem o previsto na Constituição no que concerne aos direitos fundamentais e as liberdades dos cidadãos não serem vulnerados nos procedimentos da Administração Pública. E pontifica: note-se que esta obrigação do ombudsman aparece em segundo lugar (depois da proteção ou supervisão da Administração para comprovar a observância das leis) Na Finlândia ocorre algo análogo: aparece em primeiro lugar a defesa da lei, antes que a defesa dos direitos do cidadão”.

III

Essa característica mudaria com o advento do Estado de Bem-Estar Social, quando ampliam-se as funções do Estado, e, com isso, o próprio limite entre o público e o privado. Os direitos fundamentais alcançam as relações laborais. As pressões populares de então (Comuna de Paris etc.) reclamam uma atuação positiva do Estado, o que implica deixar sua posição abstencionista para adotar uma atitude de garantidor dos direitos econômicos, sociais e culturais, denominados direitos fundamentais de segunda geração.

Cabe ao Estado a tutela de outros direitos, como a uma atuação laboral digna e remunerada a partir de um salário mínimo, direito ao auxílio desemprego, à previdência social, à proteção do menor e da mulher e aos direitos de greve e sindical, como consagrado em documentos como a Constituição Mexicana de 1917, a Constituição de Weimar de 1919 e a Declaração Soviética de 1918.

O exercício da cidadania deixa de limitar-se à proteção da liberdade em face do Estado. O liberalismo e seu consectário o individualismo são postulações do passado. Ser cidadão significa, antes e acima de tudo, ter direito à garantia de direitos consignados em políticas públicas que estabelecem ações prestacionais do Estado. Ainda que mantida a disjuntiva público/privado, amplia-se a espacialidade pública sobre a privada: o Estado abstencionista converte-se em Estado intervencionista.

Nesse contexto nasce um novo ombudsman, como o da Noruega, com a missão não de defender prioritariamente a legalidade, mas o cidadão. O art. 3º, da lei de 22 de junho de 1962, dispõe: “A missão do Ombudsman, como pessoa de confiança do Parlamento, segundo fica estabelecido nesta Lei e em suas instruções é buscar garantir que não se cometa nenhuma injustiça pela Administração Pública contra o cidadão individual”.

A passagem de instrumento de controle da legalidade para a de defesa do cidadão acaba determinando algumas diferenças substantivas em relação ao ombudsman sueco e finlandês. A primeira delas diz respeito à exigência de interesse jurídico concreto do queixoso. Daí o dever de ciência do resultado de sua atuação tanto ao acusado quanto ao reclamante. Além de não lhe serem conferidos poderes disciplinares ou sancionatórios, tampouco competência para as decisões tomadas pelo Conselho de Ministros, pelo Poder Judiciário ou no âmbito de atividades religiosas.

Esse modelo difundiu-se com celeridade: Nova Zelândia no mesmo ano de 1962; Inglaterra, 1967; França, 1973; Portugal, 1976; Austrália, 1976; Espanha, 1978. Até meados da década de oitenta, segundo estatística realizada pelo Instituto Internacional de Ombudsman, cerca de 21 países contavam com a instituição, em 1998, 90 países; hoje, dados do mesmo Instituto indicam a presença da instituição em 121 países. A grande maioria seguindo este modelo: o ombudsman como Defensor do Cidadão.

Em resumo, nesse cenário, a cidadania era definida pela capacidade de fruir direitos não contra, mas mediante prestações do Estado. Os direitos fundamentais envolviam os direitos individuais, políticos, econômicos, sociais e culturais (direitos de primeira e segunda geração). O limite entre o público e o privado foi ampliado. A função preponderante do ombudsman passa ser a defesa do cidadão e, apenas secundária ou reflexamente, a defesa da lei.

Não se desconhece a lição de Legrand, segundo a qual “de maneira direta ou indireta todos os meios de controle se apresentam como um meio de defesa dos direitos e interesses legítimos do cidadão”. Cuida-se apenas de estabelecer a função preponderante, do que decorrem diferenças práticas estruturais, pertinentes ao âmbito de competência objetiva e em razão das pessoas, aos poderes, aos requisitos de acessibilidade do cargo, aos instrumentos de atuação e, mesmo, ao modo de acesso dos cidadãos aos seus serviços.

IV

Com a instituição, na contemporaneidade, dos direitos de terceira e quarta geração – estes, os chamados direitos de titularidade coletiva ou difusa e aqueles decorrentes do processo de globalização –, reordenam-se os limites entre o público e o privado, amplia-se o âmbito da cidadania e, com isso, as funções dos novos ombudsmen instituídos, especialmente nos países de democracia recente. Direito à paz, à autodeterminação dos povos,

ao desenvolvimento, à proteção do meio ambiente, ao patrimônio comum da humanidade e mesmo direitos como o de proteção a manipulações genéticas, estendem o protagonismo dos direitos fundamentais para além dos espaços nacionais, como é o caso dos ombudsmen comunitários. Sua missão precípua passa a ser a defesa dos direitos fundamentais ou dos direitos humanos e, apenas secundariamente, da legalidade estrita ou do cidadão individualmente considerado.

Nesse cenário, a cidadania se perfectibiliza na medida do pleno exercício dos direitos fundamentais, os quais comportam direitos de primeira, segunda, terceira e quarta geração. A fronteira entre público e privado também se modifica; agora, não apenas há intervenção estatal na esfera pública, pois a participação de segmentos organizados na sociedade civil no espaço público, no locus de formulação e execução de políticas públicas, passa a ser o corolário da noção de cidadania. Amplia-se a porosidade entre público e privado. O ombudsman, como Defensor dos Direitos Fundamentais, passa a ter laços interinstitucionais e internacionais de forma cada vez mais intensa. Este congresso é um bom exemplo disso.

Em resumo: à medida que se modificam os direitos fundamentais estabelece-se novo âmbito de exercício da cidadania e se modifica a relação entre público e privado, alterando as funções precípua do ombudsman. Daí porque devemos parabenizar a escolha deste tema pelos organizadores deste Congresso. Essa articulação nos permite, como vimos, estabelecer uma tipologia a partir da função preponderante estabelecida aos ombudsmen: Ombudsman como Guardiã da Legalidade (de 1809 a 1955), Ombudsman como Defensor do Povo (1962 a 1980) e Ombudsman como Guardiã ou Defensor dos Direitos Fundamentais (de 1980 aos dias de hoje).

Em todos os casos, sempre e sempre, é fundamental que se registre, o ombudsman é filho da democracia, e talvez essa filiação o diferencie dos demais meios de controle do Estado ou de defesa dos direitos. Nascido no seio da democracia, os ombudsmen carregam consigo o reclamo popular pela gratuidade, universalidade, celeridade, informalidade, oralidade e impessoalidade, defendendo eficazmente os direitos e legítimos interesses privados (individuais, coletivos ou difusos) na espacialidade pública quando providos da necessária independência e autonomia.

Prezados senhores, no Brasil, a história da instituição percorreu outros caminhos. Não logramos instituir um Ombudman Nacional, com competência, poderes, atributos e instrumentos previstos no altiplano de nosso ordenamento constitucional.

Diversas tentativas nesse sentido foram encetadas, todas sem êxito. Citemos, apenas como exemplo, a formulada em 1823 e a que antecedeu a Constituição de 1988.

Apenas 14 anos após a instituição do ombudsman da Suécia, o deputado brasileiro José de Souza Mello propunha um Juiz do Povo “para o desafoço, e liberdade dos povos [...]a quem recorra nos casos de opressão para apresentar na Corte as suas queixas, o que o mesmo juiz deverá fazer ex-offício”. Seu projeto previa um juiz do povo para cada província brasileira, em tudo similar ao ombudsman.

O anteprojeto elaborado pela Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, presidida pelo Prof. Afonso Arinos, propunha a instituição de um Defensor do Povo “incumbido, na forma de lei complementar, de zelar pelo efetivo respeito dos poderes do Estado aos direitos assegurados nesta Constituição, apurando abusos e omissões de qualquer autoridade e indicando aos órgãos competentes as medidas necessárias à sua correção ou punição”.

Ora, prezados senhores, por que não seguimos a experiência das democracias ocidentais, especialmente a do Provedor de Justiça e do Defensor do Povo, previstos respectivamente na Constituição de Portugal e da Espanha, ambas inspiradoras de nossa Constituição de 1988?

Tínhamos, naquela ocasião, plenas condições jurídicas para fazê-lo, por que não o fizemos? O festejado sociólogo francês, Pierre Bourdieu, leciona que “as ações sociais ainda que sejam concretamente realizadas pelos indivíduos, as chances de efetivá-las se encontram objetivamente estruturadas no interior da sociedade”.

Nessa linha, a resposta mais adequada seria pelo reconhecimento da ausência de condições sociais objetivas para sua efetivação.

O estágio em que se situavam a cidadania, os direitos fundamentais e os limites entre público e privado no Brasil do final da década de 1980, considerados em sua causalidade circular e adequação de sentido, revela essa inaptidão estrutural para o acolhimento, então, do instituto do ombudsman.

Recém-saídos de um regime de exceção que deixara profundas cicatrizes em uma cidadania vitimada por brutais violações em seus direitos fundamentais, com um espaço público marcado estruturalmente pelo autoritarismo e prepotência, sobrava-nos razão para postular a constitucionalização de um Defensor do Povo; entretanto, faltavam-nos condições de plausibilidade.

Restou-nos outro caminho. Em março de 1986, no Município de Curitiba, o primeiro governo eleito da capital após o regime militar instituiu um cargo de alto escalão, com a missão de defender os cidadãos vítimas de atos do Poder Público Municipal. Nascia, então, a primeira Ouvidoria Geral do Brasil, depois do período colonial.

O Decreto que a instituiu dispunha: “Atuando na defesa dos direitos e interesses individuais e coletivos contra atos e omissões ilegais ou injustos cometidos pela Administração Pública Municipal, compete ao Ouvidor-Geral: I – receber e apurar a procedência de reclamações ou denúncias que lhe forem dirigidas e determinar, quando cabível, a instauração de sindicâncias, inquéritos e auditorias aos órgãos competentes; II – recomendar a anulação ou correção de atos contrários à lei ou às regras da boa administração representando, quando necessários, os órgãos superiores competentes; III – sugerir medidas de aprimoramento da organização e das atividades da Administração Pública Municipal em proveito dos administradores.”

Após 24 anos, segundo ainda inconcluso levantamento feito pela equipe de pesquisa que coordeno junto à Universidade Federal do Paraná, o Brasil conta com mais de 1.100 Ouvidores Públicos, distribuídos nos diversos órgãos e entidades da Administração Direta e Indireta, dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Em alguns Estados da Federação, como o de São Paulo, por força de lei, todos os órgãos e entidades da administração estadual direta e indireta contam com um Ouvidor Público.

Não há uniformidade entre as inúmeras ouvidorias existentes no Brasil. Entre elas, há as que atuam com a desejada independência e autonomia, com necessários recursos e instrumentos para lhes assegurar alto nível de eficácia, outras existem despossuídas de todos os meios, inteiramente dependentes das autoridades reclamadas.

Não nascemos nas alturas do ordenamento constitucional, nossas ouvidorias foram instituídas, em sua maioria, por portarias, decretos e leis. Nossas soluções, em regra, limitam-se ao varejo. São reparos pontuais a

violações individuais. No mais das vezes são pequenas injustiças perpetradas contra cidadãos usuários de serviços públicos que chegam aos nossos ouvidores.

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

Falta-nos quem vocalize nossa indignação pelas violações dos direitos fundamentais, pelo inaceitável índice de desigualdade social (de Gini 0,59) revelado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento que nos situa com a sétima pior avaliação do ranking em matéria de distribuição de renda. Falta-nos um Ombudsman nacional que se insurja contra nossa promíscua relação entre público e privado, o que nos coloca na 75ª pior posição do mundo em matéria de percepção de corrupção.

Falta-nos muito, é certo. Mas também é certo que possuímos talvez o maior número de ouvidores públicos de todos os 121 países que contam com a instituição do ombudsman. Como mencionado, são mais de mil e cem espaços públicos que ostentam a indicação Ouvidoria Pública. Constituídos em rede, esse certamente seria o mais expressivo grupo de servidores com a missão de defender os interesses dos cidadãos em face de atos injustos ou ilegais perpetrados pelo Estado. Eles estão disseminados em toda a estrutura administrativa brasileira. Não tenho notícia de país algum no mundo que possua igual capilaridade, tantos e tão dispersos servidores designados para a defesa da cidadania.

Convido os senhores para compartilarem comigo o sonho de congregar o conjunto dos ouvidores públicos em uma robusta teia de defensores da cidadania, organizados e regulados por uma lei orgânica prevista constitucionalmente, pela qual todos os ouvidores brasileiros teriam a autonomia, independência, poderes, instrumentos e competência necessários para um exercício plenamente eficaz, todos unidos em torno de uma Ouvidoria Nacional, que tenha seus atributos também garantidos pela Constituição Federal.

Exemplarmente, nossa Constituição, pela emenda 45/2004, já dispôs sobre Ouvidorias de Justiça junto ao Poder Judiciário, federal e estadual, e

Ouvidorias do Ministério Público da União e dos Estados. Já possuímos uma Ouvidoria Geral, constituída como órgão do Poder Executivo.

Penso que já estamos prontos. Penso que já possuímos as condições objetivas para a constitucionalização de ombudsman nacional e de uma rede brasileira de ouvidores: nossa cidadania já está apta e reclama essa ausência.

Que este Congresso elabore a tessitura dessa bandeira. Que nós ouvidores públicos sejamos os protagonistas dessa luta com a mesma tenacidade com que defendemos os direitos e interesses daqueles que nos procuram. É chegada a hora de prestarmos mais esse serviço em defesa dos direitos fundamentais e da sanidade de nossos espaços públicos.

Prezados senhores, que este Congresso inicie este novo capítulo da história da democracia no Brasil: a constitucionalização de um Ouvidor com competência nacional e de uma rede brasileira de ouvidores.